

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal



**CONTRATOS PÚBLICOS Y CORRUPCIÓN: UNA VISIÓN SISTÉMICA
DEL MODELO BRASILEÑO**

JOSÉ APARECIDO DA CRUZ

Director: Profesor Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno

Salamanca, España

2016

Finjunt pariter renovantique labores
Los trabajos recién terminados, recomienzan. (Lema heráldico)

AGRADECIMIENTOS

Desde estas páginas quiero dar las gracias a todas aquellas personas que, de una u otra manera, han contribuido a la realización de este trabajo, y muy especialmente:

A mi Director de Tesis Dr. Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno por aceptar dirigir este trabajo, y por haberme dado la oportunidad de trabajar a su lado, ofreciéndome conocimientos y experiencias que me han ayudado a llegar hasta aquí.

A mi institución *MPPR – Ministério Público do Estado do Paraná* – Sur de Brasil - por la oportunidad de, desarrollando sus actividades constitucionales como miembro titular y efectivo, conocer toda la complejidad de bien asistir a la sociedad y en nombre de ella vivir la problemática de lograr sus objetivos.

A mi compañera Sandra Regina Koch – Dignísima Promotora de Justicia del Estado de Paraná – Brasil – que me ha motivado y colaborado para que sea posible el estudio y este trabajo doctoral, además de su paciencia en las discusiones diarias sobre el asunto tratado.

A todos los amigos que han aportado su granito de arena. Los más cercanos, los profesores, Luiz Alberto Araujo, Jorge Ulises Guerra Villalobos, Mauricio Kalache, Gilberto Giacoia y Eric Bezerra, los cuales han ejercido gran influencia para la elección del asunto de este Trabajo y a los que he conocido en la Biblioteca Francisco de Vitoria o en las charlas en la cafetería, sin cuyos momentos de distracción todo hubiera resultado más complicado.

A mi familia por el apoyo incondicional recibido a lo largo de toda mi vida. Muy especialmente a mis padres (fallecidos recientemente) y a mis hijas Mariana Zawadzki da Cruz y Janina Zawadzki da Cruz y hermanos y sobrinos, por animarme siempre, por la motivación para seguir adelante y por transmitir desde lejos su apoyo, cariño, comprensión y confianza... Doy las gracias, muchas gracias.

RESUMEN

La Administración Pública, como gerente del Estado, para alcanzar los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, de construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales y promover el bien de todos, sin discriminación alguna, dispone del instrumento de contrato para adquisiciones de bienes, servicios y obras junto a las entidades privadas. De esta relación de negocio derivan casi siempre conductas irregulares de sus servidores y de los funcionarios de las entidades privadas, consideradas ímprobos en los aspectos civiles y delictivos en los aspectos criminales, que como consecuencia promueve daños al erario público y subvierten los principios elementales de la Administración Pública de la legalidad, moralidad, impersonalidad, publicidad y eficiencia. Por otro lado, se sabe que la Administración Pública por ser la mayor consumidora de los bienes, servicios y obras, no puede prescindir de la relación de negocio hecha para, a través de la libre competencia e igualdad de tratamiento, garantizar el desarrollo nacional de las empresas. Para cohibir las conductas irregulares de los agentes públicos y privados en la relación de negocio mencionada, en especial, llevándose en consideración la destreza de los agentes corruptos que desean enriquecerse, se presenta las fallas de los mecanismos de control y, en la secuencia, las propuestas de alteraciones de estos controles, para, por si acaso no erradique la corrupción, al menos la inhiba a porcentajes y cifras monetarias que no impida el desarrollo y el progreso del Estado Brasileño.

Palabras clave: Contratos Públicos. Mecanismos de Control y Corrupción.

RESUMO

A Administração Pública, como gerente do Estado, para atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, se vale do instrumento de contrato para aquisições de bens, serviços e obras junto às entidades privadas. Dessa relação negocial decorrem quase sempre condutas irregulares dos seus servidores e dos funcionários das entidades privadas, consideradas ímprobas nos aspectos cíveis e criminosas nos aspectos criminais, que via de consequência promove danos ao erário público e subvertem os princípios elementares da Administração Pública da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. De outro viés, sabe-se que a Administração Pública por ser a maior consumidora dos bens, serviços e obras, não pode prescindir da relação negocial travada para através da livre concorrência e igualdade de tratamento, garantir o desenvolvimento nacional das empresas. Para coibir as condutas irregulares dos agentes públicos e privados na relação negocial mencionada, em especial, levando-se em consideração a destreza dos agentes corruptos que desejam locupletaram-se, apresenta as falhas dos mecanismos de controle e na sequência as proposta de alterações desses controles, para senão erradicar a corrupção, mas pelo menos inibi-la a percentuais e cifras monetárias que não impeça o desenvolvimento e o progresso do Estado Brasileiro.

Palavras chaves: Contratos Públicos. Mecanismos de Controle e Corrupção.

ABSTRACT

The Constitution commits the Federative Republic of Brazil to build a free, fair and solidary society; to promote national development; to eradicate poverty and social exclusion; to reduce social and regional inequalities; and to promote the collective good, with no form of discrimination. In order to fulfil these fundamental aims, the Brazilian public administration contracts private entities to deliver goods and services, including construction ones. A significant amount of illicit behaviour (either civil or criminal), committed by public servants and private agents, in Brazil, is linked to these contracts. As a result, it causes damages to the public purse and subverts basic principles of public administration, such as legality, morality, impersonality, publicity and efficiency. On the other hand, the Brazilian public administration, as a great consumer of goods and services, is expected to foster free competition and equal treatment among the corporations contracted, as a key factor to their national development. The thesis discusses the frailties of the institutional mechanisms of control (in contrast with the expertise of the corrupt agents), as well as the prospective changes of these mechanisms. These efforts aim – if not eradicate – at least to reduce so high figures and monetary values related to corruption in Brazil, which threatens the very development and progress of the Brazilian state.

Key words: Public Contracts. Corruption. Mechanisms of Control.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	14
PARTE 1	20
CONTROL INTERNO DE LA MATERIA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	20
I BRASIL - NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	21
1 FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL	21
2 NORMAS GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS - LEY FEDERAL Nº 8.666/93.....	33
3 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES Y AUTORIZACIONES DE SERVICIO PÚBLICO.....	52
4 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS EMPRESAS DE DERECHO PRIVADO	62
5 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIÓN EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	69
6 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO.....	80
7 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LA LEY DE CONTRATOS DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.....	86
8 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES REALIZADOS POR EL ESTADO BRASILEÑO Y SUS ENTIDADES PÚBLICAS	90
9 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESA PÚBLICA CON PERSONALIDAD JURÍDICA DE DERECHO INTERNACIONAL Y EMPRESAS CON PERSONALIDAD JURÍDICA DEL DERECHO PRIVADO	97
II RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS	99
1 CONSIDERACIONES INICIALES	99
2 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES:.....	101
3 RESPONSABILIDAD CIVIL.....	110
3.1 Consideraciones iniciales	110
3.2 Acción de Reparación de Daño	111

3.3 Acción de Improbidad Administrativa	115
4 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.....	123
4.1 Consideraciones iniciales	123
4.2 Proceso Administrativo del Agente Público involucrado en Prácticas Corruptas para la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras	128
4.3 Proceso Administrativo Legislativo para distanciamiento del Agente Público Investigado en acto de corrupción.....	133
III RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO	
PRIVADO Y SUS AGENTES	139
1 CONSIDERACIONES INICIALES	139
2 SANCIONES APLICADAS A LA EMPRESA PRIVADA POR PARTICIPACIÓN EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	140
3 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CON POSIBILIDAD DE ACUERDO DE INDULGENCIA.....	145
4 REGULARIZACIÓN DE RECURSOS, BIENES Y DERECHOS NO DECLARADOS AL FISCO MANTENIDOS EN EL EXTRANJERO O REPATRIADOS - DE LEGE FERENDA	160
PARTE 2.....	179
CORRUPCIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS.....	179
I LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN	
BRASIL	180
1 INJERENCIA EXTERNA E INTERNA PARA CREACIÓN DE LA NECESIDAD DE ADQUISICIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	180
2 EDICTOS DIRIGIDOS PARA LA SELECCIÓN DE PROPUESTAS VICIADAS DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS	184
3 CONTRATOS CON SOBREPRECIO.....	191
4 EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS UTILIZÁNDOSE MATERIALES Y SERVICIOS INADECUADOS E/O INCOMPLETOS	196
5 AUSENCIA DE LOS FISCALES DE CONTRATOS	202
6 OMISIÓN DEL FISCAL DE CONTRATO	203

II MECANISMOS DE CONTROLES	209
1 CONSIDERACIONES INICIALES	209
2 CONTROL INTERNO.....	213
2.1 El control interno mediante el autocontrol	217
2.2 El control interno por la vía jerárquica.....	219
3 CONTROL EXTERNO.....	221
3.1 Control Político	223
3.2 Control técnico por el Tribunal de Cuentas.....	229
4 OTROS CONTROLES	235
4.1 Control por el Ministerio Público.....	236
4.2 Control por las Organizaciones No Gubernamentales	241
4.3 Control por el Ciudadano	248
4.5 Control hecho por la prensa.....	253
4.5 Control por el Poder Judicial	261
III UN EJEMPLO COMPARADO DE DAÑO AL PATRIMONIO PÚBLICO EN	
LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	270
1 EL CASO PETROBRAS - BRASIL - DE “LEGE FERENDA”.....	270
2 EL CASO MARBELLA - ESPAÑA – DE “LEGE LATA”	281
IV PROPUESTAS Y MEDIDAS DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN	
LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	292
1 CONSIDERACIONES INICIALES	292
2 PROPUESTAS DE ALTERACIONES LEGISLATIVAS	295
2.1 Propuesta de Creación de Mecanismos que Cohíban el Sobreprecio.....	297
2.2 Propuestas de Restricción de la Posibilidad de Añadidas Contractuales que Impliquen en Incrementos de Valores	303
2.3 Propuesta de Creación de Centrales de Compras con Cuadro Técnico Especialista.....	305
2.4 Propuesta de Creación de Mecanismos que Estimulen a que Terceros Comuniquen Actos Corruptos de los Cuales Tengan Conocimientos	306
2.5 Otras Propuestas de Alteraciones Legislativas Defendidas por el Ministerio Público Brasileño.....	308
2.5.1 Propuesta de Creación de Ley para Establecer Reglas de Responsabilidad en el Ámbito de los Tribunales Regionales Federales y Tribunales de Justicia de los Estados del Distrito Federal y Territorios y de los Respective Ministerios Públicos..	309

2.5.2 Propuestas de Alteración de los §7º, 8º, 9º y 10 del art. 17 de la Ley N° 8.429, de 02 de Junio de 1992 para Agilizar la Tramitación de la Acción de Improbidad Administrativa	311
2.5.3 Propuesta de Creación de Grupos, Cámaras y Jurisdicciones Especializadas para el Juicio de los Actos Relativos a la Improbidad Administrativa, en el Ámbito de los Tribunales Regionales y de los Tribunales de Justicia de los Estados y del Distrito Federal y Territorios	312
2.5.4 Propuesta para Añadir el art. 17-A a la Ley N° 8.429, de 2 de Junio de 1992, para Disciplinar el Acuerdo de Indulgencia	314
2.5.5 Propuesta de Creación de Ley para Permitir la Prueba de Integridad de los Agentes Públicos	315
2.5.6 Propuesta de Creación de Ley para la Aplicación de Porcentuales de Publicidad para las Acciones y Programas para el Establecimiento de Procedimientos y Rutinas a Fin de Prevenir la Práctica de Actos de Corrupción.....	318
2.5.7 Propuesta de Alteración Constitucional para Asegurar el Sigilo de la Fuente de Información que Dio Origen a la Investigación Relacionada a la Práctica de Actos de Corrupción.....	319
2.5.8 Propuesta para la Criminalización del Enriquecimiento Ilícito de Agentes Públicos ...	321
2.5.9 Propuesta de Modificación de las Disposiciones del Código Penal para Aumentar las Penas de los Delitos Previstos en los arts. 312 (Malversación) y §1º (Malversación Culposa), 313-A, 316, 316 §2º, 317 y 333 y Volverlas Hediondas en la Forma Más Onerosa.....	323
2.5.10 Otras Propuestas de Alteraciones de Orden Criminal	327
3 MEDIDAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN	328
4 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS A SER IMPLEMENTADAS POR LOS ÓRGANOS PÚBLICOS	330
5 PROPUESTA DE INSERTAR EN LOS CURRÍCULOS ESCOLARES LA ASIGNATURA DE ÉTICA CON VISTAS A LA DIVULGACIÓN Y AL EJERCICIO DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA	333
CONCLUSIÓN	337
BIBLIOGRAFÍA	342
ANEXOS	355
ANEXO I – FLUXOGRAMAS REFERENTES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE DECORRE DA LEI 8.666/93.....	356

ABREVIACIONES Y SIGLAS

§ – párrafo (símbolo)

§§ – párrafos (símbolos - plural)

AC – Sentencia

AgRg – Agravio de Regimental (recurso jurídico)

AP – Apelación

AREsp – Agravio Regimental Especial (recurso jurídico)

Art. Artículo

BACEN – Banco Central

C. Cível – Cámara Civil

CADE – Consejo Administrativo de Defensa Económico

CASTER – Catálogo de Servicios

CATMAT – Catálogo de Materiales

CBUQ – Concreto Bituminoso en caliente

Cf – conforme

CF – Constitución Federal

CFRB – Constitución Federal de la República Brasileña

CGU – Contraloría General de la Unión (equivalente a Ministerio)

CMN – Consejo Monetario Nacional

CNEP – Catastro Nacional de Empresas Públicas

CNJ – Consejo Nacional de Justicia

CNMP – Consejo Nacional del Ministerio Público

CNPJ – Catastro Nacional de Personas Jurídicas

COAF – Consejo de Control de Actividad Financiera

CONFAZ – Consejo Nacional de Política de Hacienda

CP – Código Penal

CPI – Comisión Parlamentaria de Averiguación

CPP – Código de Proceso Penal

Dec. – Decreto

Des. – Desembargador

DF – Distrito Federal

DJ – Diario de la Justicia

DN – Diario de Noticias
EC – Enmienda Constitucional
EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
FAC – Fondo de Auxilio Financiero
FDRI – Fondo de Desarrollo Regional e Infraestructura
FIESP – Federación de las Industrias del Estado de São Paulo
HC – Habeas Corpus
IBGE – Instituto Brasileño de Geografía y Estadística
ICMS – Impuesto de Circulación de Mercaderías (tributo estatal)
Inc. – Inciso
IPTU – Impuesto Predial Territorial Urbano (tributo municipal)
J – juzgado
LIA – Ley de Improbidad Administrativa
LICC – Ley de Introducción del Código Civil
Min – Ministro
MOPTC – Ministerio de Obras Públicas Transporte y Comunicaciones
MP – Ministerio Público
MPE – Ministerio Público Estatal
MPF – Ministerio Público Federal
OCDE – Organización para Cooperación del Desarrollo Económico
ONGs – Organización No-Gubernamental
OS – Organización Social
OSCIP – Organización Social Civil de Interés Público
p. – página
Parag. – Párrafo
PIB – Producto Interno Bruto
PL – Proyecto de Ley
PMDB – Partido Democrático Brasileño
PMDB-RJ – Partido Democrático Brasileño de Rio de Janeiro
PT – Partido de los Trabajadores
REEX – Reexamen
Rel – Ponente
RERCT – Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria
REsp – Recurso Especial

RFB – Receta Federal Brasileña
ROMS – Recurso Ordinario en Mandado de Seguridad
RS – Rio Grande do Sul (Estado de Brasil)
SBDC – Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia
SIASG – Sistema Integrado de Administración de Servicios Generales
SICAF – Sistema de Catastro Unificado de Proveedores
SICON – Sistema de Gestión de Contratos
SIDECE – Sistema de Divulgación Electrónico de Compras
SISBACEN – Sistema del Banco Central
SISCOMEX – Sistema Integrado de Comercio Exterior
SISPP – Sistema de Precios Practicados
SP – São Paulo (Estado de Brasil)
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justicia
TC – Tribunal de Cuentas
TCU – Tribunal de Cuentas de la Unión
TJ – Tribunal de Justicia
TJMG – Tribunal de Justicia de Minas Gerais
TRT – Tribunal Regional de Trabajo
v. – Volumen

INTRODUCCIÓN

El gobierno brasileño, así como muchos otros, vive conflictivamente con el fenómeno de la corrupción que daña tanto a las personas, como a la economía, la justicia social y la política del país.

Este fenómeno – corrupción – segundo José Antônio Fernandez Aljenjo, su origen “se remonta al principio de los tiempos cuando, siguiendo el relato bíblico, los primeros habitantes de la Tierra desobedecieron el mandato divino probando del fruto prohibido. En este suceso precursor podemos detectar todos los elementos que van a conformar la corrupción a lo largo de la Historia: un abuso de poder (comer del árbol que debían respetar), un beneficio privado (la manzana), dos sujetos corruptos (Adán Y Eva) y hasta un corruptor (la serpiente). Desde estos orígenes remotos, la cuestión de la corrupción de los gobiernos y los gobernantes se ha vinculado durante siglos al problema de la legitimidad moral de los regímenes políticos, partiendo de la división aristotélica entre gobiernos virtuosos e impuros. Las defraudaciones de los funcionarios públicos se consideraban, desde la concepción patrimonial del poder imperante en la mayor parte de los regímenes, como un atentado a la Hacienda del monarca absoluto o al estamento dominante que se resolvía con medidas drásticas: en unos casos de carácter personal y sumarísimo; y en otros, mediante la represión penal contra los malversadores de fondos públicos”¹.

Dentro de ese cuadro, los esfuerzos dedicados para obtener su erradicación parecen siempre imposibles, pues la misma, se propaga sistémicamente en todos los niveles (federal, estatal y municipal) de la Administración Pública, estando presente desde el servidor más simple hasta la autoridad superior, y presentando las más variadas formas, ya sea por medios directos o indirectos.

Así, la corrupción se considera un fenómeno que se manifiesta en todos los niveles, sea horizontal como vertical de la administración pública, adquiriendo las más variadas formas, seduciendo a los individuos, formando equipos, constituido cuadrillas, hasta alcanzar toda la estructura estatal, obstaculizando el pleno crecimiento social, económico y ambiental de una nación. Es un mal que viene atravesando los siglos, y resistiendo a todo mecanismo que le hace frente.

¹ ALJENJO, José Antônio Fernandez. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al tribunal de cuentas y a la intervención general de la administración del estado*. Universidad Salamanca. Salamanca: 2009, p. 40. También disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76434/1/DDAFP_Fernandez_Ajenjo_JA_El_control_de_las.pdf.

Desde el punto de vista de la profesora María Victoria Muriel Patino, la corrupción es algo frecuente en todo tipo de países, sea en aquellos que llamamos desarrollados hasta los que están en vías de desarrollo. La notable diferencia es que en el caso de la última categoría de países, las consecuencias de la corrupción afectan las condiciones mínimas de subsistencia de la población, principalmente, a la más dependiente de los servicios públicos. Siendo que en la actualidad existe consenso al respecto del obstáculo que esta significa para el desarrollo y el crecimiento de aquellos países².

Para la profesora antes mencionada, la corrupción es “el abuso de un puesto público con el fin de obtener un lucro privado. La corrupción incluye una variada gama de comportamientos con gran trascendencia, por sus aspectos económicos para el país. Algunos de los cuales implican únicamente la actuación del propio agente público (el caso del fraude o de la malversación de Fondos públicos) mientras que otros suponen la intervención de terceros a los que podemos referirnos, de modo amplio, como actos de soborno realizados por funcionarios públicos con particulares”³.

Ya el profesor Eduardo A. Fabián Caparrós entiende que: “Con el término corrupción se suele dar nombre a la oferta o la prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indebida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar u omitir un acto debido”. [Y añade que]: Su esencia consiste en el uso de medios públicos para fines privados, produciéndose con ellos un desvío de recursos de lo general a lo particular. Los intereses privados condicionan el funcionamiento de los poderes públicos, perjudicando el ejercicio de los derechos individuales y colectivos garantizados por el ejercicio de los derechos individuales y colectivos garantizados por el propio Estado, que se deslegitima⁴.

La preocupación por la corrupción llevó al Banco Mundial a adoptar medidas para luchar contra ella desde el año 1996. Ana Cristina Puentes Melo Botelho, trae la información de que “la ofensiva contra la corrupción se llevó a cabo de forma masiva por el Banco Mundial desde 1998 cubriendo cuatro áreas diferentes, a saber: el control de la corrupción en los proyectos del Banco; apoyo a los países interesados en el control de la corrupción;

² PATINO, María Victoria Muriel. Aproximación Macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCIA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*: Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 27.

³ Idem, ibidem.

⁴ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (apuntes para un derecho penal globalizado) In: GARCIA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinario*: Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 228.

incorporación del criterio la “corrupción” en todos los programas de préstamos del Banco; apoyo a los esfuerzos internacionales para controlar la corrupción. Con el fin de obtener datos que den subsidios para el análisis para los programas anticorrupción de la institución. El Banco ha sido el uso de encuestas de opinión de los ciudadanos, las empresas y los servidores públicos, a través del cual se identifican las prácticas de corrupción en los sectores público y privado, oportunidad en el que se buscan alternativas que permitan la reforma institucional. Este concepto de trabajo ha hecho que el acceso a la financiación en los organismos internacionales de crédito sea más difícil, es decir, el factor de la corrupción se considera un riesgo para las inversiones”.⁵

Dicha autora también alude que “la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) realizó una encuesta que indica que US \$ 1 billón de dólares se gastan anualmente en sobornos en todo el mundo, lo que genera la pobreza, obstaculiza el desarrollo y espanta las inversiones. Se observó que la situación de la corrupción es aún más pronunciada debido a la indiferencia constante de la ley, la falta de transparencia en los contratos y un sistema judicial irregular e ineficiente.”⁶

Susan Rose-Ackerman destaca que “cuando coexisten la corrupción y el crecimiento económico, los sobornos introducen costes y distorsiones. Altos funcionarios corruptos apoyan demasiadas inversiones públicas improductivas y descuidan las inversiones anteriores. La corrupción reduce la inversión total y limita la IDE, pero alienta una excesiva inversión en infra-estructura pública. En un régimen corrupto, los actores económicos con pocos escrúpulos, como los que están inmersos en negocios ilegales, tienen una ventaja comparativa. Un país es más pobre en general si los niveles de corrupción son elevados. En este caso, puede verse atrapado en un círculo vicioso en el que la corrupción alimenta más corrupción y disuelve la inversión de negocios legítimos”.⁷

Mencionada autora complementa diciendo que “el trabajo empírico en muchos países ha confirmado el impacto negativo de la corrupción en el desarrollo y en la productividad, pero no tiene mucha utilidad para diseñar estrategias anticorrupción. La investigación muestra que la corrupción es dañina, pero no identifica los mecanismos precisos mediante los que la corrupción afecta los resultados económicos. De hecho, ni siquiera está claro qué significa

⁵ BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia sócia*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.133-134.

⁶ Idem, ibidem.

⁷ ACKERMAN, Susan Rose. *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001, p. 4.

para un país el estar situado en los primeros puestos en un índice de corrupción. ¿Significa que los sobornos constituyen una gran porción del valor de los contratos y de los servicios del gobierno? ¿Significa que es alta la proporción de negocios influenciada por los sobornos? ¿Significa que el soborno ejerce un impacto especialmente distorsionante en la vida económica y política? Los estudios no proporcionan información que pueda ayudar a entender su sentido subyacente y, de hecho, dicha información no parece existir. Para complicar más el asunto, no es absoluta la correlación entre corrupción y pobres resultados económicos. Altos niveles de corrupción son más destructivos en ciertas condiciones que en otras”⁸.

A pesar de las dificultades en la erradicación de la corrupción, no se puede desvanecer frente a ella, debe mantener siempre investigando y demandando, buscando todos los medios posibles para identificarla en su espacio de actuación, principalmente con el uso de técnicas de investigación avanzada, estableciendo programas de prevención, capacitación contra el blanqueo de dinero, código de ética, y la aplicación de la tecnología de última generación⁹, por último, la total transparencia de todos los actos de la administración pública para que todos los destinatarios puedan ejercer control, ya sea directamente o por vía indirecta, a través de los mecanismos apropiados.

José Antonio Martins en su obra “Corrupción”, dice que:

hay una noción clásica de la filosofía que dice que todas las cosas tienen materia y forma. El hombre, por ejemplo, tiene un cuerpo como materia y su alma como una forma; una mesa de madera tiene la madera como materia prima y su formato de tabla como la forma. En un estado también hay materia y forma, y en general, la materia es constituida por las personas, todos los ciudadanos, y la forma, el régimen político instalado allí. Sin embargo, tanto la materia y la forma, en el caso del Estado, tienen partes, no son un todo único. Los ciudadanos se dividen o clasifican conforme varios criterios: el poder económico, la edad, el género, etc. Cuando se habla de materia del Estado, primero debe saber a qué parte se hace referencia o se está tratando de todos los ciudadanos sin excepción [...] Por lo tanto, cuando decimos que hay corrupción en el Estado debería examinar si es en el Estado en su conjunto, en todas sus instituciones y toda su gente, o si esta corrupción se limita a una de las partes, sea de forma, sea de materia. Como regla general, la corrupción nunca llega a todo el cuerpo político y todas las instituciones a la vez, siempre hay alguna parte que resiste y no ha sido contaminada, es imposible que un Estado corrompido en todas partes pueda sobrevivir. La corrupción, cuando toma proporciones grandiosas y afecta a todo el cuerpo político, impide que este cuerpo,

⁸ ACKERMAN, op. cit, p. 4.

⁹ El embajador Michael Skol, es un reconocido experto en la política mundial y en negocios internacionales, especialmente en los relacionados con la América Latina, dijo que en cuanto al enfrentamiento del fenómeno que a partir de ahora hay contra la corrupción: “*puede citarse la creciente disponibilidad de medios, tanto públicos como privados, que pueden usarse frente al escudo protector que envuelve a las prácticas corruptas, desde la utilización de técnicas de investigación avanzadas, programas preventivos, formación contra el blanqueo de dinero, control de la contratación pública, código éticos, inspectores independientes del sector privado y la verificación de precios, hasta aplicación de tecnologías de última generación – como el empleo de rayos-x y el aprovechamiento de Internet -; la decisión de actuar contra la corrupción hoy en día se ve respaldada por la probada aptitud de estos medios.* Cf. GARCIA; CAPARRÓS, op. cit., p. 9-11.

esta ciudad, este Estado puede sobrevivir unido. Es con base en esta idea que algunos autores comparan la corrupción a una enfermedad, que puede comenzar en una parte del cuerpo y se extender al resto y llevar al paciente a la muerte, en el caso, a la muerte de Estado.¹⁰

En Portugal, se estudió la posibilidad de crear un Código de Contratos Públicos, cuyo objetivo principal era luchar contra la corrupción, con disposiciones que pretenden responsabilizar a los agentes económicos, así como posibilitar el acompañamiento *online* de los instrumentos permitiendo a transparencia del proceso desde el inicio del concurso hasta la fase de implementación.¹¹

Aunque programada para vigencia en septiembre de 2006, el Código de Contratos Públicos solo llegó a ser aprobado el 29 de enero de 2008 por el Decreto-Ley N ° 18, estableciendo así la disciplina de contratación correspondiente y el régimen sustantivo de contratos públicos que se encuentran en la forma de los contratos administrativos. El Código es el primer diploma legal con el doble objetivo en el ordenamiento jurídico portugués, siendo, por tanto, un hito importante en la evolución del derecho administrativo en el país y en particular en el campo de la actividad contractual de la Administración. Cumple con las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo y todas sus modificaciones.¹²

¹⁰ MARTINS, José Antônio. *Corrupção*, São Paulo: Globo, 2008. p. 37-38.

¹¹ El periódico *Diário de Notícia* datado de 10 de mayo de 2006, en la parte de economía, se señala: “Corrupción es blanco de nuevo código en las obras públicas” y en la secuencia informa que “El nuevo código de los contratos públicos que deberá entrar en vigor ya en Septiembre tiene como principal objetivo “combatir la corrupción”, dijo al DN fuente del Ministerio de las Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones (MOPTC). Según la misma fuente, las alteraciones que se pretende introducir en el código pretende “eliminar la corrupción”, a través de la responsabilización de los agentes económicos. El acompañamiento *online* de los contratos públicos tienen la finalidad de “imprimir transparencia al proceso desde el procedimiento de apertura del concurso hasta la fase de ejecución”. “Vamos a hacer una revolución”, destacó la fuente del Ministerio de las Obras Públicas, considerado el mayor promotor de obras y el principal interesado “en la eficiencia de los dineros públicos”. [...] La transparencia de los concursos será asegurada a través de la disposición de la información en las diversas etapas de los concursos. Y eso pasa por el “uso de nuevas tecnologías de información”. La información *online* de los contratos públicos va a permitir a los agentes en el proceso seguir paso a paso el desarrollo del concurso desde la concepción de los contratos y de los valores involucrados va a “responsabilizar a los agentes, creando esquemas de responsabilización”. De acuerdo con la fuente del Ministerio de las Obras Públicas, “actualmente existe una gran falta de responsabilización”.

¹² Se destacan del Código de Contratación Pública portuguesa que “con respecto a la disciplina aplicable a la contratación pública [...] alcance su objetivo: la etapa de formación de los contratos, cualquiera que sea su denominación y una administrativa o privada, debe ser celebrado por los órganos de contratación. Tal disciplina se aplica en particular a la formación de los contratos que tengan por objeto cubrir las prestaciones que, entre otras cosas, debido a la naturaleza o a las características, así como la posición relativa de las partes en el contrato o el contexto de su propia formación, están o sean susceptibles de estar sometidas a la competición del mercado. En esta cláusula general se ajusta a los contratos típicos reglados por directivas comunitarias y los contratos de concesión de servicios y la sociedad a la que los faculta CCP, entre otros, el régimen sustantivo. Incluye, aún, una opción que es de particular importancia: la inaplicabilidad de las normas de contratación pública en la etapa de formación cuando se verifica los supuestos de (i) la entidad adjudicadora ejerce sobre la actividad del contratista, solo o en conjunto con otros órganos de contratación,

Una de las diversas formas utilizadas para las prácticas de corrupción en la Administración Pública de Brasil, ha sido a través de las operaciones contractuales¹³ para la construcción de obras, adquisición de bienes y servicios, o incluso la divulgación de las acciones de la administración. Hay una cierta complacencia del destinatario del servicio público, cuando acepta prácticas corruptas de funcionarios de cualquier agencia involucrada, exigiendo o aceptando un porcentaje del 10% (diez por ciento) del valor de la obra o servicio contratado.

Exactamente es la praxis de la corrupción, evidenciada en la operación contractual llevada a cabo por la Administración Pública de Brasil, que esta tesis desarrolla, estudiando las normas que rigen la contratación pública, las formas de estos contratos, las responsabilidades de los empleados y funcionarios, así como los agentes privados y los dispositivos de control preventivos y represivos y, finalmente, proponer medidas adecuadas para frenar conductas corruptas.

un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y (ii) el contratista desarrollar la parte esencial de su actividad en beneficio de uno o varios órganos de contratación que ejercen sobre ella dicho control análogo (la comúnmente denominada contratación *in house*)” (SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos anotado e comentado*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 12-13).

¹³ El Secretario General de la Transparencia Brasil, Cláudio Weber Abramo (2008), describiendo sobre Corrupción y Responsabilidad Pública destaca: “De todas las infinitas manifestaciones de corrupción, una se destaca por su magnitud y consecuencias sobre la economía: aquella que afecta licitaciones públicas. En cualquier país, el Estado es el mayor consumidor de bienes y servicios, y eso todo es, o debería de ser, sujeto a licitación pública. Una gran parte del Producto Interno Bruto de todos los países corresponde a licitaciones. En el agregado de los países miembros de la OCDE, por ejemplo, el porcentaje es un 7,5%, y eso considerando solo contrataciones realizadas por los gobiernos centrales. En países en desarrollo, este porcentual tiende a ser más elevado, debido al peso relativamente mayor de las inversiones en infraestructura.” [Y más adelante concluye:] “Para comprender cómo se combate la corrupción en el mercado de licitaciones públicas, el primer paso es reconocer que se trata de un mercado.

