

## A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS PARA A PROMULGAÇÃO DE LEI SOBRE ARBITRAGEM

Marcelo Barbosa Araújo<sup>1</sup>

### RESUMO

Para que o Estado promulgue uma lei sobre arbitragem capaz de produzir os efeitos desejados, é necessário que se observem os limites de competência legislativa impostos pelo ordenamento pátrio, o qual funciona como verdadeira moldura legislativa a este propósito. Em decorrência da imposição destes limites, o artigo examina (*in abstracto*) a competência legislativa estadual em matéria de arbitragem, abordando, dentre outros aspectos, a dificuldade em se precisar, no vigente modelo de repartição de competências, os conceitos de *norma específica* e *procedimento processual*. O exame, *não exaustivo*, busca identificar parte dos limites objetivos e subjetivos dentro dos quais deve estar inscrita, condicionada, a atividade do legislador estadual para que a lei promulgada não apresente vícios de constitucionalidade, legalidade e antinomias reais.

O artigo conclui ser admissível a promulgação de leis estaduais sobre arbitragem, desde que respeitados os limites da referida moldura legislativa, contribuindo, neste aspecto, para a formulação de propostas de leis arbitrais em harmonia com o ordenamento pátrio. Com efeito, ao final do artigo a Lei sobre arbitragem promulgada pelo Estado de Minas Gerais, iniciativa pioneira no país, é parcialmente analisada a título de exemplo de aplicação dos resultados obtidos pelo estudo.

**Palavras-chave:** Competência legislativa concorrente, Arbitragem, Legalidade, Constitucionalidade, Contratos administrativos.

---

<sup>1</sup> Engenheiro Eletricista pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo; Graduando em Direito pela Universidade de São Paulo; Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil; Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

## ABSTRACT

In order for the State to promulgate a law on arbitration capable to produce the desired effects, it is necessary the observancy of the limits of legislative competency, established by the national legislation, which could be said to work indeed as its "framing device" to this purpose. Regarding the imposition of this limits, this article examines (*in abstracto*) the State legislative competency on the matter of arbitration, treating, among other aspects, the difficulty in precising, at the present model of competency partition, the concepts of *specific norm* and *processual procedure*. This exam, *not exhaustive*, searches to identify part of the objective and subjective limits in which the state legislating activity must be circumscribed and conditioned, so that the promulgated law does not present constitutional flaws, legality breaches and real antinomies.

This article concludes to be admissable the promulgation of state laws on arbitration, as long as the already mentioned framing limits of national legislation are observed, contributing in this aspect to the formulation of laws on arbitration harmonized to national legislation. The text concludes with a partial analysis of the law on arbitration promulgated by the state of Minas Gerais, a pioneering initiative, upon which are discernible the results obtained by this study.

**Keywords:** Concurrent legislative competency, Arbitration, Legality, Constitutionality, Administrative contracts.

## Sumário

1 Introdução.....	4
2 O Modelo Brasileiro de Repartição de Competências Legislativas .....	6
3 Normas Gerais e Normas Específicas - O Interesse Regional.....	9
4 Distinção entre Processo e Procedimento Processual.....	13
5 Tutela Subjetiva da Lei Estadual sobre Arbitragem.....	16
6 Tutela Objetiva da Lei Estadual sobre Arbitragem.....	20
7 Regras para Solução de Conflitos entre Normas .....	22
8 Consolidação dos Resultados.....	24
9 Estudo de Caso: A Lei Mineira de Arbitragem.....	25
Considerações Finais.....	29
Referência Bibliográfica.....	30

## 1 INTRODUÇÃO

A recente promulgação pelo Estado de Minas Gerais da Lei n. 19.477<sup>2</sup> em 12 de janeiro de 2011 (Lei Mineira de Arbitragem) trouxe à discussão a possibilidade dos Estados membros da Federação editarem suas próprias leis de arbitragem, com validade e eficácia sobre seus territórios. Esta iniciativa pioneira de Minas Gerais serve de motivação para que outros entes federados repitam o feito e, por se tratar de uma possibilidade explorada apenas recentemente, as condições, implicações e efeitos desta promulgação para a Arbitragem e demais ramos do Direito ainda carecem ser pesquisadas. Logo, há a necessidade de se criar uma base sobre a qual estudos direcionados sobre o tema venham a ter tratamento adequado.

O objeto deste estudo concentra duas indagações que compõem parte da referida base. São elas: a) Os Estados possuem competência legislativa para promulgar suas próprias leis sobre arbitragem? b) Em caso afirmativo, que limites o ordenamento pátrio impõe ao conteúdo material destas leis, em especial para que não conflitem com a Constituição brasileira tampouco com a LArb (Lei n. 9.307/1996 - Lei Brasileira de Arbitragem), que disciplina a arbitragem em caráter nacional?

Estas indagações, por si, encerram um tema primordial no que se refere ao estudo das leis, em sentido amplo. Trata-se do tema da *competência legislativa estadual*. É primordial visto que constitui o substrato sobre o qual deve se desenvolver qualquer estudo específico sobre uma respectiva lei e seus efeitos, como, por exemplo, o exame de constitucionalidade. A exemplo, uma lei que, embora promulgada por sujeito político incompetente, tenha escapado ao controle de constitucionalidade e apresente (inadvertidamente, diga-se) eficácia plena, atenta contra a garantia dos direitos e contra a segurança jurídica dos sujeitos por ela tutelados.

No que pertence ao domínio das competências legislativas, a capacidade para legislar em matéria de arbitragem deflui do modelo de repartição destas competências adotado pelo Estado brasileiro. Com efeito, o estudo deste modelo feito à luz da possibilidade dos Estados membros promulgarem suas próprias leis

<sup>2</sup> MINAS GERAIS. Lei n.19.477, de 12 de janeiro de 2011. *Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências*. Diário do Poder Executivo, 13 jan. 2011, p.1.

sobre arbitragem representa um esforço positivo no sentido de explicitar os limites para a atuação legislativa dos Estados nesta matéria.

A observância, pelos Estados, destes limites de competência constitui verdadeira imposição constitucional para a garantia da manutenção do pacto federativo brasileiro. Isto porque a repartição de competências é, segundo o ensinamento de HORTA<sup>3</sup>, uma das garantias principais a serviço da cláusula pétrea disposta no art. 60, § 4º, inc. I da CF/88 (*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado*, no que se insere a vedação para emendar a Constituição com vistas a redistribuir as competências legislativas).

O pacto federativo brasileiro ordena, portanto, que leis sobre arbitragem editadas pelos Estados respeitem os limites de competência impostos pelo ordenamento pátrio, o qual atua como uma moldura legislativa limitadora dentro da qual o texto normativo da lei deve encontrar os graus de liberdade de que necessita para existir juridicamente, atendendo os requisitos de validade e fatores de eficácia de modo a produzir os efeitos jurídicos desejados pelo legislador estadual.

Com vistas ao desenvolvimento do estudo, adota-se, desde já, uma premissa para as leis sobre arbitragem, incluindo-se nestas a própria LArb. Assume-se que uma lei sobre arbitragem, em seu alcance normativo mais amplo possível, pode congrega dentro de seu texto matérias que são afetadas ao *direito processual*, bem como matérias que dizem respeito ao *procedimento processual*<sup>4</sup>. Assumir que o conteúdo de uma lei sobre arbitragem apresenta-se disperso entre matéria processual e de procedimento processual é importante neste ponto. Isto porque a atribuição de competências legislativas adotada pela CF é distinta para cada uma destas duas

---

3 Sobre a importância do modelo de repartição de competências, posiciona-se HORTA:

A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um. In: HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n.87, p.12, jul./set. 1985.

