

---

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E CONTRATOS NULOS: BREVES  
ANOTAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA E A CONSERVAÇÃO DO CONTRATO

ARBITRATION CLAUSE AND NULL CONTRACTS: AUTONOMY OF THE  
ARBITRATION CLAUSE AND THE FAVOR CONTRACTUS PRINCIPLE

Frederico Eduardo Zenedin Glitz\*  
Rui Carneiro Sampaio\*\*

**Resumo:** Trata-se do estudo de um dos desafios práticos da arbitragem: o princípio da autonomia da cláusula compromissória. Num primeiro momento identifica-se o princípio, suas peculiaridades, razão de existência e sua função. Posteriormente, faz-se sua aproximação ao princípio da conservação dos contratos, tema bastante discutido pelos contratualistas contemporâneos. A cláusula compromissória válida inserida em contrato nulo é discutida com fundamentos teóricos e práticos. Conclui-se pela prevalência do princípio da autonomia sobre a nulidade dos contratos, de forma que o procedimento arbitral, se eleito, deverá ser a forma de solução do conflito, mesmo que o conflito seja a nulidade do próprio contrato.

**Palavras-chave:** Contrato. Arbitragem. Cláusula compromissória. Autonomia.

**Abstract:** This presentation aims the study of an important issue related to arbitration: the arbitration clause and the principle of separability. Firstly, it's necessary to identify the principle and its peculiarities, the reason for existence, and its function. Then, favor contractus principle, a subject quite discussed by contemporary practices, will be approached. The valid arbitration clause inserted into a null contract is discussed with theoretical and practical arguments. As a conclusion, the prevalence of the separability is reached. In a practical case, the arbitration clause shall prevail and the discussions shall be settled by arbitration procedure.

**Key-words:** Contract. Arbitration. Arbitration agreement. Separability.

---

\* Advogado. Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ); Professor de Direito das Obrigações, dos Contratos e Direito Internacional Econômico das Faculdades do Brasil (UNIBRASIL). Professor de Direito das Obrigações dos Contratos da Faculdade de Direito da Universidade Positivo. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR e da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Email: fglitz@gmail.com.

\*\* Advogado. Pós graduando em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Email: rui@rgaa.com.br.

## 1 ANOTAÇÕES PRÉVIAS

A utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias vem crescendo de forma notável. Sua utilização, antes tímida, agora pode ser verificada em diversos contratos, em especial nos que envolvem partes transnacionais.

A crescente contratação da arbitragem faz surgir desafios práticos cada vez mais complexos. Um desses exemplos é a noção de autonomia da cláusula compromissória. O presente trabalho, portanto, busca identificar os contornos do chamado princípio da autonomia da cláusula compromissória e as consequências práticas da aplicação do art. 8º da Lei n 9.307/1996<sup>1</sup>.

## 2 ANOTAÇÕES SOBRE A INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM

De acordo com atual legislação brasileira, a arbitragem pode ser instituída pelo que se denomina convenção de arbitragem, que compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, definidos pela lei, nos arts. 4º e 9º respectivamente.

O compromisso arbitral está definido no art. 9º da lei de arbitragem e consiste na convenção pela qual as partes instituem a arbitragem, de forma judicial ou extrajudicial uma vez que tenha surgido o conflito. A versão judicial ocorre quando uma das partes resiste à arbitragem prevista em cláusula compromissória, nos termos do art. 7º da lei brasileira. Sua versão extrajudicial é lastreada no consenso entre as partes.

Pontes de Miranda conceituava o compromisso como “a renúncia ao juízo estatal, à processualidade estatal da relação jurídica entre as partes e a pessoa que tem, em virtude de seu estatuto, a cognição”<sup>2</sup>. Este conceito, no entanto, deve ser visto com alguma atenção e restrição. O autor simplesmente mencionava em renúncia à jurisdição estatal, isto porque a cláusula compromissória também a afasta (de forma anterior ao eventual litígio, vez que contemporânea à contratação).

Por sua vez, a cláusula compromissória é aquela por meio da qual os contratantes se obrigam a submeter os eventuais litígios, oriundos de determinada relação contratual, à arbitragem.

---

<sup>1</sup> O referido artigo dispõe que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver incerta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

<sup>2</sup> Necessidades Básicas: segundo Malinowski (1975), o ser humano enquanto “espécie” possui as mesmas necessidades básicas tal qual os demais animais na natureza, que seria a necessidade de alimento, proteção e reprodução.