PARTE 1
CONTROL INTERNO DE LA MATERIA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

I BRASIL - NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1 FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

El Estado brasileño está guiado por principios fundamentales contenidos en el artículo 1, *caput*, de la Constitución de 1988¹⁴. Están allí consagrados los principios Republicanos, federal, democrático y estado de derecho.¹⁵

Resulta del principio Republicano la obligación de garantizar a todos los ciudadanos derechos políticos activos y pasivos, como el derecho a votar y ser votados.¹⁶

También se deduce de la idea Republicana la oportunidad de garantizar que todos los ciudadanos, natural o naturalizado, puedan tener acceso a empleos y funciones públicas, por lo tanto, la vía es la participación presentación en concurso público, método imparcial de elegir al candidato más calificado para llevar a cabo las atribuciones del cargo.¹⁷

¹⁴ Así describe el artículo 1º de la CF: “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I – la soberanía; II la ciudadanía; III – la dignidad de la persona humana; IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V – el pluralismo político” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 de octubre de 1998.

¹⁵ La idea de Estado de Derecho resultó de la doctrina alemana del siglo XIX, con fuerte connotación formalista, y se tradujo, originalmente, en la conjugación de tres postulados fundamentales, a saber: la tripartición de poderes, la generalización del principio de la legalidad y la universalidad de la jurisdicción. La tripartición de los poderes consiste en la disociación de la organización estatal, generando la diferenciación de competencias (funciones), atribuidas a órganos diversos. Esto significó el establecimiento de mecanismos de limitación del poder como modo de su estructuración (frenos y contrapesos), evitando que un único órgano concentrara todos los poderes propios del Estado. La observancia de la legalidad inserta la actividad estatal en el ámbito del derecho y exige autorización legislativa para las acciones y omisiones estatales. La universalidad de la jurisdicción produce el control de validez de los actos estatales, permitiendo la responsabilización de los sujetos que actúen de modo inadecuado. De ahí se extrae la concepción de que las actividades políticas se desarrollan dentro de los límites jurídicos, siendo la *validez* el principal criterio de legitimación de los actos jurídicos. La compatibilidad de los actos estatales con el ordenamiento jurídica es el criterio más fundamental para la validez de la actuación estatal Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 72.

¹⁶ En cuanto a los derechos políticos la CF asegura que “Art. 14. La soberanía será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con valor igual para todos, y, en los términos de la ley, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (BRASIL, 1988).

¹⁷ Dice el art. 37, inciso I, de la CF “los puestos, empleos y funciones públicos son accesibles a los brasileños que rellenen a los requisitos establecidos en ley, así como los extranjeros, en la forma de la ley” y el inciso II prescribe que: “la investidura en puestos o empleo público depende de aprobación previa en concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma prevista en ley, resguardados los nombramientos para puesto en comisión declarado en ley de libre nombramiento y exoneración” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit..

Disciplinado de forma específica la creación de las entidades administrativas del Estado, como son la empresa pública, empresa de capital mixto y fundaciones, y dejando a la Ley Complementaria la definición de sus áreas de actuaciones (CF: Artículo 37, párrafo XIX).

Se estableció que las administraciones tributarias de cada entidad pública (Unión Federal, Estados de la Unión, Distrito Federal y Municipios) serían las actividades esenciales para el funcionamiento del gobierno, que debe ser ejercido por carreras específicas, con recursos propios para llevar a cabo sus actividades y con operaciones integradas, incluyendo el intercambio de registros e información fiscal vía de leyes infra constitucionales (CF.: artículo 37, artículo XXII).

El legislador constitucional también se preocupó con la publicidad de los actos, programas, obras públicas, servicios y campañas de los entes públicos, estableciendo que estas deberían destacar el carácter educativo, informativo o de orientación social, sin contener nombres, símbolos o imágenes que caracterizan promoción personal de las autoridades o de los funcionarios públicos (CF: Artículo 37, § 1).

También consideró que las empresas públicas y las empresas privadas que prestan servicios públicos respondan por los daños que sus agentes causen a terceros, garantizando el derecho de demandar al funcionario responsable en caso de dolo o culpa (CF: Artículo 37, § 6).

No es diferente de eso, en la adquisición de bienes, obras y servicios por parte de las autoridades públicas que, también, por razón del modelo Republicano, debe garantizar a los agentes económicos, la igualdad de oportunidades para contratar con el Estado, por lo tanto, necesarias para la metodología de elección, basado en los procesos de licitación, que se definan los criterios de selección con antelación, con el fin de garantizar la competencia y la igualdad entre los ofertantes.

Es lo que se ve lo dispuesto en el Título III (Organización del Estado), Capítulo VII, Sección I, de la Constitución Federal, que establece normas diferentes para las administraciones públicas, empezando por decir que:

La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios obedecerá los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y también “(CF :. artículo 37 “*caput*”) destacando, entre otros, que “a excepción de los casos previstos en la ley, de obras públicas, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante procedimientos de licitación pública que garanticen la igualdad de condiciones a todos los licitadores, con cláusulas que establecen obligaciones de pago, el mantenimiento de las condiciones efectiva de la

propuesta, conforme la ley, que solo permite los requisitos de cualificación técnica y económica indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (CF: artículo 37, inciso XXI).

Es importante hacer hincapié en que los principios son mandamientos nucleares de un sistema que sirven de base para comprender la totalidad del sistema jurídico.

Para Diógenes Gasparini los principios pueden ser clasificados en: 1) universales, es decir, aquellos que se aplican a cualquier ciencia, tales como el principio de no contradicción: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo; 2) multivalente, es decir, que se aplican a un grupo de ciencias, tales como el principio de causalidad, que narra las ciencias naturales: la causa corresponde un efecto determinado; 3) monovalente, como las que vale la pena solo para una ciencia, el ejemplo del principio de legalidad (la ley somete a todos), solo se aplica al Derecho.¹⁸

Así, para este autor, el principio de legalidad “significa que la Administración Pública, en toda su actividad, está regida por los mandamientos de la ley, no se puede distanciar de ella, bajo pena de nulidad del acto y la responsabilidad de su autor. Cualquier acción estatal sin el correspondiente respaldo legal, o excediendo el ámbito delimitado por la ley, es anti jurídica y está expuesta a su cancelación”.¹⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que el principio de legalidad

es la completa sumisión de la Administración a las leyes. Ella debe simplemente obedecer la ley, ponerlas en práctica. Por lo tanto, la actividad de todos sus agentes, desde aquel que ocupa a cúspide, es decir, el Presidente, incluso hasta el más modesto de los servidores, solo puede ser el dócil reverente y obsequioso cumplidor de las disposiciones generales establecidas por el Poder Legislativo, ya que esta es la posición que le corresponde en el derecho brasileño.²⁰

El principio de la impersonalidad es aquel que la Administración no puede tratar su administrado sea con el favoritismo o el acoso. En ese sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “El principio objetiva la igualdad de tratamiento a los administrados que se encuentran en una situación jurídica similar [...] Por otra parte, para que exista verdadera impersonalidad, la Administración solo debe estar dirigida al interés público, y no por o al

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6

¹⁹ Idem, p. 7

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 59-60.

interés privado, estando prohibido que, en consecuencia, sean favorecidos algunos individuos en detrimento a los demás y perjudicados algunos para favorecer a los otros”.²¹

En el mismo sentido camina Wolgran Junqueira Ferreira diciendo que “todos los recursos provenientes de los impuestos tienen por finalidad la atención general de la población y no para el momento de este o de aquel ciudadano, de esta o de aquella empresa, de este o de aquel político. Así, el *principio de la impersonalidad* pretende impedir competencia pública teniendo como objetivo esta o aquella empresa [En la secuencia recuerda] En nuestros comentarios a la Constitución de 1988, tuvimos la oportunidad de traer el caso ocurrido con la competencia para la construcción de la Vía Férrea Norte-Sur, donde ya se sabía con antelación cuáles los ganadores de la 'competencia pública' de todos los trechos, pues fue usado el criterio personal, al revés de la impersonalidad, que ora la Constitución nos obliga”.²²

Para Odete Medauar “Los principios de la impersonalidad, moralidad y publicidad están relacionados de forma compleja, de manera profunda, habiendo incluso una interacción recíproca; por lo tanto la impersonalidad se configura por actuaciones en la moralidad; la publicidad, a su vez, dificulta medidas contrarias a la moral y la impersonalidad; la moralidad administrativa, a su vez, implica la observancia de la impersonalidad y la publicidad”.²³

El principio de la moralidad, de acuerdo con Alexandre de Moraes es que “no será suficiente para el administrador el estricto cumplimiento de la estricta legalidad, debe, en el ejercicio de su función pública, respetar los principios éticos de equidad y justicia, pues la moral es la de la Constitución 1988, que es presupuesto de validez de todo acto de gobierno”.²⁴

El autor dijo, citando Sylvia María Zanella di Pietro, que No hay necesidad de penetrar en la intención del agente ya que del propio objeto resulta la inmoralidad. Esto ocurre cuando el contenido de determinado acto contrario al sentido común de la honestidad, la rectitud, el equilibrio, la justicia, el respeto a la dignidad humana, a la buena fe, al trabajo, a la ética de las instituciones. La moral exige proporcionalidad entre los medios y los fines que deban alcanzarse; entre los sacrificios impuestos a la comunidad y los beneficios que ganó; entre las ventajas que disfrutaban los poderes públicos y la carga impuesta a la mayoría de los ciudadanos. Por lo tanto, la inmoralidad salta a los ojos cuando la Administración Pública es

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001, p. 13.

²² FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da administração pública*. Bauru-SP: Edipro, 1995, p. 53.

²³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 136

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo, ed. Atlas, 2001, p. 307.

pródiga en gastos legales, pero inútiles como la publicidad o regalías, cuando la población necesita de asistencia médica, alimentación, vivienda, seguridad, educación, eso sin hablar del mínimo necesario para la existencia digna. No es necesario para invalidar dichos gastos, entrar en el análisis difícil de los propósitos que inspiraron a la autoridad; el acto en sí, su objeto, su contenido ya es contrario a la ética de la institución, y afrenta la norma de conducta aceptado como legítima por la comunidad. En la medición de la inmoralidad administrativa, es esencial el principio de la razonabilidad.²⁵

Manoel de Oliveira Franco Sobrino al hablar del elemento moral en la formación del acto administrativo afirma que “una verdad permanece sin respuesta: un acto administrativo que sea de valor legal, debe ser producido en conformidad con las normas con las cuales la Administración está sometida en su actividad. Ya que se impone separar las condiciones de un acto de sus requisitos de validez, no hay manera que se pueda escapar de examinar el elemento moral. Para que sea el acto legal, es necesario el cumplimiento de ciertas normas y las condiciones objetivas y subjetivas que se presuponen en la ley. Solo cuando el requisito contenido se identifica con el requisito objeto, dentro de los límites legales de la voluntad, es que no se puede apelar de inmediato a la moralidad del acto. Por lo tanto, existiendo condición, esta condición no puede ser imposible ni ilegal. En sus requisitos de validez, por lo tanto, el acto administrativo tiene su destino legal dependiente de una condición, que si no se cumple, aunque legal, pasa el acto a estar fuera de la esfera de la moralidad administrativa.”²⁶

El principio de publicidad es la total transparencia de los actos de la administración pública, es decir, la divulgación de todos los actos de interés público en el Boletín Oficial o mediante aviso público, conforme el caso, en el propio local de la repartición pública.

Celso Antonio Bandeira de Mello, señala que este principio “Santifica la obligación de la administración de mantener una total transparencia en sus comportamientos. No puede haber un Estado Democrático de Derecho, en el que el poder reside en el pueblo (art. 1º, § 1, de la Constitución), ocultando a los administrados los asuntos que a todos interesan, y mucho menos en relación al sujeto afectado de forma individual para algunos medida”.²⁷

Ya Carvalho Filho “indica que los actos de la Administración deben tener la mayor difusión posible entre los administrados, ya que constituye la base del principio de proporcionarles la posibilidad de controlar la legitimidad de la conducta de los agentes

²⁵ DI PIETRO, Sylvia María Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. *Apud* MORAES, 2001, p. 307.

²⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*, Curitiba: Genesis, 1993, 19-20.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 71.

públicos. Solo con la transparencia es que los individuos pueden determinar la legalidad o ilegalidad de los actos y el grado de eficiencia que los cubren”²⁸.

En la misma línea son las lecciones del profesor Romeo Bacellar diciendo que

La CF de 1988 prestó especial atención al principio de publicidad, también inscrito en el art. 37, exigiendo la amplia divulgación de los actos practicados por la Administración, mostrando tal procedimiento como un requisito esencial para la validez de los actos administrativos. Parece ser que el mencionado principio es el de exigir una mayor transparencia en la actuación de los administradores, lo que permite la moralidad administrativa. Por otro lado, se estimula la confianza de los ciudadanos en el Poder Público, contribuyendo para un fortalecimiento de esa relación.²⁹

Por último, el principio de la eficiencia, que se introdujo en la Constitución Federal de Brasil a través de la Enmienda Constitucional nº. 19/98, añadiendo a los otros, poniendo así fin a las discusiones doctrinales y jurisprudenciales obre la existencia implícita en la Constitución y su aplicabilidad integral.³⁰

Para Sylvia María Zanella di Pietro, invocada de nuevo, ya que es un destacada administrativista, enseña que el principio de eficiencia “impone al funcionario público un modo de actuar que produzca resultados favorables a la consecución de los fines que caben al Estado alcanzar”.³¹

Y luego concluye: “La eficiencia es el principio que se suma a otros principios impuestos a la Administración y no pueden superponerse a cualquiera de ellos, sobre todo a la legalidad, bajo pena de graves riesgos para la seguridad jurídica y al propio Estado de Derecho”.³²

²⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 15.

²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.51.

³⁰ De hecho, el principio de la eficacia ya había sido objeto de discusión por el gobierno brasileño en 1930, es decir, por el entonces Presidente de la República Getúlio Vargas cuando "hablaba de la necesidad de buscar economía y eficiencia en el servicio y, por lo tanto, ya se ha señalado el camino del profesionalismo y la dignidad de la función pública; retirada de los que llamó 'agentes de la corrupción'; intensa difusión de la educación pública, la protección social y educación para la salud; consolidación de las normas administrativas, con el fin de simplificar la confusa y complicada ley vigente. Argumentando la falta de capacidad de la administración pública para cumplir con los objetivos capitales de la administración, en particular por la falta de armonía y coordinación en nombre de la racionalización administrativa en un discurso para privilegiar la eficiencia y la moral en pro de la consecución de los objetivos sociales, Getúlio Vargas, en 1930, propuso una reformulación de peso dentro de la administración pública, que incluso después de la Constitución de 1934, tuvo poco progreso. Sus propuestas, en realidad nunca salieron del papel. De hecho, lo que ocurrió fue un proceso de reorganización administrativa que solo dio lugar a un fortalecimiento de la organización administrativa federal, con la colocación del Presidente en la función de coordinador supremo de los servicios públicos nacionales" (BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio da constitucionalidade da eficiência administrativa*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 109-110)

³¹ DI PIETRO, op. cit., p. 73.

³² Idem, p. 74.

Lucía Valle Figueiredo al respecto de ese principio confirma que

es de preguntar lo que cambia con la inclusión del principio de eficiencia, ya que, se infiere, con seguridad, que la Administración Pública siempre debe actuar con eficacia en sus compromisos. De hecho, el nuevo concepto introducido de Administración Gerencial de 'cliente', en lugar de administrado el nuevo 'cliché' producido por los reformadores, se hacía importante, incluso para justificar ante el país los cambios constitucionales pretendidos, trayendo al texto el principio de la eficiencia. Estos cambios resultaron en realidad de sustancialmente poca cosa nueva, y en mucho trabajo para los abogados para tratar de entender sobre las figuras tomadas del Derecho Americano, absolutamente diferente del Derecho brasileño.³³

La jurisprudencia incluso antes de la llegada de la enmienda constitucional ya hacía mención al principio implícito de la eficiencia, que en las palabras de Onofre Alves Batista Junior “como uno de los principios básicos de la Administración Pública, que debe guiar la actividad administrativa en la búsqueda de resultados de interés público”.³⁴

Se registra, por ejemplo, que el Superior Tribunal de Justicia en el Recurso de una acción de Mandato de Seguridad, en 1995 había decidido que:

La Administración Pública se rige por varios principios: legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad (Const., Art 37). Otros también son evidentes en la Carta Política. Entre ellos, el principio de la eficiencia. La actividad administrativa debe estar encaminada a lograr resultados en el interés público “(Decisión dictada por 6ª Turma – Relator: Ministro Luiz Vicente Cernichiari- RMS nº 5.590/95 – DF. Publicada en el Diário da Justiça, Seção I, 10, jun. 1996. P. 20.395).

Vencido el comentario a los principios jurídicos de la Administración, se verifica que el legislador constitucional optó, también, por mencionar el procedimiento para la selección de las personas y las empresas que van a colaborar con el gobierno en la propia Constitución Federal.

Esta constitucionalización del procedimiento de selección, explica Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho, “fue para dar una respuesta al problema que se observó en el país, en la época, con la gran diversidad de leyes sobre la materia, una vez que la competencia legislativa sobre el tema no constaba en la Constitución de la República Federal”.³⁵

De hecho, había hasta 1988 proliferación de diferentes leyes en todos los niveles de la Federación que regulaban los procedimientos de adquisiciones y enajenaciones de bienes y obras de todo tipo de servicios.

³³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

³⁴ BATISTA JUNIOR, op. cit., p. 113.

³⁵ MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. *A licitação na Constituição de 1988*. [online].

Este debate fue más intenso una vez que al ser revocado el Decreto Ley 200 de 25 de febrero de 1967³⁶, por el Decreto-Ley 2300 de 21 de noviembre de 1986³⁷, este último pasó a disciplinar los procedimientos de licitación y los contratos administrativos de toda la federación, a pesar del cuestionamiento de inconstitucionalidad formal, contenida en el mismo.³⁸

Por lo tanto, el legislador constitucional, durante la Asamblea Constituyente, en vista de los problemas antes mencionados de la pluralidad de normas existentes en toda la Federación optó por un solo tratamiento jurídico a respecto de las compras de bienes, servicios, construcción entre otros³⁹, porque eso significaba una forma de transparencia de los actos de negocios entre la administración pública y organismos de derecho privado, así como permitía menos discreción del Poder Ejecutivo.

Es lo que señala el estudioso constitucionalista brasileño Alexandre de Moraes:

³⁶ Ese Decreto-Ley 200/67 dispone al respecto de “Organización de la Administración Federal y establece las directrices básicas para la Reforma Administrativa”, que estaba en el Título XII de las Normas relativas a licitaciones para la adquisición de obras, servicios y enajenaciones – ver arts. 125-144” (BRASIL. Decreto-Lei n° 200, de 25 de febrero de 1967. Dispone sobre la organización de la Administración Federal, establece directrices para la reforma administrativa y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1.967).

³⁷ Por el Decreto-Lei n°2.300/86 Disciplina los contratos de la Administración Pública Federal. Cf. BRASIL. Decreto-Lei n° 2.300, de 21 de noviembre de 1986. Dispone al respecto de licitaciones y contratos de la Administración Federal y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 25 de novembro de 1986.

³⁸ Destaca Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho que “La carta 1988, así, recibió al Decreto-Ley n° 2300 de 1986, como diploma adecuado para dictar normas generales sobre licitaciones y contratos administrativos que se aplican a toda la Federación, a pesar de la inconstitucionalidad formal contenida en este. Nos referimos a la inconstitucionalidad del Decreto-Ley n° 2300, en relación a la Constitución vigente en el momento de su adopción, por juzgar que demuestra que ciertas prácticas, ahora consideradas abusivas, ya vienen desde hace mucho tiempo profanando los principios constitucionales brasileños. Este hallazgo, por cierto, no deja de tener cierta ironía, cuando hoy en día nos enfrentamos a la discusión de las medidas provisionales. Es que el Decreto-Ley n° 2300 de 1986, se basó justo al dispositivo del art. 55, II, de la Constitución de 67/69, que permitía la publicación de dichos Decretos Leyes, en cuestión era precisamente el art. 8, XVII, c, que preveía la competencia de la Unión para legislar en lo que se refería a "las normas públicas". No hace falta distinguir aquí, derecho administrativo del derecho financiero y el uso forzoso que se hizo en ese momento, como ahora se hace para aumentar la posibilidad de que el Ejecutivo se utilice de tales mecanismos legislativos de emergencia.” (MELO FILHO, op. cit, p. 3).

³⁹ Bittencourt señala que “El tema 'licitaciones' se inserta en el contexto de derecho público. Sin embargo, siempre se polemizó acerca de la naturaleza jurídica de la licitación, debatiéndose mucho si las normas se rigen por el Derecho Financiero o el Derecho Administrativo. Tal cuestión se hacía necesaria frente a la necesidad de establecer la competencia para legislar. Los defensores de la teoría de que se ajustaría al llamado Derecho Financiero (Ruy Barbosa Moreira, Franco Nascimento y otros) entendían que la cuestión debía ser clasificada como «normas generales de Derecho Financiero 'y, por tanto, de jurisdicción federal. Roberto Bazilli advierte acerca de la dificultad de este marco "teniendo en cuenta que la oferta es un procedimiento complejo y la distinción entre el ámbito del derecho financiero y derecho administrativo no es de las más claras. Por nuestra parte, siempre entendemos que la licitación, por ser un procedimiento administrativo previo al contrato, cuyo objetivo final no es el acuerdo, sino llegar a un adjudicatario que, a su vez, alcanza el derecho subjetivo a ser contratado, tratándose, en consecuencia de un procedimiento que no se consustancia en gasto, nunca podría ser colocado bajo el Derecho Financiero, pero solo como instituto de derecho administrativo”. (BITTENCOURT, Sidney. *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei n.º 8666/93 e as regras estabelecidas pelo banco mundial – BIRD*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19).

[...] el mayor método de control que existió en la Constitución de 88 para la administración pública fue constitucionalizar las normas de la administración pública. Esto permitió una menor discrecionalidad del órgano controlado en la hora de dirigir la cosa pública y permitió mayor control del órgano controlador porque al mismo tiempo en que el órgano es controlado, el Ejecutivo tiene los límites, las fronteras de los principios constitucionales, entonces reduce su discrecionalidad, aquellos que controlan tienen a su favor la hermenéutica constitucional para perfeccionar eventuales abusos por parte del Ejecutivo.⁴⁰

Para evitar dudas, la Unión Federal en 1998, proporcionó una Enmienda Constitucional (CE n° 19/98), afirmando su legitimidad como la única entidad política para legislar en la materia (CF: artículo 22, artículo XXVII) alejando, por lo tanto, la posibilidad de la aplicación de cualquier otra disposición establecida por los demás miembros de la Federación.⁴¹

Actualmente, la disposición constitucional está regulada por la Ley Federal N° 8.666, de 21 de junio de 1993⁴², que establece las normas generales para el proceso de licitación, así como las normas para la ejecución de los contratos administrativos, correspondientes a las obras y servicios, incluida la publicidad, las compras, enajenaciones y arrendamientos en el ámbito de los poderes de la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, que abarca más allá de la administración directa, los fondos especiales, las autarquías, las fundaciones públicas, empresas públicas, sociedades anónimas y otras entidades controladas directa o indirectamente (Art. 1 y párrafo único), que serán analizadas en la sección dos (2) de este Capítulo.

Sin embargo, a pesar de la claridad solar de esta regla, algunos estudiosos entienden que no es exhaustiva, ya que la propia Unión Federal puede editar otras leyes que regulan la materia⁴³, entre las que se puede citar como ejemplo es la Ley n°. 10.520 de 17 de julio de

⁴⁰ Conferencia de Alexandre de Moraes, en el Tribunal de Cuentas del Municipio de São Paulo, referente a los principios constitucionales de la Administración Pública de 29 a 03.10.2003. Disponible en: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/2alexandre_moraes3.htm. Accedido en: 04.06.2015.

⁴¹ Dice el art. 22, de la Constitución Federal que “Compete privativamente a la Unión legislar sobre: [...] XXVII – normas generales de licitación y contratación, en todas las modalidades, para la administración pública directa e indirecta, incluidas las fundaciones de la Unión, Estados, Distrito Federal, Municipios, obedecido lo dispuesto en el art. 37, XXI, y las empresas públicas y las sociedades por acciones, de conformidad con el art. 173, §1º. III”. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 de outubro de 1998.

⁴² BRASIL. Ley n° 8.666, de 21 de junio de 1993. Regla el art. 37, XXI, de la Constitución Federal, instituye normas para licitaciones y contratos de la Administración Pública y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993.

⁴³ Al comentar el tema, Marçal Justen Filho, afirma que “no se ha olvidado de que la promulgación de la Ley n° 8666 no produjo el ‘agotamiento’ del poder legislativo federal para promulgar normas generales sobre la materia. Nada impide que la Unión edite otras leyes que regulan la misma materia. El poder de producir “reglas generales” no significa el deber de concentrar todos ellos en un único acto legislativo. Además, como las normas generales sobre contratos públicos y administrativos no requieren ley complementaria, es

2002⁴⁴, que prevé la contratación por subasta electrónica, incluso va más allá al decir que otras entidades públicas (Estados, Distrito Federal y Municipios) pueden legislar, siempre y cuando no sean “reglas generales” pues estas son sin duda de competencia exclusiva de la Unión.⁴⁵

Se ha encontrado que en otros países de América del Sur, entre ellos Argentina, Uruguay, Chile, Colombia, Venezuela y Bolivia, aunque no se especifica en sus Constituciones, que la oferta previa para la adquisición de bienes, servicios y obras, se preocuparon de establecer normas licitatorias con cobertura para todas las entidades federales, gobiernos estatales y locales, a través de leyes de infra constitucionales, todos ellos contienen el cumplimiento de los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia, buscando la oferta más ventajosa para la administración pública.

La Administración Argentina se protege por medio de las normas contenidas en el Decreto N° 1023/2001 y Decreto N° 436 del 05/30/2000, que ponen de manifiesto la importancia de los principios (arts. 5° y 10), como el de la transparencia y el de publicidad del acto que convierten la Licitación pública en un procedimiento más seguro y confiable, ya que todos sus detalles están a disposición de los interesados.

En Uruguay se verifica el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Poder Legislativo que abarca reglas licitatorias Uruguayas estableciendo en su

inoportuno entender que una ley federal, más tarde, puede encontrar algún obstáculo para disciplinar la misma materia. La Ley n° 8666 no es jerárquicamente superior a otra ley ordinaria. Así que es perfectamente constitucional que otra ley federal contenga normas generales sobre la materia. Si son incompatibles con las contenidas en la ley n° 8666, se aplicarán los principios de la posteridad (la ley posterior deroga a la anterior, cuando con ella incompatible) y de la especialidad (la ley especial no deroga la ley general, y tampoco al revés). En el ejercicio de ese poder, la Unión promulgó nuevas leyes generales sobre las licitaciones. El mejor ejemplo es la Ley n° 10520, que regula el pregón.” Cf. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 15.

⁴⁴ BRASIL. Ley en el 10.520, de 17 de julio de 2002. Instituye, en el ámbito de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, en los términos del art. 37, inciso XXI, de la Constitución Federal, modalidad de licitación denominada pregón, para adquisición de bienes y servicios comunes, y concede otras providencias. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de julho de 2002.

⁴⁵ Marçal Justen Filho, comentando sobre la interpretación de las fórmulas "reglas generales" previstas en el art. 22, XXVII, afirma que "Es incuestionable que la Constitución ha reservado competencia legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitaciones y contratos públicos. La competencia legislativa sobre el tema no es privado de la Unión, la CF/88 no habría aludido a las “reglas generales” y habría adoptado disposiciones similares a las establecidas para el Derecho Civil, Comercial, Penal, etc. No es casual que el art. 22 haya distribuido estas competencias en dos incisos distintos. En inc.I alude a la competencia exclusiva para disponer ampliamente de todas las normas relativas a determinados campos (Civil, Comercial, Penal, etc.); Ya el inc. XXVII trata de la facultad exclusiva de disponer únicamente de reglas generales. La voluntad constitucional, por tanto, es de destacar la competencia de otras entidades federales para regular el mismo asunto. Por tanto, solo las normas "generales" son obligatorias para todos los niveles de gobierno, que son liberados para regular el resto, en ejercicio de las facultades legislativas irreductibles para disponer acerca de las regulaciones específicas. La expresión "norma general" presupone la existencia de “regla especial”. Por lo tanto, la Unión no tiene un poder privado y exclusivo para legislar sobre las ofertas y contratos administrativos. Otras agencias federales también tienen la autoridad para disciplinar el tema. Es afirmar que el concepto de "regla general sobre licitaciones y contratos administrativos" está limitado, siendo que tales límites no pueden ser ignorados por la Unión.” Cf. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 13-14.

artículo 33 que “Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.”.

En Chile, asevera Pedro Durão,

El abastecimiento y la prestación de servicios de la administración pública en la República de Chile tienen como base la Ley n° 19.886/2003, normalizada a través del reglamento n° 250/2004. Esta disposición instrumental prevé, además de la obediencia a la norma principal, la sumisión a los principios y normas del Derecho Público, pero designa la posibilidad de que sean aplicadas reglas del Derecho Privado de forma subsidiaria, teniendo en cuenta los primeros artículos sobre la aplicación de tratados internacionales.⁴⁶

En Colombia la licitación se rige por la Ley N° 80 de 28 de octubre 1993 que dispone al respecto de reglas y principios que rigen los contratos de las entidades Estatales, siendo ellas: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles (art. 2°, 1°).

En Venezuela la licitación está regulada por el Decreto de Reforma Parcial de La Ley de Licitaciones N° 1.555 publicado en la Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinario de fecha de 13 noviembre 2001.

En Bolivia el Decreto Supremo n°. 27328 de 31 de enero de 2004, establece las normas de los procedimientos de contratación de activos, obras y servicios generales, inclusive el de la Licitación Pública. A respecto de los contratos suscritos por la administración pública, describe objetivamente la forma que rige su relación contractual, buscando salvaguardar la igualdad, la transparencia y la confiabilidad del concurso, permitiendo que la adjudicación del contrato sea a la mejor propuesta, evitando todo tipo de discriminación.

⁴⁶ DURÃO, Pedro. *Licitación pública, parámetro y supranacionalidad*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 89.

Los países de Europa, entre los más destacados, España, Francia, Inglaterra, Italia y Portugal, han ajustado sus legislaciones infra constitucionales a las premisas básicas para los actos de adquisición de bienes, servicios y obras.

España trata las bases de la licitación por de la Ley N° 30/2007, que regula contratación de servicios públicos. Ella está basada en los principios que sustentan todo el sistema de contratación pública español, como el de igualdad, el de la transparencia versus confidencialidad, el de la libre participación el de la economicidad y el de la eficiencia en el control del gasto. Sus elementos estructurales, destacando la preparación de los contratos, efecto, cumplimiento y extinción de los mismos; la selección del contratado y la adjudicación; y la organización administrativa para gestión de la contratación.

Francia, a su vez, a través de la disciplina de los códigos de los Mercados Públicos, tiene un ordenamiento jurídico que instituye la licitación y tiene como atributo principal su simplicidad, de lo cual se depende la gran discrecionalidad otorgada a las autoridades competentes.

En Inglaterra los contratos públicos son regidos por una Ley promulgada el 31 de enero de 2006 (Ley n° 5) y como es habitual en el estudio del Derecho Anglosajón, la principal características es que son reglas de Derecho Consuetudinario, regulando la adquisición y contratación, sea por órgano del sector público o por determinadas instituciones, de bienes, obras o servicios.

Italia ofrece a través de la Ley n° 241/1990 y Decretos Leyes N° 163/2006, Código de los contratos públicos de obras, provisión de las Directivas n° 2004/17CE y n° 2004/18/CE, conocidas como *Publici Incanti* que se clasifican en cuatro modalidades (Subasta Pública, Licitación Privada, Tratativa Privada y *Appalto Concorso*). Estos procedimientos aseguran el cumplimiento de los principios de economicidad, eficiencia, puntualidad, precisión así como los de libre competencia, igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y publicidad.