4 A exemplo, extraído da LArb, o art. 7º versa sobre a execução específica da cláusula compromissória, sendo assim uma norma de conteúdo processual, ao passo que o art. 19, versando sobre o momento de instauração da arbitragem, assume caráter de norma de procedimento processual.

matérias e, como se verá, em razão desta distinção é que surge um dos limites impostos ao exercício legislativo estadual.

Ante o exposto, o estudo visa a abordar a competência legislativa dos Estados em matéria de arbitragem. Em sede de organização metodológica, examina, de início, o modelo de repartição adotado pelo Estado brasileiro e as dificuldades que este coloca para o legislador em termos da conceituação do que vem a ser uma norma específica (não geral) sobre procedimento processual. Na sequência, são analisados os sujeitos e objetos que podem, eventualmente, ser alvo da tutela da lei estadual, obtendo-se, como resultado, uma moldura legislativa que delimita a competência dos Estados em matéria de arbitragem. Por fim, os artigos da Lei Mineira de Arbitragem são dissecados sob a luz dos limites desta moldura legislativa, com vistas a indicar de que forma os resultados obtidos podem ser aplicados nos casos concretos.

## **2 O MODELO BRASILEIRO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS**

Juntamente com a repartição de receitas, a repartição de competências legislativas compõe a estrutura de sustentação do federalismo brasileiro. Por fazer parte da estruturação do federalismo, dizendo respeito diretamente à autonomia dos Estados, a repartição de competências legislativas está, como não poderia deixar de ser, diretamente disposta na Constituição Federal. Em decorrência, um Estado incompetente para legislar sobre uma dada matéria, se assim o fizer, promulgará uma lei inconstitucional<sup>5</sup>. Tal fato, indesejável, pode ocorrer, por certo, também em matéria de arbitragem e todos os meios devem ser utilizados para evitá-lo.

Assim, no contexto do estudo, a primeira providência que deve ser tomada consiste

---

5 O foco do presente estudo recai exclusivamente sobre as competências atribuídas na Constituição Federal. Diz o art. 25 da CF: *Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1.º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.* Considerando que muitas normas nas Constituições estaduais são *normas de repetição obrigatória*, as quais limitam-se a reproduzir o texto da Constituição Federal, é possível prospectar que as Constituições dos Estados não representam óbice para a promulgação de lei estadual sobre arbitragem. Ainda assim, no tocante à constitucionalidade em sentido amplo, é necessário que se verifique junto às Constituições dos Estados os limites materiais que, eventualmente, devem ser observados.

em examinar se a Constituição Federal atribui competência ao Estado para legislar sobre arbitragem. Examinar a competência legislativa estadual significa interpretar o texto constitucional em busca das atribuições legislativas conferidas aos Estados, tarefa esta que requer o conhecimento detalhado do modelo de repartição de competências adotado pelo Estado brasileiro.

Grosso modo, e conforme salienta ALMEIDA<sup>6</sup>, o modelo de repartição brasileiro é um misto de diversos modelos já experimentados na prática federativa de muitos países, congregando competências privativas (em repartição dita horizontal) e competências concorrentes (em repartição dita vertical), admitindo-se ainda as competências comuns e as residuais.

Segundo se depreende do estudo de MOREIRA NETO<sup>7</sup>, este modelo de repartição surge, para além da técnica de governo, como um processo de *juridicização do político, aí incluídos os aspectos sociais e econômicos* para acomodar os desígnios do poder e as necessidades de administração. Não se tece aqui uma análise crítica do modelo de repartição de competências brasileiro, suas vantagens, desvantagens e toda sorte de destinos. Toma-se este tão-somente como uma realidade jurídica sobre a qual os Estados exercerão, eventualmente, a competência legislativa em matéria de arbitragem.

Ante o exame da Constituição e de forma sucinta, interessa apenas analisar as competências concorrentes, que são aquelas exercitáveis em conjunto pela União, Estados e Distrito Federal arroladas no art. 24 da CF e que estão diretamente relacionadas com o propósito do estudo. Dito isto, analisando-se o art. 24, XI da CF<sup>8</sup>,

6 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.58.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n.100, p.127-162, out./dez. 1988.

8 Consoante o art. 24, XI da CF:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...) XI - procedimentos em matéria processual; (...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

com apoio no estudo de GAJARDONI<sup>9</sup> e no relatório do Min. Carlos Velloso na ADI n. 3.098/2006<sup>10</sup>, constata-se que: *Os Estados possuem competência (em concorrência com a União) para promulgar leis cujo conteúdo sejam normas específicas (não gerais) sobre procedimento processual. Quanto à edição de normas processuais, somente a União é competente privativamente para legislar em vista do disposto no art. 22, I, da CF*<sup>11</sup>.

Esta constatação, obtida sem maiores esforços interpretativos da própria leitura direta do texto constitucional, representa tão-somente o ponto de apoio do estudo em curso, uma vez que o interesse maior consiste em identificar e analisar alguns dos aspectos mais propícios a causar polêmica sobre o tema e que, justo por esta razão, delimitam as fronteiras da competência estadual em matéria de arbitragem.

Assim, dando prosseguimento, a grande dificuldade que o modelo de repartição de

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

9 Sobre o art. 24 da CF, GAJARDONI explicita que:

(...), em matéria de competência concorrente os parágrafos do art. 24 da Constituição Federal estabelecem que a União limitar-se-á ao estabelecimento de normas gerais (§ 1º), prerrogativa esta que não exclui a competência complementar dos Estados e do Distrito Federal no estabelecimento, também, destas normas gerais (§ 2º). Não existindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena (competência supletiva) (§ 3º), cujo produto terá sua vigência suspensa em caso de superveniência de lei federal sobre normas gerais em sentido contrário (§ 4º). E mesmo que haja normas gerais sobre o assunto editadas pelo Poder Central, compete ao Estado e ao Distrito Federal a edição de normas específicas, detalhadas, minuciosas, hábeis a particularizar e adaptar a matéria de sua competência à realidade regional (competência suplementar). In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 284f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), CARMONA, Carlos Alberto (Orient.), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p.40.

10 No relatório, o Min. Carlos Velloso assim se pronuncia sobre o art. 24 da CF:

O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-las às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena 'para atender a suas peculiaridades' (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende-se esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). In: STF. ADI n.3.098, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 10 mar. 2006.

11 Consoante o art.22, I da CF: Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, *processual*, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (*grifo nosso*)

competências brasileiro reserva no nível das competências concorrentes consiste justamente em saber interpretar os próprios termos da constatação acima. O que são normas específicas (não gerais)? Qual a diferença entre processo e procedimento processual? Estas duas perguntas serão tratadas oportunamente.

O que importa, por ora, é destacar que a análise da competência legislativa estadual em matéria de arbitragem não é uma tarefa trivial, exigindo tanto do legislador quanto do estudioso do assunto uma gama de conhecimentos que extrapola em muito os limites da arbitragem em si, indo encontrar apoio, pelo menos, nos Direitos Constitucional, Administrativo e Processual Civil.

