

INTRODUÇÃO

Atualmente, no direito positivo brasileiro, a arbitragem é disciplinada pela Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996.

Inobstante, logo quando da promulgação da nova lei, avivou-se a discussão sobre a eventual inconstitucionalidade da arbitragem em face da Constituição de 1988, sob o fundamento de o art. 6º e 7º, ao consagrar a executoriedade da cláusula compromissória, se uma das partes se recusasse a firmar o compromisso, acabaria por afastar o Judiciário da apreciação do litígio, infringindo, dessa forma, o disposto no art. 5, XXXV, da Carta Magna.

A discussão foi levada ao STF em sede de Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Em 1997, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela constitucionalidade do novo diploma legal da arbitragem, por estar em plena consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que esse princípio não impõe que todo litígio seja levado ao Poder Judiciário, por significar um direito do cidadão de levar à controvérsia a esse Poder, e não um dever para que o faça e, em se tratando de direitos disponíveis, nada impede que o cidadão exerça o seu direito de ação (e de defesa) no juízo arbitral, não se configurando, portanto, essa renúncia à jurisdição estatal através da cláusula compromissória uma afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em sentido contrário, o Ministro Sepúlveda Pertence argumentou à época que a cláusula compromissória, ao instaurar a renúncia genérica ao acesso ao Poder Judiciário, no que tange a conflitos futuros e eventuais, cujos contornos ainda sejam indefinidos, não se compatibiliza com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual não seria constitucional o art.6º e 7º da Lei de Arbitragem.

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, votando em favor da constitucionalidade dos artigos atacados, esclareceu que, em virtude da Lei 9.307/96 tratar de direitos patrimoniais disponíveis, as partes podem renunciar perfeitamente ao direito de ação perante o juízo estatal. Isso porque não foi a lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direitos, e sim as partes que o fizerem de comum acordo e livremente.

Em 2001, o STF declarou a constitucionalidade dos dois artigos por sete votos a quatro. Votaram contra a lei de arbitragem os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

Na doutrina, já se defendia a constitucionalidade do juízo arbitral, (COUTO E SILVA, 1988, p. 139-150), antes mesmo da atual Lei nº 9.307/96. Em síntese, os argumentos, para se afastar a inconstitucionalidade da arbitragem por suposta ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, baseia-se na ideia de transação, da disponibilidade de direitos, e, em última análise, da autonomia da vontade, pontuando-se que só se poderia discutir eventual inconstitucionalidade se algum dispositivo da Lei nº 9.307/96 instituísse a arbitragem obrigatória, pois só nesta hipótese estar-se-ia afastando, necessariamente, as partes de levarem ao Judiciário a controvérsia, caso desejassem (CARREIRA ALVIM, 2007, p. 25-28).

Tendo sido declarado a constitucionalidade dos artigos em referência da Lei nº 9.307/96, o panorama contemporâneo do instituto tem como um dos pontos no qual avança justamente a discussão sobre as hipóteses de cabimento da arbitragem para solucionar controvérsias quando um ente da Administração Pública é parte no juízo arbitral.

Nesse aspecto, vê-se que dispositivos legais estão paulatinamente prevendo essas hipóteses, principalmente no âmbito dos contratos administrativos, como exemplificam os art. 23-A da Lei 8.987-95 e o art. 11, inc. III da Lei 11.073/04, razão pela qual se pode afirmar, com relativa segurança, de que de ordenamentos jurídicos que pouco cuidavam do instituto, o atual ordenamento jurídico brasileiro lhe presta cada vez mais atenção.

No âmbito jurisprudencial, também se tem notícias do debate acerca da possibilidade de um ente da Administração Pública submeter-se a arbitragem, como demonstra o “*Caso Lages*”, cuja matéria veiculada no Agravo de Instrumento 52.181, de relatoria do Ministro Bilac Pinto e julgado no dia 31 de Outubro de 1973, referia-se a admissibilidade do laudo arbitral que fixara a indenização devida às Organizações Lages pelo incorporamento dos seus bens e direitos ao Estado, como consequência da política getulista vigente durante a Segunda Guerra Mundial.

Na linha do voto do Ministro Godoy Ilha, o laudo arbitral foi considerado legítimo com fundamento na consensualidade para instauração da arbitragem – ainda que ela tenha se manifestado através de um decreto-lei - e na constitucionalidade da cláusula de irrecorribilidade da sentença arbitral – mesmo que essa característica fugisse do regime própria de arbitragem para época, que exigia a homologação judicial da sentença arbitral.

Na seara tributária, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU¹, através do Parecer AGU/SRG nº 01/2008, já teve oportunidade de solucionar controvérsia surgida entre o Banco do Brasil e a Secretária da Receita Federal relativa a existência ou não de obrigação tributária com base na cota patronal incidente nas remunerações pagas ou creditadas aqueles que prestam serviços médicos a beneficiários do Programa de Assistência à Saúde dos Servidores do Banco do Brasil.

Embora esse caso ilustre uma arbitragem de natureza endógena e institucional, envolvendo entidades da Administração Pública, ela demonstra, de toda forma, que controvérsias de natureza tributária não estão imunes a ter alcançada sua solução através da decisão vinculativa de um terceiro que não pertença aos quadros do Poder Judiciário, *pelo que se demonstra, desde já, que não há reserva de jurisdição estatal para essas questões.*

Por fim, no âmbito do direito internacional, vê-se que o Brasil é parte em tratados internacionais que disciplinam a matéria, tais como a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto 4.311/02), o Protocolo relativo a Cláusula de Arbitragem (Decreto 21.187/32) e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Decreto 1.902/96) - embora o país não tenha ratificado a Convenção de Washington de 1965, que disciplina a arbitragem no âmbito de investimentos estrangeiros.

Dada essa breve perspectiva histórica, observa-se que o ambiente normativo brasileiro é ainda bastante fecundo para utilização da arbitragem em diversas questões, inclusive no campo tributário.

No entanto, determinados argumentos, baseados na indisponibilidade do crédito tributário e na legalidade administrativa, podem suscitar debates acerca da compatibilidade do instituto com o sistema tributária nacional, uma vez que, *a princípio*, o crédito tributário não se encaixaria na categoria de direito disponível, para fins do art. 1º da Lei nº 9.307/96, e tão pouco, no estágio atual do direito positivo brasileiro, existe lei específica autorizando a Fazenda Pública utilizar-se da arbitragem para solução de controvérsias com o contribuinte.

¹ A Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU encontra fundamento legal no art. 4º, inc. X, XI, XII, XIII e parágrafo 2º da Lei Complementar nº 73/93, e sua regulamentação está prevista na Portaria nº 118, 2007, do Advogado-Geral da União.

1. Principais características da Arbitragem segundo o direito positivo brasileiro, com base na Lei nº 9.307/96.

A arbitragem é normalmente considerada uma via alternativa ao processo judicial para solução de litígios, situando-se no campo das *ADR – Alternative Dispute Resolution* ou *MAP – Mutual Agreement Procedure*, no qual também se incluem a conciliação e a mediação.

Por outro lado, se pensarmos sobre a ótica de uma sociedade na qual cada vez mais as próprias partes estabeleçam os meios pelos quais será resolvida a controvérsia entre elas, a arbitragem, ao lado de outros institutos afins, será uma das primeiras opções para as partes resolverem-na, e a via judicial, por conseguinte, a última alternativa cogitada (CARMONA, 2007, p. 52).

Essa constatação reafirma, em última análise, que o Poder Judiciário não possui a exclusividade da função de compor e solucionar conflitos de interesses. Entretanto, ela também não pode nos conduzir ao equívoco de imaginar que a arbitragem se trata de transferir aos árbitros uma das funções do Estado, donde ela ficaria imune a qualquer perspectiva supra individual que alimenta o fenômeno denominado *processo*, para se reger exclusivamente pelos ditames do direito privado (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 7-18).