Y, por último, Portugal regla la licitación pública a través del Código de Contratos Públicos Portugués aprobado por el Decreto n° 18 del 29.01.2008, que estableció el régimen aplicable a la recepción, organización y tratamiento de datos relacionados con la ejecución del contrato público, inclusive en lo relacionado al alquiler o compra de bienes muebles, de suministro y de servicios públicos en el ámbito de aplicación para todos los niveles del sector público: Estados, Cámaras municipales, Autarquías Locales, Institutos, Fundaciones y Asociaciones Públicas.

2 NORMAS GENERALES PARA EL DESARROLLO DE LOS PROCESOS DE LICITACIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS - LEY FEDERAL N° 8.666/93

Como se mencionó anteriormente, la Ley Federal 8.666/93 proporciona las reglas generales para que el desarrollo del proceso de licitación de la Administración Pública, sea esta directa o indirecta, de modo que las relaciones contractuales de la adquisición con las personas y/o empresas privadas, en materia de obras, servicios incluyendo publicidad, compras, ventas y arrendamientos en virtud de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, están regidas por esta norma general.

El proceso de licitación, en nuestra opinión, envuelve los procedimientos preliminares que los órganos gubernamentales promueven entre las partes interesadas, para que se ajusten a los principios constitucionales de igualdad para seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración y también el procedimiento de evaluación, de esas propuestas, en estricta conformidad con los principios básicos de la legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, publicidad, probidad administrativa, de vinculación estricta con el anuncio de la licitación, así como con los principios que están relacionados.⁴⁷

Para Diógenes Gasparini la

oferta puede conceptualizarse como el procedimiento administrativo por el cual la persona jurídicamente obligada seleccionar, con base en los criterios objetivos, establecidos de antemano, a los interesados que los cumplan, en la mejor propuesta para el contrato o acto de interés. La persona obligada a licitar se llama de licitante y la que participa en el procedimiento de licitación, esperando ganar y ser contratado, se denomina de proponente o licitante particular.⁴⁸

El Tribunal de Cuentas de la Unión ha asegurado que la "Licitación es un procedimiento administrativo formal en el que la Administración Pública hace un llamamiento mediante las condiciones establecidas en el mismo acto (edicto o aviso), a las empresas interesadas en la licitación para la oferta de bienes y servicios. La licitación tiene el objetivo de garantizar el cumplimiento del principio constitucional de igualdad y para seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración, con el fin de garantizar la igualdad

⁴⁷ El Código de los Contratos de Portugal, en similitud con la Ley de Licitaciones y contratos en curso en Brasil asegura que "en la contratación pública son especialmente aplicables los principios de transparencia, igualdad y competencia" (Art. 1º, 4).

⁴⁸ GASPARINI, op. cit., p. 391.

de oportunidades a todos los interesados, y permite la participación en el evento del mayor número de competidores.⁴⁹

Esto es lo que se destaca en lo dispuesto en el art. 3º de la Ley General de licitaciones:

La licitación tiene por objeto garantizar el cumplimiento del principio constitucional de la igualdad, la selección de la oferta más ventajosa para la administración y promoción del desarrollo nacional, y será procesado y juzgado en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, impersonalidad, moralidad, de la igualdad, publicidad, probidad administrativa, el enlace al anuncio de oferta, el juicio objetivo y que están relacionados.

Jessé Torres Pereira Junior⁵⁰ “comentando los principios establecidos en el artículo 3º de la Ley N° 8.666/93, establece que:

Los principios aplicables a las licitaciones públicas y contratos se pueden agrupar en tres categorías: en primer lugar, el principio universal de igualdad, subordinante de los otros; en la segunda, están los principios constitucionales generales, a saber, los de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, indisponibilidad, el debido proceso legal y la continuidad, presente en todas las actividades administrativas del Estado; en el tercero, específicamente los principios del derecho administrativo para las licitaciones, a saber, la vinculación de la convocatoria de la licitación y de la adjudicación objetiva.⁵¹

El principio constitucional de la *Isonomía* o la *igualdad*, no es más que la no diferenciación entre las personas que acuden al evento desarrollado por la Administración Pública cuando tiene que contratar a terceros para llevar a cabo sus objetivos. La Ley de Licitaciones, inspirada en la Constitución de la República Federativa de Brasil, no permite distinción arbitraria o preferencias personales o subjetivas por parte del agente público.

⁴⁹ TRIBUNAL DE CONSTITUCIONAL DA UNIÃO. Licitações e contratos orientações básicas, 3ª ed., revista atual. e ampl.: Brasília: 2006, p. 16. Disponible también en http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/LICITACOES_CONTRA_TOS_3AED.pdf.

⁵⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentário à lei de licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54-55.

⁵¹ También afirmó que el artículo 3º: "no siguió inspiración feliz al reunir los principios que afectan la licitación y contratación pública. Primero porque no jerarquizó; dos, porque no sistematizó, tres, porque no los distinguió, por lo que repitió los principios con varios nombres - la isonomía y la igualdad, la moralidad y la probidad administrativa". Y agrega que "la importancia de estos principios designados por la Ley de Licitaciones, en el art. 3º están en a) facilitar la deducción de las normas generales que les dan cumplimiento; b) delimitar la preparación de las leyes provinciales y locales, así como reglamentos internos de las empresas públicas, sociedades anónimas, fundaciones públicas y entidades públicas bajo el control del Estado con el fin de evitar que compongan subsistemas inconsistentes con la ley federal; c) fijar los puntos cardinales para la interpretación de todo el conjunto de normas en materia de contratación pública. Cf. PEREIRA JUNIOR, op. cit. p.54-55.

Para José dos Santos Carvalho Filho, la igualdad “significa que cualquier persona interesada en la contratación con la Administración debe competir en igualdad de condiciones, sin que a ninguna se le oferte cualquier ventaja sobre las otras”⁵².

Es de su interpretación que:

El principio, sin duda, está estrechamente vinculado a la impersonalidad: de hecho, ofreciendo igualdad de oportunidades a todas las partes interesadas, la gestión del procedimiento licitatorio también ofrecerá un trato impersonal. Por supuesto, la ley permite al administrador, mediante el establecimiento de las normas de procedimiento, establecer algunos requisitos para la competencia. La igualdad aquí, como señala Ivan Rigolin, son iguales expectativas para contratar con la Administración. Por lo tanto, la posibilidad efectiva de eliminar los licitantes particulares debe ser posterior al anuncio de la licitación en el cual se establecen los requisitos del procedimiento. Corolario del principio de la igualdad es la prohibición de establecer diferencias por razón de la nacionalidad, la sede o domicilio de los licitantes particulares, o diferente tratamiento más allá de lo establecido en las reglas legales a respecto de la naturaleza comercial, del régimen de trabajo y seguridad social entre las empresas brasileñas y extranjeras (art. 3º, § 1, I y II Ley nº 8.666/89).⁵³

Toshio Mukai, a su vez, afirma que el principio de igualdad entre los competidores “es uno de los principios fundamentales de la licitación y el más importante de todos. Todos los que están en condiciones de ofrecer el objeto descrito en anuncio de la licitación forman el universo de competidores, potenciales o reales, que tienen el derecho a invocar el principio de igualdad, que, por tanto, ya en la redacción de la convocatoria, debe ser activa y presente”⁵⁴.

El principio de la *selección de la oferta más ventajosa* para la administración es el procedimiento que identifica, de hecho y de derecho, las mejores condiciones para la adquisición de bienes, servicios u obras, para servir los intereses de la administración pública, teniendo en cuenta los precios, la capacitación técnica, la calidad entre otras.

Como regla, la oferta más ventajosa se relaciona con el tema económico. Esto significa que la administración pública tiene por objeto la mejor contratación bajo el punto de vista costo-beneficio. Sin embargo, a menudo la propuesta más ventajosa no solo es la de menor valor, sino aquella que cumple con los criterios técnicos y económicos. En este contexto, Marçal Justen Filho, especifica que:

La ventaja no se relaciona única y exclusivamente a la cuestión financiera. El Estado necesita para recibir beneficios satisfactorios una calidad adecuada. Sería inútil al Estado pagar un valor irrisorio para recibir objeto inútil. A menudo, la ventaja técnica tiene relevancia tal que el Estado tiene que salir de la preocupación puramente financiera [...] Hay otros elementos para el interés colectivo. Por lo tanto,

⁵² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 194.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.243/244.

el interés colectivo puede requerir medidas de emergencia para evitar amenaza a la vida de los individuos. La ventaja en este caso está relacionada con la urgencia, más que con el valor económico o la calidad técnica. Es posible, en estos casos, prescindir de licitación y realizar la contratación directa. Como regla, sin embargo, se admiten de ventaja como cuestión financiera y técnica.⁵⁵

Para José Torres Pereira Junior, “seleccionar la propuesta más ventajosa es, al mismo tiempo, el objetivo del interés público que se desea alcanzar en toda licitación (sentido amplio) y el resultado que se busca en cada licitación (sentido estricto)”.⁵⁶

Siguiendo su raciocinio asegura que la: “Licitación que no incentive la competencia, para de ella resultar la oferta más ventajosa, viola el ordenamiento jurídico e institucional, imponiéndose, en razón de eso, que la autoridad competente la invalide por vicio de legalidad, y además tenga que apurar la responsabilidad administrativa y penal por desvío de poder, caracterizando un acto de improbidad administrativa (CF / 88, del artículo 37, § 4º, y la Ley Federal Nº 8.429 / 92)”.⁵⁷

Por lo tanto, es evidente que el principio de la selección de la oferta más ventajosa para servir al interés público se consolida en criterios técnicos y económicos. También existe el principio de igualdad y el principio de la propuesta más ventajosa, también debe cumplir con la promoción del desarrollo nacional, es decir, la Administración Pública busca intervenir en diversos sectores de la sociedad, a través del proceso de licitación y posterior contratación de la persona física o jurídica seleccionada. Es que por vía de la contratación busca incentivar a la micro y pequeñas empresas para la venta de sus productos y servicios que pueden ser adquiridos por el Gobierno. Esto es confirmado por Daniel Ferreira y Fernando Paulo da Silva Maciel Filho

Las compras realizadas por el Gobierno deben ser vistas como un instrumento eficaz de política pública, lo que confirma una vez más, por lo tanto, con su uso a favor del desarrollo nacional sostenible. Por consiguiente, el poder de compra del Estado refleja su fuerza en que su magnitud representa gran parte de la economía del país, cuyos efectos se producen en muchas otras áreas (social, cultural, ambiental, etc.).⁵⁸

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 46.

⁵⁶ Idem, p. 53.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ FERREIRA, Daniel e MACIEL FILHO, Fernando Paulo da Silva. *A funcionalização das licitações e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbcd40c0d920b94>. En ese mismo sentido, Salomón Ribas Junior, confirma que “El Estado, como un educador o responsable de la educación, compra mano de obra en cantidad apreciable. Lo mismo puede decirse de los insumos necesarios para el funcionamiento de las redes de escuelas públicas. Como mínimo, una escuela pública requiere su propio edificio - lo que implica la contratación de la obra. Hecho el edificio hay que equiparlo para el cumplimiento de sus fines. Así que en un salón de clases hay una pizarra (negra, verde o blanca), mesa, silla y armario del profesor. Pupitres para los estudiantes son otros elementos mínimos necesarios. Estos objetos deben comprarse en el mercado. Además, es necesario consumibles, mínimamente, tiza y borrador. La escuela todavía puede, en los días actuales, ser

[Y la secuencia confirma que] Por lo tanto, es que la responsabilidad social y ambiental no debe ser implementada de forma aislada, sino que debe ser implementada conjuntamente y de forma integrada, a través de conformaciones que permiten la seguridad, la rentabilidad y la satisfacción en las relaciones entre los individuos y la Administración pública, siendo las licitaciones y los contratos administrativos instrumentos adecuados para este tipo de relación consensual. Aquí, la idea de la asociación y la solidaridad que genera una nueva perspectiva sobre los impactos de las decisiones y acciones de todos los interesados en la búsqueda de una solución justa, fraterna y solidaria. En este nuevo giro, el Gobierno resulta ser un verdadero fomentador del desarrollo para la realización de la responsabilidad social y ambiental de las empresas, que es a través de los requisitos de promoción (desarrollo) de las licitaciones, contratos administrativos o por medio de asociaciones.⁵⁹

El Estado es el principal consumidor nacional, de acuerdo con la información en el Portal de Contratación Pública suministrada del Gobierno Federal, véase que en 2012 el movimiento de los recursos monetarios en licitaciones públicas fue próximo de R \$ 72.600 millones, por tanto, se puede decir que es una herramienta importante para la realización de políticas públicas, ya que promueve el desarrollo de todo un sistema productivo, contribuyendo en la creación de puestos de trabajo, promueve la aparición de nuevos negocios y la formalización de los que vivían en la clandestinidad, dando prioridad a las compras de productos nacionales y fomentando el mercado interno.

En la secuencia asegura que licitación que no instigue la competencia, para que de ella resulte la propuesta más ventajosa, incumple su finalidad legal e institucional, imponiéndose a la autoridad competente invalidarla por vicio de ilegalidad, a fin de apurar responsabilidades administrativa y penal por desvío de poder, pudiendo caracterizar un ato de improbidad administrativa (CF/88, art. 37, § 4º, Ley Federal nº 8.429/92).⁶⁰

Por lo tanto, está claro que el principio de la selección de la oferta más ventajosa, para servir al interés público, se consolida en criterios técnicos y económicos.

programado para utilizar materiales modernos para ayudar en el proceso de enseñanza-aprendizaje como proyectores, DVDs, películas, modelos en resina y vegetal. Esa clase debe ser apoyada por el baño, agua potable y artículos de aseo. Es fácil imaginar cuántos elementos se necesitan para la operación de esta clase imaginaria en una escuela hipotética. Es el caso de los libros, cuadernos, lápices, sacapuntas, reglas, compás, etc., cuando distribuidos a los estudiantes por el propio Estado.” (RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 243-244).

⁵⁹ Idem, ibidem.

⁶⁰ FERREIRA, Daniel e MACIEL FILHO, Fernando Paulo da Silva. Op. cit.

Se verifica, aun, que el *principio de la igualdad* y el *principio de la mejor relación calidad-precio*, también deben cumplir con la *promoción del desarrollo nacional sostenible*, es decir, la Administración Pública interviene en varios sectores de la sociedad, a través del proceso de licitación y posterior contratación de la empresa seleccionada. Es a través de la contratación que busca incentivar tanto a las micros y pequeñas empresas para la participación en las licitaciones públicas.

El Estado es el principal consumidor nacional, de acuerdo con la información suministrada en el Portal de Contratación Pública del Gobierno Federal, véase que en 2012 el movimiento de recursos monetarios en licitaciones públicas fue próximo de R\$ 72,6 mil millones⁶¹, por lo tanto, se puede afirmar que la licitación es una herramienta importante para la realización de las políticas públicas, ya que promueve el desarrollo de todo el sistema productivo, contribuyendo en la creación de puestos de trabajo, promueve la aparición de nuevos negocios y la formalización de los que vivían en la clandestinidad, dando prioridad a las compras de productos nacionales y fomentando el mercado interior.

Por otra parte, uno de los objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil es la garantía de desarrollo nacional sostenible previsto en la Carta de la Nación Mayor:

Art. 3. Los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil:

I - construir una sociedad libre, justa y solidaria;

II - garantizar el desarrollo nacional;

III - erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales;

IV - promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

Es claro, por tanto, que el desarrollo nacional sostenible no se vislumbra solo en la cuestión económica, por lo contrario, ese concepto debe añadirse la dimensión social y ambiental.

De hecho, cuando se trata del desarrollo nacional sostenible, el legislador infra constitucional aprobó y se encuentra vigente la Ley N° 12.349, de 15 de diciembre de 2010⁶², que promovió la modificación de la Ley N° 8.666 / 92, para incluir el margen de preferencia para los productos manufacturados y para los servicios nacionales que cumplan con la norma técnica de Brasil, así como lleven en cuenta la generación de empleo y renta; tengan efecto en la recaudación de impuestos federales, estatales y municipales; desarrollo e innovación

⁶¹ Cf. www.comprasnet.gov.br del Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión del Brasil. Parte superior del formulario.

⁶² BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de diciembre de 2010. Altera las Leyes nos 8.666, de 21 de junio de 1993, 8.958, de 20 de diciembre de 1994, e 10.973, de 2 de diciembre de 2004; y deroga el § 1º del art. 2º de la Ley

tecnológica propia del país; costo adicional de productos y servicios; y en sus revisiones, análisis retrospectivo de los resultados, sin embargo, ese margen de preferencia para el producto, servicio, grupo de productos o grupo de servicios no pueden la suma de ellos superar la cantidad de 25% (veinticinco por ciento) sobre el precio de bienes manufacturados y servicios extranjeros.

De hecho, este cambio en la ley de la Licitación brasileña ahora es considerado por administrativistas como “el tercer propósito legal de la contratación pública”, por lo que se espera el cumplimiento, por el poder público, de esta nueva norma la cual viene a satisfacer la disposición constitucional antes mencionada.

Comentando la función social de la licitación, erigido como propósito legal, Daniel Ferreira explica que

cuando se asigna como un tercer propósito el de hacer la promoción del desarrollo nacional sostenible, se incluye la 'función social' en la lista de posibilidades requeridas por la ley. Siendo que lo que antes fue sostenido como el poder-deber de la administrativa, retirable del sistema jurídico, a partir de Constitución y de otras leyes, ahora cuenta como una obligación genérica en ley ordinaria que el gestor público solo puede librarse por justa causa, debidamente justificada y probada. De lo contrario es hacer caso omiso de uno de los tres objetivos fundamentales para la licitación, contaminando esta con vicio insanable.⁶³

También la licitación será procesado y juzgada en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, publicidad y probidad administrativa.

Estos principios, así como los anteriormente vistos, guían la Administración Pública brasileña. Siendo la licitación un procedimiento administrativo, llevado a cabo por entidades públicas estatales, sin duda que se debe obediencia y respeto a estos principios.

Por el principio de legalidad, la entidad pública licitante, está impedida de un comportamiento que no se ajuste al ordenamiento jurídico, es decir, a las previsiones contenidas en la Constitución de la República Federativa del Brasil; a los dictados de la Ley de Contratación y a los respectivos reglamentos.

Este principio se deriva de lo dispuesto en el inciso II del art. 5º de la Constitución Federal, que hace hincapié en que “nadie podrá ser obligado a hacer o abstenerse de hacer algo, excepto por ley”.

⁶³ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal; a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.39.

Ese principio sirve para garantizar tanto al órgano licitante como a las partes que participan del procedimiento licitatorio, los parámetros y límites establecidos en la ley, que son aplicables a los procedimientos de licitación.

Celso Antonio Bandeira de Melo, informa que

la explicación concreta del principio de legalidad se encuentra el art. 4º de la Ley General, que dice que: Todos los que participan en la licitación promovida por las entidades estatales a que se refiere el art. 1º tienen un derecho público subjetivo a la fiel observancia del procedimiento correspondiente establecido en esta ley, cualquier ciudadano puede supervisar su desarrollo, desde que no interfiera con el fin de perturbar o impedir la finalización de los trabajos.⁶⁴

Por los principios de *impersonalidad* y *moralidad*, el primero se encarga de alejar cualquier favoritismo o discriminación impertinente registrándose el deber de que los licitantes sean tratados con absoluta neutralidad, y el segundo exige que el órgano licitante se base en conceptos de honestidad, lealtad y ética, una vez que toda y cualquier conducta inmoral debe ser impedida.

Esto es lo que explica José dos Santos Carvalho Filho: “El principio de la moralidad requiere que el administrador se guíe por conceptos éticos. La impersonalidad indica que la administración debe dar el mismo trato a todos los que están en la misma situación jurídica”.⁶⁵

Bandeira de Mello, por su parte, asegura que el principio de impersonalidad “no es más que una manera de designar el principio de igualdad de todos ante la Administración”.⁶⁶

Por el principio de la publicidad la licitación debe ser ampliamente difundida, para permitir que tenga pleno conocimiento de sus normas el mayor número de participantes. La justificación de esto es que si una mayor cantidad de personas tienen conocimiento de la licitación, habrá mayor eficiencia, una vez tendremos más participantes y así se puede lograr la selección de la propuesta, realmente, más ventajosa para la Administración Pública.

Para Marçal Justen Filho, este principio, señala que:

La publicidad realiza dos funciones. Permite un amplio acceso de los interesados al evento. Se refiere, en ese sentido, a la universalidad de la participación en el proceso de licitación. La segunda función es ofrecer el control de la regularidad de los actos realizados. Se parte de la suposición de que cuantas más personas se preocupen en seguir la ley y la moral, mayor es la posibilidad de controlar las conductas. Siendo ilimitadas las posibilidades de fiscalización. Habrá mayor garantía de que las acciones sean correctas.⁶⁷

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 336.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 193.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 336.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 452.

El principio de la probidad administrativa en la licitación está relacionado con la honestidad y lealtad del agente público con su entidad para llevar en la conducción del procedimiento para la selección de la mejor propuesta. Al contrario, es decir, actuando a través de una conducta impropia, frustra el objeto de la licitación y su responsable estará sujeto a las sanciones civiles, penales y administrativas.

Algunos estudiosos, incluido el constitucionalista Alexandre de Morais, dijo que “El principio de la moralidad está estrechamente relacionada con la idea de la probidad, obligación inherente del agente público”.⁶⁸

Por lo tanto, es inconcebible tener un evento licitatorio que se desarrolla por el interés propio o de un tercero, pues se trata de una disputa inmoral, anti ética, sin justicia y, por último, que viola el código de ética de la administración pública.

El principio de la vinculación entre el anuncio de oferta de la licitación es de suma importancia tanto para el administrador como para el administrado, es decir, la norma contenida en el anuncio de licitación debe ser fielmente obedecida por todos. Es a través de este principio que se evitan los cambios de criterios del certamen, además trae seguridad a las partes interesadas de lo que la administración necesita y pretende para adquirir y/o enajenar bienes.⁶⁹

Enrique Sayagués Laso, sobre el pliego de Condiciones, dice que este “Es el conjunto de prescripciones que especifican el objeto de la licitación y determina los derechos y obligaciones de los que participan, siendo su contenido a ser seguido en todo el Procedimiento. Constituye de hecho y derecho la ley de la Licitación, y por eso su elaboración exige los mayores cuidados”.⁷⁰

El principio a un juicio objetivo, obliga a la Administración Pública a seguir criterios objetivos, que le impiden hacer preferencias o elecciones por criterios libre de los jueces.

⁶⁸ MORAES, op. cit., p. 308.

⁶⁹ Para Toshio Mukai “todo proceso de licitación está obligado por los términos y cláusulas del instrumento de convocación, que establece las "reglas del juego", que no se pueden cambiar en el transcurso del evento, excepto con la publicación de la modificación y la devolución del tiempo para la presentación de ofertas, si el cambio afecta a su elaboración.” (Cf. MUKAI, op. cit., p. 244).

⁷⁰ LASO, Enrique Sayagués. *La licitación pública*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005, p. 30.

Toshio Mukai, destaca que: “Con el fin de respetar el principio de igualdad de los participantes, es regla para el juicio del evento la objetividad absoluta. De ahí, la regla de precio más bajo, cuya prueba es objetiva. Sin embargo, donde se pueda utilizar el tipo de mejores técnicas y de precios (art. 46, *caput* de la Ley N° 8666/93), existe el peligro del subjetivismo, una vez que al establecer los criterios técnicos del juicio puede este hacerse sobre la base de elementos técnicos con puntuaciones muy distantes (0 a 10, de 50 a 100, p. ej.), y en este caso, el aviso de licitación será ilegal porque contiene criterios subjetivos juicio”.⁷¹

Como se ve, hay que entender que los principios que figuran en la Ley N° 8.666/93 son normas fundamentales que deben regir todo el procedimiento de licitación.⁷² Incluso si algunos principios enumerados anteriormente no fuesen explícitos, ciertamente, tal hecho, no les retiraría el carácter de principios. El agente público no solo tiene que ser honesto sino también íntegro, siempre teniendo que demostrar esas cualidades.

Estos procesos se destacan como instrumentos de control, no solo por los interesados directos sino por cualquier ciudadano que puede supervisar su desarrollo, desde que no interfiera con el fin de interrumpir o impedir la ejecución de la obra.

Para descartar cualquier dificultad de comprensión en el procedimiento de la licitación, la ley establece las definiciones pertinentes para lo que es obra, servicio, compra, venta, obras, servicios y compras de gran bulto, fianzas, ejecución directa, indirecta, proyectos básicos, proyectos ejecutivos, contratista, contratado, comisiones y otras denominaciones:

Art. 6. Para los efectos de esta Ley, se considera:

A - Obra - toda la construcción, reforma, fabricación, recuperación o expansión, llevado a cabo por la ejecución directa o indirecta;

II - Servicio - toda actividad encaminada a lograr cierta utilidad de interés para la Administración, tales como la demolición, reparación, instalación, montaje, operación, mantenimiento, reparación, modificación, mantenimiento, transporte, alquiler de productos, publicidad, seguros o trabajo técnico -profesional;

III - Compra - toda adquisición remunerada de mercancías para la entrega de una sola vez o en cuotas;

IV - Alienación - toda transferencia de dominio de los bienes a terceros;

V - obras, servicios y compras de gran bulto - aquellos cuyo valor estimado supera 25 (veinte y cinco) veces el límite establecido en el inciso “c” de la Parte I del art. 23 de esta Ley;

⁷¹ MUKAI, *op. cit.*, p. 244.

⁷² Jesse Torres Pereira Junior dice al respecto de la importancia de estos principios designados por la Ley de Licitaciones, que: a) facilitan la deducción de las normas generales que les dan cumplimiento; b) delimitan la preparación de las leyes provinciales y locales, así como reglamentos internos de las empresas públicas, sociedades anónimas, fundaciones públicas y entidades públicas bajo el control del Estado con el fin de evitar que compongan subsistemas inconsistentes con la ley federal; y c) fijan los puntos cardinales para la interpretación de todo el conjunto de normas en materia de contratación pública. Cf. PEREIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 55.

VI - Seguro Garantía - El seguro que garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las empresas en las licitaciones y contratos;

VII - Ejecución directa - la realizada por los órganos y entidades de la Administración, por sus propios medios;

VIII - Ejecución indirecta - la que la entidad contrata con terceros en cualquiera de los siguientes regímenes:

a) contrato por precio global – cuando se contrata la ejecución de la obra o servicio por el precio determinado y total;

b) contrato de precio unitario – cuando se contrata la ejecución de la obra o servicio por un precio de unidades determinadas;

c) vetado.

d) tarea – cuando se ajusta mano de obra para pequeños trabajos por un precio determinado, con o sin suministro de materiales;

e) contrato integral - cuando se contrata un proyecto en su totalidad, incluyendo todas las fases de las obras, servicios e instalaciones requeridas bajo la plena autoridad de la contratada hasta su entrega en operación, atendidos los requisitos del contratista para la entrada en funcionamiento, en condiciones de seguridad estructural y de funcionamiento y con las características adecuadas a los fines para los que fue contratado;

IX - Proyecto Básico - conjunto de elementos necesarios y suficientes con adecuado nivel de precisión para caracterizar la obra o servicio, o complejo de obras o servicios objetos de licitación, elaborado en base a las indicaciones de los estudios técnicos preliminares que aseguren la viabilidad técnica y el tratamiento adecuado del impacto ambiental del proyecto, y la adecuada evaluación del impacto ambiental del emprendimiento y que posibilite la evaluación del costo de la obra y la definición de los métodos y los plazos de ejecución, debiendo contener los siguientes elementos:

a) el desarrollo de la solución elegida con el fin de proporcionar información general de la obra e identificar todos sus elementos constitutivos claramente;

b) las soluciones técnicas globales y localizadas, lo suficientemente detallado como para reducir al mínimo la necesidad de reformulación o variantes durante la fase de elaboración del proyecto ejecutivo y de realización de las obras y el montaje;

c) identificar los tipos de servicios que se deben realizar y los materiales y equipos a ser incorporado en la obra, así como sus especificaciones para asegurar los mejores resultados para la empresa sin frustrar el carácter competitivo para su ejecución;

d) la información que permita el estudio y la deducción de los métodos de construcción, instalaciones provisionales y condiciones de organización para la obra sin frustrar el carácter competitivo para su ejecución;

e) los subsidios para el montaje del plan de licitación y gestión de la obra, incluyendo su programación, la estrategia de los suplementos, las normas de supervisión y otros datos necesarios en cada caso;

f) presupuesto detallado del costo total de la obra, fundamentado en cuantitativos de servicios y suministros adecuadamente evaluados;

X - Proyecto Ejecutivo – el conjunto de los elementos necesarios y suficientes para la plena ejecución de la obra, de acuerdo con las normas pertinentes de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas - ABNT;

XI - Administración Pública - la administración directa e indirecta de la unión Federal, los estados, distrito federal y municipios, incluyendo las personas jurídicas de derecho privado bajo el control de las autoridades públicas y las fundaciones por ellos instituidas o mantenidas;

XII - Administración – órgano, entidad o unidad administrativa en la que la administración pública funciona y actúa concretamente;

XIII - Prensa Oficial - vehículo oficial para la difusión de la administración pública, siendo para la Unión Federal el Boletín Oficial de la Unión, y, para los estados, el Distrito Federal y los municipios, lo que se define en las leyes respectivas;

XIV - Contratante - es el órgano o entidad que firma el instrumento contractual;

XV - Contratado - la persona o entidad que firma el contrato con la Administración Pública;

XVI - Comisión - comisión permanente o especial, creado por la administración con la función de recibir, examinar y juzgar a todos los documentos y procedimientos

relacionados con la licitación y el registro de licitadores.

XVII - productos manufacturados nacionales – productos manufacturados producidos en el territorio nacional, de acuerdo con el proceso de producción básico o de las reglas de origen establecidas por el Poder Ejecutivo Federal;

XVIII - servicios nacionales - servicios prestados en el país en las condiciones establecidas por el Poder Ejecutivo Federal;

XIX – sistemas de tecnologías de información – bienes y servicios de tecnología de la información y de comunicación cuya discontinuidad provoque un daño significativo a la administración pública y que implique por lo menos uno de los siguientes requisitos relacionados con las informaciones críticas: disponibilidad, fiabilidad, seguridad y confidencialidad.

Como se observa, la propia ley establece un concepto uniforme para que todas las entidades gubernamentales puedan seguir claramente todo el procedimiento licitatorio y superar cualquier duda de intérprete cuando a la apertura del proceso de licitación.

En un capítulo aparte (capítulo II), se analizan las modalidades de licitación (la competencia, la toma de precios, invitación, concurso y subasta), así como los límites de cobertura de cada una; la viabilidad del procedimiento y de la adjudicación del proceso de licitación y también las dispensas de exigibilidad de estas normas para casos específicos:

Art. 22. Son modalidades de licitación:

I - competencia;

II - toma de precios;

III - invitación;

IV - concurso;

V - subasta.

La Competencia es una forma de oferta entre todos los interesados que en la fase inicial de la calificación de carácter preliminar, demuestran tener los requisitos mínimos exigidos en el anuncio de la licitación para la ejecución de su objeto (Ley 8.666/93, art. 22, § 1°).

En la Toma de Precios, opera entre las partes debidamente registradas o que cumplen con todos los requisitos exigidos para la inscripción, hasta el tercer día antes de la fecha de recepción de las ofertas, observada la necesaria calificación (Ley 8.666/93, art. 22, párrafo 2°).

La Invitación se procesa entre las partes interesadas que son del ramo correspondiente al objeto, registrados o no, e invitados en el mínimo de tres (3) por la unidad administrativa, que fija, en un lugar apropiado, copia del anuncio de licitación (previo aviso) y lo extiende a los otros registrados en la especialidad correspondiente que han declarado su interés con antelación de hasta 24 (veinticuatro) horas siguientes a la presentación de las ofertas (Ley 8.666/93, art. 22, § 3°).