### **3 NORMAS GERAIS E NORMAS ESPECÍFICAS - O INTERESSE REGIONAL**

Conforme visto, o modelo de repartição de competências impõe ao legislador estadual, para o exercício legislativo em matéria de arbitragem, a difícil tarefa de criar normas que se insiram estritamente no conceito de norma específica - ou de norma não geral - para que não haja conflito de competência com a União, que já legisla sobre normas gerais em matéria de procedimento processual na arbitragem através da LArb. Considera-se, para fins de estudo, que a LArb disciplina única e exclusivamente normas de caráter geral nesta matéria. Foge do escopo deste estudo perquirir se a LArb dispõe também sobre normas específicas em matéria de procedimento processual (a julgar, de modo incompetente).<sup>12</sup> Ademais, adentrar nesta questão requer que se assuma a natureza jurisdicional da sentença arbitral proferida sob o manto da LArb<sup>13</sup>, uma vez que os conceitos de processo e

---

12 Neste aspecto, adverte MOREIRA NETO:

A solução simplista, de considerar-se norma geral aquela que a União diga que é, embora cômoda, atenta contra o princípio da autonomia federativa (Constituição Federal, artigo 18, *caput*) e por isso deve ser afastada; essa solução potestativa tolheria o aperfeiçoamento doutrinário e jurisprudencial do conceito e reduziria os Estados a legisladores suplementares em vez de complementares e, eventualmente, até os excluiria. Op. cit., p.127.

13 Comentando a natureza jurisdicional da arbitragem, pondera CARMONA:

Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nestes onze anos de vigência da Lei de Arbitragem – que não tenha desafiado o assunto [indagar qual a natureza jurídica da arbitragem], explorando filão que já se esgotara nas últimas duas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. In: CARMONA, Carlos Alberto.



procedimento são conceitos intrínsecos à tutela jurisdicional.

Neste estudo, tangencia-se o que vem a ser o conceito de norma específica, definidora, como visto, da competência concorrente dos Estados, pelo seu oposto, qual seja, a norma geral. Assim, todo o exposto que se faz em sede de conceito de norma geral deve ser pensado pelo inverso, mantidas as adaptações necessárias, para que se chegue a um conceito razoável do que vem a ser a tal norma específica. Os trabalhos relacionados sobre o assunto, em grande medida, adotam semelhante forma de abordagem, uma vez que só se tem idéia do específico quando se tem ciência da existência do geral. Noutros termos, sem a visão do geral, não há como perceber o específico, pois este, até então será ele mesmo o geral.

Deste modo, GUIMARÃES<sup>14</sup>, estudando os contratos administrativos das parcerias público-privadas, considera que o conceito constitucional de norma geral, *in abstracto*, é difícil de se precisar, relegando aos casos concretos uma aproximação mais satisfatória do conceito.

MARQUES NETO<sup>15</sup>, em comentário ao acórdão do STF sobre a constitucionalidade da

---

*Arbitragem e processo – Um comentário à lei n. 9.307/96.* 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.26-27.

14 A menção feita por GUIMARÃES caminha no sentido de que o conceito de *norma geral* tende a se assentar à medida do caso concreto:

O conceito de norma geral é um daqueles temas que geram disputas intermináveis na doutrina. Uma das razões deve-se à sua própria indeterminação. Por maior que seja o avanço da doutrina na construção de critérios a ampliar as zonas de certeza positiva e negativa na aplicação do conceito aos casos concretos, é inevitável a sobrevivência de um espaço cinzento, de uma zona de indeterminação (ainda que determinável nos casos particulares, quando então será sobreposta pelas zonas de certeza positiva ou negativa). In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimo às parcerias público-privadas (inciso I do § 4.º do art. 2.º da Lei n. 11.079/2004). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.18, mai./jun./jul. 2009, p.2. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-fernando-vernalha.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

15 O autor indica um caminho para a conceituação de norma geral útil ao presente estudo, a que deu o sugestivo nome de *standard jurídico*:

O ilustre Min. Relator, no início do seu voto, bem lembra a feliz ponderação de Marçal Justen Filho, que afirma ser a formulação do conceito de 'normas gerais' uma tarefa tormentosa. Talvez sejamos um pouco menos otimistas que o brilhante administrativista paranaense, pois que nos parece de todo impossível se chegar a uma definição (ou formulação) útil – porquanto minimamente precisa – do conceito em apreço. Parece-nos que, tratando-se de *normas gerais*, o máximo possível é uma delimitação genérica do conceito, o estabelecimento de um *standard jurídico* que permita, diante de situações concretas, concluir pelo caráter genérico ou específico

Lei Nacional n.8.666/1993 (Lei de Licitações)<sup>16</sup> aborda a dificuldade em precisar o que são as tais normas gerais, salientando que, se tanto, os casos concretos tendem a delimitar superficialmente o conceito. À vista desta possibilidade de conceituação pontual de "norma geral" especificamente para a lei estadual sobre arbitragem, e considerando que os sujeitos e objetos tutelados são, como se verá, determinados em função da própria competência legislativa, cabe uma tentativa de trazer um conceito de "norma geral", como um *standard jurídico* (nas palavras de MARQUES NETO) que sirva ao propósito específico de promulgação de uma lei estadual sobre arbitragem.

Para tal desiderato, pode-se recorrer a um importante princípio utilizado na repartição de competências legislativas entre os entes federados, qual seja, o princípio do interesse regional, aplicável aos Estados, como contraponto aos princípios do interesse nacional, aplicável à União, e do interesse local, aplicável aos Municípios.

Seguindo estes princípios e outras linhas de investigação, num trabalho extenso de pesquisa entre autores pátrios e estrangeiros, MOREIRA NETO<sup>17</sup> consolida o que acredita serem as características principais que definem as normas gerais:

---

de uma dada norma inserida na Lei (...) In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da lei federal nº 8.666/93 aos Entes Federados (Comentários a acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1995, v.12, p.175-176.

16 Como se verá adiante, a competência estadual em matéria de arbitragem relaciona-se fortemente aos contratos administrativos, os quais se apóiam no mais das vezes em processos licitatórios. Importante, neste sentido, pontuar a crítica indireta de ALMEIDA à invasão da competência estadual provocada pela Lei (nacional) de Licitações:

A Constituição de 1988 parece ter acompanhado o entendimento de que a licitação se situa no campo do Direito Administrativo. Se assim não fosse, não precisaria ter destacado, como fez, a competência da União para editar normas gerais de licitação, uma vez que foi prevista sua competência para normas gerais de Direito Financeiro (art. 24, I). (...) Mas justamente por se cuidar de temas de Direito Administrativo é que definitivamente não deveria a União ditar regras, ainda que gerais, para Estados e Municípios. Já há um grande número de princípios e regras condicionadores da Administração Pública em geral, assentados pelo próprio constituinte nos artigos 37 a 41. Inclusive a submissão das contratações à prévia licitação é uma exigência do inciso XXI do artigo 37. Pode-se dizer, assim, que o norte já está na Constituição e a partir dele deveria cada entidade política cuidar dos seus assuntos administrativos, não tendo cabimento a interferência do legislador federal nesse processo. Op. cit., p.86-87.

17 Op. cit. p.149-150.

a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados e h) não são normas de aplicação direta. (*em transcrição adaptada do autor*).

Após o percurso investigativo que levou às consolidações acima, MOREIRA NETO (antecipando a necessidade de se precisar um *standard jurídico* sobre o conceito de normas gerais, tal como externado por MARQUES NETO) faz uso dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA para afirmar que:

"(...) normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam em seus respectivos âmbitos políticos." (op. cit, p.159)

Tal conceituação, ainda que seja própria das normas gerais, é bastante útil ao estudo da competência concorrente dos Estados em matéria de arbitragem uma vez que traz em seu bojo referência aos limites que devem ser obedecidos justamente pelas normas específicas, estas sim de competência estadual.

