



# O Controle Externo e meios alternativos de solução de conflitos

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

# Direito Romano

- Nosso sistema é baseado no sistema Romano.
- O documento mais bem acabado daquele antigo sistema é a compilação do Imperador Justiniano, elaborada em 533 D.C., que, mais tarde, ficou conhecida como “corpus iuris civilis”
- Ao lado, o frontispício da 1ª edição de Dionísio Godofredo (1583)
- Era baseado tanto em casos concretos, com as soluções dadas pelos pretores, quanto em comandos abstratos.



# Observações sobre o tradicional estudo de Direito

Toma como ponto de partida a  
conflitualidade e a adversariedade

Sublinha “a solução” ou “o correto”

Ênfase nos atos privativos do  
advogado, próximas da  
representação em juízo.

DOMINI NOSTRI SACRATISSIMI  
PRINCIPIS  
JUSTINIANI,  
JURIS ENUCLEATI

ex omni vetere Jure collecti

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM  
LIBER PRIMUS.

TIT. I.  
DE JUSTITIA, ET JURE.

*Indio, Denominatio & definitio juri. 1. De officio Jurisconsultorum.  
2. Principia seu species juri. 3. De jure naturali. 4. Jurisgentium definitio.*

1. ULPIANUS lib. 1 Institutionum.

**J**US operam daturum prius nosse oportet, unde nomen *Juri* descendat. Est autem à justitia appellatum: nam (ut eleganter Celsus definit) Jus est ars boni & æqui 4. §. 1. Cujus merito quis nos Sacerdotes appellet: Justitiam namque colimus: & boni & æqui notitiam 6 profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu poenarum, verumetiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non 7 simulatam affectantes 8. §. 2. Hujus studii duæ sunt positiones; publicum, & privatum. † Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum jus in sacris, in Sacerdotibus, in magistratibus 9 consistit. Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.

§. 3. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit 10.

cia collocata 11: commercium 12, emptiones 13, venditiones, locationes 14, conductiones, obligationes institutz: exceptis quibusdam 14, quæ à jure civili introductæ sunt.

*Juri civili definitio. 1. Romani divisio.*

6. ULPIANUS lib. 1 Institutionum.

**J**US civile est, quod neque 16 in totum 17 à naturali 18, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficitur. §. 1. Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos 19 *ἢ νόμος ἢ ἔργον*, si *ἢ νόμος* 20, id est, *legum alia quidem scripta, alia vero non scripta.*

*Species juri civili. 1. Juri Prætorii definitio, & honorarii ætymologia.*

7. PAPINIUS lib. 2 Definitionum.

**J**US autem civile est, quod ex legibus 40, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, autoritate Prudentium venit.

§. 1. Jus prætorium est 41, quod Prætores introduxerunt 42, adjuvandi 43, vel supplendi, vel 44 corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod & honorarium dicitur, ad honorem Prætorum sic nominatum.

*Honorarii juri proprium.*

8. MARCIANUS lib. 1 Institutionum.

**N**AM & ipsum jus honorarium viva 45 vox est juris civilis.

di-  
scia  
est  
libri  
scri-  
T. h  
v.  
v.  
scu-  
notaz  
su-  
libri  
Pau-  
i, a.  
xi.  
n è  
on è  
neti-  
2.  
ero,  
a-  
v 12  
Jus  
uod  
into  
u à  
tate  
pa-  
No-  
nc.  
ju-  
inc,  
is  
alle-  
ju-  
leo-

31  
ta.  
31  
Ma  
ciu  
tio  
tar.  
31  
de.  
3  
31  
tio  
teu  
c. 1  
31  
vili  
add  
Top  
31  
cit  
tur  
not  
31  
Et  
31  
rali  
not  
nat  
nat

1. ULPIANUS Libro I Institutionum—Iuri operam daturum prius noase oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

§ 1—Cuius merito quis nos sacerdotes appellet; iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.

§ 2.—Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, ab gentibus, ab civibus.

1. ULPIANO; instituições, livro 1 – Convém àquele que estuda o Direito, que conheça primeiro de onde provém a palavra “ius” (direito). Chama-se justiça; porque, segundo elegantemente a define Celso, é a arte do bom e do equitativo.

§ 1 — Por esse motivo somos intitulados “sacerdotes”; pois cultivamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e do equitativo, separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito, desejando fazer bons os homens não apenas pelo medo de sanções, mas pela incitação aos prêmios, buscando com ânsia, se não me engano, a filosofia verdadeira, não a simulada.

§ 2 — Dois são os aspectos desse estudo, o público e o privado. É Direito Público o que se refere ao estado das coisas de Roma; Privado, o que é da utilidade de cada indivíduo; pois umas coisas são úteis pública, e outras, privadamente. O Direito Público consiste nas coisas sagradas, na dos sacerdotes e na dos magistrados. O Direito Privado consta de três partes, pois está composto dos preceitos naturais, do das gentes, ou dos civis.