Em verdade, a perspectiva deve caminhar justamente pelo sentido contrário, i.e, a arbitragem não tem a pretensão de privatizar a função de solucionar controvérsias; ao invés, incumbe aos árbitros uma função pública, tanto que os árbitros são equipados aos funcionários públicos para fins penais (art. 17 da Lei nº 9.307/96), isso porque o mero fato de uma controvérsia necessitar da decisão vinculativa de um terceiro, seja árbitro ou juiz togado, já basta para que se veja envolvido o interesse geral de pacificação dos conflitos entre os cidadãos, inclusive sob a perspectiva de que nada impede que as decisões arbitrais venham a contribuir com o repertório jurisprudencial à medida que se tornem significativas para toda a sociedade, constituindo-se em verdadeiros “bens públicos”, (SPECTOR, 2004, p.20/21) sobre as decisões judiciais – com as quais as decisões arbitrais são equiparadas.

Sinteticamente, o art. 1º da Lei nº 9.307/96 definiu que objeto da lide arbitral só pode envolver direitos patrimoniais disponíveis. É o que a doutrina convencionou denominar de arbitralidade objetiva, pelo menos para os fins do direito positivo brasileiro.

Na lição da doutrina, direitos patrimoniais é uma

[...] *designação de caráter genérico, dada a toda sorte de direito que assegure o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente. Desse modo, o direito patrimonial, em regra, deve ter por objetivo um bem, que esteja em comércio, ou que possa ser apropriado ou alienado* (PLÁCIDO DE SILVA, 1993, p. 92).

Mas não basta que o direito seja caracterizado como patrimonial. Também é necessário que ele seja *disponível*². A doutrina, em geral, entende determinado direito como disponível quando seu titular possa praticar, em relação a ele, *atos de negociação* (MATTOS NETO, 2002, p. 222), tais como alienar, dar em garantia, renunciar, transacionar, etc.

Noutro giro, o art. 1º da Lei nº 9.307/96 também prescreveu o que se denomina arbitralidade subjetiva, *i.e, quem pode* convencionar a arbitragem. Nessa linha, o único requisito que o artigo impôs é a capacidade contratual, sem distinguir, para esses fins, entre pessoas físicas ou jurídicas; submetidas ao regime de direito privado ou ao regime de direito público³.

Outra observação extraída desse requisito é que a arbitragem no direito positivo brasileiro é baseada no *princípio da autonomia da vontade*, tornando este princípio um elemento norteador e integrativo da relação jurídica que resultará na estipulação da convenção da arbitragem, pelo que ele pode ser utilizado como fundamento para resolução de dúvidas, controvérsias e questões que envolvam as matérias relacionadas aos requisitos de arbitralidade, e afastando, por conseguinte, a possibilidade de arbitragem obrigatória derivada da lei, até mesmo porque esse tipo de arbitragem poderia, em tese, suscitar inconstitucionalidades em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Satisfeito os requisitos da arbitralidade objetiva e subjetiva prescritos pela Lei nº 9.307/96⁴, a convenção de arbitragem confere a uma ou mais pessoas o poder de decidir o litígio, denominando-se árbitros as pessoas investidas nesse poder. Não

² Em regra, a patrimonialidade conduz a disponibilidade do direito, no entanto, há exceções, como, por exemplo, o bem imóvel com cláusula inalienabilidade, e o próprio crédito tributário que, em regra, trata-se como direito patrimonial indisponível, sendo a própria possibilidade de sua disponibilidade uma das questões a ser abordada mais a frente nessa dissertação, sob o lume da arbitralidade objetiva.

³ SELMA FERREIRA LEMES demonstra, lastreando-se em ensinamentos de MENDES PIMENTEL, PIMENTA BUENO e RUI BARBOSA, que o ordenamento jurídico brasileiro sempre se inclinou para considerar como requisito da arbitralidade subjetiva a *capacidade para contratar*, não associando-a ou restringindo-a a mera *capacidade de transigir*, e nesse sentido, nunca se suscitaram muitos questionamentos acerca de a Fazenda Pública satisfazer o requisito da arbitralidade subjetiva, uma vez que, no âmbito do regime jurídico administrativo, é incontestado que as pessoas jurídicas de direito público podem gozar de competências que abrangem a capacidade contratual. (LEMES, 2007, p. 116-123).

⁴ Nesse trabalho, não se nega que outros poderiam ter sido os requisitos de arbitralidade indicados pela Lei nº 9.307/96, por mera opção política do legislador, como seria o caso, por exemplo, de submeter a arbitragem somente litígios societários ou desportivos, ou simplesmente ter elencando, em rol exaustivo, as matérias passíveis de serem submetidas a juízo arbitral.

necessariamente há de existir apenas um árbitro para decidir o litígio. A decisão pode ser colegiada. Ademais, não é necessário que as partes indiquem precisamente um árbitro, podendo remeter tal processo de escolha a um tribunal ou câmara de arbitragem que selecionará dentro do seu quadro de árbitros aquele ou aqueles que irão decidir o litígio. Também não é imposto que os árbitros possuam formação jurídica.

Em regra, a decisão tomada pelo juízo arbitral deve se ater as regras de direito livremente escolhidas pelas partes, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem). Ou seja, o árbitro ficará vinculado a certos critérios de julgamento estabelecidos pelas partes. Nesse sentido, a arbitragem poderá ser tanto de direito como de equidade.

Por fim, o cumprimento da decisão proferida pelo árbitro é dever das partes, tendo a mesma eficácia que uma sentença judicial. A solução encontrada pelo árbitro, para a controvérsia, tem caráter impositivo e vinculante. Neste sentido, os efeitos da sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, (i) torna certa a relação ou situação jurídica incerta, (ii) põe fim à atividade jurisdicional arbitral, (iii) constitui título executivo, e se condenatória (iv), sujeita o devedor à execução e (v) produz hipoteca judiciária (CARREIRA ALVIM, 2007, p. 3).

Essas são as principais características do instituto da arbitragem, segundo definido pela Lei nº 9.307/96. Todavia, essa lei não define todos os *pressupostos de arbitralidade*, limitando-se a definir *regras mínimas* para que a arbitragem seja válida no âmbito do direito positivo brasileiro, de forma que outras normas jurídicas vinculadas à natureza do objeto da lide ou às partes envolvidas no processo arbitral podem se agregar como requisitos extrínsecos à Lei nº 9.307/96, como requisitos de validade para a arbitragem e limitadores do âmbito de competência do árbitro.

É o caso de se pensar a arbitragem como possibilidade jurídica em sentido amplo (SALLES, 2011, p. 207-211), para que se discuta quais requisitos devem ser cumpridos para que ela, por ventura, se torne válida no âmbito tributário.

2. Reforma do Estado.

2.1 Fundamentos e premissas teóricas para implantação de uma administração pública gerencial.

Sob a rubrica *Reforma do Estado*⁵, tem-se, na perspectiva brasileira, um verdadeiro programa governamental iniciado na década de 90, com a proposta de redefinir as funções do aparelho estatal, como resposta à saturação das políticas governamentais empregadas de acordo com as diretrizes do que se convencionou chamar de Estado do Bem-Estar Social. Essas políticas se fundamentavam, basicamente, na *assunção direta* pelo Estado de diversas prestações de serviços públicos, desenvolvidas em concomitância a projetos de infraestrutura, para que o binômio crescimento-desenvolvimento econômico e social fosse promovido. No entanto, elas demonstraram sua ineficiência ao não dispor de ferramentas para coordenar a ordem econômica em sintonia com os seus principais agentes, quando se evidenciou que o grave déficit fiscal, originado por essa diretriz governamental, empurrava o Estado para uma crise orçamentária que tornava impraticável a continuação dessas políticas, aparte a própria ineficiência técnica e quantitativa que a prestação dos serviços públicos e os projetos de infraestrutura apresentavam quando oferecidos diretamente pelo Estado.

Esse quadro de constatações apontou para uma necessidade de repensar a forma de intervenção do Estado na prestação de serviços públicos e de projetos de infraestrutura, e um dos primeiros passos foi a desburocratização do aparelho estatal.

Com efeito, a administração burocrática, alicerçada nos princípios de administração do exército prussiano e idealizada por Max Weber com base no mérito profissional, cumpria bem o seu papel - principalmente quando o seu referencial teórico anterior era a administração patrimonialista - porque concebida de acordo com as dimensões que o Estado possuía à época de sua elaboração, as quais se resumiam basicamente na garantia dos contratos e da propriedade. Assim, a administração burocrática passou a apresentar problemas de eficiência justamente quando o Estado, que antes a acomodava, se expandiu rumo à essa crescente prestação de serviços públicos, realização de projetos de infraestrutura, e regulação econômica (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 4-5).