Em síntese sobre o assunto, o que se procura pontuar aqui é o fato de haver dúvidas quanto aos conceitos de norma geral e específica em termos de competência legislativa concorrente (em matéria de arbitragem, inclusive). Ainda assim, como contribuição ao estudo da questão em comento, deita-se a

conceituação supramencionada, como uma moldura capaz de auxiliar na propositura e posterior exame das leis sobre arbitragem promulgadas pelos Estados, o que, a título de estudo de caso, será feito oportunamente com alguns dispositivos da Lei Mineira de Arbitragem.

#### 4 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO PROCESSUAL

A mesma dificuldade posta para a conceituação do que são normas gerais e normas específicas em matéria de competência legislativa concorrente também é verificada no que diz respeito aos conceitos de processo e procedimento processual<sup>18</sup>. E tal dificuldade, com já se salientou, apresenta implicações contundentes no que se aplica ao delineamento da competência dos Estados em matéria de arbitragem.

Segundo WAMBIER E TALAMINI<sup>19</sup>, a CF/88 trouxe, com a repartição das competências

---

18 Com o intuito de demonstrar esta dificuldade em distinguir processo e procedimento processual, a Lei Paulista n.11.819/2005, que previa a realização de interrogatório penal por meio de sistema de videoconferência foi declarada inconstitucional, nestes termos:

A previsão legal para que o sistema de teleaudiência fosse implantado advém da Lei Estadual nº 11.819/05, editada pelo Legislador Paulista para que as audiências pudessem ser realizadas através do sistema de videoconferência, justificada sua constitucionalidade no artigo 24, inc. XI, da Constituição Federal. A disciplina do art. 24, XI da Constituição Federal admite possibilidade de o Estado legislar sobre procedimentos em matéria processual – e não em matéria processual, como o fez a Lei Paulista. A regra processual que compreende o ato processual do interrogatório do acusado é prevista nos artigos 185 e seguintes, do Código de Processo Penal e submete o Juiz e as partes a uma dinâmica previamente estabelecida por força de Lei Federal – não compreendendo procedimentos segundo a regra Constitucional. (...) Recentemente, O E. STF acolheu nosso entendimento em decisão proferida em *habeas corpus* de São Paulo, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei paulista e a nulidade do ato e do processo a partir de então: HC/90900 – SP/São Paulo, Rel. Min. Menezes Direito, Plenário, 30.10.2008. Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus* e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade formal da Lei paulista nº 11.819/2005. In: TJSP, *Apelação Criminal n. 990.08.044619-3*.

19 Em relação ao assunto, WAMBIER E TALAMINI pontuam:

(...), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa discussão [a respeito das diferenças entre os conceitos de processo e procedimento] assumiu novo vigor, porque a Constituição Federal definiu diferentes campos de competência, em matéria processual e em matéria procedimental, tanto para a União Federal quanto para os Estados federados e para o Distrito Federal. Embora tivesse mantido a competência exclusiva da União Federal para legislar em matéria processual (art. 22, I), o art. 24, XI, criou competência concorrente entre a União e os Estados e o Distrito Federal para legislar em matéria de procedimento. A criação da competência concorrente dos Estados federados e do Distrito Federal trouxe importantes consequências no plano prático. De acordo com o texto do § 1º do art. 24 da CF, fica reservada para a União Federal a competência para legislar sobre matéria procedimental geral, cabendo aos Estados e Distrito Federal a competência para legislar a respeito de normas não gerais (ou específicas) em matéria de procedimento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo.

legislativas definidas nos arts. 22, I e 24, XI a necessidade de se diferenciar matéria processual e matéria de procedimento processual. Ainda, segundo os autores,

(...) a questão que tem suscitado maiores dúvidas não é aquela relacionada à definição, no plano teórico, de processo e procedimento, mas às dificuldades que existem diante de um dispositivo legal específico (ou de determinada matéria em tese considerada) para se saber se este consiste em norma de natureza processual ou procedimental. (op. cit. p.181-182)<sup>20</sup>

Antes de se buscar uma distinção entre processo e procedimento processual que sirva ao propósito do estudo em curso, é necessário conhecer como está atribuída a competência legislativa do Estado nesta matéria. Para este fim, bem serve a apertada síntese de GAJARDONI<sup>21</sup>:

(...) no que toca ao procedimento em matéria processual, como se trata de repartição vertical desta competência entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XI, da CF), as seguintes são as conclusões: a) a União só pode editar normas gerais em matéria de procedimento, isto é, legislação fundamental, competindo aos Estados e Distrito Federal a edição de normas suplementares, exclusivamente com o propósito de atender às particularidades regionais; b) quedando-se omissa a União na edição destas normas gerais – e não há necessidade de que os outros entes políticos aguardem qualquer prazo para elaboração destas normas, ou interpelem a União para isto – a competência dos Estados federados e Distrito Federal no tocante ao procedimento é plena,

---

*Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 10.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p.181.

20 GAJARDONI, na mesma linha, considera que:

A grande dificuldade, contudo, não se encontra propriamente na interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam da competência para legislar sobre processo ou procedimento, que pelo visto não demandam maiores divagações. O tormento do intérprete – e não encontramos quanto a isto trabalhos de fôlego mesmo após quase 20 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 – é na definição, primeiro, de quais normas seriam processuais e quais seriam as normas procedimentais em matéria processual – consequentemente definindo a competência privativa da União sobre as primeiras e a concorrente em relação às outras – e depois, já estabelecidas quais são as normas processuais e quais são as procedimentais, saber quais destas últimas são genéricas (de competência da União) e quais são particulares (de competência dos Estados membros e do Distrito Federal). Op. cit, p.41.

21 Op. cit. p.40-41.

isto é, podem editar leis gerais e particulares para valerem em seu território, sempre condicionadas às peculiaridades locais; e c) todavia, na superveniência de lei federal geral sobre procedimentos em matéria processual, as normas gerais editadas pelos Estados e Distrito Federal – mas não as específicas que atendem às particularidades locais – terão sua vigência suspensa no que contrariar as regras genéricas impostas pela União, de modo que se pode dizer estarem elas sujeitas a condição resolutiva (até a vigência de lei federal superveniente).

Explicitada a dificuldade em questão e identificada, com o apoio de GAJARDONI, a competência legislativa concorrente dos Estados em matéria de procedimento processual, cabe agora, da mesma forma como feito anteriormente no estudo do conceito das normas gerais e específicas, buscar uma diferenciação entre processo e procedimento processual que sirva ao propósito do estudo em curso.

Para tanto, valendo-se dos ensinamentos de WAMBIER E TALAMINI<sup>22</sup>, pode-se tentar diferenciar regra processual e regra de procedimento processual da seguinte forma: *Regra processual* está ligada à totalidade da relação jurídica formada entre sujeitos, integrando um método de cunho finalístico com vistas ao provimento jurisdicional. Noutros termos, a regra processual abraça a relação jurídica como um todo uno e indivisível e visa ao provimento jurisdicional; Já a *regra de procedimento processual* integra o mecanismo pelo qual o processo se desenrola no tempo, apresentando natureza dinâmica e fracionada em relação ao todo processual.

Frise-se que tal tentativa de diferenciação é colocada a serviço do presente estudo com finalidade concreta, não servindo, eventualmente, ao estudo que se faz *in abstracto* no ramo do Direito Processual Civil sobre o assunto. Foge do escopo deste estudo a busca por uma diferenciação, por assim dizer, universal e homogênea.