# Existe realmente uma divisão no Direito?



É possível argumentar que não há direito privado



É possível argumentar que não há direito público



O Direito Internacional Privado permite que não se aplique um dispositivo da lei estrangeira se ele ofender a ordem pública brasileira.



Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

# Os grandes vetores do sistema



## **Direito Público**

Indisponibilidade do Interesse Público

Supremacia do Interesse Público



## **Direito Privado**

Autonomia da vontade

Boa-fé (objetiva)

# O Cânone Brasileiro

---

“a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

(...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.



Em países de  
common law,  
não existe  
Direito  
Administrativo

o município de Detroit ajuizou pedido de falência em 18 de julho de 2013.

Haveria de suceder-se, então, um levantamento pericial do valor venal de seus ativos públicos, tais como ruas, praças, escolas, hospitais, rede de saneamento básico e iluminação, a fim de que, distribuídos aos credores em pagamento, transfiram-se ao seu patrimônio disponível para gozo e usufruto?

Demite-se funcionários?

Após tal colapso, volta-se as costas ao município, abandonando-o como entidade?

Funda-se outro no lugar?

Deixa ele de existir?

# Interesse Público

- Direito indisponível
- Conteúdo de ordem pública
- Os desdobramentos se dão sem manifestação de vontade
- O “acordo” é percebido como “corrupção”

# Interesse Privado

- Direito disponível
- Conteúdo patrimonial
- O impulso se dá com a manifestação de vontade
- O “acordo” é dá fim a qualquer litígio

# Cláusula Exorbitante e Regime Exorbitante

Na jurisdição francesa, é de grande relevância o que lá se chamou de “cláusula exorbitante”, empregada para marcar o contrato que é “administrativo” e a jurisdição, que se transfere para a administrativa em virtude do regime exorbitante de tais contratos.

Trata-se de “uma cláusula que, notadamente em virtude das prerrogativas reconhecidas à administração pública contratante durante a execução contratual, implica, presente o interesse público, que caracteriza o regime exorbitante dos contratos administrativos”

# A doutrina brasileira de cláusulas exorbitantes

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

## Indisponibilidade dos Tributos

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

# Qual o papel do Controle Externo?

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.



# Qual o papel do Controle Externo?

Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.



## Qual a função do controle externo?

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, **será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:**

III - julgar as contas [...] daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

IV - realizar, por iniciativa própria [...] inspeções e auditorias de **natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial**, nas unidades administrativas dos **Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário** [...];

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, **multa proporcional ao dano causado ao erário**;

IX - **assinar prazo** para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - **sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado**, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

# Ideias para uma matriz de consensualidade

O reequilíbrio econômico financeiro parece expressamente excluído das cláusulas exorbitantes.

- Qual deve ser a tarifa do transporte público?
- Qual deve ser a tarifa do pedágio?
- De quanto deve ser o reajuste no contrato de terceirização após novo dissídio coletivo?
- Qual deve ser o preço do contrato de resíduos sólidos em virtude do acréscimo de área?

Se a fiscalização do contrato é cláusula exorbitante, a compreensão de como solucionar desconformidades, parece não ser.

- Novidade imprevisível que torne inviável determinada técnica construtiva constitui alteração do edital de licitação?
- E a descontinuidade na fabricação de um insumo?
- E a inexistência de um insumo?

# Ideias para uma matriz de consensualidade



**TRIBUTO** - Embora o principal e a correção monetária sejam indisponíveis, também seriam os juros e a multa?

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.



**TRANSAÇÃO** – A lei pode facultar a determinação do litígio por meio de concessões recíprocas

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.



# Ideias para uma matriz de consensualidade

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

# Ideias para uma matriz de consensualidade



Recuperação de dívida ativa



Conflitos na prestação de serviço público



Dispute resolution board



Reequilíbrio econômico financeiro



## VI Etats généraux du droit administratif

---

- Les modes amiables de règlement des différends
- 24 juin 2016
- Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État
- Devemos conduzir um diagnóstico das forças e das fraquezas dos atuais mecanismos para solução amigável de disputas envolvendo o poder público, preparando o caminho para seu emprego efetivo e sugerindo eventuais reformas.
- Embora os meios consensuais previnam o surgimento de disputas e as solucionem mais rapidamente, eles não foram suficientemente desenvolvidos em matéria administrativa.
- Tais meios satisfazem anseios populares de racionalização do acesso à justiça.
- Todos os atores públicos devem se apropriar das técnicas, propiciando a criação de uma cultura de prevenção de litígios.