Como é inserida no momento da contratação tem como consequência a previsão de que a arbitragem somente se dará para conflitos futuros. Assim, pelo que se extrai da legislação brasileira (e neste sentido também o Protocolo de Genebra em seu art. 1º)<sup>3</sup>, poderiam as partes, inclusive, enumerar os possíveis e eventuais conflitos para os quais seria aplicada a arbitragem, deixando os não enumerados para solução pela via jurisdicional.

Esta “exclusão seletiva” seria assegurada, em termos de legislação brasileira, pelo disposto nos arts. 267, VII e 301, IX, ambos do Código de Processo Civil e pelo art. 7º da Lei n. 9.307/1996.

Resta, contudo, esclarecer a natureza desta cláusula. Uma possível explicação identifica-a como uma obrigação de fazer, ou seja, a obrigação de submeter à arbitragem eventuais controvérsias, de forma espontânea ou por imposição judicial (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 53). Para Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 28), a cláusula compromissória consistiria em pacto ou contrato preliminar através do qual haveria a vinculação a uma obrigação de celebração de um compromisso arbitral para que fosse instituída a arbitragem. Para Ruggiero (1999, p. 570), “o que há de especial na cláusula é que nelas as controvérsias, como eventuais e futuras, são indeterminadas e que o ato é preparatório de compromisso”. Esta, contudo, não é a única forma de se encarar a cláusula, conforme Carmona (2004), Boscardin (2005), Bonilha (2004) e Silva (2003).

Claudio Viana de Lima (2001, p. 87-8), por exemplo, entende que a cláusula compromissória seria o “consenso antecipado”. De acordo com Lima, assinar um contrato com cláusula compromissória significaria a manifestação de vontade de submissão de conflitos futuros ao juízo arbitral, sendo esta a única função da cláusula compromissória. Decorrencia disto seria o fato de que a mesma não seria obrigatória em contratos, já que a lei prevê também a possibilidade de instituição da arbitragem mediante o compromisso arbitral.

Poder-se-ia entender, ainda, a cláusula compromissória como mecanismo

---

<sup>3</sup> Artigo 1º - Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre as partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, **a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem**, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquela a cuja jurisdição está sujeita a qualquer das partes no contrato (Grifo nosso).

<sup>4</sup> Gens: segundo Oliveira (1977) é a própria relação social que se expressa em sociedade, e não particularmente em cada indivíduo.

de manutenção (ou estímulo) das relações contratuais, já que estas poderiam participar ativamente da solução de suas controvérsias privadas (SILVA, 2003, p. 32). Seria, neste sentido, instrumento de favor contractus.

Assim, a arbitragem (em especial instituída pela cláusula compromissória) seria uma forma através da qual as partes contratantes se sentiriam mais “integrantes” da relação contratual (exercício de liberdade), já que poderiam, ao tempo da celebração do contrato, definir quem julgaria eventual conflito surgido.

O mencionado debate sobre a natureza jurídica da cláusula arbitral tem por motivação a necessidade de se entender sua “obrigatoriedade” ou, em outros termos, a probabilidade de que viesse a gerar efeitos.

De acordo com Carmona (2004, p. 87), até a edição da atual lei de arbitragem, o compromisso arbitral era a única hipótese de instituição da arbitragem, visto que a cláusula compromissória não possuía força suficiente para sua instituição. Dessa forma, mesmo tendo sido celebrada a cláusula compromissória, entendia-se como indispensável a contratação do compromisso. A cláusula compromissória era tida como mero pré-contrato, necessitando da celebração do compromisso arbitral para instituição da arbitragem (CARMONA, 2004). A jurisprudência chegou, mesmo, a consagrar a noção de que a recusa da parte em celebrar o eventual compromisso deveria ser resolvida em perdas e danos. Era a aplicação da teoria clássica dos direitos das obrigações: ninguém pode ser fisicamente compelido a realizar qualquer tarefa que não deseje.

Ocorre, no entanto, que a lei de arbitragem não prevê o compromisso como condição essencial para a realização da arbitragem. Para tanto, bastaria a cláusula compromissória (CARMONA, 2004, p. 35). Atualmente, portanto, sustenta, parte da doutrina, que sua maior distinção seria técnica, isto é, não haveria mais distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória no que diz respeito à instituição do procedimento arbitral. Em termos mais resumidos, seria afirmar que quando se tratasse de cláusula compromissória, a vinculatividade existiria a partir do momento em que inserida no contrato ou firmada em documento apartado.