El Concurso se lleva a cabo entre las partes interesadas para la realización de trabajo técnico, científico o artístico, mediante el establecimiento de premios o remuneración a los ganadores, conforme anuncio de la licitación publicado en la prensa oficial con al menos 45 (cuarenta y cinco) días (Ley 8.666/93, el artículo 22, § 4°).

Por último, la Subasta es el modo desarrollado por la Administración Pública para que todos los interesados a la venta de bienes muebles inservibles de la administración o de productos legalmente aprehendidos, o prendas, o para la venta de bienes inmuebles establecidos en el art. 19⁷³, a quien ofrece la oferta más alta o el valor igual o superior de la tasación (Ley 8.666/93, el artículo 22, § 5°)⁷⁴.

En el caso de la licitación en el modo de invitación, habiendo en la localidad donde se desarrolla más de tres (03) posibles interesados a cada nueva invitación, realizada para objeto idéntico o similar, es obligatorio invitar a, por lo menos, más un interesado, en cuanto existan catastrados no invitados en las últimas licitaciones. Y en el caso de que no haya un mínimo de 03 (tres) licitantes. Esas circunstancias deberán ser debidamente justificadas en el proceso, bajo la pena de tener que repetir la invitación.

Se observa que todos los tipos de licitaciones se desarrollan en el lugar donde se encuentran la entidad interesada, salvo por razones de interés público, debidamente justificadas, podrá ser en lugar diferente. Sin embargo, no impide la habilitación de empresas residentes o con sede en otros lugares.

Los avisos (art. 21) que contienen los resúmenes de los diferentes tipos de licitaciones, aunque llevadas a cabo en el lugar de la división interesada, se publicarán con antelación, por lo menos por una vez, a saber en los siguientes medios de comunicación:

- a) En el Boletín Oficial de la Unión Federal, en el caso de ofertas presentadas por la agencia o entidad del gobierno federal y también en el caso de las obras financiadas parcial o totalmente con recursos federales o garantizados por recursos de instituciones federales;
- b) Boletín Oficial del Estado o del Distrito Federal cuando tratarse, respectivamente, de licitación realizada por la agencia o entidad de la Administración Pública del Estado o Municipal, o del Distrito Federal;
- c) en periódico de amplia circulación en el estado y también si hay en el periódico de circulación del municipio o en la región en la que se realizará la obra, prestado el servicio, entregue, vendido o alquilado el bien, pudiendo aún la Administración,

⁷³ El art. 19 prescribe que: "Los bienes inmuebles de la administración pública, cuya adquisición deriva de un procedimiento judicial o de dación en pago, podrá ser transferido por un acto de la autoridad competente, con sujeción a las siguientes reglas: I - Evaluación de bienes materiales; II - prueba de la necesidad o utilidad de la venta; III - Aprobación del procedimiento de licitación, bajo la modalidad de competencia o subasta". Cf. BRASIL. Op. cit.

⁷⁴ La definición de subasta fue cambiada por la Ley n° 8.883 / 94. Cf. BRASIL. Ley n° 8.883, de 8 de junio de 1994 Altera dispositivos de la Ley n° 8.666, de 21 de junio de 1993, que regula el art. 37, XXI, de la Constitución Federal, instituye normas para licitaciones y otras medidas. Op. cit.

conforme el bulto de la licitación, se utilizar de otros medios de difusión para ampliar el ámbito del área de competencia.

El aviso publicado contendrá la indicación del lugar donde los interesados pueden leer y obtener el texto completo de la convocatoria y toda la información sobre la licitación. El plazo mínimo hasta la recepción de las ofertas o de la realización del evento será: I - cuarenta y cinco días para concurso y competencia, cuando el contrato a ser firmado contemplar la modalidad de régimen de contrata integral o cuando la licitación es de “mejor técnica” o “técnica y precio”; II - treinta días para la competencia en los casos no especificados en el apartado “b” del inciso anterior; toma de precios, cuando la licitación es del tipo “mejor técnica” o “técnica y precio”; III - quince días para la toma de precios en los casos no especificados en el apartado “b” del inciso anterior, o de la subasta; IV - cinco días hábiles para la invitación.

Una vez publicado el aviso de licitación, cualquier alteración en el pliego implicará la obligación de publicar un nuevo aviso de las mismas características de la publicación anterior y el reinicio de los plazos reglamentarios, excepto cuando incuestionablemente la alteración no afecte la formulación de las propuestas

Otro parámetro que debe ser cumplido por parte de las entidades públicas brasileñas es la limitación del valor estimado para cada procedimiento de licitación y su respectiva adjudicación.

La citada Ley general, en su artículo. 23 establece los siguientes valores:

Art. 23. Las modalidades de licitación que se hace referencia en los incisos I a III del artículo anterior se determinará por referencia a los siguientes límites, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato:

I - para obras y servicios de ingeniería:

- a) Invitación - hasta R\$ 150.000,00 (ciento cincuenta mil reales);
- b) Toma de precios - hasta R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales);
- c) competencia: por encima de R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales);

II - para compras y servicios no mencionados en el párrafo anterior:

- a) invitación - hasta R\$ 80.000,00 (ochenta mil reales);
- b) toma de precios - hasta R\$ 650.000,00 (seiscientos cincuenta mil reales);
- c) competencia - más de R\$ 650.000,00 (seiscientos cincuenta mil reales).

Las obras, servicios y compras hechas por la administración serán divididos en tantas partes cuanto se comprueben técnica y económicamente viables, procediendo la licitación con miras a un mejor uso de los recursos disponibles en el mercado y expansión de la competitividad sin pérdida de economías de escala (Ley 8.666/93, art. 23, § 1º).

En la ejecución de obras y servicios y compras de bienes, en cuotas, implica que a cada etapa o un conjunto de etapas de la obra, servicios o de compra, es realizada una licitación diferente, conservado la modalidad pertinente para la ejecución del objeto en licitación (Ley 8.666/93, el artículo 23, § 2°).

La competencia es la forma de licitación correspondiente a cual sea el valor de su objeto, tanto en la compra o venta de bienes inmuebles, salvo lo dispuesto en el art. 19, como en la concesiones de derecho real de uso y en las licitaciones internacionales. Permitiendo en este último caso, dentro de los límites del artículo 23, la toma de precios cuando la entidad tenga catastro de proveedores internacionales o invitación, cuando no hubiera proveedor de bienes o servicios en el país (Ley 8.666/ 3, el artículo 23, § 3°).

Esta ley garantiza que, cuando exista invitación, la administración podrá utilizar la toma de precios y, en todo caso, la competencia (Ley 8.666/93, art. 23, § 4°). Sin embargo es prohibido utilizar el modo de “invitación” o “toma de precios”, según sea el caso, para cuotas de una misma obra o servicio, o aún de obras y servicios de la misma naturaleza y el mismo lugar en el que se pueden realizar en conjunto y concomitantemente, cuando la suma de sus valores caracterizan el caso de “toma de precios”, o “competencia”, respectivamente, en virtud de este artículo, con excepción de las cuotas de naturaleza específica que se pueden realizar por personas o empresas especializadas diferentes de aquella del ejecutor de la obra o servicio (Ley 8.666/93, art. 23, § 5°).

La ley en discusión prevé casos de dispensa y exención de la licitación, siendo la primera utilizada para inúmeras situaciones⁷⁵, y la segunda solamente en tres situaciones.

En la primera situación se destaca la dispensa de licitación para:

- a) obras y servicios de ingeniería de valor hasta 10% (diez por ciento) del límite de línea “a” del inciso I del artículo anterior, desde que no se refieran a las cuotas de una misma obra o servicio o para obras o aún para obras y servicios de la misma naturaleza y en el mismo lugar que puedan ser realizadas conjunta y simultáneamente;
- b) otros servicios y compras de valor hasta el 10% (diez por ciento) del límite de la línea “a” del inciso II del artículo anterior y para ventas, en los casos conforme lo dispuesto en esta Ley, siempre que no se refieran a partes de un mismo servicio, compra o venta de gran bulto que se puede realizar de una sola vez;
- c) en los casos de emergencia o calamidad, cuando caracterizada la urgencia de atendimento en situación que puede causar daños o comprometer la seguridad de persona, obras, servicios, equipos y otros bienes, públicos o privados, y solo para los bienes necesarios para resolver la situación de emergencia o calamidad y para las cuotas de obras y servicios que puedan ser terminadas dentro de un plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días consecutivos e ininterrumpidos, contados a partir de la ocurrencia de la emergencia o calamidad, prohibida la prorrogación de los respectivos contratos.

⁷⁵ El Art. 24 de la Ley 8.666 / 93 listas 31 situaciones que autorizan la exención de licitación.

- d) cuando no acudieren interesados a la licitación anterior y esta, justificadamente, no se puede repetir sin perjuicio de la Administración, mantenidas, en este caso todas las condiciones preestablecidas;
- e) cuando las propuestas establezcan precios claramente más altos que los vigentes en el mercado nacional, o incompatibilidad con los precios establecidos por los organismos oficiales competentes, en cuyo caso, se observa el párrafo único del art. 48 de esta Ley y, de continuar la situación, se permitirá la adjudicación directa de bienes o servicios, por valor no mayor al que consta en el registro de precios o de servicios;
- f) para las compras de material de uso por parte de las fuerzas armadas, con la excepción de los materias de uso personal y administrativo, cuando necesario la mantención de patrones necesarios a la estructura de apoyo logístico de los medios navales, aéreos y terrestres, a través del parecer del Comité creado por el decreto.

Según Sergio Ferraz Lucía y Valle Figueiredo: “Hay dispensabilidad cuando se producen, en caso concreto, las circunstancias especiales previstas en la ley, proporcionando la no realización de la licitación, que era indispensable en principio. Es decir, inexistentes, tales circunstancias especiales, inamovible sería la obligación de licitación. Pero frente a la existencia de estas, puede la Administración proceder con el proceso de licitación, siempre que se responda adecuadamente al interés público”⁷⁶.

En la segunda, es decir, para la *inaplicabilidad de licitación* (Ley 8.666/93, art. 25), solo es posible cuando existe imposibilidad de la competencia, en especial cuando:

- I - para la compra de materiales, equipos o bienes que solo pueden ser proporcionados por el productor, la empresa o el representante comercial exclusivo, prohibida la preferencia de marca, debiendo la prueba de la exclusividad ser hecha a través de certificado proporcionado por la entidad de Registro del comercio local en que se celebrará la licitación o de la obra o servicio, por el Sindicato, Federación o Confederación de Empresarios, o incluso por los órganos equivalentes;
- II - para la contratación de servicios técnicos enumerados en el art. 13 de esta Ley, de naturaleza singular, con profesionales o empresas de reconocida experiencia, prohibida la exención para los servicios de publicidad y promoción;
- III - para la contratación profesional de cualquier sector artístico, directamente o a través de un agente exclusivo, siempre que consagrado por la crítica o la opinión pública.

El legislador infra constitucional, preocupado por la expresión “especialización notoria” lo definió en el texto como:

profesional o empresa cuyo concepto en el campo de su especialidad, como resultado de desempeño anterior, estudios, experiencias, publicaciones, organización, instrumental, equipo técnico u otros requisitos relacionados con sus actividades, permita inferir que su trabajo es esencial y indiscutiblemente el más adecuado para la plena satisfacción del objeto del contrato. (Art. 25, § 1º)

⁷⁶ FERRAS, Sérgio; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994, p.34.

Consignando además que “en cualquier caso de dispensa, si probado el sobreprecio, responden solidariamente por los daños causados al Estado el proveedor o prestador de servicios y el funcionario público responsable, sin perjuicio de otras sanciones legales” (Ley 8.666/93, art. 25, § 2°).

Aún, la ley de licitación prescribe que tanto la renuncia como la inaplicabilidad son necesariamente justificadas y deben ser reportadas dentro del plazo de tres (3) días a la autoridad superior para su ratificación y publicación en el órgano de la prensa oficial, en el plazo de los cinco (5) día, todo eso como condición de la eficacia de los actos (Ley 8.666/93, art. 26).

Los procedimientos de dispensa y exención o mismo de retraso serán instruidos, en su caso, con los siguientes elementos (Ley 8.666/93, art. 26, Párrafo único):

- I - caracterización de la emergencia o calamidad para justificar la exención, en su caso;
- II – razón de la elección del proveedor o del ejecutor;
- III - justificación del precio.
- IV - documento de aprobación de los proyectos de investigación a los cuales los bienes serán relacionados.

María Silvia Di Pietro Zanella distingue entre la dispensa y la inexigibilidad a la licitación, diciendo:

La diferencia básica entre las dos situaciones radica en el hecho de que en la dispensa hay posibilidad de competencia que justifique la licitación; por lo que la ley permite esta, que se inserta en la competencia de los Administradores. En caso de inexigibilidad, no hay ninguna posibilidad de competición, porque solo existe un objeto o una persona que atiende a las necesidades de la administración; la licitación es imposible.⁷⁷

Superadas todas las circunstancias y peculiaridades anteriormente previstas, la licitación se inicia con la apertura del procedimiento administrativo debidamente registrado, protocolado y numerado en el ente público u organismo competente.

Es lo que determina el artículo 38 de la Ley 8.666/93:

El proceso de licitación se iniciará con la apertura del procedimiento administrativo, debidamente citado, registrado y numerado, conteniendo la autorización respectiva, una breve exposición de su objeto y del propio recurso para los gastos, y que serán debidamente unidos.

Puntualizamos que el procedimiento de licitación sigue dos etapas: una interna y otra externa.

⁷⁷ DI PIETRO. Op. cit., p.302.

En la etapa interna son realizados los actos necesarios a la definición del evento y establecidas las bases del contrato con la empresa que se corone como ganadora. Este paso se denomina de interna, ya que se desarrolla dentro de la administración pública, es decir, sin la participación de los oferentes o proponentes.

Marçal Justen Filho señala que:

En esta etapa se llevarán a cabo los actos destinados a: a) verificar la necesidad y la conveniencia de contratar; b) determinar la presencia de los requisitos legales para la contratación (incluyendo la disponibilidad de recursos presupuestarios); c) determinar la práctica de actos previos imprescindibles para la licitación (la cuantificación de las necesidades administrativas, evaluaciones de productos, desarrollo de proyectos básicos, etc.); d) definir el objeto del contrato y las condiciones básicas de la contratación; e) verificar la presencia de los presupuestos para la licitación, establecer el modo y preparar el acto de convocatoria de la licitación.⁷⁸

La etapa externa es la que consiste en realizar y seleccionar directamente al vencedor, teniendo en cuenta la propuesta más ventajosa y atendiendo a los principios discutidos anteriormente. En esta etapa se registran:

a) Fase de difusión - es decir, la publicación del anuncio de licitación en la sede del organismo licitante y en la prensa, informando a los terceros la intención adquirir bienes, servicios y obras y/o venta de sus bienes;

b) Fase de recepción de las ofertas - es el momento en que son enviadas las propuestas por los interesados dentro del objeto de la licitación;

c) Fase del juicio - selección de la oferta más ventajosa;

d) Fase de la deliberación, es decir, la fase de revisión de los actos realizados y evaluación de la conveniencia y legalidad del resultado.

Se observa que tanto en las etapas, como en las fases del proceso de licitación se fluyen los plazos que deben ser obedecidos sobre la pena de la aplicación del principio de preclusión, con lo que se permite reconocer el agotamiento del acto en la progresión del procedimiento.⁷⁹

⁷⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., 371.

⁷⁹ Los procesalistas Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida y Eduardo Talamini, proclamaron que "Hay tres especies de preclusión: Temporal, consumativa y lógica" y definen que "La preclusión temporal es la que se deriva del simple incumplimiento de plazo para la práctica de determinado acto procesal [...] la preclusión consumativa ocurre cuando el acto que uno debe practicar se encuentra dentro del plazo legal y por lo tanto no se puede repetir, y [...] la preclusión lógica no depende directamente del factor tiempo en el proceso, sino que es el resultado de la práctica de otros actos incompatibles con el que debe llevar a cabo en el plazo procesal respectivo". Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues et. al. *Curso Avançado de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 192.

Al superar las fases antes descritas, es decir, de la selección de la mejor propuesta y no habiendo irregularidades en el concurso, se pasa a la ratificación del resultado y a la adjudicación por la autoridad competente.

Después de establecer la formalización del contrato con el ganador del evento, el cual será elaborado por los organismos interesados, debiendo tener un archivo cronológico y registro sistemático de su resumen. Cabe aclarar que la legislación aplicable considera nulo el contrato verbal, excepto para aquellas pequeñas compras de pago inmediato, es decir, aquellos que no excedan la cantidad de 5% (cinco por ciento) del límite establecido en el art. 23, II, letra “a”.

También dice la ley que:

Art. 61. Todo contrato deberá contener los nombres de las partes y sus representantes, el propósito, el acto que lo autorizó, el número del procedimiento de la licitación, la exención o dispensa, el sometimiento de los contratistas a las normas de la presente Ley y cláusulas contractuales.

En las observaciones formuladas anteriormente, Marçal Justen señala que “El instrumento debe contener, en primer lugar, los datos que permitan la identificación precisa de las partes, su contenido y los elementos de prueba del cumplimiento de los requisitos legales. Esto evita que un contrato sea de origen o de causa desconocida. Permite el control de los acuerdos suscritos por la administración y facilita la detección de posibles fraudes”⁸⁰.

La publicación del resumen del contrato y sus modificaciones deben hacerse en la prensa oficial, una vez que es una condición indispensable para su eficacia, lo que debería ser realizado hasta el quinto día del mes siguiente.

Vale registrar que la ley autoriza a cualquier uno de los licitadores el conocer las condiciones del contrato de licitación, así como, a cualquier parte interesada, la obtención de copia, pagado los costos correspondientes (Ley 8.666/93, art. 63). Esta regla no es más que dar garantía de la publicidad de la licitación y del contrato administrativo, evitando la existencia de acuerdos secretos. También sigue siendo un aspecto del control externo de los actos de la administración pública.

Hay otros matices en la formalización de los contratos que resulta o no de los procedimientos de licitación, los cuales deben establecer con claridad y precisión las condiciones para su ejecución, expresados en las cláusulas que definen los derechos,

⁸⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., 526.

obligaciones y responsabilidades de las partes de acuerdo con las bases del procedimiento y propuesta a la que se vincula.

Son detallados, también, los eventuales cambios, la ejecución o no ejecución de los contratos y la pertinencia de la liquidación y los recursos administrativos y judiciales a disposición de las partes y terceros interesados a que nos referimos en los siguientes capítulos, especialmente sobre las conductas consideradas ilegales, dañinas y corruptas para el Estado.

3 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIONES Y AUTORIZACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

La Administración Pública de Brasil, cuando no realiza los servicios públicos de manera directa, lo hace a través de las empresas concesionarias y autorizadas, a través de las celebraciones de contratos.

Estas concesiones y autorizaciones están establecidas en la constitución, en los siguientes términos:

Art 175. Corresponde al poder público, como exige la ley, directamente o mediante concesión o autorización, siempre a través de licitación, la prestación de servicios públicos.

Párrafo único. La ley establecerá:

I - el régimen de las empresas concesionarias y autorizadas de servicios públicos, el carácter especial de su contrato y su renovación, así como las condiciones de caducidad, el control y la extinción de la concesión o autorización;

II - los derechos de los usuarios;

III - la política tarifaria;

IV - la obligación de mantener un servicio adecuado.

Aunque la Constitución Federal de Brasil está en vigor desde el 5 de octubre de 1988, se verifica que en Brasil desde el siglo XIX, inspirado en el concepto de la doctrina francesa⁸¹, se hacen uso de las concesiones de servicios públicos. Con el pasar de las décadas las reglas, a respecto del tema, fueron recibiendo nuevas bases políticas y reformulaciones doctrinales, que terminaron aproximándose de la posición citada anteriormente.

El concepto de concesión de servicio público, según Vera Monteiro:

⁸¹ Vera Monteiro, citando Gilles Lebreton, afirma que “la categoría de *Machés Publics* fue codificada en Francia en 1964 en el *Code des Marchés Publics* y, básicamente, se distingue de otras cuatro categorías de los contratos administrativos: Contrato *delegation de service public* (*concessiones, régies intéressées, affermages*); contratos de *louage de services*; contratos económicos o financieros; y contratos de bienes públicos”. Cf. MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 16.

no es tan antiguo. Los grandes escritores de finales del siglo XIX no lo tratan. Solo se hace referencia a las concesiones de obras públicas de los recursos naturales (por ejemplo, la minería y las quedas de agua), de entierro en los cementerios y el usos de bienes públicos. Hasta 1910 la concesión del servicio público todavía estaba confundida con concesiones de obras públicas. Al parecer, solo con el Decreto de 05/31/1910 que se ocupa de la organización del Consejo de Estado francés, es que se inaugura en Francia, en el texto normativo, la expresión ‘concesión del servicio público.’⁸²

Por lo tanto, el concepto parte de la adjudicación de las obras públicas y se prolonga a la adjudicación del servicio público, hecho que se mantiene hasta hoy, incluyendo Brasil.

Es de la historia de Brasil que las concesiones de los servicios públicos fueron identificadas a finales del XIX y principios del siglo XX como un factor de desarrollo para el país. La Ley General N° 641 de 26 de junio de 1852, autorizó al Gobierno Federal para conceder la construcción y explotación de un ferrocarril desde Río de Janeiro a Minas Gerais y São Paulo. Posteriormente, esas concesiones han ganado más espacio y evolucionado hasta la creación y expansión de la red ferroviaria para otros lugares y áreas de infraestructura como puertos, electricidad y transporte público.

Esas concesiones tuvieron amplia difusión hasta la década de 1940, dado que el Estado se veía limitado al no disponer de los recursos suficientes para la prestación de los servicios públicos de naturaleza esencial, así como no disponía de la capacidad administrativa para desarrollar una gestión eficiente.

En los años y décadas siguientes, las concesiones disminuyen debido a la inestabilidad económica en general, más precisamente por razones asociadas a las guerras mundiales y las tendencias estatistas de los gobiernos. El regreso de las concesiones tuvo lugar en los años 80 y 90 del siglo XX, con el cambio del modelo económico y de la mayor participación de los intereses del sector privado. En ese periodo se promulgación de la Ley N° 8.987 de 02/13/1995⁸³, que establece el régimen de concesión y autorización para la prestación de los servicios públicos. Se trata de la regulación de la disposición constitucional antes mencionada.

En su primer artículo dice: “Las concesiones de servicios públicos y obras públicas y las autorizaciones de los servicios públicos se regirán por los términos del art. 175 de la Constitución Federal, por esta Ley, y por las disposiciones legales pertinentes y por las disposiciones de los indispensables contratos”.

⁸² MONTEIRO, op. cit., p. 20.

⁸³ BRASIL. Lei 8.987, de 13.2.1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Op. Cit.

Celso Antonio Bandeira de Mello, define la concesión como “el instituto a través del cual el Estado otorga el ejercicio de un servicio público para alguien que acepta hacerla en su propio nombre, por su cuenta y riesgo en las condiciones fijadas y modificables unilateralmente, por el Poder Público, pero con la garantía contractual de un equilibrio económico y financiero, siendo remunerado por el funcionamiento del servicio, en general y principalmente a través de las tarifas cobradas directamente al caso de los servicios públicos”.⁸⁴

Para Mario Masagão la concesión “es un contrato público, costoso, sinalagmático y conmutativo, mediante el cual el Gobierno transfiere a la persona de derecho privado la obligación de operar un derecho público”.⁸⁵

Al respecto de su naturaleza jurídica los doctrinadores la consideran, tanto, un contrato público, como un contrato de naturaleza mixta. El primero (contrato público), explica que poco importa que consten términos obligatorios que reflejen las normas generales e impersonales, dictados por la ley y preexistentes, el acuerdo de voluntad entre las partes, incluso de naturaleza jurídica diversa es un contrato público. El segundo (el contrato de naturaleza mixta) atribuye una relación jurídica compleja, compuesta por acto unilateral de la Administración fijando reglas y por otra parte un contrato de derecho privado, ya que implica la cuestión económica y financiera a través del proyecto elaborado por el actor privado.

Se observa que las reglas de concesiones y autorizaciones se aplican tanto en el Gobierno Federal, Distrito Federal, los estados y los municipios, inclusive obligándoles a revisar sus contratos para realizar los ajustes necesarios en su legislación particular a las disposiciones de esta Ley general y para cumplir con las peculiaridades de los distintos tipos de servicios (art. 1º, párrafo único), estableciendo aún lo que sigue:

- I – poder que concede: la Unión Federal, el Estado, el Distrito Federal o el Municipio, en cuya jurisdicción se encuentra el servicio público, precedido o no de un proyecto de obras públicas, objeto de concesión o autorización;
- II - concesión de servicio público: la delegación de su realización, hecha por la persona jurídica o consorcio de empresas que muestra la capacidad de poder llevar a cabo, por su propio riesgo y por un plazo determinado;
- III - concesión de servicio público precedido de la ejecución de obra pública: la construcción, total o parcial, conservación, renovación, ampliación o mejora de cualquier obra de interés público, delegada por la autoridad otorgante, a través de un proceso de licitación, en la forma de la competencia, a la persona jurídica o un consorcio de empresas que demuestran la capacidad de llevar a cabo, por su propio riesgo, de modo que la inversión de la concesionaria sea paga y amortizada a través de la explotación de los servicios u obras durante un período determinado;

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 701.

⁸⁵ MASSAGÃO, Mario. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 286.

IV - permiso de servicio público: la delegación, con carácter temporal, a través de un proceso de licitación de la prestación de servicios públicos, hecha por la autoridad que concede a la persona física o persona jurídica que muestra la capacidad de realizar la actividad por cuenta y propio riesgo.

Las concesiones y autorizaciones están sujetos a la supervisión de la autoridad que concede, responsable de la delegación, conjuntamente con la cooperación de los usuarios y serán precedidas o no de la ejecución de obras públicas, que se formalizará mediante contrato, y deberá cumplir con los términos de la Ley General, así como con las normas pertinentes y con la convocatoria de la licitación. La autoridad otorgante expedirá, previamente el pliego de la convocatoria, acto en el cual consta la justificativa con la conveniencia de la concesión o autorización, caracterizando su objeto, ámbito y plazo.

En ese contexto vemos que el comando constitucional no descuida el procedimiento tanto para las concesiones, como para las autorizaciones, pues a través de este procedimiento que contempla todos los tipos de contratos y el control de la calidad de los servicios, una vez que son desarrollados en nombre del Poder Público.

Destaca Carlos Padrós Reig, que

De este modo, la adjudicación de un contrato se basa siempre en las cualidades técnicas y económicas de la empresa adjudicataria. No se puede decir exactamente que estamos siempre ante una relación *intuitu personae*, pero sí ante un negocio jurídico donde la cualidad personal del contratista resulta muy relevante. En las palabras del Profesor Delgado, 'la circunstancia de que la concesión opera una delegación de facultades al concesionario, que el objeto es un servicio público, y la necesidad de que en el concesionario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al sujeto encargado de gestionar el servicio, y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no solo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que sea el propio sujeto seleccionado por la Administración quien asuma la gestión del servicio'⁸⁶.

El Poder Judicial también confirma la necesidad de hacer una licitación para que la Administración Pública pueda realizar el acuerdo de autorización y concesión:

AGRAVIO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE ADMISIÓN. RECHAZADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDAD PASIVA AD CAUSAN. RECHAZADA. PRELIMINAR DE INADECUACIÓN DE LA VÍA ELEGIDA. RECHAZADA. MERITO. CONCESIÓN Y PERMISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN. RECURSO NO PROVEÍDO. Decisión unánime. 1 - Las preliminares no prosperan, porque no hay necesidad de sus efectuaciones. 2 - La Constitución de la República, en su art. 22, inc. XXVII c/c art. 175, establece que las concesiones y permisos siempre a través de licitación pública, por lo que tal procedimiento es, por regla general, necesario, sometiendo a

⁸⁶ REIG, Carlos Padrós. Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 135, Julio-septiembre 2007, Madrid: Civitas, 2007, p. 461.

todos los que deseen contratar con la Administración Pública, que, al parecer, no se produjo en el caso sub examine.3 -Agravio del instrumento no proveído. 4 - Decisión Unánime. (Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco -AI 89282920088170480 - 0005761-18.2010.8.17.0000 – 8ª Câmara - Relator José Ivo de Paula Guimarães – Juzgado en 09.06.2011 – Publicación 09.06.2011).

También confirma la nulidad del contrato sin licitación previa, incluso con la retomada inmediata del servicio concedido o permitido, independientemente del pago de indemnización al contratista. Es lo que se ve de la decisión dictada por el Superior Tribunal de Justicia:

Enmienda: necesidad de procedimiento de licitación, en el plazo máximo de 1 año después del juicio final de la acción. 2. inconcebible imaginar privilegio a favor de los intereses privados o de la empresa recorrida, en cualquier derecho a ser compensado, manteniendo la perpetuación de un contrato reconocidos como nulo por la ausencia de una licitación. 3. La jurisprudencia de esta Corte Superior de Justicia es en el sentido de que “extinto el contrato de concesión por el término del plazo, corresponde al Gobierno la reanudación inmediata del servicio, para la realización de una nueva licitación, con el fin de garantizar la plena observancia del principio de la continuidad del servicio público, no estando condicionado el término final del contrato al pago previo de ningún tipo de compensación, que debe ser buscada por las vías ordinarias “(AgRg en Resp 1139802 / SC Rel. Ministro HAMILTON Carvalhido, PRIMERA TURMA juzgados en 12/04/2011, 25/04/2011 DJE) 4. Declarada la nulidad de la autorización concedida sin licitación, no puede condicionar el término final del contrato al pago previo de ningún tipo de compensación, dejando al gobierno para reanudar inmediata del servicio hasta la finalización de una nueva licitación. 5. Cabe señalar que cualquier interrupción en la prestación del servicio de transporte público mencionado en esta demanda, asistido por la incapacidad de la entidad pública asume, directamente, la prestación de dicho servicio, debido a la desmovilización de infraestructura Estado, antes de la finalización del proceso de licitación puede dar lugar a la discontinuidad de los servicios, en violación completa con el principio de continuidad de los servicios públicos esenciales. Por lo tanto, con el fin de continuar con el servicio de transporte público y el interés de toda la comunidad, se autoriza la realización del proceso de licitación en el plazo de un año, independientemente de la decisión definitiva, en la que cesa el efecto de los contratos en cuestión. 6. Recurso especial proveído. *RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial - REsp 1366651 RJ 2012/0263881-8 - RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES – juzgado en 19 de septiembre de 2013 - Fecha de publicación: DJE: 26/09/2013).*

Esta ley no permite que el Administrador Público pueda incluso elegir un otro procedimiento, entre los diversos existentes, que no sea el de la competencia pública para la concesión de servicios públicos, precedido o no de obras públicas, es decir, se busca a través de esta modalidad la selección, entre un gran número de personas, la que pueda ofrecer la propuesta más ventajosa para la prestación del servicio público.

En cuanto a las autorizaciones para servicios públicos, existen otras modalidades de procedimientos de licitación. Pero en todos ellos, se debe la obediencia a los principios de la legalidad, la moralidad, la transparencia, la igualdad, el juicio por los criterios objetivos y la vinculación al instrumento de la convocación.

En la evaluación para la concesión y autorización serán considerados los siguientes criterios:

- I - el valor más bajo de la tarifa de servicio público que será prestado;
- II - la oferta más alta, en los casos de pagos a la otorgante de la concesión a ser otorgada;
- III - la combinación de dos en dos, de los criterios descritos en los incisos I, II y VII;
- IV - la mejor propuesta técnica, con el precio fijado en el aviso de licitación;
- V - mejor propuesta derivada de la combinación de los criterios de menor valor de la tarifa del servicio público a ser realizada con la mejor técnica;
- VI - la mejor oferta derivada de la combinación de los criterios de mayor oferta por la concesión otorgada con la mejor técnica; o
- VII - la mejor oferta de pago por la otorga después de calificar las propuestas técnicas.

No obstante, la autoridad otorgante recusará propuestas claramente inviables o financieramente incompatibles con los objetivos de la licitación. Si hay igualdad de condiciones entre los competidores, se dará preferencia a la propuesta realizada por una empresa brasileña.