O modelo de administração gerencial veio então a socorro do desgastado modelo de administração burocrática, e suas principais premissas teóricas podem ser agrupadas nos seguintes aspectos:

[...] (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização

⁵ O documento oficial, que formalizou o início da implantação da administração gerencial no âmbito da Administração, denominou-se *Plano Diretor da Reforma e do Aparelho do Estado* e foi idealizado no Ministério da Administração e Reforma do Estado.

administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida. (BRESSER PEREIRA, 1996, p.6)

A proposta de implantação da administração gerencial não foi pensada como uma ruptura total de paradigma, mas como verdadeira e simples reforma, com claros reflexos no direito positivo brasileiro, em especial no âmbito do Direito Administrativo, que se inclinou, em particular, numa ampla vertente de *regulação da atividade econômica* com vistas a promover a participação cada vez maior dos agentes econômicos na prestação dos serviços públicos e projetos de infraestrutura, em um nível diferente de fiscalização e governança – principalmente representado pelo modelo das agências reguladoras independentes - do que aquela preconizada pelo modelo de administração burocrática⁶.

Em suma, a administração gerencial liga-se fortemente a uma proposta de governança indireta⁷, voltado mais à regulação de terceiros – notadamente agentes econômicos ou organizações sociais – que proporcionam bens ou serviços tidos como de interesse público, do que à prestação direta desses bens e serviços, o que também significa uma maior liberdade para formulação das políticas públicas, uma vez que, em tese, há uma atenuação das limitações orçamentárias quando o Estado tira sobre si a carga fiscal de ser o responsável direto pela execução dessas políticas.

2.2 A projeção da *Reforma do Estado* no Direito Administrativo Brasileiro.

Uma característica essencial do modelo de governança indireta é a sua *especialização e setorização*, quebrando-se a típica estrutura piramidal e monolítica da Administração Pública, com efeitos marcadamente no *plano normativo infra - legal*.

⁶ Sobre os reflexos da Reforma do Estado no âmbito do Direito Administrativo, LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES aduz que eles podem ser representados “sinteticamente, pela assertiva segundo a qual se imporia a conformação do Estado Administrador ao princípio democrático, com a relativização do princípio da legalidade (parlamentar), pelo reconhecimento da realidade plural, de novas formas de juridicidade, atualmente sufocadas por posturas absolutistas uniformizadoras através da lei formal.” (FERNANDES, 2009, p. 259)

⁷ Nesse sentido, confira-se a observação de JULIANA BONACORSI DE PALMA, que, com base na doutrina administrativa norte americana, ratifica que: “De uma posição de adversário, o administrado passa a ser considerado cada vez mais como um personagem necessário para a adequada prestação da utilidade pública, seja no momento da formação da decisão administrativa, quando entram em cenas mecanismos de participação administrativo no processo normativo ou deliberativo, seja no momento de implementação desta decisão com a celebração de contratos de parceria-público privadas em sentido amplo.” (PALMA, 2010, p. 111)

Nessa linha de pensamento, também é preciso se reconsiderar o modo como a Fazenda Pública exerce as suas prerrogativas públicas, no sentido de se questionar se esse modo de atuação atende ao modelo de administração pública gerencial proposta pela *Reforma do Estado*.

Nesse contexto, a *instrumentalidade* das prerrogativas públicas ganha mais ênfase do que a sua marca de *autoridade*, i.e, a sua finalidade prescrita para promoção e tutela do interesse público é o que justifica a sua característica de exorbitar aos atos fundados na autonomia da vontade, donde que, se o interesse público for alcançado através de uma relação mais vertical com o administrado, o exercício de determinada prerrogativa pública pode ser colocado de lado, até mesmo porque, quando ela não se mostra como o meio necessário ou mais eficaz para se alcançar o interesse público, a sua própria legitimidade encontra-se em debate.

Não se trata, a princípio, de a Fazenda Pública conceber relações jurídicas de direito privado com o contribuinte, mas de buscar soluções para as controvérsias com o sem que a *unilateralidade* e a *imposição* estejam tão presentes através do exercício das prerrogativas públicas, o que implica, em última análise, a inexistência de qualquer preponderância, *a priori*, para o exercício delas.

É dizer que a Fazenda Pública deve proceder, sempre, a ponderação dos fatos, circunstâncias e normas que levem a solução mais eficiente com vistas à satisfação do interesse público⁸, dentro do que pode ser caracterizado como:

[...] franjas de gestión tributaria dominadas por la discrecionariedad (pura o técnica), que sirven para la decisión propia, unilateral, o compartida, bilateral, en cualquier caso, com efeitos imediatos sobre las esferas jurídicas ajenas. (ROSEMBUJ, 2000, p. 14).

Em suma, é a busca por uma atuação administrativa mais consensual, quando a consensualidade satisfazer mais ao interesse público do que a imperatividade⁹, ressaltando-se que:

⁸ Diante desse quadro, acentua FLORIANO MARQUES AZEVEDO que o princípio da proporcionalidade “obriga que o manejo do poder exorbitante: decorra da necessidade de concretização de uma finalidade de interesse público; (ii) dê-se nos estritos limites necessários do necessário para consecução desse interesse” (AZEVEDO, 2006, p.14)

⁹ A propósito: “Deixadas de lado as considerações sobre o interesse e os direitos até mesmo fundamentais dos cidadãos-contribuintes e considerado apenas o da arrecadação, militam em razão da colaboração consensual entre a administração fazendária e os contribuintes, o confronto entre ambas – que é até mesmo cultural, em que Fisco e contribuintes se veem como inimigos – que tem resultado em dificuldade no valor da arrecadação, havendo o jornal “Valor Econômico” do dia 11 de Setembro de 2003 noticiado o resgate, pela Receita Federal, de “apenas 12% de suas atuações”, o que, dentre outras coisas, decorre da demora na conclusão dos processos administrativos e judiciais voltados à cobrança de tributos, e isso apenas no campo da Receita Federal daquele ano, o que tudo está longe da pretendida eficiência administrativa preconizada pelo art. 37 da Constituição.” (CARVALHO, 2008, p. 134.)

[...] No campo pragmático, o que se coloca é a busca por métodos menos simplistas para resolução de conflitos de interesses na seara administrativa, que considerem critérios racionais hábeis a motivar a decisão da Administração tomada quando do arbitramento dos interesses” (PALMA, 2010, p. 54).

Nesse particular, questiona-se o papel do ato administrativo, com todos os seus atributos clássicos, como principal modo de criar relações jurídicas entre o administrado e à Administração Pública¹⁰, notadamente porque essa relação jurídica, principalmente no surgimento de controvérsias ou de conflito de interesses, dá-se sob a marca da sujeição do administrado à decisão da Administração e não mais se compatibiliza com a perspectiva processual no âmbito administrativo fundada no pressuposto de uma democracia participativa, sobretudo quando o ato administrativo revela-se como uma atuação estática e momentânea por parte da Administração, sem considerar todos os interesses envolvidos na controvérsia, além do caso concreto.

Nesse quadrante, é de se lembrar que:

[...]A renovação da teoria democrática assenta, antes de mais, na formulação de critérios democráticos de participação política que não confinem esta ao acto de votar. Implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa [...] (SANTOS, 2003, p. 270-271).

Não obstante, é oportuna a crítica de que a discussão dos temas da sociedade civil por meio da democracia participativa não pode simplesmente significar o desprezo ou a minimização do Estado, inclusive em sua função legislativa (FERNANDES, 2009, p. 97-105), por mais que hoje se tenha consciência de que a esfera pública¹¹ não se confunde inteiramente com a esfera estatal, surgindo a adjetivação, para algumas categorias de bens e direitos, como “público não-estatal” – notadamente na esfera dos direitos difusos e coletivos. Nesse sentir, o Estado aparece justamente como garante da existência do “espaço público”, para que esse também não seja englobado inteiramente pelo “espaço privado”. Sinteticamente, o Estado idealizado por esses processos de reforma é justamente aquele que arbitra as questões entre o público e o privado, através das suas prerrogativas estatais desdobradas pelos instrumentos de regulação que o ordenamento jurídico moldado por esse novo paradigma lhe dispõem.