Neste sentido é a opinião de Bonilha para quem “**a submissão das controvérsias e litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem**, que abrange a cláusula compromissória, definida no art. 4º da Lei de Arbitragem, e o compromisso arbitral a que se refere o art. 9º do mesmo Texto Legal, em relação aos direitos patrimoniais disponíveis, **é de eficácia impositiva**, produzindo seus efeitos no terreno processual” (BONILHA, 2004, p. 139, grifo nosso).

A Convenção de Nova Iorque de 1958, ratificada pelo Brasil em 23/07/2002 por meio do Decreto nº 4.311/2002 reforça essa vinculatividade. Em seu

artigo II estabelece, em suma, que cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem as divergências que tiverem em decorrência de relacionamento jurídico. Adiante, define acordo escrito como a cláusula arbitral inserida em contrato.

Assim, poder-se-ia concluir que a existência de cláusula compromissória é suficiente para a retirada do Poder Judiciário da decisão da lide, salvo, por óbvio, nos casos de nulidade da cláusula. Nesse sentido a regra do art. 267, VII, do Código de Processo Civil.

Note-se, no entanto, que para tanto alguns autores buscam conceder natureza jurídica *sui generis* à cláusula. Parece-nos que tal conclusão é desnecessária. Isso porque a cláusula compromissória continua sendo vista como obrigação de fazer, ou em outros termos, obrigação de celebrar a vontade.

Mas se não houve mutação de natureza como explicar a atual disposição jurisprudencial e mesmo legislativa em se conceder efetividade a ela? Ora, a resposta passa pelas transmutações pelas quais passou o Direito das obrigações e sua tutela processual.

Explica-se: atualmente é plenamente possível dar efetividade a obrigação de declarar vontade, note-se, por exemplo, o vetusto instituto da adjudicação compulsória ou mesmo a atual redação do art. 466-A do CPC. A lei de arbitragem brasileira, neste sentido, continua a exigir a celebração do compromisso (vide art. 7º), ainda que reconheça efeitos à cláusula, entre eles afastar a apreciação do Poder Judiciário.

Em outros termos, a cláusula compromissória tornou-se efetiva, mas continua a representar, apenas, compromisso de celebração de outro contrato. Neste sentido, por exemplo, também pode ser lido o chamado caso Renault.

Trata-se de caso julgado em setembro de 1999, quando a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se deparou com o recurso de agravo de instrumento nº 124.217.4/0, de relatoria do Desembargador Rodrigues de Carvalho.<sup>5</sup>

O recurso teve origem após decisão proferida pelo juízo *a quo* em autos de ação de instituição de juízo arbitral proposta por Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros em face de Renault Comercial do Brasil S/A e outros, que indeferiu preliminares de carência de ação, inépcia da inicial, nulidade de citação da ré e litigância de má-fé.

Em seu voto, o Desembargador Rodrigues de Carvalho determinou

---

<sup>5</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Acórdão 00185142. Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0. Agravante: Renault do Brasil Automóveis S/A e outros. Agravada: Carlos Alberto de Oliveira Andrade e outros. Relator: Desembargador: Rodrigues de Carvalho. São Paulo, 16 de setembro de 1999.

que: “o Protocolo de Genebra de 1923 [...], não distingue cláusula arbitral e compromisso arbitral. Por isso mesmo, em razão da força vinculante da cláusula compromissória, permite-se a exclusão da competência judicial para a realização do procedimento arbitral”.

Note-se que o fundamento sequer passou pela questão da natureza da cláusula compromissória (discussão incabível sob influência do referido Protocolo), mas sobre os eventuais efeitos a ela atinentes.

No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal na sentença estrangeira contestada nº 1210 – GB. A discussão versou sobre prejuízo em decorrência de atraso no embarque de algodão. Submetida a controvérsia à arbitragem em razão da celebração de cláusula compromissória, foi constada revelia do vendedor, mesmo após regular procedimento, possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Ao tempo da execução, o vendedor se defendeu com pedido de anulação do laudo, sob fundamento de que o Poder Judiciário brasileiro entende a cláusula compromissória como mero pacto ensejador do necessário compromisso.