También, cualquier concesión o autorización presupone la prestación de un servicio adecuado a la plena satisfacción de los usuarios, conforme lo dispuesto en esta Ley General, así como en las normas pertinentes y en el contrato. La mencionada ley define que el servicio debe ser adecuado, de actualidad y que no tenga discontinuidad, para disipar cualquier duda sobre la interpretación la ley dice:

- I - servicio adecuado es el que satisface las condiciones de regularidad, continuidad, eficiencia, seguridad, modernidad, generalidad, cortesía y una oferta de tarifas razonables.
- II - La actualidad significa la modernidad de las técnicas, equipos e instalaciones y su conservación, y la mejoría y ampliación de los servicios.
- III - No se caracteriza como discontinuidad del servicio la interrupción en caso de emergencia o después de la previa cuando:
 - a) - fundamentada por razones de orden técnico o de seguridad de las instalaciones;
 - y
 - b) - por no pago del servicio por los usuario, considerado el interés de la comunidad.

Los derechos y obligaciones de los usuarios pertinentes de la ley establece que:

- Art. 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 8078, de 11 de septiembre de 1990, son los derechos y obligaciones de los usuarios:
- I - Recibir un servicio adecuado;
 - II - recibir del poder concedente y de la concesionaria la información para la defensa de los intereses individuales o colectivos;
 - III - obtener y utilizar el servicio, con la libertad de elegir entre varios proveedores de servicios, cuando corresponda al caso, con sujeción a las normas de la autoridad otorgante.
 - IV - informar al Poder público y a la concesionaria cualquier irregularidad que tenga conocimiento, al respecto del servicio;
 - V - comunicar a las autoridades competentes los actos ilegales cometidos por la concesionaria para prestar el servicio;

VI - contribuir con la permanencia del buen estado de los bienes públicos a través de los cuales se proporcionan los servicios.

Al respecto de la política de tarifas del servicio público, esta será determinada por el precio de la propuesta vencedora de la licitación, y preservada por las normas establecidas para su revisión previstas en la Ley, en la convocatoria y en el contrato. Siendo que no estarán sujetos a la legislación específica solo los casos expresamente definidos por ley, pudiendo el cobro depender de la existencia de un servicio público alternativo y gratuito para el usuario.

Los contratos podrán establecer mecanismos de revisión de las tarifas con el fin de mantener el equilibrio económico y financiero del contrato. A excepción de los impuestos sobre la renta, la creación, modificación o eliminación de los impuestos o cargos legales, después de la presentación de la propuesta. Cuando probado su impacto, se dará lugar a la revisión del precio, conforme el caso.

Al haber la modificación unilateral del contrato y que afecta su equilibrio económico y financiero inicial, la autoridad otorgante debe restaurarlo, simultáneamente con ese cambio.

Siempre que se cumplan las condiciones del contrato, se considera que se mantuvo su equilibrio económico y financiero.

Cuando el no cumplimiento de las peculiaridades de cada servicio público, la autoridad otorgante podrá considerar, a favor del concesionario, en la convocatoria, la posibilidad de otras fuentes de ingresos alternativas, complementarias, auxiliares o de proyectos asociados, con o sin exclusividad, con el fin de fomentar un precio razonable, con sujeción a lo dispuesto en el art. 17 de esta Ley.

Las fuentes de ingresos previstas en este artículo deben ser consideradas, obligatoriamente, en la cuantificación del equilibrio económico y financiero, inicial del contrato.

Las tarifas pueden ser diferenciadas de acuerdo con las características técnicas y los costos específicos derivados del atendimento a los diferentes segmentos de usuarios.

En relación con el contrato de concesión, las disposiciones esenciales son:

- I - el objeto, el área y el período de la concesión;
- II - el modo, la forma y las condiciones de prestación del servicio;
- III - los criterios, indicadores, fórmulas y parámetros que definen la calidad del servicio;
- IV - el precio del servicio y los criterios y procedimientos para el reajuste y revisión de las tarifas;
- V - los derechos, garantías y obligaciones del concedente y el concesionario, incluidos los relacionados con las necesidades previsibles de los cambios futuros y expansión del servicio y la consiguiente modernización, mejora y ampliación de equipos e instalaciones;
- VI - los derechos y deberes de los usuarios para obtener y utilizar el servicio;

- VII - la forma de inspección de las instalaciones, equipos, métodos y prácticas de prestación de servicios, así como la indicación de los órganos competentes para ejercerlo;
- VIII – las penas contractuales y administrativas a las que se someta la concesionaria y su forma de aplicación;
- IX - a los casos de extinción de la concesión;
- X - los activos reversibles;
- XI - los criterios para el cálculo y la forma de pago de la indemnización debida al concesionario, si sea el caso;
- XII - las condiciones para extender el contrato;
- XIII - la obligación, la forma y el periodo de la prestación de cuentas al poder otorgante;
- XIV - el requisito de la publicación de los estados financieros periódicos del concesionario; y
- XV - el fuero y el modo amistoso de solución de controversias contractuales.

Al respecto de los contratos de concesión del servicio público, precedido de ejecución de obras públicas debe, además:

- I - fijar los cronogramas físicos y financieros para la ejecución de obras vinculadas con la concesión; y
- II – exigir garantía para el pleno cumplimiento por parte del concesionario, de las obligaciones relativas a las obras vinculadas con la concesión.

El contrato de concesión podrá prever la utilización de mecanismos privados para la resolución de los conflictos derivados o relacionados con el contrato, incluido el arbitraje, el cual puede ser celebrado en Brasil y en portugués, bajo la Ley de nº 9.307, al 23 de septiembre de 1996, alterada por la Ley nº 13.129, de 26 de mayo de 2015.⁸⁷

Al poder otorgante incumbe (Art. 29) reglamentar el servicio concedido y fiscalizar el desempeño; aplicar las sanciones reglamentarias y contractuales; intervenir en la prestación del servicio en los casos y condiciones previstos por la ley; poner fin a la concesión, conforme a lo dispuesto en esta Ley y conforme a lo dispuesto en el contrato; aprobar los reajustes y revisar las tarifas de acuerdo con esta Ley, las normas pertinentes y el contrato; cumplir y hacer cumplir los reglamentos del servicio y las condiciones contractuales de la concesión; asegurar la calidad adecuada del servicio, recibir, investigar y resolver las quejas y reclamaciones de los usuarios, quienes serán informados, en hasta treinta días de las medidas adoptadas; declarar de utilidad pública los bienes necesarios para la ejecución del servicio o la obra pública, proponiendo la necesaria expropiación, directamente o a través de otorga de poderes a la concesionaria, en cuyo caso será de esta la responsabilidad por las indemnizaciones correspondientes; estado de necesidad o utilidad pública con fines de

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**, *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 de setembro de 1.996.

servidumbre administrativa, los activos necesarios para la implementación de servicios o de obras públicas, la promoción directa o mediante el otorgamiento de poderes a la concesionaria, en cuyo caso éste será el responsable de una indemnización adecuada; declarar de necesidad o utilidad pública, para instituir uso administrativo, de los bienes necesarios a la realización del servicio u obra pública, fomentándola directamente o mediante otorga de poderes a la concesionaria, en cuyo caso ésta será la responsable por la indemnización adecuada; estimular el aumento de la calidad, la productividad, estimular el aumento de la calidad, la productividad, la preservación y conservación del medio ambiente; fomentar la competitividad; y estimular la formación de asociaciones de usuarios para la defensa de los intereses relacionados con el servicio.

Resulta que en el ejercicio de la supervisión, la autoridad otorgante tendrá acceso a los datos relativos a la administración, contabilidad, técnicos, económicos y financieros de la concesionaria. Esa inspección del servicio se hará a través del cuerpo técnico de la autoridad otorgante o entidad contratada para tal finalidad, y periódicamente, según lo dispuesto en la norma reguladora, por comisión compuesta por representantes de la autoridad otorgante, el concesionario y los usuarios.

La responsabilidad concesionaria (Art. 31) es proporcionar un servicio adecuado respetando, los términos de la Ley General, las normas técnicas y el contrato; manteniendo adecuadamente el inventario y registro de los activos vinculados a la concesión; rendir cuentas de la gestión del servicio a la autoridad otorgante y a los usuarios, tal como se definen en el contrato; cumplir y hacer cumplir las reglas del servicio y las condiciones contractuales de la concesión; permitir al personal encargado de la fiscalización el libre acceso, en cualquier momento, a la obras, equipos e instalaciones integrantes del servicio, así como a sus registros contables; promover expropiaciones y establecer servidumbres autorizadas por la autoridad otorgante, según lo previsto en la licitación y en el contrato, salvaguardando los activos vinculados a la prestación del servicio y manejarlos adecuadamente; y obtener, implementar y administrar los recursos financieros necesarios para prestar el servicio.

Las contrataciones, incluso la de fuerza de trabajo, realizadas por el concesionario se regirán por las disposiciones del derecho privado y derecho laboral, sin establecerse ninguna relación entre los contratistas contratados por el concesionario y la autoridad otorgante.

La autoridad otorgante (art. 32) podrá intervenir en la concesión, a fin de garantizar el adecuado desempeño del servicio, así como el fiel cumplimiento del contrato, reglamentos y leyes pertinentes. La intervención se hará por decreto de la autoridad otorgante, que contendrá

el nombre del interventor, el período de la intervención y los objetivos y los límites de la medida.

Declarada la intervención, la autoridad otorgante podrá, dentro de treinta días, iniciar un procedimiento administrativo para verificar los factores determinantes de la medida y para establecer la responsabilidad, garantizando el derecho de defensa.

Si se demuestra que la intervención no observó los supuestos legales y reglamentarios será declarada nula y sin efecto, debiendo el servicio ser inmediatamente devuelto al concesionario, sin perjuicio de su derecho a una indemnización.

El procedimiento administrativo debe ser completado dentro de los ciento ochenta días, de lo contrario se considerará no válida la intervención. Cesada la intervención, y si no fue extinguida la concesión, la administración del servicio se devolverá al concesionario, precedida de la rendición de cuentas por parte del interventor, que responderá por actos cometidos durante su mandato.

La concesión se extingue (art. 35), por a) el término contractual; b) la incorporación; c) la caducidad; d) la rescisión; e) anulación; f) la quiebra o la extinción de la concesionaria y la muerte o incapacidad del titular, en el caso de empresa individual.

Terminada la concesión, se revierten a la entidad concedente todos los activos reversibles, derechos y privilegios transferidos a la concesionaria según dispuesto en la convocatoria y establecido en el contrato, este realizará los estudios, evaluaciones y liquidaciones necesarias. La retomada del servicio permite la ocupación de las instalaciones y la utilización, por la autoridad que concede, de todos los activos reversibles.

Como se observa, las bases de licitación y contratación pública, establecidas en la Ley 8.666/93 tienen una perfecta incidencia en los procedimientos de concesión y contratos y servicios de permisos públicos, incluso al respecto de las normas de derecho penal y procesal penal prevista en el la Ley General.

También hay que señalar que las irregularidades en los procedimientos de licitación y contratos implican en sanciones administrativas y civiles que se analizarán en un capítulo aparte de esta tesis.

4 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS EMPRESAS DE DERECHO PRIVADO

La Administración Pública reconociendo sus límites para lograr su objetivo en el campo social, requiere y cuenta con la participación de entidades privadas que deben reunir los requisitos para la prestación de los servicios públicos que afectan la calidad de vida, especialmente en la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, el bienestar social, el equilibrio del medio ambiente, entre otros, de la población en general.⁸⁸

Es lo que se retira de las siguientes disposiciones de la Constitución de la República Federativa de Brasil:

Art. 199. La asistencia a la salud es libre a la empresa privada.

[...].

§ 1º. Las instituciones privadas pueden participar de modo complementario en el sistema único de salud, de acuerdo con sus directrices, a través de contratos de derecho público o acuerdos, dándose preferencia a organizaciones benéficas y sin fines de lucro”.

“Art. 204. Las acciones del Gobierno en el ámbito de la asistencia social se harán con el presupuesto de la seguridad social previsto en el art. 195, así como de otras fuentes, y se organizan en base a las siguientes pautas:

I - la descentralización política y administrativa, siendo la coordinación y las reglas generales a nivel federal y la coordinación y ejecución de sus programas a los niveles estatal y municipal, así como organizaciones benéficas y asistencia social”.

Art. 216. Constituyen el patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza inmaterial, considerados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, la acción y de la memoria de los distintos grupos de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen:

[...].

§1º. El poder público, en colaboración con la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño por medio de inventarios, registros, vigilancia y expropiación y otras formas de precaución y conservación”.

Art. 227. Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda

⁸⁸ Bittencourt consigna que "con la creciente evolución de las necesidades públicas que el pueblo asigna al Estado, cada día se hace más necesario y urgente adoptar mecanismos más ágiles y eficaces para atender la sociedad. El aumento excesivo del aparato administrativo del Estado dio paso a un Estado lento e ineficiente. La creación de autarquías, empresas públicas, empresa de capital mixto y fundaciones (mediante la descentralización por otorga) especializa y personaliza ciertas funciones del Estado, pero a un costo mucho más elevado. Esta es la dicción de Marcos Villela Juruena Souto, que ratificamos, estando cada vez más claro, como enseña el jurista, que el derecho administrativo moderno, al igual que toda la ciencia de la administración, se ha buscado en el concepto de tercerización la alternativa de descentralización de las funciones administrativas para las entidades especializadas del sector privado. Esto es lo que se llama la privatización, cuando la administración pública busca, entre los individuos, socios para el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no puede producir todos los bienes y servicios que necesita para funcionamiento de la máquina administrativa, o no quiere hacerlo, para concentrarse en lo que es más eficiente, el Estado busca un experto para servirle con la mejor técnica y el costo más bajo, obedecido por lo tanto, el deber de la eficacia del administrador público". (BITTENCOURT, op. cit., p. 22).

forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

§ 1° El Estado promoverá programas de asistencia integral a la salud del niño y del adolescente, admitiéndose la participación de entidades no gubernamentales y obedeciendo los siguientes preceptos:

I aplicación de un porcentaje de los recursos públicos destinados a la salud en la asistencia materno-infantil.

II Creación de programas de prevención y atención especializados para los portadores de deficiencia física, sensorial o mental, así como de integración social del adolescente portador de deficiencia, mediante la formación para el trabajo y la convivencia, y el favorecimiento del acceso a los bienes y servicios colectivos, con la eliminación de discriminaciones, y obstáculos arquitectónicos.

§ 2°. La ley regulará la construcción de los paseos públicos y de los edificios de uso público y la fabricación de vehículos de transporte colectivo, a fin de garantizar el acceso adecuado a las personas portadoras de deficiencia.

§ 3°. El derecho a la protección especial abarcará los siguientes aspectos:

I edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo, observándose lo dispuesto en el artículo 7, XXXIII;

II garantía de derechos de previsión y laborales;

III garantía del acceso del trabajador adolescente a la escuela;

IV garantía de pleno y formal conocimiento de la imputación de actos infractores, de la igualdad en la relación procesal y de la defensa técnica por profesional habilitado, según dispusiese la legislación tutelar específica;

V obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo, en la aplicación de cualquier medida privativa de libertad; VI estímulo del Poder Público, a través de asistencia jurídica, incentivos fiscales y subsidios, en los términos de la ley, al acogimiento, bajo la forma de guarda; del niño o adolescente huérfano o abandonado;

VII programas de prevención y atención especializada al niño y al adolescente dependiente de estupefacientes y drogas afines.

§ 4°. La ley castigará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente.

§ 5°. La adopción estará asistida por el Poder Público, en la forma de la ley, que establecerá los casos y condiciones de su ejercicio por parte de extranjeros.

§ 6°. Los hijos, habidos o no dentro de la relación matrimonial, o por adopción, tendrán los mismos derechos y cualificaciones, prohibiéndose cualquier diferencia discriminatoria relativa a la filiación.

§ 7°. En la atención a los derechos del niño y del adolescente se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 204.

§ 8° La ley establecerá:

I - el estatuto de la juventud, para regular los derechos de los jóvenes;

II - el plan nacional de la juventud, de duración de decenal, buscando alcanzar la articulación de las distintas esferas de gobierno para la ejecución de políticas públicas.

Con este fin, la administración pública podrá celebrar acuerdos de cooperación con personas jurídicas de derecho privado, que como se ha dicho, se califican como Organización de la Sociedad Civil de Interés Público (OSCIP), considerada como actor del Tercer Sector⁸⁹.

⁸⁹ Torres Júnior e Dotti, define como siendo del primer sector la "acción estatal por competencia propia y única, sea operando los órganos auxiliares de la administración directa o entidades vinculadas de la administración indirecta, o mediante la delegación de la ejecución de los servicios públicos a los concesionarios y licenciatarios, que mantiene bajo su poder reglamentar y de fiscalizar. "El segundo sector define como "actuaciones de empresas, con fines de lucro, actúan de acuerdo con las reglas del libre mercado. El enfoque del estado es garantizar la libertad de competencia y la seguridad jurídica de las relaciones de acuerdo con los principios establecidos en el art. 170 de la Constitución". El tercer sector - es lo que más nos interesa en este momento - es definido por ese autor como "la acción complementaria o suplementaria. La entidad pública se convierte en socio de la entidad privada sin fines de lucro, precisamente por esta razón, por la falta del recurso

Es una actividad o acción de carácter complementario o suplementario desarrollado por entidades privadas sin fines de lucro, las que por falta de los soportes materiales necesarios, reciben recursos del Estado para actuar a favor de aquellos que carecen de medios suficientes, y cuyo atendimento efectivo no sería posible por los organismo públicos.

Gustavo Barchet, en discusiones sobre las Organizaciones Sociales entiende que:

Las organizaciones sociales son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro que reciben de la autoridad gubernamental una cualificación especial (OS), firmando con ella una relación de cooperación mediante la celebración de un contrato de gestión, con el fin de hacer frente a los servicios sociales no privados del Estado, contando, para eso, con el auxilio de este, a través del permiso de uso de los bienes públicos, asignación de recursos del presupuesto, asignación de servidores, dispensa de licitación en los contratos para la prestación de servicios relacionados con las actividades incluidas en el contrato de gestión, entre otras maneras de fomento. No se tratan las organizaciones sociales de una nueva forma jurídica, pero solo una cualificación especial concedida a las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, al completar ciertos requisitos legales. [Y continúa diciendo que]. No integran la administración directa e indirecta, tampoco son delegatarias de servicio público, una vez que proporcionan servicios exclusivos del Estado. Debemos tener en cuenta que las organizaciones sociales son personas jurídicas de derecho privado que realizan en su propio nombre, actividades de interés colectivo, no privada de alguna persona política, y por lo tanto se puede implementar con independencia de la delegación. Las organizaciones sociales no se encuentran en los sectores donde se requiere la pose de prerrogativas de poder público, como en el área de inspección fiscal en el que el poder de coerción es vital para el desarrollo de la actividad. El objetivo de las organizaciones sociales es precisamente aliviar el Gobierno en los sectores sociales que no son de su exclusiva actuación, donde la demanda de servicios es intensa.⁹⁰

Esta actividad se rige por las disposiciones de la Ley N ° 9.790, de 23 de marzo de 1999, modificada por la Ley 13.109/2014⁹¹, reglamentada por el Decreto 3.100 del 06/30/1999⁹², que comienza sus disposiciones subrayando que pueden calificarse como Organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público (OSCIP) las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, siempre que sus objetivos sociales y las normas estatutarias cumplan con los requisitos establecidos por esta Ley (art. 1°).

material para actuar en beneficio de aquellos que, también carecen de recursos suficientes, la acción estatal exclusiva o delegada no llega efectivamente". Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jose Torres; DOTTE, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. São Paulo: NDJ, 2009, p. 4-5.

⁹⁰ BARCHET, Gustavo. *Direito Administrativo*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008, p. 166/167.

⁹¹ BRASIL. Ley n° 13.109, de 31 de julio de 2014. Establece el régimen jurídico de las sociedades voluntarias, que envuelvan o no la participación de las transferencias de recursos financieros entre las organizaciones gubernamentales y de la sociedad civil, en las condiciones de la cooperación mutua para el logro de objetivos de interés público; establece directrices para la política de desarrollo y la cooperación con las organizaciones de la sociedad civil; establece el acuerdo de colaboración y el de financiación; y modifican las Leyes n° 8429, de 2 de junio de 1992 y n° 9790, de 23 de marzo 1999. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de agosto de 2.014.

⁹² BRASIL. Decreto 3.100, de 30.06.1999. Regula la Ley 9790 de 23 de marzo de 1999, que prevé la cualificación de las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, como organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público, establece y regula el Acuerdo de Asociación, y otros asuntos. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de julho de 1.999.

Considera, para los efectos de esta Ley, persona jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, aquella que no distribuye entre sus accionistas o socios, directores, funcionarios, empleados o los donantes, los excedentes operacionales, bruto o neto, dividendos, bonos, participaciones o parte de sus activos, que obtuvo en el ejercicio de sus actividades, y que se aplican plenamente en la búsqueda de su objeto social (Ley N ° 9.790 / 99, artículo 1°, § 1°).

Para la calificación de la entidad debe ser observado, en cualquier caso, el principio de la universalización del servicio, dentro del ámbito de acción de las Organizaciones, siendo que solamente será concedida a las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyos objetivos sociales tienen al menos uno de los siguientes propósitos (Ley N ° 9.790 / 99, artículo 3):

- I - la promoción de la asistencia social;
- II - la promoción de la cultura, defensa y conservación del patrimonio histórico y artístico;
- III - promoción gratuita de la educación, observando la forma complementaria de participación de las organizaciones de la presente Ley;
- IV - promoción gratuita de la salud, señalando la forma complementaria de participación de las organizaciones de la presente Ley;
- V - la promoción de la seguridad alimentaria y de la nutrición;
- VI - la defensa, preservación y conservación del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible;
- VII - promoción del voluntariado;
- VIII - promoción del desarrollo económico y social y la lucha contra la pobreza;
- IX - la experimentación, sin fines de lucro, de nuevos modelos socio-productivas y de sistemas alternativos de producción, el comercio, el empleo y el crédito;
- X - promoción de los derechos establecidos, la construcción de nuevos derechos y asesoramiento jurídico gratuito para los intereses adicionales;
- XI - promoción de la ética, la paz, la ciudadanía, los derechos humanos, la democracia y otros valores universales;
- XII - los estudios y la investigación, el desarrollo de tecnologías alternativas, producción y difusión de información y conocimientos técnicos y científicos relacionados con las actividades mencionadas en este artículo.

Como resultado, la ley, a través del Acuerdo de Cooperación, tiene como objetivo la formación de vínculos de cooperación entre la administración pública y la persona jurídica de derecho privado, para la promoción y realización de actividades de interés público, la ejecución directa de proyectos, programas, planes relacionados con acciones, a través de la donación de recursos materiales, humanos y financieros, o para proporcionar servicios de intermediación de apoyo a otras organizaciones sin fines de lucro y agencias del sector público que trabajan en campos de actuación próximos.

Se alejan de la calificación OSCIP, aquellas entidades privadas, que aunque tengan dedicación de las actividades mencionadas anteriormente, (Ley N ° 9.790/99, art. 2°), sean:

- I - empresas comerciales;
- II - sindicatos, asociaciones de clase profesional o categoría de asociaciones profesionales;
- III - instituciones religiosas o centradas en la difusión de credos, prácticas y puntos de vista de devoción y religiosos;
- IV - las organizaciones partidistas y similares, incluyendo sus fundaciones;
- V - las entidades de beneficio mutuo destinado a la provisión de bienes o servicios a un círculo restringido de asociados o socios;
- VI - las entidades y empresas que venden planes de salud y similares;
- VII - las instituciones hospitalarias privadas no gratuita y sus patrocinadores;
- VIII - escuelas privadas dedicadas a la educación formal no gratuita y sus patrocinadores;
- IX - las organizaciones sociales;
- X - las cooperativas;
- XI - fundaciones públicas;
- XII - las fundaciones, la sociedad civil o de las asociaciones de derecho privado creadas por un organismo público o fundaciones públicas;
- XIII - las organizaciones de préstamos que tienen cualquier tipo de relación con el sistema financiero nacional al que se refiere el art. 192 de la Constitución Federal.

El acuerdo de cooperación deberá describir los derechos, responsabilidades y obligaciones de las partes, y estar precedida de consultas con los Consejos de Políticas Públicas de las áreas correspondientes a las operaciones existentes en sus respectivos niveles de gobierno, con las siguientes cláusulas esenciales (Ley N ° 9.790 / 99, art. 10)

- I - el objeto, que contendrá la especificación del programa de trabajo propuesto por la Organización de la Sociedad Civil de Interés Público;
- II - la estipulación de los objetivos y resultados a alcanzar y los plazos de ejecución y el cronograma;
- III - la previsión expresa de los criterios objetivos de la evaluación del desempeño que se utilizarán, a través de los indicadores de resultados;
- IV - las previsiones de ingresos y gastos que se llevarán a cabo en cumplimiento, estipulando punto por punto las categorías contables utilizadas por la organización y los detalles de los sueldos y beneficios del personal que serán pagados con los fondos originarios o vinculados al Acuerdo de Cooperación, y sus directores, empleados y consultores;
- V - que establece las obligaciones de la Sociedad Civil de Interés Público, entre las que incluyen la de presentar al Poder Público, al final de cada ejercicio, el informe sobre la ejecución del objeto del Acuerdo de Cooperación, conteniendo comparación específica de las metas propuestas con los resultados conseguidos, acompañado del flujo de caja efectivamente realizados, independientemente de las predicciones mencionadas en el inciso IV;
- VI - la publicación, en la prensa oficial del municipio, del estado o de la Unión Federal, conforme el alcance de las actividades celebrados entre la agencia cooperante y la Organización de la Sociedad Civil de Interés Público, del resumen del Acuerdo de cooperación y del demostrativo de la ejecución físico y financiero, según modelo simplificado establecido en el reglamento de esta ley, que contiene los principales datos de la documentación obligatoria del artículo V, sobre la pena de no liberar los recursos previstos en el acuerdo de cooperación (art. 10).

En el caso de la identificación de las irregularidades en el Acuerdo de Cooperación, que causen daños al erario, será enviada noticia a la Corte de Cuentas y a la Fiscalía para la promoción de responsabilidades administrativas, así como civiles y penales, según la gravedad de los hechos.

Sin embargo, cuando hay la identificación de irregularidades frente a terceros la entidad pública es responsable conjuntamente con la Organización de la Sociedad Civil de Interés Público pues no está cumpliendo con la debida diligencia. Es lo que se ve en las decisiones del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil:

Resumen: AGRAVIO. AGRAVIO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTIDAD PÚBLICA. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. CULPA IN VIGILANDO expresamente registrada en el juicio. RESUMEN DE LA SUMULA 331, V y VI del TST. El artículo V del precedente 331 de la PT se basa en el entendimiento de que la responsabilidad complementaria en los casos de servicios de tercerización, solo puede atribuirse a la administración pública cuando se demuestra la culpa *in vigilando*. De los fundamentos del hecho registrados en la sentencia impugnada se extrae la convicción de la culpa del contratista de los servicios. De hecho, el TRT dijo que: “Esto se debe a que, en este caso, se observa que, a pesar de que el solicitante junto en los procedimientos el contrato de servicio (pgs 50-85) no se verifica en los autos la realización del previo procedimiento de licitación para la contratación de la primera parte demandada - circunstancia que autoriza la admisión de culpabilidad *in eligiendo* del recurrente. Por otra parte, se verifica que no hay cualquier prueba material sobre el cumplimiento del requisito de inspección por la Administración Pública, que atrae, por lo tanto, el reconocimiento de su culpa *in vigilando*. (...) Por lo tanto, la responsabilidad del solicitante, en este caso, se afirma no solo sobre la base de la culpa *in eligiendo* Administración, pero sobre todo a causa de la culpa *in vigilando* innegable como el cumplimiento de las obligaciones laborales en el proveedor contratado. Por lo tanto, aunque debe apartarse, cuando el cumplimiento de los dispuesto en el art. 71 de la Ley Nº 8.666 / 93, la asignación de la responsabilidad objetiva de la entidad pública contratante, no hay ninguna razón para descartar la responsabilidad por culpa, por lo general subjetiva, que resulta de la falta de verificación del cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales de la empresa proveedora contratada, autorizando la condenación subsidiaria, conforme entendimiento consolidado en el punto V, del precedente 331 del C. TST, en su redacción actual . “Por otra parte, el Supremo Tribunal, en los autos de la Reclamación nº 13901, informó que “El control de la regularidad de la ejecución de los contratos con la administración debe hacerse por oficio del deber, es denso los fundamentos de la sentencia al asignar al Estado el deber de demostrar que no actúa con la tolerancia o negligencia incompatible con el respeto al tesoro público”. En este contexto, imposible la admisibilidad del recurso, ya que la decisión impugnada es acorde con el artículo V del precedente 331 / TST. Agravio conocido y desprovido. (Proceso: Ag-AIRR - 773-87.2012.5.01.0061 Fecha de Juicio: 16/12/2015, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Fecha de Publicación: DEJT 18/12/2015).

En cuanto al previo procedimiento de licitación, la Ley aludida nada informa sobre la efectividad del Acuerdo de Cooperación la persona jurídica de derecho privado, calificada como una Organización de la Sociedad Civil de Interés Público. Sin embargo, entendemos que, debido a las disposiciones de la Ley 8.666/93, destinadas a aplicarse a todos los contratos celebrados por la Administración Pública, este acuerdo de cooperación, que no es más que un contrato que establece derechos y obligaciones entre las partes interesadas, debe ser el resultado del procedimiento de licitación ya que garantiza, así, la selección de la mejor oferta para la cooperación y la ejecución de las actividades de interés público.

Esta posición es compartida por Marçal Justen Filho, afirmando que “no se le da a la Administración elegir, sin procedimiento de licitación, una organización de la sociedad civil para realizar un “acuerdo de cooperación”, y desde allí, entregarle recursos para contratar las más diferentes situaciones sin estar subordinadas a la licitación”.⁹³

Para Hely Lopes Meirelles, al comentar sobre el principio de igualdad en el proceso de licitación, en el caso de las concesiones y autorizaciones de los servicios públicos, destaca que es necesaria la licitación para “cualquier otro acto ampliativo que se pretende invertir a terceros en el disfrute de la situación jurídica especial en la cual más de uno podría participar”.⁹⁴

En ese mismo contexto Rafael Rezende Carvalho de Oliveira, señala que “la aplicación de las normas de contratación para el tercer sector, debe tener en cuenta dos puntos distintos: a) la formalización de la cooperación (contrato de gestión y acuerdos de cooperación); b) el uso de los recursos públicos en la contratación llevada a cabo por las entidades del tercer sector con terceros”.⁹⁵

El mismo autor explica que: “La primera cuestión controvertida implica una posible obligación de licitación para la elección de la Organización Social (OS) y de la Organización de la Sociedad Civil de Interés Público (OSCIP), que formalizarán respectivamente, el contrato de gestión y el acuerdo de cooperación. Sobre el tema se pueden señalar dos interpretaciones:

Una primera interpretación entiende ser la licitación obligatoria, ya la segunda interpretación entiende por la no obligación de la licitación, una vez que los contratos de gestión y los acuerdos de cooperación son verdaderos convenios, que se caracterizan por la búsqueda de intereses comunes de los participantes, siendo que la regla de la licitación se dirige a los contratos administrativos.⁹⁶

Así, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira coincide con la segunda comprensión, en la cual la “Licitación es aplicable a los contratos administrativos, y no a los convenios (artículo 37, XXI, y el artículo CRFB 2 de la Ley N° 8666/1993).⁹⁷

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28

⁹⁴ MEIRELLES, op cit., p. 28.

⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessão e terceiro setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 374-375.

⁹⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 375.

⁹⁷ Idem, ibidem.