¹⁰ Nesse sentido, segundo ODETE MEDAUER, faz parte da discussão contemporânea no âmbito do Direito Administrativo a atuação de uma Administração Pública que “que tende a ser menos imperial, buscando soluções mediante acordos, negociação e consenso dos cidadãos. E se revela propensa a utilizar, com muita frequência, instrumentos contratuais”. (MEDAUER, 2009, 170)

¹¹ Segundo HABERMAS, “Para preencher a sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas.” (HABERMAS, 2003, p.97)

Finalmente, o princípio da eficiência, constitucionalizado por meio da Emenda Constitucional nº 19/98¹², também marca sua presença no debate contemporâneo acerca da atuação administrativa, principalmente quando se trata de desvendar em que consiste sua força normativa.

Significando, primeiramente, um *mandado de otimização* dirigido ao *dever de boa administração*, o princípio da eficiência se concretiza como um comando para que a Administração Pública escolha o meio mais adequado para promoção das finalidades públicas, de acordo com o critério da proporcionalidade e com vistas à obtenção da decisão com mais chances de ser eficaz e atender ao interesse público, o que faz com que a escolha dos meios também se guie pelo grau de concretização de seus *efeitos*.

Nesse caminhar, a arbitragem pode representar um ganho de eficiência para solução de controvérsias entre o contribuinte e a Fazenda Pública¹³, principalmente em sua vertente que permite a flexibilidade procedimental, pois essa característica pode atender ao que a contemporânea doutrina processualista (DINAMARCO, 2002, p. 34-322) almeja como pedra de toque para todo e qualquer procedimento, i.e, *que ele tenha utilidade para resolver as questões de direito material controvertida*, e para tanto, uma abordagem mais flexível, ou ao menos a sua possibilidade, pode servir mais a esse fim do que um processo baseado em procedimentos completamente disciplinados no âmbito da legislação, e não de acordo com o que melhor pode interessar às partes para solução da controvérsia.

3. A compatibilidade da arbitragem com o sistema tributário nacional.

Primeiramente, é de se acentuar que, acaso possa se submeter a arbitragem, a Fazenda Pública não está *efetivamente* dispondo de nenhum crédito tributário, até mesmo porque a própria existência desse crédito pode ser o objeto da lide arbitral. A discussão que se travará nas linhas seguintes, portanto, é de índole conceitual, uma vez que a indisponibilidade do crédito tributário¹⁴ (art. 141 do CTN) pode implicar, a princípio, que

¹² Segundo SELMA FERREIRA LEMES, o princípio da eficiência, antes mesmo da Emenda nº 19/98, “já se encontrava regulado no ordenamento interno, no Decreto-Lei nº 200/67, ao submeter toda a Administração Pública ao “controle de resultado”” (LEMES, 2007, p. 152)

¹³ Nesse sentido, há quem chegue a afirmar que integra a eficiência administrativa “a criação de juízos arbitrais cujo escopo seja, em linhas gerais, solucionar controvérsias referentes à arrecadação de tributos, permitindo-se um julgamento técnico e célere, e imprimindo-se, inclusive, segurança jurídica às relações” (MONTEIRO e CASTRO, 2009, p. 79-80).

¹⁴ A propósito da dicotomia disponibilidade/indisponibilidade, observa-se “a falta de um sentido unitário ou uniforme dos conceitos envolvidos, usados para expressar situações normativas de natureza e efeitos

o crédito tributário é um direito patrimonial de caráter indisponível, o que afastaria o requisito da arbitralidade objetiva para fins de instauração de um processo arbitral que o tenha como objeto.

Nesse caminho, deve ser lembrado que da Fazenda Pública espera-se que atue na perseguição e na cura do interesse público, ao contrário dos particulares, dos quais somente se espera que ajam na conformidade dos seus próprios interesses, sendo-lhes exigido apenas que observem normas de ordem pública para que, na consecução desses interesses, não violem direitos de outros particulares e não agridam bens ou direitos que pertencem a toda a coletividade, como a proteção ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico-cultural.

Apesar de variar segundo os valores e metas a serem perseguidas por cada organização social, e por isso mesmo não possuindo um sentido unívoco e definido aprioristicamente sem ter em vista uma determinada situação, o interesse público pode ser conceituado como o interesse que ultrapassa o âmbito meramente individual, fixando-se na esfera do bem geral da comunidade, a ser usufruído por todos que dela participam¹⁵, com aptidão para colocar quem faça às vezes de persegui-lo e protegi-lo, numa determinada posição de unilateralidade e supremacia em relação ao interesse particular, embora o rol constitucional de direitos individuais, e suas respectivas garantias, sirvam como contrapeso para o exercício dessa posição.

Desse interesse a Fazenda Pública jamais pode dispor, seja substituindo-o por outro qualquer, seja transferindo-o ou alienando-o à esfera dos particulares, desincumbindo-se do seu zelo e da sua colimação. Por conseguinte, toda e qualquer promoção de políticas públicas terá como principal gestor o Poder Público, como dá mostras o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Com o escopo de facilitar a consecução desse interesse, são assegurados à Fazenda Pública uma diversidade de direitos, prerrogativas e bens que afetos à essa consecução, não podem ser por ela, a princípio, *livremente dispostos*¹⁶.

muito diversos. São conceitos com um sentido plurívoco, que acabam por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado, como ocorre em relação aos bens e negócios da Administração Pública” (SALLES, 2011, p. 289.)

¹⁵ Nesse sentido, pontifica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO que o interesse público resulta “do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 59).

¹⁶ A respeito, cf. “o necessário – parece-nos- é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.” (BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 71)

No campo tributário, a indisponibilidade do crédito tributário aparece como decorrência natural do princípio¹⁷ da indisponibilidade do interesse público, e isso significa que a Fazenda Pública, como ponto de partida, não pode renunciar a receita tributária, seja ela proveniente de qualquer espécie, fundamentando-se tão somente num ato de vontade e liberalidade.

Cabe, entretanto, demonstrar que o sistema tributário nacional não afasta por completo a *disponibilidade de bens e direitos* titularizados pela Fazenda Pública, inclusive quando se refere a receita tributária.

Primeiramente, relembremos o conceito de disponibilidade como a possibilidade de o titular de determinado direito ou bem usufruir, em relação a esse bem ou direito, dos poderes inerentes à relação de propriedade, como aliená-lo, doá-lo, negociá-lo, transacioná-lo, dá-lo em garantia; que redunde, enfim, na prática de qualquer ato que, ao seu término, implique a renúncia ou a transferência desse bem para outrem.

A seu turno, o fundamento para a manifestação desses poderes não se insere no conceito de disponibilidade, donde se evidencia, para os fins de arbitralidade objetiva, a irrelevância desse fundamento se originar da autonomia da vontade ou de previsão legal, ou seja, o regime jurídico ao qual estão submetidos esses direitos pouco importa para esse requisito de instauração da arbitragem, conquanto esse regime ponha esses direitos à disposição de seu titular.

Para os particulares, de fato, basta a autonomia da vontade e a ausência de qualquer impedimento legal para que a disponibilidade acerca dos seus bens se encontre plena.

Já em relação à Fazenda Pública, há sim possibilidade dispor de bens e direitos, entretanto, os requisitos são outros, próprios do regime jurídico ao qual ela está submetida. Eles variam de acordo com o bem ou direito que está sendo disposto, mas há dois requisitos comuns à disposição de qualquer bem ou direito por parte da Fazenda Pública, razão pela qual pode se falar de uma verdadeira *disponibilidade condicionada*.

¹⁷ Sobre a possibilidade de um determinado princípio jurídico irradiar diversos consequentes normativos no ordenamento jurídico, cumpre nos valer da lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, que caracteriza o princípio jurídico como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e a inteligência, precisamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 53)

3.1.2 Os requisitos para caracterização da disponibilidade do crédito tributário.

Para dispor do crédito tributário, é necessário que, primeiramente, a disposição desse direito (assim como de qualquer outro bem ou direito cujo titular seja a Fazenda Pública) atenda ao interesse público; esse é a única pauta de conduta por parte da Fazenda Pública da qual ela não pode se afastar, tanto que o pilar do regime jurídico ao qual está submetida é justamente a *indisponibilidade absoluta* desse interesse¹⁸.