O Ministro Fernando Gonçalves decidiu que “a simples leitura da cláusula acima – referindo-se à cláusula arbitral do contrato de compra e venda – denota a intenção dos contratantes em submeter qualquer divergência relativa ao cumprimento do contrato ao Tribunal Arbitral”.<sup>6</sup>

Em resumo, portanto, ainda que se possa discutir sobre a natureza jurídica da cláusula arbitral, não se duvida de que “no ordenamento jurídico em vigor, é inquestionável a admissibilidade do efeito vinculante da cláusula arbitral, nos limites apontados, segundo interpretação hermenêutica que tem por escopo o reconhecimento da relevante importância da arbitragem como mecanismo célere de distribuição da Justiça [...]” (BONILHA, 2004, p. 141).

### 3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Um dos princípios basilares da arbitragem é a chamada **autonomia da cláusula compromissória**. Trata-se do reconhecimento da necessidade de manutenção da cláusula independentemente dos eventuais vícios que prejudiquem o contrato.

Antes da entrada em vigor da atual legislação arbitral, a relevância deste pressuposto não era percebido pela doutrina (LEE, 2002, p. 72), tendo em vista a ineficácia da cláusula compromissória. Contudo, com a edição do atual art. 8º da Lei n. 9.307/1996, reconheceu-se, pelo menos em termos positivos, que a

---

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal. Acórdão 3035719. Sentença Estrangeira Contestada n. 1.210-GB. International Cotton Association e Odil Pereira Campos Filho. Relator: Ministro: Fernando Gonçalves. Brasília, [2005?].

cláusula compromissória não é necessariamente prejudicada pelo conteúdo ou validade do contrato (pressupondo-se uma cláusula compromissória válida). Isto é, os requisitos de validade do contrato são independentes dos requisitos de validade da cláusula (SCHIZZEROTTO, 1958 apud SILVA, 2003, p. 126).

Em termos doutrinários, esse reconhecimento se dá com a constatação de que a cláusula compromissória vincula os contratantes ao compromisso arbitral (ZACCHEO, 1987 apud SILVA, 2003, p. 123). Assim, por exemplo, destaca Carreira Alvim: “ao consagrar a autonomia da cláusula compromissória relativamente ao contrato a que acede, garante ao mesmo tempo a autonomia da vontade dos compromitentes, mantendo no juízo arbitral, um litígio que, de outro modo, desaguaria nas vias judiciais” (CARREIRA ALVIM, 2004, p. 74). Também neste sentido merece referência o art. 6(4) (DERAINS; SCHWARTZ, 2005, p. 110-4) das regras de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)<sup>7</sup> e sua aplicação no litígio envolvendo a National Iranian Oil Company (“NIOC”), a agência francesa Enterprise de Recherches et d’Activités (“ERAP”) e com a companhia Société Française de Pétroles d’Iran (“Sofiran”). Estas últimas foram substituídas pela Elf Aquitaine Iran (“ELF”) por motivos de fusão.<sup>8</sup>

Nesse caso, o escopo do contrato, dentre outras condições comerciais, previa a exploração de áreas iranianas visando localizar petróleo e fornecimento de assistência técnica para explorar os locais encontrados, atividades estas que seriam desempenhadas pela ELF. Depois de encontradas jazidas e iniciada a produção/refinamento, a NIOC venderia o produto à ELF a preços favorecidos. Em 1980, o conselho islâmico editou ato que determinava que um comitê especial fizesse revisão de todos os contratos que envolvessem petróleo, com um único artigo.<sup>9</sup> Alguns meses depois, a ELF informou a NIOC que o comitê declarou o contrato celebrado entre eles nulo e ineficaz. Como o contrato continha cláusula compromissória, a ELF recorreu à arbitragem, visando à rescisão do contrato. Instaurada a arbitragem, um dos questionamentos trazidos à tona pela NIOC foi a de incompetência dos árbitros para a decisão da lide, já

<sup>7</sup> “Article 6(4) - Unless otherwise agreed, the Arbitral Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that is non-existent, provided that the Arbitral Tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The Arbitral Tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to adjudicate their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.”