Además, con argumentos útiles sobre la cuestión planteada llevadas a cabo por la estudiosa del Derecho Administrativo, Maria Zaninella Di Pietro, que de este modo se pronuncia:

En la práctica ha venido ocurriendo distorsión de las OSCIPS, teniendo en cuenta que los términos de asociación firmados con ellos no siempre alcanzan sus fines institucionales, que son las actividades privadas de interés público, entre los que se especifican en el artículo 3° de la Ley n. 9790 o en las leyes estatales y locales pertinentes. La participación del Gobierno cae en la actividad de desarrollo: el objetivo es alentar a estas entidades por el hecho de proporcionar una actividad de interés público. Ellas no se prestan a la concesión de servicio público y no pueden ser contratados por las autoridades públicas para proporcionar servicios u obras (en forma de contrato) o para la oferta de trabajo, porque es contraria a los objetivos de la ley que rige la materia. Deben actuar en paralelo con el Estado en su propia esfera de actividad, con la ayuda del Estado, y no sustitutiva de la Administración Pública. En el caso de admitir como válido la celebración de contratos de prestación de servicios o suministro de mano de obra calificada con Oscip, este contrato está sujeto a las bases de licitación, no puede hacerse a través de contratos de asociación.⁹⁸

Ahora, a pesar del desacuerdo sobre el establecimiento del procedimiento de licitación previa para la realización del Acuerdo de Cooperación con la Organización de la Sociedad Civil de Interés Público, es importante consignar su necesidad, ya que consta en la Ley 8.666/93, específicamente en el art. 116 que dice que se “aplican las disposiciones de esta Ley, en lo que corresponde, a los convenios, acuerdos y otros instrumentos similares celebrados por los órganos y organismos de la Administración”.

Por lo tanto, la regla está insculpida en la Ley General de Licitaciones (Ley 8.666/93) siendo muy clara y no necesita de otros comentarios sobre su impacto en los acuerdos de cooperación, y de otros instrumentos considerados similares.

5 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIÓN EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Se destaca, como se ha dicho anteriormente, que el gobierno de Brasil tiene dificultad para cumplir con las premisas constitucionales, especialmente las que presentan mayores riesgos en su implementación, tales como: proyectos, la forma de mitigarlos, opiniones aspectos legales, aspectos específicos y técnicos y otros del género, entonces se busca el apoyo del sector privado en razón de su diversidad de operar numerosas líneas comerciales, industriales y sociales.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 500

Por lo tanto, en vista de la necesidad de una búsqueda en el sector privado se crearon normas generales para el establecimiento de asociaciones público-privadas⁹⁹ - PPP - para ser utilizada en los campos de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, así como los fondos, especiales, las autarquías, fundaciones públicas, empresas públicas, sociedades anónimas y otras entidades controladas directa o indirectamente en estas áreas, editando la Ley N ° 11.079 de 30 de diciembre, de 2004¹⁰⁰.

De hecho, se trata de un contrato de concesión administrativa, en la modalidad patrocinada o administrativa para la realización de servicios u obras. Explicando mejor: en la concesión patrocinada, la concesión de servicios públicos o de obras públicas que trata la Ley 8.987, del 13 de febrero de 1995¹⁰¹, es decir, la concesión y permisión de la prestación de los servicios públicos, cuando implica, además de la tarifa cobrada de los usuarios compensación pecuniaria del socio público al socio privado. La concesión administrativa es el contrato de prestación de servicios objeto del contrato que la Administración Pública, sea el usuario directo o indirecto incluso si se trata de la ejecución de obras o de suministro e instalación de los bienes (art. 2º, §§ 1º y 2º).

Para Eduardo Sprada Annunziato “la asociación público-privada se deriva del instituto de concesión. La concesión es el instituto en el que el Estado asigna el ejercicio de un servicio público a una persona que aceptó ejecutarlo en su propio riesgo, remunerado por la operación del servicio, en las condiciones establecidas por el Gobierno, bajo la garantía del

⁹⁹ Mauricio Portugal y Lucas Prado, señalan que el acrónimo 'PPP' que a lo largo del curso del proyecto de ley de PPP permitieron numerosas percepciones, entre ellos "(a) ¿Por qué se usa el acrónimo como una connotación genérica, que abarca toda forma de relación contractual a largo plazo entre la administración pública y privada, en referencia a lo que se suele apodado, en portugués, "asociaciones de la Administración Pública" o en Inglés, public-private partnerships; (B) ¿Por qué fue utilizado para referirse a un tipo específico de adjudicación de contratos públicos de servicios, que incluyeron el pago de Administración, al concesionario, de alguna forma de subsidio; (C) Ahora se utiliza la frase "PPP" para referirse a los contratos firmados en el molde del programa *Private-finances Initiative* - PFI de la Inglaterra, es decir, los contratos con la estructura económica similar a la de los contratos de conversión de utilidad y que destinados a la prestación de servicios por parte del socio privado a la administración o al público (por ejemplo, el suministro y el mantenimiento de las escuelas), en la que la retribución del socio privado se llevarían a cabo, por regla general, mediante el pago de indemnización completa por el Gobierno. Las actividades de estos acuerdos no necesariamente configuran un servicio público (en el sentido del artículo 175 de la Constitución) y por lo tanto a menudo están sujetos al régimen de la actividad económica en el sentido estricto. Fue en el sentido "b" y "c" que la Ley 11.079/2004 utilizó el término "PPP" (RIBEIROS, Mauricio Portugal; PRADO Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26-27)

¹⁰⁰ Dispone sobre el régimen de concesión y permiso de la prestación de servicios públicos BRASIL. Ley n° 11.079, 30 de diciembre de 2004. Instituye normas generales para licitación y contratación de asociaciones público-privada en el ámbito de la administración pública. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de diciembre de 2004.

¹⁰¹ BRASIL. Ley n° 8987, de 13 de febrero de 1995. Dispone sobre el régimen de concesión y permiso de la prestación de servicios públicos previstos en el art. 175 de la Constitución Federal, y da otras providencias *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de febrero de 1995.

equilibrio económico y financiero del contrato. Partiendo de la noción de concesión es posible definir las asociaciones público-privadas como contratos que establezcan enlaces obligatorios entre la administración pública y el sector privado, cuyo objetivo es la aplicación o la gestión de obras, servicios o actividades de interés público en la que el socio privado asume la responsabilidad de las finanzas, la inversión y la operación del servicio, observando los principios generales de la administración, los principios relacionados con la teoría general de los contratos”.¹⁰²

Mientras que para Marcos Mendes, realizando esfuerzos para comprender las asociaciones públicas y privadas de Brasil, trató de identificar el concepto en el ámbito internacional.

La literatura internacional define una PPP como un contrato a largo plazo entre un gobierno (federal, estatal o local) y una entidad privada en la que la entidad se compromete a proporcionar servicios de infraestructura. Hay diferentes tipos de contratos, en los cuales el sector público y el socio privado dividen entre sí las responsabilidades de la financiación, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura. Una empresa privada puede ser pagada ya sea por el cobro de tarifas directamente a los usuarios (peajes, por ejemplo), los pagos realizados a ella directamente por el gobierno (Banco Mundial, 2012). La definición anterior se diferencia del concepto de PPP estipulado por la ley brasileña, que es más restringido [...] En el concepto internacional, más amplio, podemos citar como ejemplo de contrato de APP para una corporación cuidar del mantenimiento de una carga por carretera, cobrando de los usuarios peaje. También tenemos una PPP cuando una empresa construye una prisión y opera los servicios de limpieza, alimentos, mantenimiento de edificios, entre otros, mientras que el gobierno se encarga de la actividad principal de la prisión, que es el servicio de escolta y el control de prisioneros. Otro ejemplo de PPP sería la construcción y operación de una línea de metro por una empresa privada, en la que la retribución del socio privado proviene de dos fuentes: la tarifa a cobrar a los usuarios y un pago mensual realizado por el gobierno. [Y siguiendo explica que] Estos son aspectos importantes de la caracterización de una PPP. El término “servicios de infraestructura” indica que el socio privado no solo va a construir una carretera, un ferrocarril, un hospital o un aeropuerto y entregarlo para ser administrado por el gobierno o empresa estatal. Él va a construir y operar algunos o todos los servicios prestados por esa infraestructura. O de lo contrario simplemente va a operar el servicio (sin la construcción o reforma) los servicios de una infraestructura ya existente de propiedad del gobierno. Es decir, para caracterizar una PPP es importante que el socio privado actúe en la prestación de servicios públicos asociados con la infraestructura que se le confía. Incluso cuando existe un alta inmovilización de capital por parte del socio privado (por ejemplo, los contratos para operar la infraestructura existente), es posible que desee establecer un contrato a largo plazo, sería ineficaz cambiar el administrador de la infraestructura repetidamente en plazos cortos, teniendo en cuenta el coste de adquisición y el costo de aprendizaje asociado con el periodo en el que el nuevo operador se está ajustando al nuevo servicio, cuando, por lo general hay bajas en la calidad de los servicios. Téngase en cuenta que no se ajustan a la definición de los contratos de PPP los contratos más simples, tales como los que proporcionan la prestación de servicios de limpieza y vigilancia de edificios públicos, suministro de energía, mantenimiento de jardines, la asistencia

¹⁰² ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. Licitações nas Parcerias Público-Privadas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10563> Accedido el 09.02.2016.

técnica en tecnologías de la información, etc. Estos son los contratos a corto plazo, generalmente conocidos como “tercerización”.¹⁰³

Referida ley no considera la colaboración público-privada una concesión común, entendida así la concesión de servicios públicos u obras públicas que trata la Ley 8.987/95 - concesión y permiso para la prestación de los servicios públicos - cuando no implican contraprestación en efectivo del socio público al socio privado (el artículo 2º, § 3º) y también veda: I - que el valor del contrato sea inferior a R \$ 20.000.000,00 (veinte millones de reales); II - cuyo período de prestación de servicios sea inferior a cinco (5) años; o III - que tienen como el único objeto el suministro de mano de obra calificada, el suministro e instalación de equipos o la ejecución de obras públicas (art 2º, § 4º).

La norma deja claro que las concesiones administrativas reguladas por la presente Ley, aplicándose adicionalmente las disposiciones de los arts. 21, 25 y 27 a 39 de la Ley Nº 8.987, de 13 de febrero, 1995 (se trata de la concesión y permiso de la prestación de servicios públicos) y en el art. 31 de la Ley Nº 9.074, de 7 de julio, de 1995¹⁰⁴ (Que se ocupa de la concesión y la otorga de las concesiones y permisos de servicios públicos - Artículo 3º); que las concesiones patrocinadas se rigen por la Ley, y se les aplica alternativamente las disposiciones de la Ley Nº 8.987, de 13 de febrero de 1995, y las leyes que se relacionan; y las concesiones públicas siguen rigiéndose por la Ley Nº 8.987, de 13 de febrero de 1995, y las leyes que se relacionan, no se les aplicarían las disposiciones de esta Ley (art. 3º, § 1º y 2º).

Para Eduardo Annunziato “la principal diferencia entre la concesión común y la patrocinada reside en el modo de compensación. En la concesión común o tradicional, la forma básica de remuneración es la tarifa, pudiendo ser constituida de recetas alternativas, complementarias o accesorias o como resultado de proyectos asociados, ya en la concesión patrocinada, se suma a las tarifas pagadas por el usuario, una contraprestación del socio público. La decisión por la modalidad de concesión patrocinada no es discrecional, ya que tendrá que hacerse en función de la posibilidad o no de ejecutarse el contrato solo con la tarifa cobrada del usuario. Si la remuneración, solo por los usuarios, es suficiente para proporcionar el servicio, el gobierno no puede elegir la concesión patrocinada”.¹⁰⁵

¹⁰³ MENDES, Marcos, *O que são parcerias público-privadas (ppp)?* disponible en: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2012/04/o-que-sao-parcerias-publico-privadas.pdf>. Accedido el 09.02.2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Ley nº 9.074, de 7 de julio de 1995. Establece normas para otorgamiento y prorrogaciones de las concesiones y permisos de servicios públicos y da otras providencias. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 de julio de 1995.

¹⁰⁵ ANNUNZIATO, op. cit.

Parece ser que la ley en discusión dice “Continúan regidos exclusivamente por la Ley n° 8666 de 21 de junio de 1993, y por las leyes que se relacionan con los contratos administrativos que no se caracterizan concesiones común, patrocinada o administrativa.”

Se ve también que en la asociación público-privada serán observadas las siguientes directrices:

Art. 4° [...]

- I - eficiencia en el cumplimiento de las misiones del Estado y en el uso de los recursos de la sociedad;
- II - respeto a los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios privados y entidades responsables de su ejecución;
- III - indelegabilidad de las funciones de regulación, corte, ejercicio del poder de policía y otras actividades exclusivas del Estado;
- IV - responsabilidad fiscal en la celebración y ejecución de las asociaciones;
- V - transparencia de los procedimientos y decisiones;
- VI - repartición objetiva de los riesgos entre las partes;
- VII - La sostenibilidad financiera y las ventajas socioeconómicas de los proyectos de la asociación.

Los términos del contrato de asociación público-privada, atenderán las disposiciones previstas en el régimen de la concesión y permiso de la prestación de servicios públicos (art. 23 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero, 1995), esto es, que la Unión está autorizada para conceder incentivos en los términos del programa de incentivos para la aplicación de proyectos de interés social - PIPS, establecido por la Ley 10.735, del 11 de septiembre de 2003¹⁰⁶, las inversiones en fondos de inversión creados por las instituciones financieras, en cuentas por cobrar de contratos de asociaciones público-privadas, a saber, (art. 5°), a seguir:

- I - la duración del contrato, de acuerdo con la amortización de las inversiones realizadas, no menos 5 (cinco) y no más de 35 (treinta y cinco) años, incluyendo cualquier prórroga;
- II - las sanciones aplicables a la Administración Pública y el socio privado en caso de incumplimiento de contrato, siempre fijadas en proporción a la gravedad de la falta, y a las obligaciones asumidas;
- III - la repartición de los riesgos entre las partes, incluidas las relativas a circunstancias imprevisibles, la fuerza mayor, el hecho del príncipe y los acontecimientos económicos extraordinarios;
- IV - las formas de compensación y actualización del valor del contrato;
- V - los mecanismos para la preservación de la actualidad de los servicios;
- VI - los hechos que caracterizan la insolvencia financiera del socio público, los modos y el plazo de regularización y, en su caso, la forma de la activación de la garantía;
- VII - los criterios objetivos de evaluación del rendimiento de los socios privados;

¹⁰⁶ BRASIL. Ley n° 10.735, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de setembro 2003.

VIII - la prestación por el socio privado, de las garantías de ejecución suficientes y coherentes con las cargas y los riesgos implicados, dentro de los límites de §§ 3º y 5º del art. 56 de la Ley N° 8666 de 21 de junio de 1993 y, en lo que respecta a las concesiones patrocinados, lo dispuesto en el artículo XV del art. 18 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero, 1995;

IX - el compartimiento con la administración pública de los beneficios económicos efectivos del socio privado resultados de la reducción del riesgo de crédito de financiación utilizada por el socio privado;

X - la realización de inspección de los bienes reversibles, pudiendo el socio público retener los pagos al socio privado, en la cantidad necesaria para reparar cualquier irregularidad detectada.

XI - el calendario y los hitos para la transferencia al socio privado de las cuotas de aporte de recursos, en la fase de inversión del proyecto y/o después de la prestación de servicios en los que verifican la hipótesis del § 2º del art. 6º de esta Ley.

Se prevé en las cláusulas contractuales sobre los valores de actualización automática en base a índices y fórmulas matemáticas, cuando el caso, se aplicarán sin la necesidad de homologación por las autoridades públicas, a menos que esta publique en la prensa oficial, donde hay, hasta el plazo de 15 (quince) días después de la presentación de la factura, motivos fundamentados en esta Ley o en el contrato para el rechazo de la actualización (art, 5º, § 1º). y también adicionalmente podrá prever: I - los requisitos y las condiciones bajo las cuales el socio público podrá autorizar la transferencia del control o de la administración temporal de la empresa de propósito especial a sus financiadores y los avalistas con los cuales no tenga vinculo societario directo, con el fin de fomentar su reestructuración financiera y garantizar la continuidad del suministro de los servicios, no aplicando para ello las disposiciones de la sección I del párrafo único del art. 27 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero, 1995; (Redacción modificada por la Ley N° 13.097, de 2015); II - la posibilidad de emisión de compromiso en nombre de los patrocinadores del proyecto en relación a las obligaciones financieras de la Administración Pública; III - la legitimidad de los financiadores del proyecto para recibir una indemnización por la terminación anticipada del contrato y los pagos realizados por los fondos y empresas estatales que garantizan las asociaciones público-privadas.

La contraprestación de la administración pública en los contratos de asociación público-privada puede ser hecha por, giro bancario; concesión de créditos no tributarios; otorga de derechos sobre la administración pública; la otorga de derechos sobre la propiedad pública; otros medios permitidos por la ley (Art. 6º y I a IV).

El contrato de asociación público-privada puede prever a) el pago al socio privado de retribuciones variables ligadas al rendimiento, según los objetivos y las normas de calidad y disponibilidad definidas en el contrato; b) la contribución del socio privado de recursos para la ejecución de obras y adquisición de bienes retornables, de conformidad con las secciones X

y XI del primer párrafo del art. 18 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero de 1995, siempre que se autoricen en los documentos de licitación, si nuevos contratos, o en ley específica, si los contratos hasta el 8 de agosto de 2012; el valor de la contribución de recursos hecha de acuerdo al artículo 2° podrán ser excluidos de la determinación, a saber: I - del lucro líquido para efectos del lucro real y de la base de cálculo de la Contribución Social sobre el Lucro Líquido - CSLL; II - Contribución de la base de cálculo para el PIS/PASEP y Contribución para el Financiamiento de la Seguridad Social - COFINS; III - de la base del cálculo de la contribución a la seguridad social basado en los ingresos brutos y otros matices.

La contraprestación de la Administración Pública debe ir precedida de la prestación del servicio objeto del contrato de asociación público-privada. Sin embargo, se proporciona a la administración pública, virtud del contrato, pagar la contraprestación relativa a la parcela disponible del servicio objeto del contrato de asociación público-privada. El aporte de recursos cuando realizado durante la fase de inversiones por parte del socio privado, debe tener proporcionalidad con las etapas realmente ejecutadas (art. 7°).

Estos recursos (obligaciones pecuniarias) efectuados por la administración pública en el contrato de asociación público-privada podrá garantizarse mediante: I - vinculación de los ingresos; II - la creación o el uso de fondos especiales previstos por la ley; III - garantía de contratación de seguros con compañías de seguros que no están controlados por el Gobierno; IV - garantía proporcionada por las organizaciones internacionales y las instituciones financieras que no están controladas por el Gobierno; V - garantías proporcionadas por un fondo de garantía o empresa estatal creada para este propósito; VI - otros mecanismos permitidos por la ley (artículo 8° y I a VI).

La entidad privada antes de la celebración del contrato, deberá ser constituida una sociedad de propósito específico, responsable de implementar y gestionar el objeto de la asociación. La transferencia del control de una sociedad de propósito especial estará sujeta a la autorización por escrito de la Administración Pública, conforme la notificación y el contrato, dispuesto en el párrafo único del art. 27 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero, 1995; La sociedad de propósito específico puede tomar la forma de una sociedad cotizada con valores admitidos a negociación en el mercado; La sociedad de propósito específico debe cumplir con los estándares del gobierno corporativo y adoptar contabilidad y demostraciones financieras de acuerdo con las regulaciones; Y, por último, la Administración Pública está prohibida de ser titular de la mayoría del capital votante de las sociedades (Art. 9° y §§ 1° a 5°).

Para el establecimiento de un contrato de asociación público-privada con el sector público la entidad privada será seleccionada mediante el proceso de licitación en el modo de competencia en la que su apertura es condicionada a ciertos requisitos:

Art. 10. La contratación de asociación público-privada será precedida por una licitación en el modo de competencia, estando la apertura de la licitación sujeta a:

I - la autorización de la autoridad competente, sobre la base de un estudio técnico que muestre:

a) la conveniencia y la oportunidad de contratar, mediante la identificación de las razones que justifican la elección de la forma de asociación público-privada;

b) que los costos creados o aumentados no afectarán a los objetivos fiscales establecidos en el adjunto mencionado en el § 1º del art. 4º de la Ley Complementaria 101 de 4 de mayo de 2000, debiendo sus efectos financieros, en periodos posteriores, ser compensados con el aumento permanente de los ingresos o una reducción permanente de los gastos; y

c) en su caso, de acuerdo con las normas emitidas en virtud del art. 25 de esta Ley, el cumplimiento de los límites y condiciones que resultan de la aplicación de los arts. 29, 30 y 32 de la Ley Complementaria 101 de 4 de mayo de 2000, las obligaciones asumidas por la Administración Pública con el objeto del convenio;

II - la preparación del proyecto de presupuesto y el impacto financiero en los próximos años en el recorrer del contrato de asociación público-privada;

III - declaración del ordenador de los gastos de que las obligaciones asumidas por la Administración Pública en el curso del contrato son compatibles con la ley de directrices presupuestarias y están previstas en la ley de presupuesto anual;

IV - estimación del flujo de recursos públicos suficientes para satisfacer durante la vigencia del contrato y por el ejercicio, las obligaciones asumidas por la Administración Pública;

V - su objeto estar previsto en el plan plurianual en vigor en virtud del cual se haya celebrado el contrato;

VI - sumisión de la minuta del anuncio y del contrato para consulta pública mediante su publicación en la prensa oficial, en los principales periódicos y medios electrónicos, que debe informar la justificación de la contratación, la identificación del objeto, el período de duración del contrato, su valor estimado, estableciéndose el período mínimo de treinta (30) días para la recepción de sugerencias, cuyo término se dará al menos siete (7) días antes de la fecha prevista de publicación del anuncio;

VII - licencia ambiental previa o la publicación de directrices para la autorización ambiental del proyecto, de acuerdo con los reglamentos, siempre que el objeto del contrato lo exigir.

Se observa que la comprobación de los gastos para el estudio técnico, es decir, las mencionadas en los incisos b y c del inciso I del *caput* del art. 10, contiene la metodología y las hipótesis de cálculo utilizado, con sujeción a las normas generales para la consolidación de las cuentas públicas, con sujeción al examen de compatibilidad de los costos de otras disposiciones de la ley y las directrices del plan plurianual del presupuesto. Siempre que la firma del contrato ocurrir en ejercicio distinto de aquel en que se publique el anuncio, deberán ser precedidas de una actualización de los estudios y las declaraciones mencionadas en los incisos I a IV de este artículo. Las concesiones patrocinados en que más del 70% (setenta por

ciento) de la retribución del socio privado es pagado por la Administración Pública dependerá de la autorización legislativa específica; y los estudios de ingeniería para la definición del valor de la inversión de la PPP debe tener nivel de detalle de anteproyecto, y el valor de las inversiones para el ajuste del precio de referencia de la oferta se calculará sobre la base de los valores de mercado teniendo en cuenta el coste total de las obras semejantes en Brasil o en el extranjero o con base en los sistemas de costos que utilizan como insumo valores de mercado del sector de específico del proyecto, medidos en cualquier caso, por el presupuesto sintética preparada por metodología expedita o paramétrica.

En cuanto al instrumento convocatorio contendrá minuta del contrato, indicará expresamente la sumisión de la licitación a las disposiciones de esta Ley y deberán cumplir, el §§ 3º y 4º del art. 15, los artículos 18, 19 y 21 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero de 1995, y podrá disponer: I - exigencia de garantía de la propuesta del licitante, sujeto al límite del inciso III del art. 31 de la Ley N° 8666, de 21 de junio de 1993; II - el uso de mecanismos privados de solución de controversias, incluido el arbitraje, que tendrá lugar en Brasil y en portugués, en virtud de la Ley 9307, de 23 de septiembre de 1996, para dirimir los conflictos que surjan decurrentes o relacionados con el contrato.

Consígnese que el aviso de licitación tiene que especificar, cuando corresponda, las garantías de la contraprestación del asociado público que se concederán al asociado privado.

El procedimiento de la licitación para la contratación de la asociación público-privada debe cumplir con la legislación vigente, en el caso, la legislación antes mencionada, o sea, la Ley N° 8666/92, conocida como la Ley de Licitaciones:

Art 12. El evento para la contratación de asociación público-privada seguirá el procedimiento establecido en la legislación vigente en licitaciones y contratos administrativos y también a lo siguiente:

I - el juicio puede estar precedida por la etapa de clasificación de las propuestas técnicas, desclasificándose los licitantes que no alcancen la puntuación mínima, los cuales no participarán de las etapas siguientes;

II - el juicio puede tomar como criterios, otros distintos a los establecidos en el apartado I y V del art. 15 de la Ley N° 8.987, de 13 de febrero de 1995, de la siguiente manera:

- a) menor valor de la contraprestación a ser pagada por la Administración Pública;
- b) una mejor propuesta debido a la combinación del criterio del punto a con la mejor técnica, de acuerdo con los pesos establecidos en el aviso de licitación;

III - el edicto definirá la forma de presentación de las propuestas económicas, admitiendo:

- a) propuestas por escrito en sobre cerrado; o
- b) propuestas por escrito, seguidas de las ofertas en el altavoz;

IV - el aviso de licitación podrá prever que la falta de saneamiento de las fallas, para complementar las deficiencias de carácter formal o correcciones en el curso del

procedimiento, ya que el oferente puede cumplir con los requisitos dentro del plazo establecido en la convocatoria.

§ 1°. En el caso del apartado b del apartado III de este artículo:

I - las ofertas en altavoz siempre serán ofrecidas en el orden inverso a la clasificación de las propuestas por escrito, quedando prohibida limitar la cantidad de ofertas;

II - el aviso de licitación puede restringir la presentación de las ofertas de altavoz a los licitantes cuya oferta escrita es más del 20% (veinte por ciento) mayor que el valor de la mejor oferta.

§ 2°. El examen de las propuestas técnicas para efectos de calificación o prueba, se hará mediante acto motivado sobre la base de requisitos, parámetros e indicadores de resultados pertinentes al objeto, que se define con claridad y objetividad en el aviso público.

Al comentar sobre el citado concurso de licitación, Mauricio Portugal Ribeiro y Lucas Navarro Prado, confirman que “el procedimiento de adjudicación de la PPP en la legislación vigente sobre licitaciones y contratos administrativos, que abarcan, entre otras, la Ley 8.666/93, la Ley 8978/95, en el caso de la Unión la Ley 9.491/97, del PND - Programa Nacional de Desarrollo, así como la legislación en cada uno de los sectores regulados y sus agencias reguladoras. Expresa este dispositivo, el espíritu de la vinculación de las licitaciones de PPP a la experiencia existente en Brasil en participación en contratos de ese tipo, por medio de las normas aplicables a tales procedimientos”.¹⁰⁷

Estos autores también observaron que la evaluación de las ofertas faculta a la Administración Pública preceder a una etapa de calificación “el objetivo [...] es permitir la medición de la capacidad técnica mínima del oferente, por la valoración en régimen pasa o pierde de su oferta. Eso se destina a las licitaciones de contratos en cuya ejecución la técnica tiene relevancia intermedia, es decir, para la correcta ejecución del contrato es necesario, en primer lugar, que los licitadores demuestren el dominio de los aspectos técnicos involucrados en su aplicación y, por otro lado, cualquier dominio o destreza por encima del mínimo no añade valor a su desempeño para la Administración. En este contexto, es conveniente haber una etapa de calificar propuestas técnicas en régimen de *pass or fail*, después de la cual el juicio será el mejor precio”.¹⁰⁸

En cuanto a las propuestas de los licitadores registran que “necesariamente será hecha por escrito y, eventualmente, podrá ser seguida por las ofertas en altavoz. La tradición brasileña, que proviene de las licitaciones de obras públicas, es el uso de las propuestas de

¹⁰⁷ RIBEIROS; PRADO, op. cit., p. 293.

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

precios en sobres cerrados. La Ley 9.491/1997, que regula el PND - Programa nacional de Privatización permitió [...] que los otorgamientos de concesiones, permisos y autorizaciones se llevaron a cabo haciendo una oferta en la modalidad de subasta [...]. Existe discusión en el plano de la teoría de las subastas sobre las ventajas y desventajas de las propuestas en dos fases (propuestas por escrito y presentar ofertas por altavoz) conforme lo dispuesto en el art. 12, III, “b” de la Ley de las PPP. La ley de las PPP abre la posibilidad de utilizar propuesta por escrito o su combinación propuesta por escrito y presentar ofertas por altavoz, de acuerdo con las conveniencias de los casos concretos”.¹⁰⁹

La ley de la asociación público-privado también hace hincapié en que:

Art. 13. El aviso de licitación puede prever la inversión del orden de las fases de clasificación y el juicio, hipótesis en que:

I - cerrada la ronda de clasificación de las ofertas o pujas, será abierto el sobre con los documentos de calificación del ofertante mejor clasificado, para verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el aviso;

II - verificado el cumplimiento de los requisitos del aviso, el oferente será declarado el ganador;

III - descalificado el licitador mejor clasificado, serán analizados los documentos de habilitación del licitante con la propuesta clasificada en 2º (segundo) lugar, y así sucesivamente hasta que un postor clasificado cumpla las condiciones establecidas en el aviso;

IV - proclamado el resultado del evento, el objeto será adjudicado al ganador en las condiciones técnicas y económicas que ofrecía.

Por lo demás, la Ley establece que “Se establecerá, por decreto, órgano gestor de las asociaciones público-privadas federales con el poder de:

I - definir los servicios de prioridad para ejecutarse en los acuerdos de asociaciones público-privadas;

II - disciplinar los procedimientos para celebración de dichos contratos;

III - autorizar la apertura de las ofertas y aprobar su aviso de licitación;

IV - para examinar los informes de la ejecución de los contratos “(artículo 14, y I a IV).¹¹⁰

¹⁰⁹ RIBEIROS; PRADO, op. cit., p. 297-298.

¹¹⁰ La composición del órgano gestor de las asociaciones público-privadas a nivel federal por indicación nominal de un representante titular y un suplente de cada uno de los siguientes órganos: I - Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, que cumplirá la tarea de coordinación de sus actividades; II - Ministerio de Hacienda; III - Casa Civil de la Presidencia. Aún, § 2º de las reuniones de organismos que se hace referencia en el encabezamiento de este artículo para examinar los proyectos de asociaciones público-privadas asistirá un representante de la Administración Pública directa cuya área de especialización es relevante para el objeto del contrato de que se trate. También, por resolución del órgano de gobierno en la contratación de asociación público-privada, el dispositivo debe estar acompañada por el anuncio previo y fundamentado: I - del Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, en el mérito del proyecto; II - del Ministerio de Finanzas, sobre la viabilidad de la concesión de la garantía y de los riesgos para el tesoro nacional y al cumplimiento del límite que trata el art. 22 de esta Ley. Para el cumplimiento de sus funciones, el órgano mencionado en el presente artículo puede crear una estructura de soporte técnico con la presencia de representantes de instituciones públicas. El órgano del *caput* de este artículo se remitirá al Congreso y el

Por lo tanto, aunque sea mínimamente, se ve la incidencia de la Ley de licitación y contratos en los procedimientos de selección para el establecimiento de asociaciones público-privadas llevadas a cabo por la Administración Pública brasileña.

Importante traer a las discusiones, una vez más, el entendimiento de Marcos Mendes acerca de la legislación brasileña sobre las asociaciones público-privadas:

Hasta hoy (el 04/09/2012) el gobierno federal no ha hecho una sola PPP. La que está más avanzada se refiere a la construcción de un centro de datos del Banco de Brasil y la Caixa Económica, en el que un socio privado va a construir, equipar y gestionar la base de datos. También hay un proyecto de riego en Petrolina-PE, la instalación de un sistema nacional de TV digital pública y la construcción y operación de un satélite geoestacionario. Todas las iniciativas, excepto el *datacenter*, se encuentran todavía en las etapas iniciales.

Los gobiernos estatales caminaron un poco más rápido y ya han puesto en marcha algunos proyectos, como la gestión de la construcción de estadio de fútbol, vivienda de interés social, centros de servicios para los ciudadanos, emisión submarina de aguas residuales, hospitales. El estado de São Paulo es en sí el que más se destaca en la aplicación de las concesiones patrocinadas y administrativas, con grandes proyectos en las áreas de transporte (líneas de metro, tren y sistema metropolitano de bus), aguas residuales y suministro de agua potable.