Essa ordem de ideias nos leva ao argumento da dicotomia do interesse público em primário/secundário. O interesse público primário refere-se à satisfação das próprias necessidades da sociedade, incorporadas pela figura do Poder Público como ente governamental, onde desaguam as opções políticas e legislativas visadas para satisfação dessas necessidades. Por sua vez, o interesse público secundário diz respeito a função administrativa incumbida de realizar o interesse público primário, o qual se incorpora na figura da Administração Pública, em suas diversas segmentações, como pessoa jurídica de direito público (MOREIRA NETO, 2001, p. 112).

Nesse caminhar, somente os direitos conexos às atividades políticas e legislativas é que se encontram fora do âmbito de disponibilidade por parte da Administração Pública, uma vez que sequer se incorporam a sua titularidade como executora do interesse público primário. Noutro giro, qualquer direito que esteja associado ao interesse público secundário, desde que mediante autorização legislativa (ainda se consideramos a concepção tradicional acerca do princípio da legalidade), pode revestir-se do atributo da disponibilidade, justamente porque a Administração pode considerar a sua disponibilidade como uma via para executar o interesse público primário.

Por conseguinte, a vinculação entre interesse público primário e interesse público secundário não significa a impossibilidade de modificação da titularidade de um bem ou direito originariamente pertencente à Fazenda Pública, ou mesma a sua renúncia, mas justamente o oposto, uma vez que esses atributos que caracterizam a disponibilidade de um direito podem ser, de fato, o instrumental para satisfação do interesse público primário, aquele realmente consagrado por opções políticas e legislativas - tanto mais

¹⁸ Nesse sentido, "... a abrangência da transação tributária – assim como a de conciliação ou da arbitragem – estará sempre condicionada às circunstâncias que as hajam provocado e a sua adoção não deve ferir o interesse público, mas homenageá-lo, continuando este a ser o centro de todos os procedimentos do administrador e da Administração" (CARVALHO, 2008, p. 90)

num Estado que se molda com característica cada vez mais negociais e gerenciais, utilizando a gestão de recursos públicos para o alcance de metas econômicas e sociais.¹⁹

O segundo requisito é que a disposição atenda ao princípio da legalidade, o qual se encontrado encartado como norma constitucional tanto no art. 5º, inc. II, no título dos direitos e garantias fundamentais, quanto no art. 37, *caput*, como um dos princípios a serem observados pela Administração Pública.

Apreende-se dessa topografia constitucional que o princípio da legalidade pode ter significados distintos quando trata de se dirigir aos particulares e quanto trata de se dirigir à Fazenda Pública. Para os particulares, atua de maneira negativa, no sentido de facultar-lhes fazer tudo o que não esteja proibido por lei. Para a Fazenda Pública, por sua vez, normalmente atua de maneira positiva, exigindo que a conduta administrativa, seja quando se dirija aos particulares, seja no seu próprio âmbito interno, esteja legalmente prevista.

Assim, tradicionalmente se entende que não pode a Fazenda Pública ao seu puro alvedrio criar procedimentos, expedir atos administrativos ou tomar decisões, sem estar respaldada em alguma previsão legal específica que justifique a sua conduta²⁰.

Em se tratando da indisponibilidade do crédito tributário, o princípio da legalidade administrativa normalmente se desdobra no *princípio da reserva legal*, significando que a Fazenda Pública só pode dispor do crédito tributário mediante lei que a autorize proceder dessa forma, principalmente quando ela *efetivamente* dispõe desse direito, como é de se pensar no caso de isenções fiscais.

Por outro lado, ao se considerar o âmbito específico da arbitragem, sobretudo como alternativa para solução eficiente de controvérsias, cabem considerações acerca do princípio da legalidade administrativa, no sentido de a Fazenda Pública poder submeter-se a arbitragem mesmo sem autorização legal específica, e sem que tal faculdade signifique ofensa a esse princípio.

¹⁹ Conforme já acentuou EROS ROBERTO GRAU: “A Administração Pública, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeros vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles” (GRAU, 2000, p. 20)

²⁰ Espelhando essa doutrina tradicional, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo: “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.” (BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 102)

É o caso, portanto, de reconsiderar o dogma que imprime ao princípio da legalidade administrativa apenas o conteúdo exclusivo de vinculação positiva à lei.

3.2 - A legalidade administrativa: da vinculação positiva à lei à fundamentação da decisão administrativa com base no Direito.

3.2.1 – Uma hermenêutica da legalidade administrativa com fundamento na Constituição de 1988.

Primeiramente, é razoável imaginar que, havendo previsão legal específica que permita o uso da arbitragem pela Fazenda Pública no âmbito tributário, dissipem-se as celeumas que poderiam surgir acerca de uma eventual ofensa ao princípio da legalidade administrativa, entendido como vinculação positiva da Fazenda Pública à lei²¹.

Ademais, referida previsão revela uma face de maior segurança jurídica para validade da convenção de arbitragem, pois o legislador já teria filtrado, em tese, todas as discussões que poderiam ocorrer entre a compatibilidade do sistema tributário nacional e o instituto da arbitragem como delineado no direito positivo brasileiro, pois não se presume que o legislador ordenaria ou facultaria à Fazenda Pública proceder de maneira contrária a dito regime.

Porém, a questão que se propõe é a faculdade de a Fazenda Pública celebrar a convenção de arbitragem mesmo sem expressa autorização legislativa ou lei dispendo especificamente sobre matéria, partindo-se da premissa, a ser demonstrada, de que o princípio da legalidade administrativa não possui como único conteúdo a vinculação positiva à lei.

A primeira observação que deve ser feita é de que o princípio da legalidade administrativa varia de acordo com o ordenamento jurídico em que ele esteja inserido²²,

²¹ Quando nos referimos a lei, tratamos da lei em sentido formal, no rol contemplado pelo art. 59 da CF/88, excluindo-se os denominados “regulamentos autônomos”, os quais, de acordo com a doutrina brasileira tradicional, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, salvo no caso art. 84, inc.VI, “a” da CF/88.

²² No mesmo sentido, LUÍS CABRAL DE MONCADA afirma que “o significado do princípio da legalidade da Administração depende em primeira mão da estrutura constitucional em que esteja inserido. Encara-se aqui o conceito de estrutura com o sentido que é usual nas ciências sociais, ou seja, como um todo de sentido que se infere a partir de dados pessoais heterogêneos, em vez de traduzir um conjunto de relações invariáveis entre fenômenos homogêneos. É nesse sentido que a noção de estrutura apresenta algum interesse do ponto de vista do direito público. A legalidade depende do todo constitucional e apura-se tendo em atenção uma multiplicidade de elementos reciprocamente dependentes”. (CABRAL DE MONCADA, 2002, p. 13.)

de modo que o seu conteúdo não deve ser posto como um problema que antecede ao direito positivo, i.e, o maior ou o menor grau de vinculação da Fazenda Pública à lei, os fundamentos que justificam essa vinculação, e a possibilidade de eles serem afastados em decorrência da ponderação com algum outro princípio, são problemas que devem ser abordados de acordo com os princípios e as regras de direito positivo que com esses fundamentos se relacionam.

Considerando-se essa observação, afirmar que o princípio da legalidade administrativa implica necessária vinculação positiva à lei pode significar uma petição de princípio acaso o seu significado não seja extraído a partir de uma abordagem que tome em consideração o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caminhar, a Constituição Brasileira de 1988 modelou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, com o objetivo, dentre outros, de diminuir as desigualdades sociais e regionais (art. 1º c/c art. 3º, inc. II). Essa opção política extravasa suas implicações por todo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma que para se compreender esse ordenamento, é necessário saber o que significa esse modelo de Estado adotado pela Constituição.

Em breve perspectiva histórica, até a Revolução Americana e a Revolução Francesa, a função que emanava da ideia de legalidade era de impor aos súditos obediência irrestrita ao poder político do soberano (SUNDFELD, 2009, p. 31-60). Somente a partir da formulação da ideia de *Estado de Direito* é que a legalidade passa a representar o instrumento formal de organização e controle do poder político, sujeitando o próprio Estado e transformando súditos em cidadãos, consagrando “a ideia do governo de leis em substituição à ideia do governo por pessoas” (TEXEIRA, 2009, p. 97).