<sup>8</sup> Caso disponível em <[http://tlbd.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_content.php?pubdocid=261100&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&pubterms=SEPARABILITY,ARBITRATION,CLAUSE&page=pub\\_show\\_document.php](http://tlbd.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?pubdocid=261100&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&pubterms=SEPARABILITY,ARBITRATION,CLAUSE&page=pub_show_document.php)> Acesso em: 16 set 2008.

que o contrato teria sido declarado nulo e ineficaz e, portanto, perderia também validade e efeito a cláusula compromissória nele inserida. Sobre este assunto, o árbitro assim decidiu:

In this Preliminary Award the Sole Arbitrator cannot and has not attempted to reach a decision on the merits of the objection made by NIOC that the Agreement, as a consequence of the decision made by the Special Committee, is null and void *ab initio*. This preliminary award, however, must determine whether the arbitration clause contained in Art. 41 of the Agreement enjoys an autonomy or independence in the sense that the nullity of the Agreement alleged by one of the parties, in *casu* NIOC, cannot affect the validity of the arbitration clause, or whether the arbitration clause as part of the Agreement is of no force and effect if the Agreement is to be regarded as a nullity. It is a generally recognized principle of the law of international arbitration that arbitration clauses continue to be operative, even though an objection is raised by one of the parties that the contract containing the arbitration clause is null and void. The jurisdiction of an arbitrator or arbitration board designated in accordance with an arbitration clause is unimpaired, even though the contract containing the arbitration clause is alleged to be null and void.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> “All the Oil Agreements, which at the discretion of the Special Committee to be convened by the Ministry of Oil may be found to be at variance with the provisions of the Act on Nationalization of the Oil Industry of Iran shall be declared null and void, and all the claims arising from entering into and performance of such agreements shall be settled according to the resolution of such Committee. Such Committee shall be held with participation of the Representative of the Ministry of Foreign Affairs”. Todos os contratos que envolvam petróleo e que por discricionariedade do Comitê Especial, a ser designado pelo Ministério do Petróleo, forem considerados divergentes das normas previstas no Ato de Nacionalização da Indústria do Petróleo do Iran, devem ser declarados nulos e ineficazes, e todas as discussões deles originadas deverão ser resolvidas em concordância com as resoluções de tal Comitê. O Comitê deve ser concebido com participação de Representante do Ministério das Relações Exteriores. (Tradução livre).

<sup>10</sup> Nesta Decisão Preliminar o Árbitro Único não pretende adentrar ao mérito das objeções feitas pela NIOC de que o Contrato, como consequência da decisão do Comitê Especial, é nulo e ineficaz *ab initio*. Esta Decisão Preliminar, no entanto, deve determinar se a cláusula compromissória contida no Art. 41 do Contrato é dotada de autonomia ou independência, de forma que a nulidade do Contrato alegada por uma das partes, in *casu* NIOC, não pode afetar a validade da cláusula compromissória, ou se esta, como parte do Contrato, não possui força e efeito caso o Contrato seja declarado nulo. É reconhecido pelas leis de arbitragem internacional o princípio de que cláusulas compromissórias continuam com efeito mesmo que uma das objeções realizadas por uma das partes seja a de que o contrato é nulo e ineficaz. A jurisdição do árbitro ou da câmara arbitral em conformidade com a cláusula compromissória não é enfraquecido mesmo que o contrato que contenha cláusula compromissória origine discussão sobre sua própria validade e eficácia (Tradução livre).

Outro exemplo de aplicação pela CCI da prevalência da cláusula compromissória quando verificada a nulidade do contrato ocorreu em 1987, oriunda de discussão entre uma sociedade das Bermudas (proponente) e outra de origem espanhola (defensora).<sup>11</sup> Neste caso, resumidamente, as sociedades celebraram contrato de *joint venture*, em 1972, com intuito de formar uma terceira sociedade, na Espanha, para produção e comercialização de produtos petroquímicos. O capital social desta terceira sociedade seria de propriedade da proponente e da defensora em proporções idênticas. Em reunião de quotistas, definiram as formas de expansão dos negócios, distribuição de lucros e distribuição de prejuízos.

Em junho de 1985, houve discordância das partes quanto à utilização do valor constatado como possível de distribuição para as partes no balanço contábil do ano fiscal anterior (1984). Como o contrato celebrado entre as partes previa a solução de controvérsias pela via arbitral, a proponente dela se valeu e propôs o procedimento arbitral perante a Câmara de Comércio Internacional de Paris. A controvérsia apontada foi o descumprimento do contrato celebrado pelo fato de não concordar com a distribuição de lucros constatada.

Notificada da arbitragem, a defensora alegou falta de competência da câmara arbitral pelo fato do contrato e cláusula compromissória afrontarem a legislação espanhola, e, portanto, ser dotado de nulidade. Como no caso mencionado anteriormente, a primeira questão levantada foi a competência dos árbitros para decidirem, já que se discutia a nulidade contratual e, portanto, conseqüente nulidade da cláusula compromissória.