Hay varios factores que han estancado las “PPP de Brasil” (concesiones administrativas y patrocinadas). En primer lugar, requieren contratos más complejos que los contratos comunes; porque más allá de toda la distribución de riesgos entre las partes, es necesario estimar lo que la subvención pública paga al socio privado. Esto implica no solo en la dificultad en el diseño de este conflicto de interés económico a largo plazo, sino que también incorpora el riesgo de la corrupción, y las acusaciones políticas de beneficios a las empresas, etc.¹¹¹

6 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

También como parte del Tercer Sector, el estado brasileño, reconociendo sus limitaciones directas para cumplir con las actividades de carácter social previstas en el Título VIII de la Constitución de la República Federativa del Brasil (art. 193-232.), se relaciona con las Organizaciones Sociales (OS) para establecer los contratos de gestión.

Jessé Torres Pereira Júnior y Marines Restellato Dotti, citando Vanice Valle Lirio, señalan que

Tribunal de cuentas de la Unión sobre una base anual, los informes de ejecución de los contratos de asociaciones público-privadas. Para la prestación de los propósitos de atención en el punto V del art. 4° de esta Ley, a excepción de la información clasificada como confidencial, que trata de informar al § 5° de este artículo, deberá poner disponible al público, por medio de la red pública de transmisión de datos. (Lei 11.079/2004: art. 14, inciso e §§).

¹¹¹ MENDES, op. cit.

el sistema de Organizaciones Sociales (OS) constituye una de las respuestas a la crisis del Estado, textualmente:” Crisis del Estado, terapia identificada con la necesaria intervención de nuevos actores en el escenario de la expansión de las potencialidades útiles de las relaciones sociales; he aquí un escenario favorable para desafiar la contra-reacción traducida en resistencia en relación a los nuevos modelos institucionales y legales que pueden ser utilizados para la realización de este nuevo diseño. Después de todo, si un joven actor entra en el escenario, esto significa que se le va a reconocer un papel que en principio era de otro - este cambio es siempre más controvertido.¹¹² [Los autores continúan señalando] En el universo jurídico brasileño, las potencialidades para contribuir con la comunidad en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales era una idea del que ya estaba en el texto original de la Carta de Octubre, exteriorizada por una preocupación en garantizar mecanismos de participación popular. La irradiación, sin embargo, del movimiento de apreciación de la ciudadanía organizada, como un agente activo en la construcción de las relaciones y la consiguiente revalorización de las estructuras institucionales de la organización del Tercer Sector; que surgieron principalmente durante la Enmienda Constitucional N° 19, en el contexto del debate de la reforma del estado. En ese momento, reformar el Estado era la respuesta a las deficiencias del Estado del Bienestar, dentro de una prioridad transnacional. Una vez que esas deficiencias estructurales no encontraban fronteras.¹¹³

Por último, arrematan consignando que

este movimiento, introdujo el Plan Director de la Reforma del Estado, el concepto de propiedad pública no estatal, [...] constituida por organizaciones sin fines de lucro, que no son propiedad de ningún individuo o grupo y están orientados directamente al servicio del interés público [...]. La transferencia de actividades que, por no ubicarse en el núcleo estratégico del Estado, se encuentran mejor estructuradas en el régimen de la propiedad pública no estatal denominado '*publicización*', que se traduce la idea de traslado para el Tercer Sector, de las actividades que no impliquen directamente el ejercicio del poder del Estado, pero que presididas por el interés que se reconoce como público, y que sería merecedor de del apoyo e incluso financiación. Para estas actividades, cuyo agente principal no será necesariamente una entidad integrante del aparato del Estado, se reconoce por lo contrario, no solo el espacio, sino también la preferencia por la actuación del Tercer Sector a través de la estructura que se llamó “organizaciones sociales.”¹¹⁴

Estos contratos están regulados por la Ley N° 9.637 de 15 de mayo de 1998¹¹⁵, que prevé al respecto de las cualificaciones de las entidades como organizaciones sociales, la creación del Programa Nacional de *Publicización*, la extinción de los órganos y entidades mencionadas y la absorción de sus actividades por las organizaciones sociales.

Establece esta ley que el Poder Ejecutivo puede calificar como organizaciones sociales las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro cuyas actividades están dirigidas a la educación, la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la protección y

¹¹² JESSE; DOTTI, op. cit., p. 21.

¹¹³ Idem, ibidem.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ BRASIL. Ley n° 9.637, de 15 de mayo de 1998. Dispone al respecto de la calificación de entidades como organizaciones sociales, la creación del Programa Nacional de publicitación, la extinción de los órganos y entidades mencionadas y la absorción de sus actividades por las organizaciones sociales, y otra medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF 18 de maio de 1998.

preservación del medio ambiente, la cultura y la salud, confirmando esto en el estatuto social de la entidad que prevé la naturaleza social de sus objetivos y la área de operación; su finalidad sin lucro, la inversión obligatoria de sus fondos excedentes en el desarrollo de las propias actividades; publicación anual obligatoria en el Boletín Oficial de la información financiera y de control de gestión, del informe de aplicación; la plena incorporación de los activos en su patrimonio, los activos de los legados o donaciones que han sido destinados y el excedente financiero que resulta de sus actividades en el caso de rescisión o descalificación, los activos de otra organización social calificado dentro de la Unión Federal, de la misma área de operación, o los activos de la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios y finalmente haber la aprobación, al respecto de la conveniencia y oportunidad de su calificación como organización social, por el Ministro o el titular del órgano supervisor o regulador del área de actividad correspondiente a su objeto social y el Ministro de Estado da Administración Federal (Ley 9.637/98, los arts. 1º y 2º).

La entidad privada que obtiene esta calificación de Organización Social, podrá establecer *contrato de gestión* con el Poder Público, dirigido a la formación de contrato entre las partes para el desarrollo y ejecución de las actividades mencionadas, observando el cumplimiento de los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, economía y otras disposiciones, entre ellas la especificación del programa de trabajo propuesto por la organización social, la estipulación de los objetivos a alcanzar y los plazos de ejecución, así como la disposición expresa de la evaluación del desempeño a través de criterios objetivos, para lo cual son utilizados los indicadores de calidad, de productividad y la estipulación de los límites y criterios para los gastos de compensación y beneficios de cualquier tipo a ser percibido por los directivos y empleados de las organizaciones sociales, en el ejercicio de sus funciones (Ley 9.637 / 98, Art. 5 a 7).

Como resultado, muchas entidades privadas que cumplen los requisitos de dicha Ley, incluido el establecimiento de un Consejo de Administración¹¹⁶ podrán pleitear las condiciones para establecer un contrato de gestión con el Poder Público.¹¹⁷

¹¹⁶ El Consejo de Administración estará compuesto por: a) 20 a 40% (veinte a cuarenta por ciento) de miembros representantes permanentes del gobierno, definido por el estatuto de la entidad; b) 20 a 30% (veinte a treinta por ciento) de los miembros representantes permanentes de las organizaciones de la sociedad civil, definidos por el estatuto; c) hasta 10% (diez por ciento) en el caso de asociación civil, elegidos entre los miembros o asociados; d) del 10 al 30% (diez a treinta por ciento) de miembros elegidos por los demás miembros del Consejo, entre personas de capacidad profesional notoria y buen carácter moral; e) hasta el 10% (diez por ciento) de los miembros designados o elegidos en la forma establecida por el estatuto. También se observa que: I - los miembros elegidos o designados para integrar la Junta debe tener mandato de cuatro años, admitida una renovación; III - representantes de las entidades mencionadas en los incisos "a" y "b" del artículo que deben corresponder a más del 50% (cincuenta por ciento) del Consejo; IV - el primer mandato de

Ahora, una vez más, se registran las mismas peculiaridades destinadas a la realización de los Acuerdos de Cooperación (comentado en el punto 4 de este capítulo) en el que el Gobierno, teniendo que asegurar el respeto efectivo de los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad, economía, debe implementar el correspondiente procedimiento licitatorio de modo a escoger la oferta más ventajosa de la persona jurídica privada, calificada como una organización social, para el desarrollo y ejecución de actividades relacionadas con el área de interés.

A pesar de la afirmación anterior, en su afán de demostrar mayor celo con las cosas y los servicios públicos, la Ley N° 9.648/1998¹¹⁸, modificó la redacción del artículo 24, inciso XXIX de la Ley 8.666/93 (Ley de licitaciones y contratos públicos), declarando como prescindible el proceso de licitación cuando se trata de contrato de servicios con las organizaciones sociales, en el ámbito de las esferas de gobierno, para las actividades de gestión.¹¹⁹

la mitad de los miembros elegidos o designados será de dos años, de acuerdo con los criterios establecidos en el estatuto; V - el líder máximo de la entidad deben asistir a las reuniones del consejo sin derecho a voto; VI - el Consejo celebrará reuniones ordinarias por lo menos tres veces al año y extraordinariamente en cualquier momento; VII - los directores no deben recibir una remuneración por servicios que, en esta condición, proporcionan a la organización social, a excepción de las ayudas de costos por reunión de la cual participan; VIII - los directores elegidos o designados para formar parte del consejo de la entidad debe renunciar a asumir funciones ejecutivas - art. 3°. Cf. BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispone al respecto de la calificación de entidades como organizaciones sociales, la creación del Programa Nacional de publicidad, la extinción de los órganos y entidades mencionadas y la absorción de sus actividades por las organizaciones sociales, y otra medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF 18 de maio de 1.998.

¹¹⁷ El Consejo de Administración a que se refiere la Ley n° 9637/98 debe tener las siguientes responsabilidades: I - establecer el alcance de las actividades de la entidad para el logro de su objetivo; II - aprobar la propuesta de contrato de gestión de la entidad; III - Aprobar la propuesta de presupuesto de la organización y el programa de inversiones; IV - nombrar y destituir a los miembros del consejo; V - fijar la remuneración de los consejeros; VI - aprobar y disponer al respecto de la modificación de los estatutos y la extinción de la entidad por una mayoría de al menos dos tercios de sus miembros; VII - aprobar los estatutos de la organización, que debe contar, por lo menos, con la estructura, la forma de gestión, los cargos y respectivas competencias; VIII - aprobar por mayoría de al menos dos tercios de sus miembros, el propio Reglamento que contiene los procedimientos que debe seguir para la contratación de obras, servicios, compras y ventas y el plan de empleos, salarios y beneficios de los empleados; IX - aprobar y remitir al órgano de supervisión de la ejecución de los contratos de gestión, informes y actividades de la entidad, preparada por la directoría; X - vigilar el cumplimiento de las directrices y establecer metas y aprobar los informes financieros y la contabilidad y las cuentas anuales de la entidad, con la ayuda de la auditoría externa - art. 4°. BRASIL. Ley n° 9637 de 15 de mayo de 1998. Dispone al respecto de la calificación de entidades como organizaciones sociales, la creación del Programa Nacional de publicidad, la extinción de los órganos y entidades mencionadas y la absorción de sus actividades por las organizaciones sociales, y otra medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF 18 de maio de 1998.

¹¹⁸ BRASIL. Ley n° 9.648/1998, de 27 de mayo de 1998. Altera dispositivos de las Leyes n° 3.890-A, de 25 de abril de 1961, n° 8.666, de 21 de junio de 1993, n° 8.987, de 13 de febrero de 1995, n° 9.074, de 7 de julio de 1995, n° 9.427, de 26 de diciembre de 1996, y autoriza al Poder Ejecutivo para promover la reestructuración de las Centrales Eléctricas Brasileñas - ELETROBRÁS y sus filiales y otros asuntos. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de maio de 1.998.

¹¹⁹ Ley n° 8666/93: “El artículo 24 es prescindible la licitación: [...] XXIV - para la realización de contratos de servicios con las organizaciones sociales calificados dentro de sus respectivas esferas de gobierno, para las actividades incluidas en el contrato de gestión”.

Marçal Justen Filho, en relación a ese punto, con el que también hay que estar de acuerdo, confirma que

Esta regla debe interpretarse con precaución para evitar la inconstitucionalidad. Es decir, es necesario distinguir el contrato de gestión y los contratos instrumentales relacionadas con ella. Dicho contrato de gestión es una especie de acuerdo normativo previo y general, (contrato matriz) por el que se establecen las normas generales de la relación entre las partes. Pero habrá otros acuerdos, operacionales y derivados, a través del cual se establecen condiciones específicas para la ejecución de las tareas asignadas a la organización social. [Concluye además] Es esencial adoptar un proceso objetivo de selección de las partes interesadas en el contrato de gestión.¹²⁰

Como consecuencia de esta disposición se encuadran las entidades conocidas como el sistema “S”, los llamados servicios sociales autónomas como: Servicio Social de la Industria (SESI) Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial (SENAI), Servicio Social de Comercio (SESC) Servicio Nacional de Aprendizaje Comercial (SENAC), Servicio Social del Transporte (SEST) Servicio Nacional de Aprendizaje del Transporte (SENAT), Servicio Nacional de Aprendizaje Rural (Senar) y el servicio brasileño de Apoyo a las Micro y pequeñas Empresas (Sebrae). Estos servicios son gestionados por el sector privado, pero su financiación se hace por contribuciones fiscales, que se cobran a los miembros de las diferentes categorías profesionales y también por otros recursos de naturaleza pública destinados por el estado a las respectivas entidades autónomas.

Dada la disposición legal de la exención de la obediencia a la Ley de Licitaciones (Ley 8.666 / 93), los servicios sociales autónomas no están exentos de cumplir con los principios básicos de la administración pública establecidos en la Constitución Federal (legalidad, impersonalidad, moralidad y eficiencia), y también las directrices de la Corte Federal de Auditoría.

Susan Rossetti, describiendo el régimen jurídico de las entidades que forman parte del sistema “S” destacó que conforme entendimiento consolidado del Tribunal de Cuentas, por utilizar recursos públicos en la búsqueda de la satisfacción de sus objetivos, íntimamente relacionados con el interés de los ciudadanos, los servicios sociales autónomos están sujetos a revisión por el Tribunal Federal de Auditoría. Y, a pesar de no haber sido sometido al rigor de la ley de licitaciones, deben respetar los principios que rigen las actividades de la administración pública en sus procesos de contratación, por lo que es hasta las propias entidades del Sistema “S” deben aprobar su reglamento (decisiones n^{os} 907/1997 y 461/1998,

¹²⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 27.

ambos del plenario), las cuales deben desarrollarse en consideración a los principios que guían el ejercicio de las funciones administrativas, en particular: la legalidad, la imparcialidad, la igualdad, moralidad, publicidad y eficiencia.¹²¹

Según su razonamiento, aclara que

El punto clave es que no basta con hacer valer la disposición reglamentaria, es necesario evaluar si la norma es compatible o no a la de los principios aplicables a la contratación pública, lo que se pretende proteger. En ese sentido la sentencia n° 6165/2011 - 1ª Sala, por ejemplo, el TCU emitió una advertencia al SENAR: en el sentido de que la posibilidad de la prueba del cumplimiento tributario de excepción en los casos de exención y la dispensa de la licitación, prevista en el art. 11 de su Reglamento de adquisiciones, está en contradicción con los principios generales de la administración pública y la jurisprudencia de este Tribunal de Cuentas (Decisión 10/2002 - Primera Junta y la Decisión 705/1994 - Plenaria). Otra vez, el TCU ordenó a los SESC/ES: evaluar la razonabilidad y proporcionalidad, a pesar de haber previsto en su reglamento, el requisito de remisión de la exigencia que el oferente compruebe el pago, únicamente en dinero, de gran suma de dinero como garantía propuesta, porque dotada de un alto potencial restrictivo, especialmente en vista de la limitada naturaleza/propósito de esa garantía, de tan solamente dotar a la Administración de mecanismo de retención en la hipótesis de eventual aplicación de sanción por desistir posteriormente a la propuesta del ganador. (TCU, Acuerdo n° 273/2012, 2ª Cámara.).¹²²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, en su estudio mencionado anteriormente, al comentar sobre dichos contratos, asegura que

para que la organización social se encuadre adecuadamente a los principios constitucionales, que rigen la gestión de la patrimonio público y que existen para proteger este patrimonio, sería necesario, al menos: a. exigir la licitación como requisito para la elección de la entidad; b. comprobación de que la entidad existe, tiene su propia sede, activos, capital, entre otros requisitos exigidos para que una persona jurídica se constituya efectivamente de derecho; c. demostración de la cualificación técnica y de la capacidad financiera para administrar los bienes públicos; d. sometimiento a los principios de la licitación; e. imposición de restricciones salariales cuando depender de los fondos del presupuesto estatal para pagar a sus empleados; f. presentar garantías al igual que en los contratos administrativos en general, requisito esencial por el hecho de gestionar el patrimonio público.¹²³

Vale aquí registrar nuevamente lo dispuesto en el art. 116 de la Ley 8.666/93, que determina la aplicación de su disposición, según el caso [...] y otros instrumentos similares celebrados por los órganos y organismos de la Administración”. Así, entendemos que también se aplica la regla general establecida por la Ley de Licitaciones y Contratos Públicos, hecho

¹²¹ ROSSETTI, Suzana. *Regime Jurídico das contratações do Sistema S X TCU*. Disponible en: <http://www.zenite.blog.br/regime-juridico-das-contratacoes-do-sistema-s-x-tcu/#.VpAcQIIspVd>. Accedido el 08.01.2016.

¹²² Idem, ibidem.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceria na administração pública*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 270-271.

que dispensa otros comentarios sobre su incidencia en los Contratos de Gestiones, una vez que estos son considerados como instrumentos similares.

7 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LA LEY DE CONTRATOS DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS

La Unión Federal, al hacer uso de su prerrogativa exclusiva (artículo 22, inciso XXVII, de la CRFB.) para legislar sobre normas generales de licitación estableció el tipo subasta - Ley N° 10.520, de 17 de julio de 2002¹²⁴ - para las adquisiciones de bienes y servicios considerados comunes.¹²⁵

Inicialmente este modo se originó a partir de una Medida Provisoria N° 2028, de 4 de mayo de 2000¹²⁶, firmado por el Poder Ejecutivo del Gobierno Federal, que fue reeditado por 18 veces y finalmente se convirtió en la Ley N° 10.520, de 17 de julio de 2002.¹²⁷

La medida provisional es un acto exclusivo del Presidente de la República, editado en caso de relevancia y urgencia, con fuerza de ley, que debe ser presentado de inmediato ante el Congreso y que siendo aprobado convalidará todos los actos practicados previamente en toda su período de vigencia.¹²⁸

Marçal Justen Filho entiende que la subasta “es un modo específico, compatible, solo con el precio más bajo, es decir, en la hipótesis en que la selección de la propuesta ganadora no se basa en la mejor calidad de la oferta realizada por el licitador”.¹²⁹

¹²⁴ BRASIL. Ley n° 10.520, de 17 de julio de 2002. Establece, dentro del ámbito de la Unión, en conformidad con el art. 37, XXI de la Constitución Federal, el modo de licitación denominado de pregón, para la compra de bienes y servicios comunes, y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de julho de 2.002.

¹²⁵ Hely Lopes Meirelles, al comentar la Ley n° 10.520, de 17.7.2002, dice que “Se trata de Norma General, porque editado con base en el art. 22, XXVII de la Constitución Federal y es de aplicación válida para todas las esferas”. [Y siguiendo confirma que] “Se sabe que, debido a la norma prohibitiva del § 8 del art. 22 de la Ley 8.666 de 1993, el administrador no puede crear un nuevo tipo de licitación, pero el legislador federal puede”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

¹²⁶ BRASIL. Medida Provisoria n° 2.026, de 04 de mayo de 2000. Establece, dentro de ámbito de la Unión, en conformidad con el art. 37, XXI de la Constitución Federal, el modo de licitación denominado de pregón, para la compra de bienes y servicios comunes. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 1º de junho de 2000.

¹²⁷ Medidas Provisorias n° 2.026, 2.026-1, 2.026-2, 2.026-3, 2.026-4, 2.026-5, 2.026-6, 2.026-7, 2.026.8, 2.108-9, 2.108-10, 2.108-11, 2.108-12, 2.108-13, 2.108-14, 2.108-15, 2.108-16, 2.108-17, 2.108-18.

¹²⁸ La Constitución de la República Federativa de Brasil - Art. 62. En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales con fuerza de ley y las comunicará inmediatamente al Congreso Nacional” Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 de outubro de 1988.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 465.

Esta forma de licitación está destinada para seleccionar la mejor propuesta para la compra de bienes y servicios comunes, sin tener en cuenta las modalidades de mejor técnica o de técnica y precio.¹³⁰

Por bienes y servicios comunes la Ley define como siendo aquellos para los fines y efectos cuyos patrones de desempeño y calidad puedan ser objetivamente definidos en la convocatoria, por medio de las especificaciones habituales del mercado (Ley N ° 10.520/02, art. 1º, párrafo único).

Para Hely Lopes Meirelles el concepto jurídico es inadecuado, ya que, en rigor, todos los bienes adquiridos se deben definir de manera objetiva en la descripción sucinta y clara (Ley 8666 de 1993, art. 40, I). Por tanto, debemos comprobar en diversos casos específicos, la utilidad de un determinado objeto de contratación por subasta”.¹³¹

Esta es la posición del Superior Tribunal de Justicia:

Resumen: Proceso Civil y Administrativo. Licitaciones. Pregón. LEY N ° 10.520 / 2002. ADQUISICIÓN DE SERVICIOS Y BIENES COMÚN. REVISIÓN DE LA PREMISA DE HECHO DEL ACUERDO RECORRIDO. IMPOSIBILIDAD. PRECEDENTE 7 / STJ. 1. De conformidad con el art. 1º de la Ley n. 10.520 / 2000, aplicable en ámbito nacional, el pregón solo es aplicable para la compra de “bienes y servicios comunes”, conceptuados por la ley como “aquellos cuyos estándares de rendimiento y calidad pueden ser definidos objetivamente mediante notificación, a través de las especificaciones habituales en el mercado.” 2. En el caso, la sentencia declaró que el servicio objeto de comercio, equipo de informática - es compatible con dicha modalidad de licitación. 3. En este contexto, el análisis de la legalidad sustentada por el agravante demanda el nuevo análisis del aviso de licitación y de los otros hechos, lo que se impide por causa de la Súmula 7 / STJ. Precedente: (AgRg no AREsp 160.130/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, juzgado el 12.6.2012, DJe 26.6.2012.) Agravio regimental no proveído (Superior Tribunal de Justicia - AGRAVIO REGIMENTAL EN EL AGRAVIO EN RECURSO ESPECIAL AgRg en el AREsp 195300 DF 2012/0124562-0 - Fecha de publicación: DJE: 14/09/2012).

Esta modalidad de licitación puede llevarse a cabo utilizando los recursos de tecnología de información, proporcionando tanto a la Unión Federal, los Estados, el Distrito

¹³⁰ En cuanto a los tipos de licitación de "mejor técnica" y "técnica y precio", André Luiz Freire, afirma que "uno de los aspectos importantes de la contratación pública consiste en la elección del tipo de oferta. Los tipos de licitación son los criterios de evaluación para ser utilizados por las autoridades públicas para la selección de la oferta más ventajosa para el interés público. Por fuerza del principio de un juicio objetivo, deben ser definidos en el aviso de licitación pública, no siendo posible que ellos estén basados en parámetros subjetivos. (...) Ellos son: menor precio, una mejor técnica, la tecnología y el precio y la mejor oferta o propuesta. Todos los criterios de evaluación establecidos en los documentos de licitación deben, necesariamente, referirse a estos tipos, porque el § 5º del dispositivo (lea el art. 45 de la Ley N° 8666/93), prohíbe el uso de otros tipos de licitación. Así, el administrador no puede combinar, por ejemplo, al mejor postor con la mejor técnica. Esta medida convierte en nulo el aviso de licitación" (FREIRE, Luiz André. *Considerações acerca dos tipos de licitação 'melhor técnica e 'técnica e preço'*. Estudos dirigidos de gestão pública na América latina/Coordenadores: Raquel Dias da Silveira; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p.17-18).

¹³¹ MEIRELLES, op. Cit., p. 103-104.

Federal y los municipios brasileños, la participación en bolsas de productos con el apoyo técnico y operativo a los organismos y entidades que la promueven.

Estas bolsas de productos deben organizarse en la forma de sociedades civiles y sin fines de lucro y con la participación plural de los corredores que operan los sistemas electrónicos unificados de subastas electrónicas.

En la fase preparatoria, la autoridad competente deberá justificar la necesidad de la contratación y establecer el objeto de evento, los requisitos de calificación, los criterios para la aceptación de las ofertas, sanciones por incumplimiento y sus condiciones contractuales, incluyendo el establecimiento de plazos para la entrega.

La definición del objeto debe ser precisa y bastante clara. En el procedimiento deben constar la justificación de las definiciones antes citadas y los elementos técnicos esenciales sobre los que se apoyan, así como el presupuesto establecido por la entidad promotora del evento licitante. También los bienes o servicios a ser contratados. Por último, la autoridad competente designará entre los servidores del órgano o entidad promotora de la licitación, el pregonero y su equipo de apoyo, cuya asignación incluye, entre otras, la recepción de propuestas y ofertas, analizando su aceptabilidad y su clasificación, y la calificación y la adjudicación del objeto de evento al adjudicatario (Ley N ° 10.520/02, art. 3°).¹³²

El precedente 177 de la Corte Federal de Auditoría describe que:

La definición exacta y suficiente es una regla indispensable de la competencia, incluso presupone el postulado de la igualdad entre los oferentes, que es subsidiaria del principio de la publicidad que implica el conocimiento, por los competidores potenciales de las condiciones fundamentales de la oferta, constituyendo, en la hipótesis particular de la licitación para la compra, la calidad de las especificaciones mínimas y esenciales para la negociación en la definición del objeto.

En la fase externa, la sesión se iniciará con la convocatoria de los interesados mediante la publicación de un aviso en el Boletín Oficial de la respectiva entidad federativa, o no existiendo este, en el periódico local y, opcionalmente, por medios electrónicos y de acuerdo con el bulto de la licitación en el periódico de amplia circulación, conforme a lo dispuesto en la normativa específica de las propias entidades federativas. El anuncio contendrá toda la información necesaria sobre el objeto, lugar y hora donde se puede obtener el texto completo

¹³² El equipo de apoyo debe basarse, sobre todo en servidores efectivos, preferentemente pertenecientes al personal permanente de la agencia o entidad promotora del evento (§ 1°). Sin embargo, cuando este procedimiento sea instituido dependiente del Ministerio de Defensa, los deberes de pregonero y el apoyo miembro del equipo pueden ser realizados por militares (§ 2°).

de la convocatoria, el proyecto de contrato, los plazos de propuestas, que será de ocho días útiles y día y hora para la realización del evento.

En el día señalado, y abierta la sesión, los interesados o sus representantes legales, presentan las declaraciones diciendo que cumplen con los requisitos de calificación y entregan los sobres que contienen la declaración del objeto y el precio ofrecido, procediéndose a su inmediata apertura y verificación del cumplimiento de las propuestas en relación a los requisitos de la convocatoria.

En el transcurso de la sesión, el autor de la oferta más baja y el de las ofertas con precios de hasta el 10% (diez por ciento) superior puede hacer nuevas ofertas verbales y sucesivas hasta el anuncio del ganador.

Entonces el pregonero examina el sobre que contiene los documentos pertinentes a la habilitación para el certamen de la empresa adjudicataria, para verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la convocatoria.

Satisfecha esta fase, el postor es declarado ganador del evento y puede firmar un contrato con la Administración Pública.

Resulta que el ganador será convocado dentro del plazo de validez de la oferta, pero, caso no celebre el contrato, entregue falsa documentación requerida para el evento, retrase la ejecución de su objeto, no conserve la propuesta, falle o fraude en la ejecución del contrato, se comporte de una manera de dudosa reputación o cometa fraude fiscal, será impedido de licitar y contratar con la Unión Federal, Estados, Distrito Federal o Municipios y será retirado de los sistemas de registros de proveedores, por el plazo de cinco años, sin perjuicio de las sanciones previstas en la convocatoria y el contrato, así como otras sanciones legales (Ley N° 10.520/02, art. 7°).

Es de notar que hay dos modalidades de subasta: la subasta presencial o subasta común y la subasta electrónica y las diferencias entre ellos son significativas. En este contexto, Marçal Justen Filho señala que

La subasta común es regulada a nivel federal, por el Decreto N° 3555 y se caracteriza por la existencia de una ceremonia en las instalaciones de la agencia pública, con la presencia física de los interesados, en sesión pública. La subasta electrónica, regulada a nivel federal por el Decreto N° 5450, se produce con el uso de Internet, siendo realizada la competencia a través de propuestas y manifestaciones enviadas electrónicamente.¹³³

¹³³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 465-466.

La diferencia entre los dos es, básicamente, que en la subasta electrónica los postores son pre-registrados y participan después de obtener un nombre de usuario y la contraseña para la conexión. También, se puede decir que todas las decisiones y manifestaciones se realizan electrónicamente.

Las reglas de la Ley de Licitaciones y Contratos (Ley N° 8.666/93) inciden subsidiariamente en la modalidad de subasta. Es lo que se ve en lo dispuesto en el art. 9° de esta Ley: “Art. 9° Se aplican en carácter subsidiario, a la modalidad de subasta, las disposiciones de la Ley N° 8666 de 21 de junio, 1993”.

Ley N° 10.520/2002 no informa acerca de las características particulares del contrato que resulta del procedimiento licitatorio de la subasta. Por lo tanto, con referencia a los contratos de esa modalidad nuestro entendimiento es que se efectuarán con el pleno cumplimiento de todas las disposiciones de la Ley N° 8.666/93, que contiene las disposiciones necesarias para el establecimiento del objeto y sus elementos característicos, los precios y las condiciones, plazos y régimen de aplicación y otros tópicos relevantes para la contratación con la Administración Pública (art. 54 y siguientes).

8 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES REALIZADOS POR EL ESTADO BRASILEÑO Y SUS ENTIDADES PÚBLICAS

La dinámica de cualquier Estado, especialmente con el fenómeno de la globalización es normal la ocurrencia de la formalización de contratos con empresas privadas extranjeras para la compra de bienes, servicios, con el fin de cumplir sus objetivos, entre los cuales la promoción del bien común.

Maria Luiz Machado Granziera hace hincapié en que

la tendencia predominante en la evolución del llamado mundo civilizado es la globalización. Con él, disminuyen las distancias, la comunicación se vuelve ilimitada y fronteras enfrían su caracterización internacional. La ley pasa, en algunas ramas, para una revisión, siendo necesaria reflexionar sobre los impactos de los cambios en las normas y en los procedimientos a adoptar, para adaptarse “a los nuevos tiempos”. Los cambios afectan a todos los sectores y no se puede ignorar eso desde las administraciones públicas [...]. El Estado, a través de su Poder Ejecutivo, se enfrenta al reto de modernizar rápidamente [...]. De ahí que las “revoluciones” en el papel del Estado tiende a disminuir, compartiendo con el sector privado la carga de la inversión pública [...].¹³⁴

¹³⁴ GRANZIERA, Maria Luiz Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (coord.), 3ª ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 230.

La ley de licitación (Ley 8.666 / 93) aplicables a todos los contratos no presenta ninguna definición clara acerca de la licitación internacional para la selección de la oferta más ventajosa para la Administración Pública y el modo de evaluación para al final formalizar un contrato con empresa ganadora del concurso.¹³⁵

Sin embargo, por sus disposiciones se encuentra que es una licitación establecida en territorio brasileño en la cual es posible la participación de empresas extranjeras y, en consecuencia estas empresas sin duda están sujetas a las normas del oferente o en la mayoría de las directrices impuestas por los organismos responsables de los aspectos de la política monetaria y comercio exterior, entre otras.

De partida se puede ver que la Ley de Licitaciones prohíbe a los funcionarios públicos la admisión en los actos de convocación del certamen, inclusión o tolerancia de termino que comprometa, restrinja o frustre su carácter competitivo, incluyendo aquella que establece la condición de naturalidad, o domicilio de los oferentes o cualquier otra circunstancia inadecuada o irrelevante para el objeto específico del contrato (Ley 8.666/93, artículo 3º, § 1º, I.). También prohíbe el trato diferencial de carácter comercial, legal, de relaciones de trabajo, seguridad social o cualquier otra, entre las empresas brasileñas y extranjeras, incluso relativas a la moneda, el método y lugar de pago, incluso cuando participa de la financiación organismos internacionales (Ley 8666 / 93: artículo 3º, § 1º, inciso II).