---

22 Op. cit., p.180-181.

## 5 TUTELA SUBJETIVA DA LEI ESTADUAL SOBRE ARBITRAGEM

Cuide-se, preliminarmente, de fazer uma necessária distinção entre a bastante arraigada expressão "arbitrabilidade subjetiva" e a novel expressão "tutela subjetiva da lei" utilizada a partir de agora nesta seção. "Arbitrabilidade subjetiva" é expressão que cuida dos sujeitos que poderão figurar como partes em um processo de arbitragem, que possuem, noutros termos, legitimidade ativa *ad causam*. É nesta expressão que se agrega o mandamento do art. 1º da LArb sobre a capacidade de contratar exigida para a legitimação dos sujeitos. Já a expressão "tutela subjetiva da lei" (aqui definida) é expressão que cuida de *quais sujeitos* poderão ter suas condutas omissivas e comissivas tuteladas, disciplinadas pela lei estadual sobre arbitragem. A determinação de quais condutas são estas faz parte da análise da "tutela objetiva da lei", que se dará na próxima seção. Esta distinção ocorre em virtude de este estudo ser eminentemente um estudo de metadireito, de norma sobre norma e será importante tê-la em mente.

Dando prosseguimento, não basta tão-só investigar, como feito até então, a atribuição de competência para o Estado legislar sobre arbitragem e as dificuldades já apontadas. Outra questão que se põe de modo incisivo consiste em saber se há espaços (vazios ou brancos) na LArb para que os Estados possam suplementá-la<sup>23</sup> a partir da edição de leis específicas, de maneira a melhor atender as necessidades e particularidades regionais (*ADI 3.098, op. cit.*).

Como já salientado, a leitura conjugada dos mandamentos insculpidos no inc. XI e no § 1º do art. 24 da CF/88 implica afirmar que à União compete legislar sobre procedimento processual apenas em caráter de norma geral. Sendo assim, *em tese*, a LArb deve ter natureza de norma geral em matéria de procedimento processual, devendo, portanto, apresentar espaços de suplementação para o atendimento das

---

23 Segundo AFONSO DA SILVA, a competência legislativa suplementar:

(...) é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º). (...) A Constituição de 1988 abandonou a tradição de falar-se em competência *complementar* ou *supletiva* que deu margem à controvérsia quanto a saber se eram ou não sinônimas ou que sentido teriam uma e outra. Usa agora o termo *competência suplementar* [com o significado acima]. In: AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.481.

necessidades dos Estados. Esta possibilidade de exercício legislativo estadual que se traça sobre a LArb é fundamental ao presente estudo e não pode ficar restrita ao plano da tese. Cabe verificar, na letra da Lei, se o legislador nacional *de fato* deixou espaços de suplementação na LArb.

Uma primeira e natural investigação destes espaços e que interessa a este estudo diz respeito à tutela subjetiva das leis estaduais sobre arbitragem. Numa discussão ampla, há dois sujeitos passíveis de serem tutelados pela lei, os sujeitos públicos e os sujeitos privados<sup>24</sup>. Neste aspecto, com relação aos sujeitos que podem ser tutelados, indaga-se: A lei estadual sobre arbitragem pode interferir na esfera jurídica dos sujeitos privados? E na esfera jurídica dos sujeitos públicos? Doutra forma, há, na LArb espaço para a especificação da tutela subjetiva pela lei estadual? Se há, qual a dimensão deste espaço?

A resposta a estas perguntas, se buscadas diretamente no texto constitucional, podem redundar em discussões que envolvem o princípio da isonomia, da igualdade perante a Lei como uniformizadora dos direitos e deveres do povos dos Estados<sup>25</sup>. Afortunadamente, em matéria de arbitragem, um argumento específico pode ser construído para responder a tais perguntas sem ser necessário adentrar nesta

---

24 Para o objetivo principal deste estudo, são considerados sujeitos públicos as sociedades de economia mista e as empresas públicas das administrações direta e indireta uma vez que o controle estatal e o interesse público recaem diretamente sobre estes entes. São considerados sujeitos privados todos os demais sujeitos.

25 A possibilidade dos Estados disciplinarem matéria de procedimento processual, interferindo na esfera jurídica dos sujeitos privados é ponto polêmico na doutrina. Parte dela considera haver perda da isonomia entre sujeitos domiciliados em Estados distintos. No entanto, tal argumento não parece prosperar. Cuide-se que muitas leis estaduais imiscuem-se na esfera privada sem, contudo, ferir os mandamentos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais, tampouco da igualdade formal perante a lei. As leis estaduais sobre educação e ensino servem bem de exemplo. Compartilhando deste entendimento, pondera GAJARDONI:

Não se pode aceitar, como acena equivocadamente, *data venia*, parte da doutrina, que a interpretação descentralizadora em favor dos Estados e do Distrito Federal para legislação em matéria processual e procedimental acarrete violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), visto que jurisdicionados, em diversos locais da federação, teriam 'direitos diferentes'. O simples abraçar, pelo Estado brasileiro, do regime federalista, já implica reconhecimento de inúmeras diferenças regionais, hábeis, portanto, a ensejar tratamento não igualitário aos jurisdicionados postados em locais diferentes dentro da imensidão do território brasileiro. Ao contrário do afirmado, este tratamento diferenciado vem em favor da isonomia, e não contra ela. Possibilita que nos mais diversos rincões do país jurisdicionados recebam tratamento igualitário conforme suas igualdades, e não tratamento igualitário tendo realidades completamente desiguais. Op. cit, p.78.



celeuma que envolve o princípio da isonomia. Com efeito, como norma geral de eficácia nacional, o § 1º do art. 2º da LArb<sup>26</sup> dita que as partes *poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem*.

Como visto, a lei estadual sobre arbitragem deve estar adstrita a matéria de procedimento processual, não devendo, também, estar em conflito com a norma geral nacional que disciplina esta matéria no contexto arbitral. Ora, se a LArb - Lei de caráter geral com eficácia nacional - dita que as partes *podem escolher livremente* as regras de direito que regerão a arbitragem, não sobra espaço para que uma lei estadual restrinja esta ampla liberdade conferida nacionalmente aos sujeitos privados.

Assim, sustenta-se a par desta interpretação do § 1º do art. 2º da LArb, que em matéria de arbitragem os *Estados não podem tutelar imediatamente o sujeito privado, impondo-lhe condutas omissivas e comissivas*, sob pena de afronta direta à liberdade conferida a estes no citado artigo da LArb. A ampla liberdade que a LArb confere aos sujeitos privados está presente não apenas no momento de convencionar a arbitragem. O art. 21<sup>27</sup> da LArb é também explícito no sentido de garantir a ampla liberdade para o estabelecimento do procedimento processual que as partes poderão aplicar na arbitragem. Frise-se que esta liberdade só não é plena porque a própria LArb impõe algumas condições procedimentais mínimas, para a garantia dos direitos das próprias partes, como o contraditório e a ampla defesa.

A contrário senso, o mesmo raciocínio construído para os sujeitos privados não pode ser estendido para os sujeitos públicos. Isto porque, se para os sujeitos privados, o raciocínio parte do princípio basilar da autonomia da vontade privada, verdadeira

---

26 Consoante o art. 2º da LArb:

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.

27 Consoante o art. 21 da LArb:

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.

garantia constitucional (CF/88, art. 5º, II: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), para o sujeito público impõe-se o *princípio da legalidade*<sup>28</sup>, como corolário do princípio da autonomia privada, alterando substancialmente, não apenas a construção do raciocínio como também as próprias conclusões a que se chega. A conduta do sujeito público está necessariamente adstrita ao princípio da legalidade, não havendo, portanto, a ampla liberdade para o estabelecimento da arbitragem conferida pelos art 2º e 21 da LArb. Nestes termos e sem ferir o ordenamento pátrio, a lei estadual sobre arbitragem pode, naquilo que entender cabível, oportuno e conveniente, *estabelecer condutas tanto omissivas quanto comissivas de observância obrigatória para todos os sujeitos públicos inscritos no território do Estado em matéria de procedimento processual aplicável à arbitragem naquilo que não contrariar a legislação correlata ao assunto*. LEMES<sup>29</sup> caminha na direção deste entendimento, muito embora não faça, precisamente, um estudo metanormativo como o que aqui se empreende.