Novamente os árbitros decidiram pela prevalência da cláusula em razão do princípio da autonomia da cláusula compromissória, determinando que “*as well as from the point of view of substance the nullity of the contract does not necessarily imply the nullity of the arbitration clause*”<sup>12</sup>.

Desta forma, é consolidada a aplicação deste princípio e, portanto a constatação de que a cláusula compromissória é autônoma. O efeito prático mais notável dessa autonomia seria a garantia da vinculatividade da arbitragem. Ou seja, qualquer controvérsia que venha a surgir em decorrência do contrato, mesmo que sua própria nulidade, deve ser resolvida por árbitros.

---

<sup>11</sup>Caso disponível em <[http://tlbd.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_content.php?page=pub\\_show\\_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=969000#mark969000](http://tlbd.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=205485&pubwithtoc=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=969000#mark969000)> Acesso em: 16 set 2008.

<sup>12</sup>Do ponto de vista substancial, a nulidade do contrato não implica necessariamente na nulidade da cláusula compromissória (Tradução livre).

Pode-se dizer que um segundo efeito prático seria a incidência do princípio ou teoria da competência-competência (SILVA, 2003, p. 126), ou seja, o “princípio segundo o qual o árbitro tem o poder de julgar sua própria competência” (LEE, 2002, p. 98).

Os princípios da competência-competência e da autonomia da cláusula compromissória são garantidores da eficácia plena da cláusula (MARTINS, 2008), mesmo com naturezas distintas. Enquanto a autonomia está relacionada com o direito material, a competência-competência está relacionada ao procedimento. (DIMOLITSA, 1999).

Autonomia da cláusula compromissória e a competência-competência seriam “blindagens jurídicas àqueles que buscam se afastar da obrigação assumida de submeter as controvérsias ao juízo arbitral” (MARTINS, 2008). Neste sentido:

Antes do seu reconhecimento [princípio da autonomia] na lei de arbitragem, uma parte com intenção de procrastinar o dia do ajuste de contas se oporia à arbitragem alegando que o contrato principal era nulo – usualmente por razões de ordem pública. Devido ao fato de que a convenção de arbitragem estava incluída no contrato principal, com a alegação de nulidade contratual geral, sustentava-se, prejudicada a cláusula de arbitragem. Em suma, as partes não estavam vinculadas à arbitragem pois o acordo era suspeito – era, supostamente, um contrato inválido. A mera alegação de invalidade do contrato principal dava às cortes judiciais jurisdição para decidir se um contrato de arbitragem válido existia. A intervenção judicial atrasava a arbitragem e impedia o acordado recurso à arbitragem. Tal prática, obviamente, produzia estratégias dilatórias. A teoria da autonomia foi introduzida para opor essas estratégias dilatórias. (CARBONNEAU, 2000, p. 21 apud MARTINS, 2008).

Assim, pode-se dizer que não reconhecer a autonomia da cláusula compromissória seria a tentativa de burlar uma obrigação contratual, de forma a submeter ao Judiciário a solução de controvérsias, quando árbitros deveriam resolvê-lo. Reconhecer sua autonomia significa conferir estabilidade à cláusula compromissória (LEE, 2002, p. 74).

O princípio da autonomia da cláusula compromissória não tem aceitação de todos os países em que a arbitragem é aplicada como, por exemplo, a Argentina (LEE, 2002, p. 74). Os arts. 739 e 740 do código de processo argentino (*Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*)<sup>12</sup> tratam da forma pela qual

---

<sup>12</sup>Artículo 739: FORMA DEL COMPROMISO.- El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento. Artículo 740: CONTENIDO.- El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad:1. Fecha,

o compromisso **deverá** ser celebrado, bem como qual **será** seu conteúdo. Assim sendo, estamos diante de uma obrigação de celebração de compromisso.

No entanto, entende-se que as partes, dotadas de autonomia privada e negocial, optaram pelo juízo arbitral, e dessa forma se vincularam à arbitragem. E por essa vinculação/obrigação, devem submeter à arbitragem, inclusive, qualquer discussão que venha a tratar de nulidade contratual. Vale ressaltar que para esta obrigação não há que se falar em relativização ao princípio do *pacta sunt servanda*, já que a ideia de relativização está diretamente ligada à teoria da imprevisão, ou seja, à impossibilidade de se prever situações que tornem o contrato excessivamente oneroso para as partes.