De fato, um Estado de Direito só deve ser considerado como tal se, cumulativamente (i) todos os cidadãos estiverem sujeitos ao direito, mesmo os responsáveis por sua criação, (ii) todos os agentes políticos atuem conforme o direito, desempenhando funções definidas previamente em competências limitadas por regras jurídicas e, finalmente, (iii) se positivarem normas jurídicas fundamentadas na ideia de direito, que primem pela necessidade de realização de princípios consagrados pela consciência jurídica geral e dotados de valor e bondade intrínsecos (CANOTILHO, 1999, P.15).

Ao Estado de Direito, o liberalismo clássico²³ agregou a ideia de consagração de direitos individuais, calcados principalmente no valor da liberdade e da livre-iniciativa. O constitucionalismo²⁴, por sua vez, trouxe à reboque a ideia de supremacia da Constituição e a separação dos Poderes, como via para se concretizar esses direitos individuais, que basicamente exigia do poder político somente uma postura de garantir a ordem pública para que os indivíduos desfrutassem da liberdade de conduzir seus negócios em sociedade, com a possibilidade de demandar o Estado para que retificasse qualquer ofensa a esse direito, fosse cometido por um particular, ou por ele próprio, Estado .

Mas o mero Estado de Direito nada diz a respeito do modo como se dará a formação do poder político. O seu mérito esbarra na conformação do poder político à legalidade, protegendo a liberdade dos cidadãos. É com o renascimento da ideia de democracia²⁵ que surge a concepção do *povo* como detentor originário do poder político responsável pela criação do ordenamento jurídico, por meio da *representação* dos seus agentes políticos eleitos por meio do voto. Portanto, a legalidade já não representa somente a limitação formal do poder político para a garantia dos direitos individuais, mas também a participação para limitação desse poder; daí o nascimento de uma gama de direitos políticos destinados a assegurar essa participação.

Progressivamente, os valores iluminados pelo socialismo e os perversos efeitos das crises econômicas e das guerras da primeira metade do Século XX levaram ao reconhecimento de que a ordem pública também precisava ser assegurada através de um desenvolvimento econômico e social que amenizasse a miséria e as desigualdades sociais, e esse reconhecimento remodelou o Estado como agente para esse desenvolvimento; os direitos sociais e coletivos representaram para o Estado esse compromisso.

²³ Conforme leciona GUSTAVO JUST, “O liberalismo se desdobra em dois aspectos. O primeiro é a construção de uma esfera de liberdade individual do cidadão, uma liberdade concedida em primeira linha como proteção de seus interesses primordiais – seus direitos inalienáveis – face à ação do Estado. O segundo é a ideia de contenção, de enquadramento da ação estatal por normas jurídicas.” (JUST, 2009, p. 236.)

²⁴ Entre as consequências do constitucionalismo no âmbito do direito administrativo, pode-se citar a alteração do conjunto das fontes jurídicas e uma maior flexibilização entre lei e competência regulamentar. (NOBRE, 2009, 206).

²⁵ A propósito, confira-se a lição basilar de NELSON SALDANHA de que: “Na democracia os homens contam consigo mesmos; perdem os fundamentos transcendentais e têm de elaborar (ex-laborare) um mundo sócio-político que depende de contingências; ao contrário do mundo monárquico (e do aristocrático), em que as bases e as formas se consideravam dadas desde sempre. Dadas e duráveis, diferentemente das do nosso mundo, no qual tudo perece e tudo recomeça”. (SALDANHA, 2003, p. 105-106.)

Apreende-se, portanto, que a legalidade já não é apenas o instrumento para conformar a atuação do Estado ao ordenamento jurídico e garantir a participação do povo na formação do poder político. Assumindo o Estado um papel de concretizador de direitos sociais e coletivos (ADEODATO, 2009, p. 79-96), a legalidade também deve representar um instrumento para que esse papel seja desempenhado²⁶.

Ocorre que atribuir exclusiva interpretação de vinculação positiva à lei como único conteúdo do princípio da legalidade administrativa não atende de maneira satisfatória o papel que ele deve desempenhar nesse modelo de Estado constitucionalmente prescrito, uma vez que a complexidade das tarefas, que esse modelo de Estado encerra²⁷, torna claro que nem sempre a sua vinculação positiva à lei cumprirá a tríplice função constitucional, prescrita para a legalidade, qual seja, a de garantir os direitos fundamentais (individuais, sociais e coletivos); a de ser assegurar a legitimidade representativa para formação do poder político; e a de ser instrumento para o desenvolvimento social.

3.2.1 A legalidade administrativa para além da mera vinculação positiva à lei.

Como base nas considerações passadas, cumpre, então, buscar o significado do princípio da legalidade para além da mera vinculação positiva à lei²⁸, de forma que ele encontre sua total eficácia no sistema normativo prescrito pela Constituição de 1988.

Nesse caminhar, Gustavo Binenbojim apresenta a sua doutrina de que a Fazenda Pública goza de poderes implícitos que lhe permite praticar atos que prescindem de

²⁶ Nesse caminhar, CANOTILHO assevera que a “lei deixa de ter em primeira linha uma função de ordem ou delimitação, para determinar principalmente medidas de conformação social e direção econômica”. (CANOTILHO, 1997, p. 721.)

²⁷ Sobre essa problemática, enfatiza ANDREAS KRELL que “em todos os países democráticos, a delegação de atribuições entre o parlamento e o Governo tornou-se uma necessidade para solucionar os problemas que surgem nas modernas sociedades complexas. Nesse sentido, o fenômeno mundial da deslegalização (ou delegificação) indica a transferência da disciplina de determinadas matérias da esfera legislativa para a de governo, o que faz crescer o poder regulamentar do Estado Administrativo que muitas vezes abusa dos seus poderes normativos, até em virtude da demora exagerada na produção das leis parlamentares.” (KRELL, 2008, p. 80)

²⁸ Até mesmo na França, considerada a pátria responsável por elaborar e sistematizar os primeiros fundamentos do direito administrativo, o princípio da legalidade administrativa já tem os seus limites estendidos além da simples vinculação positiva à lei, conforme dá notícia JEAN-MICHEL DE FORGE, ao acentuar que “a administração deve também conformar sua ação aos princípios e regras de valor constitucional que, mesmo não figurando neste texto, mas com ele formam o que hoje se convencionou chamar de ‘bloco de constitucionalidade’”. (FORGE, 1991, p. 228)

previsão legal específica²⁹, desde que estes atos estejam fundados no *dever de bem administrar* o patrimônio público e promover o interesse público (BINENBOJIM, 2008, p. 138).

De fato, dado a natureza ambivalente do conceito de interesse público, ele pode significar, em uma das acepções, a *boa governança administrativa*, o que envolve um espectro de atividades bem mais complexas, por parte da Administração, do que a simples aplicação estrita da lei, implicando que a concretização do interesse público pode significar a superação da estrita legalidade.

O posicionamento de Gustavo Binenbojim, nesse particular, é condizente com a sua postura de superação dogma do princípio da legal como vinculação positiva à lei para substituí-lo pela ideia de juridicidade administrativa, entendida essa como um princípio interno da legalidade administrativa, que pode facultar à Fazenda Pública pautar sua conduta tanto com fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei, como legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, desde que por meio de uma ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINENBOJIM, 2008, p. 34-38).