Ante o exposto, resulta que uma lei estadual sobre arbitragem assume *caráter de lei administrativa interna*, tutelando as condutas dos próprios sujeitos públicos do Estado. E isto implica afirmar que toda a carga de direitos e deveres que se insere no âmbito dos Direitos Administrativo e Constitucional deve ser levada em consideração quando da promulgação de tal lei. Neste sentido, FERREIRA FILHO<sup>30</sup> pondera que, havendo competência legislativa atribuída (e, de fato, há), pode o Poder Legislativo, atendendo aos preceitos legais, criar obrigações e conferir direitos, atentando para o fato de que, (transposto para o caso específico da

---

28 O art. 37 da CF é um dos mais expressivos do princípio da legalidade. Segundo BANDEIRA DE MELLO:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios e formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.105.

29 LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.116-123.

30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.311.

arbitragem), o que for além da LArb e demais legislações correlatas ao assunto (*praeter legem*) não obriga e o que for contrário a ela (*contra legem*) não prevalece. É o que se insere, inclusive, nos §§ 3º e 4º do art. 24 da CF/88.

## **6 TUTELA OBJETIVA DA LEI ESTADUAL SOBRE ARBITRAGEM**

Cuide-se, preliminarmente, de fazer (da mesma forma que na seção precedente) uma necessária distinção entre a bastante arraigada expressão "arbitrabilidade objetiva" e a novel expressão "tutela objetiva da lei" utilizada a partir de agora nesta seção. "Arbitrabilidade objetiva" é expressão que cuida dos bens e direitos que poderão figurar como objeto litigioso em sede de arbitragem. É nesta expressão que se agrega o mandamento do art. 1º da LArb sobre a natureza patrimonial disponível do objeto litigioso. Já a expressão "tutela objetiva da lei" aqui definida é expressão que cuida de quais condutas omissivas e comissivas poderão ser tuteladas, disciplinadas pela lei estadual sobre arbitragem em relação aos sujeitos sobre os quais recai a já analisada "tutela subjetiva da lei". Como dito, esta distinção ocorre em virtude de este estudo ser eminentemente um estudo de metadireito, de norma sobre norma e será importante tê-la em mente.

Seguindo a mesma linha de raciocínio empregada na investigação da tutela subjetiva da lei estadual sobre arbitragem, as possibilidades que se abrem para a tutela objetiva também defluem dos espaços (vazios ou brancos) deixados pelo legislador federal na LArb para que os Estados possam suplementá-la em seu aspecto material, objetivo, atendendo às suas necessidades regionais particulares.

Tendo em vista que a tutela subjetiva da lei estadual sobre arbitragem somente pode recair, como visto, sobre os sujeitos públicos, indagar, em referência a tal classe de sujeitos, quais são as condutas destes sujeitos passíveis de tutela torna-se relativamente mais fácil. Frise-se, mais uma vez, que por se tratar de um estudo de metadireito, a "tutela objetiva da lei" implica perquirir quais condutas dos sujeitos poderão ser objeto de tutela pela lei estadual.

A arbitragem, consoante art. 1º da LArb, presta-se a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, se, como visto anteriormente, os únicos sujeitos passíveis de tutela pela lei estadual são os sujeitos públicos inscritos no território do próprio Estado e o objeto de eventual arbitragem (a arbitrabilidade objetiva) deve, por força da LArb, ser pertencente ao campo dos direitos patrimoniais disponíveis, conclui-se que a arbitrabilidade objetiva da lei estadual sobre arbitragem deve recair sobre os contratos administrativos nos quais haja disponibilidade patrimonial. Mais precisamente, nos contratos onde a Administração Pública comporta-se segundo as regras de Direito Privado (mantendo-se as devidas reservas de Poder) e na prática de atos de gestão. Tal raciocínio, embora sucinto, não é apressado, encontrando guarida nos ensinamentos de GRAU<sup>31</sup> e LEMES<sup>32</sup>. Para ambos os autores, o princípio do interesse público está na base da discussão e não implica a total indisponibilidade patrimonial do ente público, sendo antes um princípio que deve informar a conduta proba e mais vantajosa à Administração quando da elaboração dos contratos administrativos.

Em síntese de todo o exposto e tendo em vista que o presente estudo trata de metadireito, a "tutela objetiva da lei" recai sobre quais condutas (omissivas e comissivas) dos sujeitos públicos podem ser tuteladas pela lei estadual de arbitragem. Especifica-se que estas condutas devem todas estar relacionadas estritamente com as atividades de formação, execução, acompanhamento e resolução dos contratos administrativos firmados pelos sujeitos públicos.

---

31 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato Administrativo, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, n.2, v.3, jul./dez. 2002, p.49-58.

32 Op. cit., p.123-141.

## 7 REGRAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE NORMAS<sup>33</sup>

O Poder Constituinte Originário, ao atribuir competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, anteviu a possibilidade de ocorrência de conflitos entre a lei nacional de caráter geral e a lei estadual de caráter específico. E, como seria de esperar, previu uma regra constitucional para dirimir tais conflitos de competência (*ADI 3.098, op. cit.*). Conforme disposto no § 4º do art. 24 da CF/88, a superveniência de lei nacional sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. Normas gerais, no caso, para as competências arroladas nos incisos do artigo, dentre elas a do inciso XI, os procedimentos em matéria processual.

Eventuais conflitos entre a lei nacional (LArb) e a lei estadual podem ser evitados ao tempo do projeto da lei estadual, cabendo observar um conteúdo normativo que não seja contrário ou não permitido pela LArb, dentro dos limites identificados no presente estudo. Mas, ainda que tomadas as devidas cautelas para evitar conflitos, estes ainda podem surgir na hipótese de uma reforma da LArb superveniente à promulgação da lei estadual.

A sucessão dos fatos legislativos no tempo mostra que a LArb foi a primeira lei sobre arbitragem promulgada no país e, não por acaso, trata-se de uma lei nacional. Por conta deste fato, a hipótese de conflito entre a lei nacional e a lei estadual trazida no § 4.º do art. 24 da CF (conflito em decorrência de superveniência de lei nacional) somente ocorrerá se a LArb vier a sofrer *reforma* e havendo uma lei estadual sobre arbitragem anterior à própria reforma (como é o caso da Lei Mineira de Arbitragem). E, na hipótese de reforma, o § 4.º do art. 24 da CF prevê que *a lei estadual perderá sua eficácia* (com efeitos *ex nunc*) naquilo que for contrária à nova lei nacional.

---

33 Sobre o conflito de normas, pondera DINIZ:

É preciso salientar que se trata de questão controvertida, pois para seu devido equacionamento não há, na doutrina, critérios coordenados e seguros, ante: *a*) a existência de opiniões díspares dos jusfilósofos a respeito; *b*) o fato de, apesar de haver antinomias na seara jurídica, muitos teóricos do direito ainda não se conscientizaram do problema e das soluções que a ciência jurídica pode oferecer; e *c*) a flagrante incompletude e inconsistência dos meios de resolução das antinomias jurídicas. In: DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

Pelo exposto, constata-se que uma eventual reforma na LArb pode vir a restringir (ou mesmo ampliar) as possibilidades de conteúdo para a lei estadual sobre arbitragem. Esta conclusão, bastante genérica, é o máximo que se consegue afirmar no terreno das situações hipotéticas. É, ainda assim, uma conclusão importante que serve de alerta para que a lei estadual seja revista acaso a LArb venha a passar por reforma.