Esta compreensão da cláusula arbitral parece decorrer da constatação de que, em certas ocasiões, devido à relevância social da relação contratual, passa a interessar a sociedade que, apesar do vício, defeito, ineficácia, descumprimento ou alteração econômica que o prejudique, seja o contrato conservado por meio da respectiva adequação. Tal operação obedece à diretriz do “*favor contractus*”, ou seja, a conservação do contrato.

A conservação do contrato é identificada por parte da doutrina como forma de concreção da função social do contrato (GLITZ, 2008; GODOY, 2004, p. 169; KLIEMANN, 2006, p. 12; MIRAGEM, 2005, p. 31; KIRCHNER, 2007, p. 67)<sup>13</sup> isso porque ao intérprete se imporia a obrigação de, por meio da atividade hermenêutica, viabilizar o contrato sempre que a escolha entre invalidá-lo ou conservá-lo se apresentasse (GODOY, 2004, p. 168).<sup>14</sup>

Tal concepção não é nova no Direito brasileiro. Em verdade o princípio da

---

nombre y domicilio de los otorgantes. 2. Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743. 3. Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias. 4. La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

<sup>13</sup> Rogério Zuel Gomes também faz essa aproximação referindo-se à associação entre o princípio da conservação do contrato e o da função social como forma de se assegurar os direitos da personalidade por meio da interpretação contratual (GOMES, 2004, p. 178 et seq.). Alguns autores identificam, ainda, o favor contractus com os deveres de cooperação decorrentes do princípio da boa-fé (FOERSTL, 2005, p. 45, 48; MATTA, 1998, p. 118-9; KIRCHNER, 2007, p. 64). Outros se referem ao princípio geral de preservação de valores jurídicos (LABARIEGA VILLANUEVA, 2006, t. 2, p. 398).

<sup>14</sup> Bussatta entende que o princípio da conservação do contrato atuaria em duas frentes: como programa ao legislador e regra de interpretação, especialmente ao magistrado. Assim, entende que todo aquele que se envolva com a relação “deverão sempre agir

conservação do contrato, potencializado por meio da noção de função social, já inspirava o Ordenamento Jurídico pátrio.

Raquel Campani Schmiedel, baseando-se na lição de Trabucchi, explica que a eficácia atribuída a alguns negócios, apesar de sua irregularidade, demonstraria que o direito procura evitar, sempre que possível, a declaração de sua nulidade (SCHMIEDEL, 1985, p. 41). Este seria o cerne do chamado “princípio da conservação do contrato”, que segundo a autora, teria fundamento nos chamados “princípios gerais de direito” (economia dos valores jurídicos) e se prestaria não só a atribuir efeitos em caso de nulidade, mas também como diretriz hermenêutica do negócio (SCHMIEDEL, 1985, p. 42)<sup>15</sup>.

Conclui a autora: “Respeitados, portanto, os limites impostos à autonomia privada, domina a regra segundo a qual deve-se aproveitar, ao máximo possível, o negócio, em atenção, principalmente, à intenção negocial manifesta (*sic*) pelas partes” (SCHMIEDEL, 1985, p. 45).

Antônio Junqueira de Azevedo complementa: “O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto” (AZEVEDO, 2002, p. 65). Sua aplicação se daria indistintamente nos três planos do negócio jurídico.

Deve-se ressaltar, contudo, que, ainda que a intenção manifestada pelas partes seja de fulcral importância, é indispensável, para fins de manutenção do vínculo contratual, que este seja relevante e socialmente útil, de acordo com os critérios de atendimento da função social do instituto e de preenchimento das garantias constitucionalmente previstas.

Dessa construção decorrem diversas aplicações práticas do princípio que não a simples regra de interpretação do negócio (LABARIEGA VILLANUEVA, 2006, p. 399). Exemplos podem ser dados desde a mera dificuldade da anulação do negócio<sup>16</sup> até a própria adaptação e revisão do contrato. Alguns autores chegam

---

com o fim de preservar o contrato, permitindo que produza algum efeito prático, não obstante a invalidade que sobre ele pesa, na medida em que o negócio jurídico concreto foi criado com uma finalidade e esta deve, tanto quanto possível, ser atingida” (BUSSATTA, 2007, p. 150).

<sup>15</sup>Neste exato sentido ver Azevedo (2002, p. 64).