Todavia, essa postura possui suas nuances, recordando-se que

[...] é mais difícil admitir que a própria administração possa anular seus atos por serem inconstitucionais, embora compatíveis com a lei em sentido formal”, uma vez que “a Constituição reserva ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis já promulgadas. Em consequência, a Administração não pode deixar de cumprir a lei sob pretexto de que ela seria inconstitucional e de que desta forma estaria exercendo um controle de legalidade *lato sensu*”. (JUST, 2009, p. 238)

Noutro giro, o que também se encontra em discussão é o sopesamento da hermenêutica legalista de caráter notadamente subsuntivo³⁰, com a atual compreensão

²⁹ A propósito, o art. 2º, parágrafo único, inc. Iº, da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo, no âmbito federal, pode ensejar a interpretação que permita a Fazenda Pública atuar sem a necessidade de previsão legal específica, conforme se observa da sua disposição: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito;”

³⁰ Todavia, conforme observa LUÍS ROBERTO BARROSO: “A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.” (BARROSO, 2007, p. 271/316)

acerca do funcionamento normativo do ordenamento jurídico³¹, para demonstrar que a norma jurídica que apontará os caminhos possíveis para a Fazenda Pública atuar nem sempre se encerrará num único dispositivo legal, ou que um mesmo dispositivo legal pode apontar vários caminhos possíveis, e no dilema entre fatos, consequências e finalidades prescritas, amarrar a Fazenda Pública a uma previsão legal específica, em respeito à concepção em voga a respeito do princípio da legalidade, encontra-se em dissonância com esse funcionamento normativo.

Com efeito, encontra-se em xeque o próprio paradigma da legalidade positivista, com sua

[...]obsessão para eliminar da análise do fenômeno jurídico quaisquer interferências de natureza puramente especulativa, considerando o direito tão-somente como norma; a adoção do princípio do verificacionismo; o seu rigoroso compromisso com os postulados das ciências da natureza no que concerne à observação e análise do mundo fático; a exclusão dos juízos de valor e das considerações em torno do significado do indivíduo nas suas dimensões humanas e sociais e, finalmente, o seu reducionismo que encapsula a ordem jurídica, subsumindo o direito à lei e esta ao Estado [...], **que se encontra em xeque, para suplanta-lo por uma perspectiva pragmática em que** [...]os problemas e os diferentes modos de interpretá-lo são, diga-se figurativamente, “cosidos” numa espécie de caldeirão cultural no qual indivíduo, as funções sociais e o mundo circundante se misturam e se diluem [...] (REGO, 2009, p. 66/68)

Essa perspectiva pragmática, que se vale de uma visão pluralista de processos interpretativos, notadamente circular por contar com mais atores e circunstâncias a dialogarem para construção do significado da norma, pode tender a uma flexibilidade da hierarquia e das fontes normativas (ressalvada a supremacia da Constituição). Isso, a seu turno, põe mais uma vez em questionamento o dogma do princípio da legalidade como a norma que também prima e resguarda o silogismo; método interpretativo que, em tese, é historicamente legitimado pela democracia representativa porque corresponde a sua lógica que pressupõe a vontade política como uma

[...] grandeza previamente dada, no sentido de que o exercício da autonomia política por delegação pressupõe que o indivíduo seja portador de uma vontade já determinada, que ele pode transferir tal qual aos seus representantes [...] A crise da democracia representativa e a crise da indeterminação do direito

³¹ Nesse ponto, convém lembrar que a compreensão tradicional acerca do funcionamento normativo do ordenamento jurídico tem como alicerce a premissa de que a “vigência do princípio da legalidade é uma peça integrante dos mecanismos que o ordenamento jurídico típico do Estado Constitucional cria para assegurar a sua unidade, ou pela menos a sua coerência. Mais especificamente, o princípio da legalidade serve à preservação da estrutura hierarquizada do ordenamento. Os ordenamentos típicos do Estado Constitucional são intencionalmente, programaticamente (e, segundo pretendem, racionalmente) hierarquizados”. (JUST, 2009, 240)

(elemento essencial à caracterização do debate contemporâneo sobre interpretação) serão assim desencadeados pelo questionamento de um mesmo dogma central [...] (JUST, 2009, p. 241-242)

Essas considerações preenchem o princípio da legalidade administrativa com um conteúdo que permite a Fazenda Pública, visando à satisfação do interesse público, vislumbrar o ordenamento jurídico a partir de todas as suas fontes formais para que adote uma determinada solução para uma determinada situação, e dentre essas soluções, nada obsta que ela opte por uma solução consensual³², como é a celebração da convenção de arbitragem, mesmo na ausência de previsão legal específica autorizando-a³³.

Dá-se, portanto, primazia à criação de norma jurídica, oriunda tanto do poder regulamentar; do poder decisório; ou, principalmente, do poder da Fazenda Pública de celebrar acordos com os particulares, quando cotejada com a ausência de lei formal específica a respeito da situação; lei que poderia, por ventura, produzir essa norma. Esse raciocínio implica, de fato, desmitificar a noção que equipara a ausência de lei específica com a vedação para a prática do ato, no âmbito da Fazenda Pública.

Afirmar, entretanto, que o princípio da legalidade administrativa possui um conteúdo que vai além da mera previsão legal específica, traz à tona uma perspectiva diferente para a problemática dos limites da discricionariedade administrativa para promoção do interesse público, uma vez que, alargando-se a possibilidade de caminhos para a Fazenda Pública atingir esse fim, a tensão entre essa discricionariedade e a legitimidade para tomada da decisão deve buscar outro ponto de equilíbrio que, em tese, é encontrado pela previsão legal específica que regula o comportamento da Fazenda Pública.

Esse ponto de equilíbrio deve se basear numa *argumentação jurídica* desenvolvida pela Fazenda Pública para que ela justifique por que adotou uma determinada solução, entre várias outras possíveis.

³² Corroborando esse argumento, afirma JULIANA BONACORSI DE PALMA: “Uma vez que a relação de legalidade no tema da consensualidade é de compatibilidade com o regime jurídico administrativo, dada à vinculação negativa à lei formal, o Poder Público possui competência para dispor sobre acordos administrativos em sede infralegal ao menos que a lei proíba expressamente a adoção da consensualidade.” (PALMA, 2010, p. 284.)

³³ No mesmo sentido, ainda que se referindo ao âmbito dos contratos administrativos, Cf. (LEMES, 2007 p. 111-116.)

Em verdade, essa argumentação nada mais é do que um desdobramento do princípio da motivação dos atos administrativos; porém, para o conteúdo que o princípio da legalidade administrativa deve assumir de acordo com a perspectiva de ordenamento jurídico apresentada, essa argumentação se reveste de uma determinada técnica que envolve a ponderação entre todas as normas jurídicas pertinentes para determinada situação e que podem apontar caminhos possíveis para a solução empregada pela Fazenda Pública, para que se demonstre qual, dentre elas, melhor se justifica em face da perseguição do interesse público contrabalanceado com determinado direito individual, social ou coletivo que esteja com a questão relacionado.

Fica claro que o raciocínio desenvolvido para essa argumentação será, presumivelmente, mais árduo e complexo do que aquele que se baseasse numa mera autorização legislativa e se resumisse num simples raciocínio subsuntivo, no entanto, uma menor vinculação da Fazenda Pública à previsão legal específica também deve significar uma maior responsabilidade na exposição dos fundamentos de sua conduta, pois tal será o parâmetro de controle de validade dessa conduta perante o ordenamento jurídico.

Evidenciado, pois, que o princípio da legalidade administrativa não se exaure na mera vinculação positiva à lei, é possível imaginar a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar a convenção de arbitragem para solucionar controvérsias no âmbito tributário, mesmo na ausência de previsão legal específica autorizando-a³⁴, desde que se demonstre, caso a caso, as razões normativas, fundadas no interesse público, que justificaram a sua opção pela arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é instituto que hoje encontra-se fortemente amparado no ordenamento jurídico brasileiro, que confere prestígio e segurança às suas vantagens. Inserindo-se entre os mecanismos de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, a arbitragem verdadeiramente traz consigo o escopo maior de pacificação dos conflitos sociais, tal a qual a justiça estatal, e na perseguição desse escopo, uma das suas tendências é ser

³⁴ Em âmbito jurisprudencial, já se tem julgado que considerou válida a transação realizada entre o Município de Santa Rita do Sapucaí e servidores públicas municipais, mesmo na ausência de lei específica autorizando que essa transação fosse realizada. RE 253.885-0/MG.

utilizado também no âmbito da Fazenda Pública, para solução de controvérsias com o contribuinte.

Disciplinada pela Lei nº 9.307/96, a arbitragem requer que as controvérsias submetidas ao juízo arbitral se circunscrevam a direitos patrimoniais disponíveis, caracterizados como aqueles que podem ser apreciados monetariamente e sobre os quais seus titulares possuam autonomia para praticar *atos de negociação*, tais como alienar, dar em garantia, renunciar, etc.