Ainda sobre o conflito entre normas, uma análise mais superficial poderia considerar que basta respeitar os limites de competência em face da CF e da LArb para que eventuais conflitos normativos sejam automaticamente afastados, por uma questão de método. No entanto, o processo de reconhecimento de antinomias extrapola a mera aplicação dos limites impostos pela CF e pela LArb. Primeiro porque passa por uma interpretação dos conteúdos normativos a partir do raciocínio lógico-jurídico. Segundo porque, ao menos idealmente, passa pela varredura integral das leis do ordenamento pátrio em busca de inconsistências reais.

Frise-se, mais uma vez, que o presente artigo estuda uma lei estadual sobre arbitragem *in abstracto*. E, imiscuir-se na árdua seara da interpretação das leis em busca de eventuais antinomias *in abstracto* é uma tarefa virtualmente impossível, dada a profusão de hipóteses a que se deveria lançar mão. Nestes termos, além de pontuar anteriormente as implicações de uma eventual reforma da LArb, cabe ao estudo apenas fazer menção ao fato de que, em virtude dos sujeitos e objetos tutelados pela lei estadual, outras leis nacionais além da LArb devem ser confrontadas com a lei estadual sobre arbitragem em busca de antinomias.

Noutros termos, a verificação e saneamento de conflitos entre normas passa, necessariamente, por considerar o ordenamento pátrio como um sistema normativo intrínsecamente harmônico, devendo a verificação abranger não apenas a LArb e a CF como também outras leis correlatas. Citam-se como exemplos destas outras leis que se apresentam como candidatas naturais a ter relação antinômica ante a lei estadual, a Lei de Licitações, a Lei das Parcerias Público-Privadas e a Lei de Concessão de Serviços Públicos, todas relacionadas diretamente com os contratos administrativos, os quais, como visto, são a base real das condutas a serem

tuteladas pelas leis estaduais sobre arbitragem.

## 8 CONSOLIDAÇÃO DOS RESULTADOS

Os resultados obtidos no estudo atinente aos limites de competência que devem ser observados pelos Estados para a promulgação, sem vícios, de lei sobre arbitragem ficam assim consolidados: *(as letras entre colchetes indicam os marcos de apoio por onde passa a linha que delimita a competência estadual)*

PRIMEIRO LIMITE: A lei estadual de arbitragem deve conter apenas NORMAS NÃO GERAIS (OU ESPECÍFICAS) [A] EM MATÉRIA DE PROCEDIMENTO PROCESSUAL [B] NÃO CONTRÁRIAS À LARB [C] NEM A QUALQUER LEI, COM EFICÁCIA NA ESFERA JURÍDICA ESTADUAL, CORRELATA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS [D], sendo estes segundo a conceituação dada na seção 6 deste estudo;

SEGUNDO LIMITE: A lei estadual de arbitragem deve ser voltada unicamente para a TUTELA DAS CONDUTAS OMISSIVAS E COMISSIVAS [E] dos SUJEITOS PÚBLICOS [F], sendo estes segundo a categoria explicitada na seção 5 deste estudo;

TERCEIRO LIMITE: A lei estadual de arbitragem deve disciplinar apenas as condutas omissivas e comissivas dos sujeitos públicos que se relacionam estritamente com as ATIVIDADES DE FORMAÇÃO, EXECUÇÃO, ACOMPANHAMENTO E RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS [G] firmados por estes sujeitos. A exemplo desta tutela, cita-se a especificação da cláusula compromissória, como parte de um contrato administrativo;

QUARTO LIMITE: A lei estadual sobre arbitragem pode RESTRINGIR, AMPLIAR OU MANTER AS CONDUTAS PREVISTAS TANTO NA LARB QUANTO EM QUALQUER LEI, COM EFICÁCIA NA ESFERA JURÍDICA ESTADUAL, CORRELATA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, DESDE QUE TRABALHE, NAS RESTRIÇÕES OU AMPLIAÇÕES, DENTRO DOS ESPAÇOS DE PERMISSIVIDADE OU OMISSÃO (VAZIOS OU BRANCOS) ENCONTRADOS NESTAS LEIS [H].

Parte-se agora, como previsto, ao estudo do caso concreto.

## 9 ESTUDO DE CASO: A LEI MINEIRA DE ARBITRAGEM

Conforme planejamento do estudo, nesta última seção os resultados consolidados são postos em aplicação na análise dos artigos normativos que integram a Lei Mineira de Arbitragem. Importante salientar que o exame da Lei Mineira de Arbitragem aqui empreendido não tem o mérito de avaliar as implicações e efeitos dos artigos da Lei, servindo única e exclusivamente como modelo concreto de aplicação dos resultados alcançados pelo presente estudo. *Brevitatis causa*, as letras entre colchetes definidas na seção precedente e que indicam os marcos de apoio por onde passa a linha que delimita a competência estadual serão utilizadas nesta exposição.

A começar, a Lei Mineira de Arbitragem (LMA) caminha bem logo em seu preâmbulo (*[Esta lei] dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências*). Isto porque deixa claro que tal Lei tem natureza de lei administrativa interna, voltada para a disciplina das condutas de seus próprios sujeitos públicos. Assim, o preâmbulo indica a utilização dos marcos [E] e [F] em toda a extensão da lei.

A seguir passa-se à análise da LMA, artigo por artigo. Frise-se, mais uma vez, que de maneira a não adentrar no mérito da LMA, serão apenas indicados quais marcos podem ser aplicados na análise pontual de cada artigo, sem mencionar se tais marcos são ou não extrapolados pela LMA. Ademais, considera-se que os marcos [A], [E] e [F] são aplicáveis a todos os artigos da LMA, como necessidade lógica da positivação de qualquer lei (uma lei, qualquer que seja, possui artigos, logo, aplica-se [A]; é dirigida a um sujeito determinado ou determinável, logo, aplica-se [F]; e disciplina situações e relações jurídicas, onde se incluem as condutas e/ou efeitos decorrentes destas, logo, aplica-se [E].)

*ART. 1º O juízo arbitral, instituído pela Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para a solução de litígio em que o Estado seja parte, será efetivado conforme os procedimentos estabelecidos nesta Lei. O artigo faz expressa referência à LArb (Lei n. 9.307). Também faz expressa menção aos procedimentos (processuais), além*



de reiterar o disposto no preâmbulo no sentido de ser voltada para o próprio Estado, os sujeitos públicos. Assim, entende-se que os marcos [B] e [C] são aplicáveis à análise artigo.

*ART. 2º O Estado e os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível.* O artigo, ao mencionar os litígios patrimoniais disponíveis, remete ao discutido na seção 6 deste estudo no que respeita aos contratos administrativos. Ademais, disciplina a conduta dos sujeitos quanto à possibilidade de utilização da via arbitral. Assim, entende-se que os marcos [C] e [G] são aplicáveis à análise do artigo.

*ART. 3º A inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pelo Estado e a estipulação de compromisso arbitral obedecerão ao disposto na Lei Federal nº 9.307, de 1996, nas normas que regulam os contratos administrativos e nesta Lei, respeitados os princípios que orientam a administração pública, estabelecidos na Constituição da República e na Constituição do Estado.* O artigo, com se infere, procura explicitar que a conduta dos sujeitos públicos para a convenção da arbitragem deve ocorrer dentro da mais estrita legalidade. Assim, entende-se que os marcos [C], [D] e [G] são aplicáveis à análise do artigo.