<sup>16</sup>“O novo regime jurídico do erro, instituído pelo Código Civil de 2002, com a inserção da exigência de cognoscibilidade pela contraparte, é um exemplo de norma que tem por finalidade proteger o negócio jurídico, dificultando a sua invalidação” (KLIEMANN, 2006, p. 21).

a afirmar que sua aplicação poderia se justificar como medida de preservação da segurança jurídica e tutela da expectativa criada em terceiros (BDINE JR., 2006, p. 97) ou mesmo de forma de manutenção de atividade de relevo social (em especial nos contratos cativos) (LIMA, 2007, p. 514).

Neste sentido, portanto, também se reconhecer a autonomia da cláusula compromissória representaria medida de funcionalização do contrato, por meio da conservação de sua eficácia, ainda que o contrato principal seja nulo (em total reconstrução ao art. 184 do Código Civil brasileiro).

#### 4 NOTAS CONCLUSIVAS

A arbitragem está cada vez mais presente nas contratações nacionais e internacionais, e passou a ser algo bastante positivo para as partes contratantes, em especial pelo sigilo e especialidade que muitas controvérsias exigem.

O presente estudo versou sobre questão extremamente prática, ou seja, a existência de cláusula compromissória válida em um contrato nulo. Num primeiro momento e sem estudo com afinco, precipita-se quem usa da simples lógica para afirmar que esta cláusula compromissória não merece prevalecer sobre a nulidade do contrato (o que se poderia deprender do art. 184 do Código Civil).

Apesar de, num primeiro momento a lógica parecer o mais correto, utilizar-se tão somente dela significa cometer um grande erro. Em especial porque quando as partes contratantes decidem resolver litígios decorrentes de determinado contrato, o fazem por razões intrínsecas, seja pelo sigilo, seja pelo custo, seja pela especialidade, seja por quaisquer razões vantajosas ou não que a arbitragem pode trazer. Em outros termos, a cláusula compromissória atende a uma determinada função econômica e social, em razão da qual deve ser analisada.

Da mesma forma que, após a assinatura do contrato as partes devem passar a cumprir com seus direitos e obrigações, após a assinatura da cláusula compromissória as partes devem utilizar a arbitragem para a solução das controvérsias arbitráveis.

Caso contrário, a arbitragem seria algo ineficaz e simples argumento de defesa e conseqüente protelação.

Assim ao estabelecer a autonomia da cláusula compromissória, o que se pretende é que esta se mantenha para fins de viabilização de sua função econômica e social. Esta parece ser a melhor forma de encarar o problema.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BDINE JR., Hamid Charaf. Jurisdicionalização dos contratos. In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BONILHA, Márcio Martins. Do efeito vinculante da cláusula arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 138-141, set./dez. 2004.
- BOSCARDIN, Ivan Mercadante. *Aspectos gerais da lei de arbitragem no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2005.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Princípio da conservação do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei 9307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem (lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric. Comencing the arbitration. In: \_\_\_\_\_. *A guide to the ICC rules of arbitration*. 2 ed. [S.I.]: Kluwer Law International, 2005.
- DIMOLITSA, Antonias. Separability and kompetenz-kompetenz. *ICCA Congress Series*, n. 9, p. 217-256, 1999.
- FOERSTL, Uli. *The General principle of good faith under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - a functional approach of theory and practice*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - University of Cape Town.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea*: função social e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KIRCHNER, Felipe. Os novos poderes oriundos do contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 40-85, abr./jun. 2007.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 3-26, abr./jun. 2006.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. Los principios Del derecho europeo de los contratos y el favor contractus. In: QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia (Coord.). *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Cidade do México: UNAM, 2006.

LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional em países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.

LIMA, Claudio Viana de. Ensaio sobre os efeitos do uso da expressão “convenção de arbitragem” na lei nº 9.037/96. In: PUCCI, Adriana Noemi. (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima. *A nova crise do contrato*: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

MATTA, Liana Fiol. La buena fe como presupuesto para la uniformidad del derecho de contratos. *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Jose, v. 59, p.118-129, abr./jun. 1998.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Parecer de 9 de maio de 2005*. Dispõe sobre o alcance e efeito do art. 8º da lei nº 9.307/96. Disponível em: <<http://www.batistamartins.com/batistamartins.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2008.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 22-45, out./dez. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. [Tradução por Paolo Capitanio; atualização por Roberto Benasse]. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

Artigo recebido em 10/03/10 e  
aprovado para publicação em 30/08/10