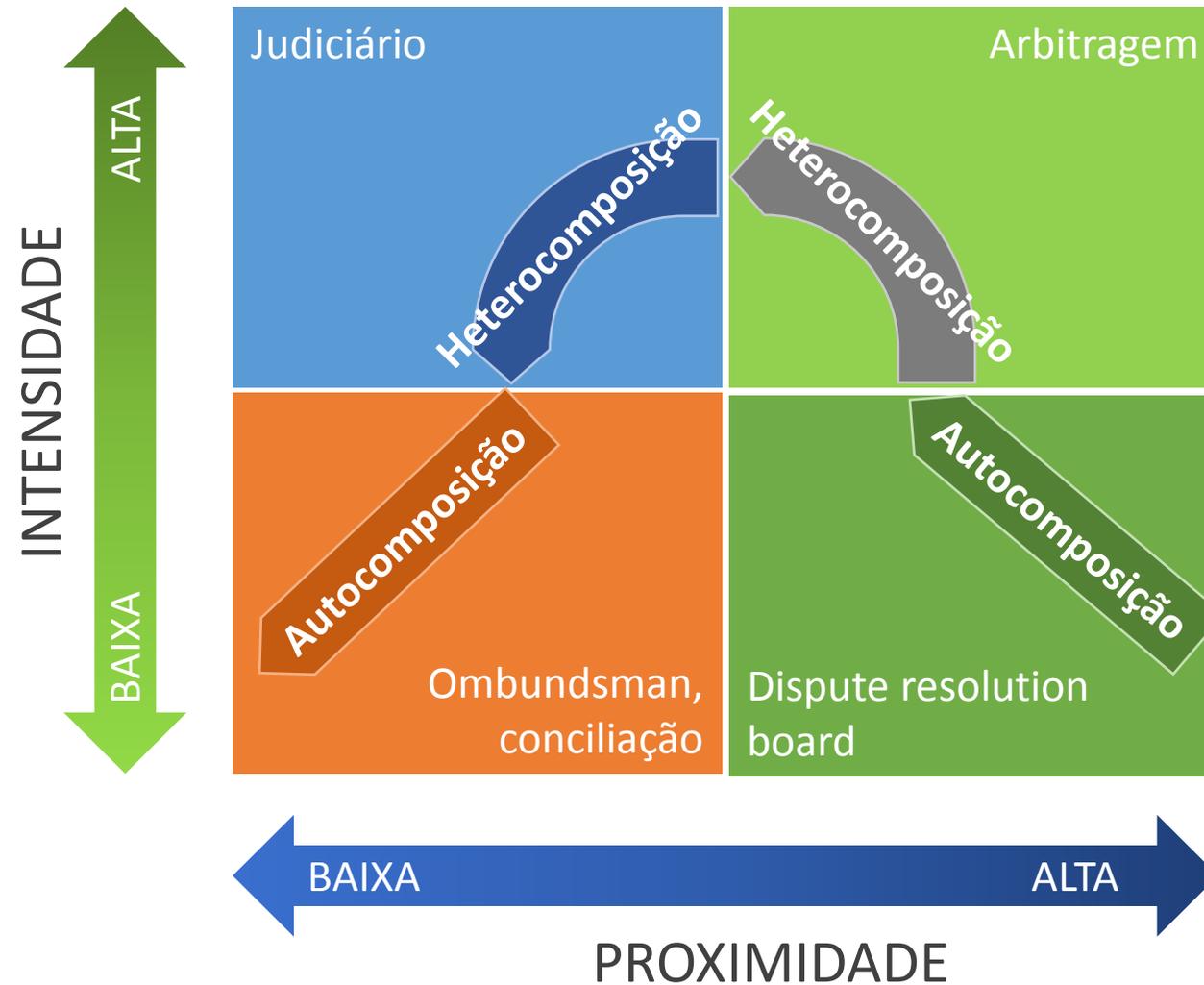


## VI Etats généraux du droit administratif

Os meios consensuais são especialmente úteis para dois tipos de disputas:

- **Disputas de proximidade** - as partes têm um relacionamento próximo e são levadas a trabalhar juntas de maneira duradoura, como é o caso entre uma administração e seu parceiro contratual ou entre um usuário e seu serviço público.
- **Disputas de baixa intensidade** – embora não apresentem grandes desafios econômicos e financeiros, não levantando questões jurídicas difíceis, novas ou de alta indagação, tornando os procedimentos jurisdicionais aparentemente inadequados.

# Meios alternativos de resolução de controvérsias



Quais  
poderiam ser  
os nortes para  
a fiscalização  
do Controle  
Externo?



LEI



Motivação e prova de que há vantajosidade



Clareza e modicidade quanto à remuneração do mediador, conciliador e árbitro



Clareza e isonomia quanto ao acesso à função de mediador, conciliador e árbitro



Publicidade de todas as etapas