*ART. 4º O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.* O artigo dita, indiretamente, que os procedimentos processuais que regerão o juízo arbitral devem ser tomados todos do regulamento de um órgão arbitral institucional, nos moldes da chamada "arbitragem institucional" prevista no art. 5º da LArb. Assim, entende-se que os marcos [B], [C] e [H] são aplicáveis à análise do artigo.

*ART. 5º São requisitos para o exercício da função de árbitro: I - ser brasileiro, maior e capaz; II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato; III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de Juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil; IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no*

*Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado. O artigo determina a conduta a ser seguida pelos sujeitos públicos no procedimento de escolha do(s) árbitros. O artigo procura disciplinar a conduta dos sujeitos públicos no que respeita à escolha dos árbitros. Assim, entende-se que o marco [B] é aplicável à análise do artigo.*

*ART. 6º Para os fins desta Lei, somente se admitirá a arbitragem de direito, instaurada mediante processo público. O artigo faz referência à escolha das leis do Direito como base de fundamentação para a sentença arbitral, tocando em matéria sensível ao procedimento arbitral (ou processo, se assim se entender). Assim, entende-se que os marcos [B], [D] e [H] são aplicáveis à análise do artigo.*

*ART. 7º A arbitragem relativa aos contratos internacionais em que o Estado for parte atenderá às normas e aos tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional. O artigo faz menção à legislação que será aplicada no curso do processo arbitral. Assim, entende-se que os marcos [B], [D] e [H] são aplicáveis à análise do artigo.*

*Art. 8º O procedimento arbitral para a solução de litígio relativo a contrato, acordo ou convênio celebrado pelo Estado fica condicionado à existência de cláusula compromissória cheia ou à formulação de compromisso arbitral. O artigo faz menção à especificação da cláusula nos contratos administrativos firmados pela Administração Pública direta e indireta. Assim, entende-se que os marcos [B] e [G] são aplicáveis à análise do artigo.*

*Art. 9º O procedimento arbitral instaura-se mediante provocação de uma das partes contratantes. O artigo remete ao momento e à causa da instauração do processo arbitral. Neste artigo não se vislumbra nenhum marco que possa ser aplicado.*

*ART. 10 A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III - ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que*

*exerça atividade de interesse coletivo; IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. § 1º As intimações relativas à sentença arbitral e aos demais atos do processo serão feitas na forma estabelecida pelas partes ou no regulamento da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento.* O artigo remete à qualificação da instituição a cargo da qual será administrado o processo arbitral, em sede de arbitragem institucional. Assim, entende-se que o marco [B] é aplicável à análise do artigo.

*ART. 11 No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos. Parágrafo único. As despesas a que se refere o caput deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral.* O artigo remete à forma de custeio do processo arbitral, em sede de arbitragem institucional, dispondo sobre a questão nos contratos administrativos firmados. Assim, entende-se que os marcos [B] e [G] são aplicáveis à análise do artigo.

*ART. 12 Ressalvado o disposto na legislação federal e nesta Lei, prevalecerão as regras instituídas na regulamentação do juízo arbitral institucional ao qual compete decidir a causa.* O artigo remete às regras que serão utilizadas no curso do processo arbitral. Assim, entende-se que os marcos [B] e [G] são aplicáveis à análise do artigo.

Encerrando a análise deste pioneiro “caso legislativo” para a construção da Arbitragem no Brasil, cabe considerar que os marcos aplicáveis podem variar conforme a interpretação que se dê a cada um dos artigos da LMA e das suas próprias *mens legis* e *ratio legis*. Como sugestão ao legislador, deve ser evitado o que ficou evidenciado na análise do art. 9º, onde nenhum caractere de competência foi identificado no texto do referido artigo, possível indício de que o artigo não traz efeito jurídico próprio, limitando-se a repetir o que já é disciplinado alhures.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou identificar, não exaustivamente, alguns dos limites objetivos e subjetivos dentro dos quais está adstrita a competência legislativa dos Estados em matéria de arbitragem. Conclui que os Estados, no que respeita à arbitragem, possuem competência para legislar apenas sobre normas específicas em matéria de procedimento processual, tendo por objeto, indiretamente, os contratos administrativos firmados pelos sujeitos públicos que se encontram dentro das fronteiras do próprio Estado.

Tal conclusão importa, num primeiro momento, a quem se dispõe a propor e projetar uma lei sobre arbitragem com eficácia estadual, de modo a evitar que tal lei seja promulgada (inadvertidamente) com vícios resultantes da não observância dos resultados alcançados no presente estudo. Como corolário, o conhecimento dos resultados alcançados podem servir de estímulo para que os Estados adotem suas próprias leis sobre arbitragem, seguindo o exemplo pioneiro do Estado de Minas Gerais.

Num segundo momento, já com vistas à aplicação nos casos concretos, a promulgação de leis estaduais sobre arbitragem tende a encorajar o Administrador Público a lançar mão da arbitragem para a solução de litígios em que esteja envolvido. Isto porque, como o Administrador Público está adstrito em suas atividades ao princípio da legalidade, a inexistência de lei estadual desta natureza pode causar a impressão (falsa, diga-se) de que a solução dos litígios deve ser dada necessariamente pelo Poder Judiciário, conforme previsão legal. Não se trata de dizer que a lei estadual sobre arbitragem tenha caráter de "*lei que autoriza a Administração Pública a convencionar a arbitragem*", o que é acertadamente rechaçado há muito pela doutrina. Trata-se, antes, de confortar o Administrador, explicitando que a arbitragem é uma via de solução de litígios que, à semelhança do Poder Judiciário, encaixa-se perfeitamente dentro das fronteiras da probidade e do zelo pelo numus público, tal como preleciona o princípio da legalidade.<sup>34</sup>

---

34 GRAU, como que antevendo tal preocupação do Administrador Público, assim se posiciona:

Permito-me, contudo, inicialmente anotar a circunstância de que, ainda que o uso da arbitragem por entidades da Administração não seja comum, a ponto de atizar a curiosidade dos acadêmicos da atualidade, essa não é questão que tenha passado despercebida pelos nossos juristas. O fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.481.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.1-87.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.105.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo – Um comentário à lei n. 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.26-27.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.311.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 284f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), CARMONA, Carlos Alberto (Orient.), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007 p.1-83.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O conceito de norma geral e a regra do valor mínimo às parcerias público-privadas (inciso I do § 4.º do art. 2.º da Lei n. 11.079/2004). *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.18, mai./jun./jul. 2009, p.2. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-fernando-vernalha.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato Administrativo, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, n.2, v.3, jul./dez. 2002, p.49-58.

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n.87, p.12, jul./set. 1985.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.116-141.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da lei federal nº 8.666/93 aos Entes Federados (Comentários a acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1995, v.12, p.175-176.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*,

---

E uma delas pode ser o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (...) Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. In: GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato Administrativo, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, n.2, v.3, jul./dez. 2002, p.49-58.

Brasília: Senado Federal, n.100, out./dez. 1988.

MINAS GERAIS. Lei n.19.477, de 12 de janeiro de 2011. *Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências*. Diário do Poder Executivo, 13 jan. 2011, p.1.

STF. *ADI n.3.098*, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 10 mar. 2006.

TJSP. *Apelação Criminal n. 990.08.044619-3*.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p.181