Por outro lado, a arbitragem necessita ser encarada, para resolução de conflitos, como possibilidade jurídica em sentido amplo, de forma que a discussão sobre seu emprego no âmbito tributário não se encerre nas diretrizes conferidas pela Lei nº 9.307/96, devendo envolver outros requisitos típicos desse âmbito.

Nesse caminho, pode ser cogitada, portanto, a edição de leis especiais e setoriais sobre a arbitragem no âmbito tributário - sobretudo se considerada a compreensão tradicional acerca do princípio da legalidade – disciplinando, inclusive, o procedimento administrativo para fins de celebração da convenção da arbitragem, que, no caso da Fazenda Pública, não pode ser fundamentada na autonomia da vontade, mas em uma decisão administrativa que tenha origem, por sua vez, numa regra de competência.

Também se buscou demonstrar que a tendência de a Fazenda Pública poder utilizar-se da arbitragem faz parte de um quadro maior de mudanças na gestão pública, objetivados pela *Reforma do Estado*.

Baseia-se esse programa numa forte descentralização administrativa, em que os administradores públicos, principalmente no âmbito da regulação econômica, são dotados de maior autonomia para tomada de decisões, partindo-se do pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total, assim como do controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos, e cujo escopo seja sempre atender aos interesses dos cidadãos, e não a conveniência da própria Administração Pública.

Nesse caminhar, foi debatido se o modo como a Fazenda Pública exerce as suas prerrogativas públicas atende ao modelo de governança proposto pela *Reforma do Estado*, chegando-se à conclusão de que a Administração Pública deve sempre ponderar os fatos, circunstâncias e normas que levem-na à solução mais eficiente com vistas à satisfação do interesse público, conferindo-lhe uma discricionariedade que, devidamente

fundamentada, pode levar a uma solução consensual com o administrado, sem o uso das suas prerrogativas públicas, e dentro da qual pode se situar a convenção de arbitragem.

De fato, o Estado deve ser encarado como aquele que arbitra as questões entre o público e o privado, servindo-se de instrumentos de regulação que o ordenamento jurídico moldado pelo paradigma da *Reforma do Estado* irá lhe dispor, em que as prerrogativas públicas não são mais pensadas meras marcas de autoridade e supremacia do público sobre o privado. O que importa, portanto, é a escolha do meio mais adequado para que se alcance as finalidades públicas, baseando-se num critério de proporcionalidade que guie a Administração Pública à obtenção da decisão com mais chances de ser eficaz e atender ao interesse público, entre as quais pode se inserir o emprego da arbitragem,

Nesse quadrante, demonstrou-se que o crédito tributário pode categorizar-se como direito disponível para fins de atendimento da arbitralidade objetiva, justamente porque pode ser a sua disposição o principal instrumento para que se atenda ao interesse público. Mas essa disposição deve dar-se mediante lei específica autorizando-a, uma vez que, no âmbito da Fazenda Pública, não impera a autonomia da vontade, mas a legalidade administrativa, que, numa concepção aceita por tradicional doutrina brasileira, significa vinculação positiva à lei.

Dada essa concepção, a arbitragem no âmbito tributário ainda não poderia ser empregada, por ausência de previsão legal específica. No entanto, é de ser realizada uma releitura da legalidade administrativa, partindo-se do pressuposto de que o maior ou o menor grau de vinculação da Fazenda Pública à lei, os fundamentos que justificam essa vinculação, e a possibilidade de eles serem afastados em decorrência da ponderação com algum outro princípio, são problemas que devem ser abordados de acordo com os princípios e as regras de direito positivo que com esses fundamentos se relacionam, não existindo, por conseguinte, um dogma inviolável, no ordenamento jurídico brasileiro, que imponha que a legalidade administrativa se restrinja à vinculação positiva à lei, sobretudo quando esse suposto dogma não mais satisfaz o papel que a legalidade deve desempenhar no modelo de Estado idealizado pela Constituição de 1988.

Um modelo de Estado que, por sua vez, é incumbido de uma complexidade de tarefas, cuja execução, guiada pelo desenvolvimento econômico e social, exige uma maior autonomia e discricionariedade no âmbito da Administração Pública, para que ela possa visualizar o ordenamento jurídico a partir de todas as suas fontes formais, e nele visualizar a solução normativa mais eficaz para o cumprimento dessas tarefas.

Supera-se, dessa forma, o paradigma da legalidade positivista, para suplantá-lo por uma concepção de legalidade em que a interpretação dos problemas jurídicos não se resume a um raciocínio subsuntivo, mas antes prima pelo vislumbre de todas as consequências normativas, com seus reflexos em outros setores da vida – como o social e o econômico – e em situações similares, para que todas as variáveis, que envolvem a tomada de uma decisão administrativa, possam ser ponderadas, originando mais de uma alternativa para a tomada de uma decisão, e dentre essas alternativas, possivelmente, uma mais eficaz.

A superação desse paradigma, por sua vez, implica uma perspectiva diferente para a problemática dos limites da discricionariedade administrativa para promoção do interesse público, já que, visualizando-se mais de uma alternativa para a Fazenda Pública atingir esse fim, a compatibilização entre essa discricionariedade e a legitimidade para tomada da decisão administração deve buscar outro ponto de equilíbrio que, em tese, é normalmente satisfeito pela previsão legal específica que disciplina o comportamento da Fazenda Pública.

Esse ponto de equilíbrio se traduz por uma argumentação jurídica mais consistente e enriquecedora do que aquela baseada num mero raciocínio subsuntivo fundamentado numa autorização legislativa. Essa argumentação, a seu turno, pode justificar, no âmbito tributário, a celebração da convenção de arbitragem, mesmo na ausência de lei específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. “Teoria dos Direitos Subjetivos e o Problema da Positivização dos Direitos Humanos”. In: *O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º Ed., 2009.

AZEVEDO, Floriano Marques. *Limites à Abrigência e à Intensidade da Regulação Estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005>
[FLORIANO AZEVEDO.pdf](#).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?* Revista EMERJ, vol.1, n. 3, 1998.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007

BINENBOJIM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter. *Reforma do Estado e da administração pública gerencial*. 7º Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006

CABRAL DE MONCADA, Luís S. Os princípios gerais de direito e a lei". *Estudos de Direito Público*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 4º Ed. 1997.

_____. *Estado de Direito*, Lisboa: Gradiva, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2007.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Direito Arbitral*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CARVALHO, Rubens Miranda de. *Transação tributária, Arbitragem e outras formas convencionais de solução de lides tributárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Juízo arbitral no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 620, 1988.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instrumentalidade do processo*. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. “Confrontação do princípio da legalidade e princípio democrático na Reforma do Estado”. *In: O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º Ed. , 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

JUST, Gustavo. “O princípio da legalidade administrativa: O problema da interpretação e os ideais do Direito Público.”. *In: O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º Ed., 2009.

KRELL, Andreas J. *Leis de norma geral, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

MATTOS NETO, Antônio José de. *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem*, Revista de Processo. São Paulo, v. 27, n. 106, Abril – Jun 2002.

MEDAUER, Odete. *Administração Pública: do ato ao processo*. Fórum Administrativo: Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, nº 100, p. 167-174, jun. 2009.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Morais do Rêgo; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de. *Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 6, n. 23, out-dez. 2009. WALD, Arnold (coord.)

MOREIRA NETO, Diogo F. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 12º Ed., 2001.

NOBRE JR, Edílson Pereira. “Administração Pública, Legalidade e Pós-positivismo.” In: *O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

ROSEMBUJ, Tulio. *La transacción tributaria*. Barcelona, Atelier, 2000.

REGO, George Browne. “O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo”. In: *O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º, 2009.

SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. 1º Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Vol II. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

SPECTOR, Horacio. “Introdução”, In: “*Elementos de análisis económico del derecho*”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004. Org: Horacio Spector.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Ed. Malheiros. 4º Ed. São Paulo, 2009.

TEXEIRA, João Paulo Allain. “Dois modelos de Direito e Legalidade: Hans Kelsen e Niklas Luhman.” In: *O princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato (orgs.) Editora Forense, Rio de Janeiro, 1º, 2009.