La referida Ley de Licitaciones permite establecer la extensión del margen de preferencia para los productos manufacturados y servicios que cumplan con las técnicas brasileñas para los Estados Partes en el Mercado Común del Sur - MERCOSUR (Ley 8.666/93, art. 3º, § 10).¹³⁶

¹³⁵ Bittencourt enseña que “curiosamente, la ley de las licitaciones de Brasil no define lo que sería una licitación internacional, aunque mencionarlos por cuatro veces [a continuación confirma que] Parece, sin embargo, que la legislación brasileña prevé una definición para la expresión en la legislación dirigida al nivel de impuestos. Ley N ° 11.732, de 30 de junio de 2008, que, entre otras cosas, sobre el impuesto, el intercambio y el régimen administrativo de las zonas francas industriales [...] ofrece en el § 5º del art. 3º, el Gobierno regulará, mediante Decreto, dentro de los sesenta (60) días a partir de la entrada en vigor de la Medida Provisional N° 418, de 14 de febrero de 2008, las normas y procedimientos específicos que deben observarse en las licitaciones internacionales promovidas por as personas jurídicas de derecho privado en el sector privado del 1 de mayo de 2008, bajo el encabezamiento y los párrafos de este artículo sin perjuicio de la validez de las ofertas internacionales promovidas por personas jurídicas de derecho privado hasta la fecha. Aunque la ley dice expresamente que la regulación se refiere únicamente a las licitaciones internacionales promovidas por personas jurídicas de derecho privado en el sector privado, el decreto reglamentario fue más allá, la regulación de las licitaciones internacionales también para las entidades regidas por el derecho público”. (BITTENCOURT, *op. cit.* p. 46-47).

¹³⁶ También la mencionada Ley de Licitaciones establece otros requisitos relativos a la participación de empresas extranjeras en licitaciones (artículo 23, § 3º); la dispensa de licitación (artículo 24, XIV.); la habilitación de las empresas de licitación (artículo 32, §4º y 6º; artículo 33, §1º; en el procedimiento y evaluación (artículo 40, IX; art. 42 y 44, §4º, art. 53, §3º), la formalización de contratos (art 55, §2º) y con respecto a las ofertas y

La definición de licitación se puede ver en las disposiciones del Decreto N° 6702, de 18 de diciembre de 2008, firmado por el Presidente de la República de Brasil, cuando regula la materia el art. 3 de la Ley 11.732/2008, que trata específicamente de las licitaciones internacionales para la importación de materias primas, productos intermedios y componentes para la fabricación, de máquinas y equipos que van a suministrarse en el mercado nacional, bajo la protección del régimen aduanero especial en el art. 5° de la Ley 8.032/90. El Decreto establece lo siguiente:

Art. 2° Se considera licitación internacional, para efectos del presente Decreto, el procedimiento promovido por personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado desde el sector público y del sector privado, destinado a la selección de la oferta más ventajosa para el contratista, observados los principios de igualdad, impersonalidad, publicidad, probidad, que enlazan con el aviso de licitación, de amplia competencia y juicio objetivo.

§ 1°. Las personas jurídicas de derecho público y privado en el sector público deberán cumplir con las normas y procedimientos establecidos en la legislación específica.

André Saddy, al tratar las licitaciones internacionales regidas por la legislación brasileña y la posición actual del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal concluye que

la licitación es un proceso de selección de las propuestas, por lo tanto, debemos buscar el mayor número de oferentes. Este proceso, por cuenta del principio republicano, favorece el mérito, debiendo vencer el mejor, es decir, el que ofrece la propuesta más ventajosa para la Administración Pública y por lo tanto en el interés público. No siempre la propuesta más ventajosa se refiere a las cuestiones económicas, es seguro que se desea la optimización de los gastos, pero esta relación no es absoluta, debe existir también una preocupación con la calidad de los productos o servicios y la capacidad de quien lo ejecuta. [Continúa el autor diciendo que] la licitación, sea nacional o internacional, debe buscar atender al deber de eficacia del administrador, la buena gestión y administración de los resultados, perseguidos, siempre que sea posible, los mejores beneficios económicos, de calidad y de cantidad de los bienes, obras o servicios adquiridos. Para lograr este fin, debe garantizar la igualdad entre los oferentes nacionales y extranjeros, a través de una serie de ordenanzas dispuestas por la ley, pero sobre todo en el art. 42 de la Ley 8.666/93. En cuanto a la cuestión fiscal, deben los avisos solicitar que los participantes incluyan en la formación del precio final de los bienes a ser adquiridos todos los gastos previsibles, como las aduaneras y los gastos de impuestos, que permiten una fácil comparación de precios para los productos que se ofrecen en el mercado nacional y los ofrecidos por la importación.¹³⁷

contratos administrativos celebrada en el extranjero para el cumplimiento de los principios básicos de esta ley (art. 123). 211/212).

¹³⁷ SADDY, André. *Licitações internacionais regidas pela lei brasileira e o posicionamento atual do TCU*. In: *Boletim de Licitações e Contratos*, dezembro/2012, São Paulo, NDJ, 2012, p. 1149.

Por lo tanto, se puede decir que las normas internacionales de licitación brasileñas tienen aplicación perfecta, es decir, las licitaciones serán procesadas y juzgadas en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, publicidad, probidad administrativa, de la vinculación con el aviso de licitación, del juicio objetivo, tal como se recomienda la Constitución Federal (art. 37, XXI).

Es cierto que la publicación del aviso de licitación (divulgación) no puede ocurrir en los territorios nacionales, incluso porque la intención es buscar grupos de interés más allá de la frontera con Brasil.

Jonas Lima, citado por Sidney Bittencourt,

recuerda que el alcance de la divulgación en el exterior, más allá de las publicaciones normales en Internet, también debe ocurrir en vehículos específicos como dgMarket (<http://www.dgmarket.com>), así, como en casos de licitaciones realizadas con recursos financiados por la cooperación internacional, en sus propios sitios, por ejemplo, en el *United Nations Development Bussiness on-line* (UNDB on-line - (<http://www.devbusiness.com>)).¹³⁸

Otro hecho que ha provocado el desacuerdo entre los oferentes es cuando la Autoridad Pública licitante limita el caso de licitadores extranjeros en el caso de comprar bienes, servicios más allá de las fronteras de Brasil.

En este sentido el profesor Sidney Bittencourt trae en su obra de *Licitaciones Internacionales* el análisis de una licitación internacional realizada por el Tribunal de Cuentas de la Unión diciendo que

en decisión dictada en plenario, evaluando representación contra cláusula de edicto de concurso público realizado por Petrobras, en el marco de alegación de ilegalidad, por supuestamente, restringir la participación a los competidores establecidos en el territorio nacional. En parecer, Rui Berford Dias, jefe de la división de los contratos de Petrobras, basado en las enseñanzas de varios administrativistas nacionales (Adilson de Abreu Dallari, Marcos Juruena Villela Souto, Celso Antonio Bandeira de Mello, entre otros), sustenta coherentemente, la tesis del poder discrecional con el fin de privilegiar, en la licitación pública que establecen, segmentos nacionales económicos, proporcionando a la Administración fijar, a libre discreción, en ámbito nacional o internacional, principalmente a las disposiciones del art. 42 de la Ley nº 8.666/93.¹³⁹

En la secuencia el autor trae extractos del voto conductor del ministro relator Homero Santos del Tribunal de Cuentas de la Unión, de acuerdo con la opinión de Rui Dias Berford diciendo:

¹³⁸ BITTENCOURT, *op. cit.* p. 50.

¹³⁹ *Idem*, p. 48-49.

Es como si las opiniones de los ilustres opinantes no aceptaran la existencia de un lado las Licitaciones Comunes (o Nacionales) y, por el otro, de las licitaciones internacionales, en la exacta y perfecta distinción ofrecida por J. Critella Junior (*Das Licitações Pública*, Ed. Forense, 1993, nº 244, pags, 211/212). En el trabajo ya mencionado, el conocido administrativista patrio sustenta, con todo el énfasis, que la licitación común o la licitación nacional se opone a la competencia internacional.¹⁴⁰

Otra cuestión que también trae una gran discusión es la aplicación del derecho extranjero a la licitación y el contrato internacional celebrado por el Estado. En el punto, el profesor Bittencourt ha asegurado que

es realmente posible la aplicación de la ley extranjera en suelo no patrio, por razón de una norma internacional que tiene parámetro de distinción, puede elegir la separación de categorías para resolver el posible conflicto de la ley: la “regla de conexión”. Esta regla se basa en la distinción de las normas jurídicas relacionadas con las personas que se dicen territoriales, solo se aplican a las cosas ubicadas en el territorio de la cual emanan [y confirma además] Las reglas de conexión, consagradas en el Derecho Internacional, disciplinan y deciden sobre el régimen jurídico que rige una posible lid, predominan, en el caso de bienes o acto jurídico, las siguientes: *Lex loci e locus regit actum* – ley del local de la realización del acto jurídico; *Lex loci solutionis* - la ley del local donde las obligaciones deben ser cumplidas; *Lex fori* - la ley del foro en el cual se celebra el acuerdo. Vale la pena señalar, que tanto para bienes como para actos jurídicos, existe la posibilidad, aunque remota, de adoptar el régimen *lex voluntatis*, que se traduce por la ley del país. Debemos recordar, aún, la existencia de reglas de conexión que guían al Derecho Procesal Internacional, de suma importancia para lo que se analiza: *Forum rei sitae* - competencia del foro en que se realiza el negocio; y el *Forum obligationis* - competencia del foro que se llevará a cabo obligación.¹⁴¹

Como se observa, la integración de los Estados a través de bloques como el Mercosur, Unión Europea y los demás, aportan la elasticidad necesaria para decir que el Estado moderno ya no tiene el monopolio de la regla de producción legislativa, una vez que se le impone ahora, para lograr sus objetivos, la adaptación de la legislación patria a otra legislación, en particular en el caso de adquisición de bienes financiados por organizaciones extranjeras.

Este es el caso, por ejemplo, la compra de mercancías por medio de los valores originados de los préstamos del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento - BIRF - en que este para su seguridad establece normas no siempre en consonancia con las reglas de la licitación brasileña.

Se sabe que el Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento - BIRF - es una institución internacional que busca promover el progreso de las empresas de los países miembros y cuando realiza préstamos espera que el organismo prestatario le de la seguridad

¹⁴⁰ BITTENCOURT, op. cit., p. 48-49.

¹⁴¹ Idem, p. 184-185.

necesaria de rescate y la correcta aplicación de valor adoptando las reglas previamente establecidas.

Se puede observar que Brasil, para envolver las normas impuestas por los organismos internacionales de desarrollo, se ha cambiado el texto de la Ley de Licitaciones.

Es lo que se observa en la nueva redacción del art. 42, especialmente en su párrafo 5°:

Art. 42. En el marco de las competencias internacional, el aviso de licitación debe ajustarse a las directrices de la política monetaria y el comercio exterior y cumplir con los requisitos de los organismos competentes. [...]

§ 5° Para la ejecución de las obras, servicios o compra de bienes con fondos de financiación o donación proveniente de la agencia de cooperación externa oficial o institución financiera multilateral en la cual Brasil es una de las partes, podrán ser admitidas, en la respectiva licitación, las condiciones en virtud de acuerdos, protocolos, tratados internacionales aprobados por el Congreso, así como las normas y procedimientos de las entidades, incluso con respecto a los criterios de selección de la oferta más ventajosa para la administración, que puede incluir, además del precio, otros factores de evaluación por ellos contemplados para obtener financiación o donación, y que también no entren en conflicto con el principio de un juicio objetivo y están motivadas en despacho del organismo de ejecución del contrato, despacho ratificado por la autoridad inmediatamente superior.

Para Jesse Torres Pereira Junior las disposiciones del § 5° del art. 42 de la Ley de Licitaciones “se entrega a la realidad de la financiación liberable por las agencias internacionales de desarrollo, que tienen sus propias bases de licitación y las imponen sobre los prestatarios. En ese contexto las normas del Banco Mundial, vinculado a las Naciones Unidas, que solo admite financiar proyectos si las adquisiciones que se harán con sus recursos obedecen las normas del Banco para la licitación”.¹⁴²

En la misma línea es el comentario Marçal Justen Filho quien consigna que

una de las más serias preguntas acerca de las ofertas se refiere a la eliminación del régimen de la Ley 8666 debido a los requisitos de las organizaciones internacionales [...] Es de importancia primordial para identificar los supuestos de aplicación de la norma del § 5° del art. 42. El contrato debe envolver una situación de beneficios para Brasil, que se caracteriza por la transferencia de fondos de entidades extranjeras u organizaciones internacionales. Debe tenerse en cuenta que el dispositivo solo permite la eliminación de la legislación nacional que teniendo en cuenta la percepción de una ventaja para la Nación Brasileña. Esta ventaja consiste en la transferencia gratuita (financiación entidad gubernamental) de recursos para el desarrollo en el territorio nacional [...] Por otra parte, no será suficiente que la administración afirme que la contratación se hará con recursos provenientes del exterior. Es imperioso demostrar la presencia de los supuestos anteriores. En cuanto a la segunda, es inamovible la comprobación documental de que la operación de transferencia de fondos a Brasil estaba condicionada a la observancia de las normas incompatibles con la disciplina constante de la Ley 8.666/93. Si no hay una manifestación formal de la entidad en ese sentido, hay que demostrar que la adopción es obligatoria o reglas incompatibles con la ley brasileña.¹⁴³

¹⁴² PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres, Op. cit. p. 43.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, op. cit, 410-411.

La justicia brasileña, incluso antes de la llegada de la modificación de las disposiciones del § 5º del art. 42 de la Ley de Licitaciones, ya reconoció que en las licitaciones en que los valores se originaron de los préstamos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento - BIRF - fue obligado a obedecer las reglas que impuso la institución:

Apelación Civil - Requerimiento - Contrato de Préstamo suscrito con el BIRF - Competencia Internacional autorización legal - Normas sobre BIRF licitación - Obligación de cumplirlas - Inexistencia de quiebra de soberanía - Negación. En la licitación internacional para la compra de armas a través de la utilización de los fondos asignados a las organizaciones internacionales, en discusiones sobre las normas de contratación, dictadas por estos órganos no constituye ilegalidad o la violación de la soberanía nacional, si en el contrato de préstamo celebrado por la Unión, debidamente autorizados por el Senado, con el BIRF, no consta específicamente la obligación que deben cumplir estas normas. El Estado, que se benefició de la transferencia de una parte de este préstamo también está sujeto a la obediencia a las mismas normas de licitación. La observación de tales normas es permitida por el artículo 34 del Decreto Ley N º 2.300/86 (Ac. Unánime da 1ª Turma del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul – Relator – Desembargador Alécio Antônio Tamiozzo – Publicado en Diario Oficial de Mato Grosso do Sul en 10.02.1994, p. 04).

El profesor Sidney Bittencourt, de nuevo invocado dada su magnífica comprensión del tema internacional de licitación que:

De hecho, el contrato entre un Estado y un particular extranjero ha sido muy poco estudiada por la doctrina jurídica, lo que hace la cuestión muy compleja en la definición de líneas de acción. Diferentemente los contratos internacionales entre empresas privadas, los expertos en derecho internacional han demostrado inmensa preocupación con las definiciones y conceptos que también se han producido en los tribunales, con abundante jurisprudencia, lo que permite la extracción de conclusiones. [...] En razón de lo dicho se puede concluir que:

Las leyes brasileñas licitatorias (Ley N° 8.666/93 y 10.520/02) estatúen normas de derecho público interno. Las licitaciones internacionales se rigen por ellas cuando las licitaciones en suelo brasileño, cuando las empresas extranjeras pueden participar en base en las reglas establecidas en la misma;

Los procedimientos de licitación deben tener lugar en Brasil, establecidos por los organismos interesados, como dominio técnico en la materia, en base a las reglas establecidas por el prestamista, y caso no exista prohibición en las reglas, según la ley brasileña, en lo que cabe, o incluso a través de dos reglas conjugados;

Los contratos comerciales deben ser objeto negociados en Brasil, por las entidades que establecen la licitación, y celebrados, según la conveniencia, también por ellos, o por los órganos basados en el extranjero, constanding en el contrato la cláusula específica de delegación;

Caso se trate de contratos con financiación externa y con objetos para ser producidos y entregados en el extranjero, deben ser elegidos foro del lugar de ejecución, según lo autorice el § 2º da Ley n° 8.666/93;

Caso exista un interés específico en circunstancias especiales, el foro puede ser brasileño, conforme el artículo citado;

En cuanto a la ley aplicable a los contratos, deben ser adoptadas las de los locales de ejecución de los objetos, es decir, la ley aplicable a los contratos es la norma interna del país de ejecución del objeto contratado, debido principalmente al principio de extraterritorialidad, siendo prácticamente imposible, a pesar de la existencia de la regla *lex voluntatis*, la adopción de la legislación brasileña en los contratos con la Administración Pública brasileña en el exterior, cuando la ejecución allí se produce,

teniendo en cuenta que los países tienen su propia "conciencia jurídica", originaria de ideas concebidas dentro de la sociedad, de modo particular, que no se puede dejar fuera en la evaluación de una posible desavenencia.;

El foro del contrato originario de la licitación internacional, cuyo contratista es la Administración Pública brasileña y el contratado es el extranjero, es, de regla el brasileiro (determinado erróneamente 'foro de la sede de la Administración según lo prescrito en el § 2º del art. 55 de la Ley Nº 8.666/93), excepto en los casos de contratos con financiación externa, para la compra de equipos producidos y entregados en el extranjero (ejecución en el extranjero) y la adquisición de bienes y servicios realizados por "repartición" de la Administración instalada en el exterior.;

El derecho internacional, a pesar de proyección intensa que ha tenido lugar más allá de las fronteras de cada Estado, principalmente comerciales y económicas, sufre las dificultades de integración de los diferentes derechos, de gran inestabilidad de conceptos, con diversidad en la jurisprudencia y la doctrina que se produce desde su origen;

Debido a que los contratos internacionales, en principio - con independencia de las partes - es regido por el Derecho Internacional, no tienen aplicación obligatoria, 'aunque solo sea porque no hay muchas reglas, y con frecuencia las que existen suelen ser desordenadas e incluso contradictorias;

En las contrataciones administrativas adoptadas por las oficinas "que Brasil tiene en el extranjero se aplica la *lex loci contractus* (la ley del lugar del contrato) y no la ley brasileña, debiendo ser atendidos tan solo los principios básicos contenidos en el mismo.¹⁴⁴

Como se puede observar hay una incidencia de la ley de licitación en los procedimientos y contratos internacionales, con sus peculiaridades cuando se trata de valores que surgen de las agencias internacionales de desarrollo, cuando entonces se respetan sus reglas.

Tenga en cuenta, por último, que las normas establecidas por las agencias internacionales de desarrollo no son una excepción a los principios básicos aplicados a las licitaciones brasileñas de la legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, publicidad, probidad administrativa, de la vinculación al aviso de licitación, del juicio objetivo.

9 INCIDENCIA DE LA LEY DE LICITACIONES EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESA PÚBLICA CON PERSONALIDAD JURÍDICA DE DERECHO INTERNACIONAL Y EMPRESAS CON PERSONALIDAD JURÍDICA DEL DERECHO PRIVADO

Las normas generales de la Ley de Licitaciones también alcanzan a los contratos entre empresa pública de personalidad jurídica de derecho internacional y empresas de personalidad jurídica de derecho privado.

¹⁴⁴ BITTENCOURT, op. cit. p. 190-193.

La única empresa pública con la función legal mencionada se denomina Itaipú Binacional, con sede en la frontera del estado de Paraná-Brasil y la provincia de Ciudad del Este-Paraguay, cuyo objeto es la exploración de energía eléctrica, considerada una de las más grandes del mundo.

Marçal Filho Justen al respecto de la referida empresa, añade que

una cuestión que tiene importantes reflexiones teóricas y prácticas relacionadas con la situación jurídica de los contratos con Itaipú Binacional. Como saben, referida autoridad recibió la personalidad jurídica en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de su propia disciplina jurídica y sin precedentes en la legislación brasileña. En el curso de sus actividades, celebró contrataciones en el mercado brasileño (y no brasileño). Por lo tanto apareciendo controversia sobre su sometimiento a la ley de los contratos brasileños.¹⁴⁵

El poder judicial de Brasil, a través de la Corte Suprema, en recursos de Apelación Especial n. 215988/PR, invocado para resolver una controversia que se refería a la aplicación de la Ley de Licitaciones, en los acuerdos entre la citada empresa pública y una empresa privada, para la adquisición de bienes y servicios, llegó a la conclusión de que esta ley se aplica, manifestándose de la siguiente manera:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA. DISPOSICIONES EN EL ART. 28 DEL ADJUNTO "A" DEL TRATADO DE ITAIPÚ. INAPLICABILIDAD A LA ESPECIE DE LOS AUTOS. APLICACIÓN DE LA LEY BRASILEÑA (ART.XIX DEL TRATADO Y ART. 9, PÁRR. 2, DE LICC), IN CASU, DEL DECRETO-LEY N. DECRETO 2.300 / 86.

ITAIPÚ Binacional, por ser una empresa con sede en Brasilia y Asunción, se somete a la ley brasileña que regula las obligaciones derivadas de los contratos con personas físicas o jurídicas domiciliadas y residentes en Brasil, de acuerdo con el art. XIX del Tratado, que la estableció y el art. 9º, párrafo 2º, de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño.¹⁴⁶

Por lo tanto, la Ley 8666/93 tiene un impacto en todas las operaciones comerciales y contractuales realizadas por la Administración Pública, aunque se considera una ley prolija, es necesaria y adecuada a la forma de la cultura jurídica existente en Brasil.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 29-30.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 215.988/PR. Itaipu Binacional x Cotrans Comércio e Transportes Ltda. Ministro Humberto Gomes de Barros. 04 de septiembre 2001

II RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

1 CONSIDERACIONES INICIALES

El legislador constitucional preocupado con la conducta ilícita de los funcionarios públicos que mueven la máquina de la Administración Pública determinó en la Constitución de la República Federal las normas al respecto de las responsabilidades de sus funcionarios, tanto en la esfera penal, civil y administrativa.

Asegurando a los infractores los derechos y garantías individuales (art. 5° de la Constitución), consideradas cláusulas pétreas (art. 60, § 4°, inciso IV de la Constitución), y que no puede ser objeto de cambio o incluso de deliberación de cualquier propuesta que pretenda su abolición.¹⁴⁷

Entre los derechos y garantías enumerados en el art. 5° de la Constitución Federal, destacamos los que consideramos los más importantes para este trabajo:

Art. 5° Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

I. el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución;

II. Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley;

XXXVIII. no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal;

XXXIX. la ley penal no será retroactiva salvo para beneficiar al reo;

XLIII. Ninguna pena trascenderá de la persona del condenado, pudiendo extenderse a los sucesores y ser ejecutadas contra ellos la obligación de reparar el daño y la decisión de privación de bienes, en los términos de la ley, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido;

XLV. la ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de libertad; b) privación de bienes; c) multa; d) prestación social alternativa; e) suspensión o privación de derechos;

XLVI. no habrá penas: a) de muerte, salvo en caso de guerra declarada en los términos del art. 84, XIX; b) de carácter perpetuo; c) de trabajos forzados; d) de destierro; e) crueles;

LII. nadie será procesado ni condenado sino por autoridad competente;

LIII. nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal;

LIV. Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, ya los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma.

LV. Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos;

La Constitución también garantiza:

LXVIII. Se concederá “habeas corpus” siempre que alguien sufriera o se creyera amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder;

¹⁴⁷ El art. 60 de la Constitución Federal tiene la siguiente redacción: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: [...] IV. los derechos y garantías individuales”.

LXIX. Se concederá mandamiento de seguridad para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por “habeas corpus” o “habeas data” cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público;

LXXII. Se concederá “habeas data”:

a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo;

LXXIII. cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y procesales;

Como expuesto el legislador constitucional al instituir las reglas antes mencionadas cumple con el principio de legalidad, según el cual toda la acción del Estado que está fuera de la demarcación de la ley es injusta y su anulación se hace necesaria. De hecho esas reglas están destinadas a combatir el arbitrio del Estado y de sus agentes. Es, según lo declara Alexandre de Morais “Con la supremacía de la ley, cesa el privilegio de la voluntad caprichosa del titular del poder en favor de la ley”.¹⁴⁸

Para Diógenes Gasparini el principio de legalidad es en el que “el agente de la Administración Pública atiende la ley, y cualquier desviación de su competencia puede invalidar el acto y hacer que el autor sea responsable, tanto, disciplinaria, civil y penalmente”.¹⁴⁹ Y concluye indicando que “Este principio guió el constituyente federal en la preparación del inciso II del art. 5° de la Constitución, que establece: ‘Nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de ley’. Esta regla, todos saben, que si por un lado protege al individuo contra actitudes arbitrarias de la Administración Pública, por otro exige la ley para la conducta estatal, una vez que cualquiera de estas conductas, por mínimo que sea, alcanza al particular”.¹⁵⁰

Odete Medauar, en el tema de la responsabilidad de los servidores la define como “El incumplimiento de los deberes y la inobservancia de las prohibiciones tienen consecuencias negativas para el agente público”.¹⁵¹

¹⁴⁸ MORAES, op. cit., p. 67.

¹⁴⁹ GASPARINI, op. cit., p.8.

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

¹⁵¹ MEDAUAR, op. cit., p. 311.

Dice la autora, especificando la cuestión de las responsabilidades de los servidores que:

Si la mala conducta afecta al orden jurídico y se caracteriza solo como infracción o ilícito administrativo, entonces se considera la responsabilidad administrativa que pueda llevar al agente a sanciones administrativa. Ese hecho se investiga a través del procedimiento administrativo y las posibles sanciones también se aplican en ese ámbito. Si el agente, por acción u omisión, intencional o culposo causa daños a la Administración, debe repararlo, siendo responsable civilmente. La determinación de la responsabilidad puede tener principio y final en el nivel administrativo o comenzar dentro de este marco y ser, después objeto de demanda ante el Poder Judicial. Si la conducta inadecuada del agente afecta, de forma directa, a la sociedad y se caracteriza como crimen funcional, el servidor será responsabilizado penalmente, pudiendo sufrir sanciones penales. La responsabilidad penal del servidor es investigada en el marco de proceso penal.¹⁵²

Los supuestos constitucionales son implementados por las leyes civiles y penales, así como las normas internas y reglamentos que rigen la responsabilidad de los funcionarios y autoridades públicos.

2 RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES:

La responsabilidad penal de los funcionarios y autoridades públicos resulta de las conductas tipificadas por la ley penal, en particular las relacionadas con el ejercicio del cargo, función o empleo público, considerado por la doctrina como *delitos funcionales*.

En el derecho brasileño, se entiende por *delitos funcionales*, los cometidos por funcionarios públicos o quienes están investidos de un oficio o de la función pública (las autoridades o no) contra la Administración Pública (federal, estatal o municipal).

El legislador penal estaba preocupado en disipar cualquier duda sobre la definición de funcionario público¹⁵³, por lo que estableció en el Código Penal como aquel que, aunque de

¹⁵² MEDAUAR, op. cit., p. 312.

¹⁵³ Nelson Hungria, criminalista de élite, al comentar sobre el concepto de funcionario público dijo: "Sobre lo que es un funcionario público, en la órbita del derecho administrativo, dos teorías principales se formulan: una restrictiva, otra ampliativa. De acuerdo con la primera, solamente es funcionario público el que en representación de la soberanía del Estado, ejerce el poder de imperio o dispone de autoridad, o a el que se confía, aunque en pequeña proporción, una cierta discreción, una cierta facultad de examen aplicada a casos específicos para la ejecución de una ley o reglamento. No tendrá esa cualidad, por tanto, los que están encargados de una tarea enteramente material, resultante de actos predeterminados establecidos con anterioridad e invariables, sin ninguna libertad de dirección o acción. Para la segunda teoría, un funcionario público es aquel que ejerce, profesionalmente, una función pública, ya sea del imperio o de gestión, o simplemente técnica. El concepto de *funcionario público* por lo tanto debe estar vinculado a la amplia noción de "servicio público. Este, el criterio prevalente o moderno". Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, v. IX, p. 397-398.

manera temporal o sin goce de sueldo, tiene un cargo, empleo o función pública (Código Penal, art. 327). También prescribe que equivale a servidor público aquel que ocupe un puesto, el empleo o función en la entidad paraestatal, y los que trabajan para la empresa proveedora del servicio contratado o contratada para realizar actividades propias de la administración pública (Código Penal, art. 327, § 1º).¹⁵⁴

Estos crímenes se enumeran en el Código Penal en los artículos 312 a 327 (Título XI), y las más interesantes al tema son: peculado (Código Penal, art. 312), concusión (Código Penal, art. 316), la corrupción pasiva (Código Penal, art. 317), la prevaricación (Código Penal, art. 319), la condescendencia penal (Código Penal, art. 320), la abogacía administrativa (Código Penal, art. 321), violación del sigilo funcional (Código Penal, art. 325) y la violación del sigilo de la competencia (Código Penal, art. 326).

Es interesante notar que los delitos funcionales violan la imparcialidad de la administración pública. De hecho, Agnes Olaizola Nogales, citando a Valeije Alvarez, confirma que “en primer lugar el deber de la Administración es actuar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión y de los Intereses privados del funcionario. En segundo lugar como el deber que tiene la Administración de obrar de manera que la utilidad o el sacrificio se reparta equitativamente entre los ciudadanos”.¹⁵⁵

El peculado significa la conducta de apropiarse el funcionario de dinero, valores o cualquier otro bien mueble, sea público o privado, que tiene la posesión debido a su rango, o desviar para sí mismo o a otros, conminando prisión de dos a doce años y multa (Código Penal, art. 312).

Además, se aplica la misma pena si el funcionario público, mismo no teniendo la posesión de dinero, valor o bien, lo subtrae, o concurre para que sea sustraído, en provecho propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le ofrece la calidad de funcionario. (Código Penal, art. 312, §1º).

Se pune, también, la conducta ilícita del peculado culposo, si el empleado concurre con culpa para el crimen de otro, con pena de detención de tres meses a un año (Código Penal, art. 312, § 2º).

¹⁵⁴ Esa equiparación fue introducida por la Ley 9.983/2000. Cf. BRASIL. Ley nº 9.983, de 14 de julio de 2.000. Altera el Decreto-Ley no 2.848, de 7 de diciembre de 1940 – Código Penal e impone otras providencias. 17 de julio de 2000).

¹⁵⁵ NOGALES, Inês Olaizola. La financiación *ilegal de los partidos políticos*: un foco de corrupción. Valencia: Tirant Monografías, 2014, p. 29.

Si el infractor, en la conducta de peculado culposo, reparar el daño y si este precede a una sentencia definitiva, se extingue la responsabilidad penal; si es posterior, se reduce la mitad de la pena impuesta.

Registramos que la conducta de peculado por medio de error de otro, es cuando el funcionario público se apropia de dinero o cualquier utilidad que, en el ejercicio del cargo, recibe por error de otro, conminándose con la pena de reclusión, de uno a cuatro años y multa (Código Penal, art. 313).

Por concusión se entiende la conducta de exigir, por sí mismo o para otras personas, directa o indirectamente, incluso fuera de la función o antes de asumir el cargo, pero debido a suposición, ventaja indebida, cuya pena es de prisión de dos a ocho años y una multa (Código Penal, art. 316).

Si el funcionario exige tributos o contribución social que sabe o debería saber inadecuados, o cuando debido, emplea acoso, que la ley no autoriza, cometerá la conducta. Habiendo la aplicación de la pena de prisión de tres a ocho años y multa (Código Penal, art. 316, § 1º).

Sin embargo, si el empleado desvía, para su propio beneficio o el de otros, lo que recibió indebidamente para recoger a las arcas públicas, la pena será de prisión, de dos a doce años y multa (Código Penal, art. 316, § 2º).

Por corrupción pasiva se entiende la realización de solicitar o recibir, por sí mismos o para otras personas, directa o indirectamente, incluso fuera de la función o antes de asumirla, pero debido a suposición, ventaja indebida, o aceptar la promesa de tal ventaja, a la cual es conminada la pena de prisión de dos a 12 años y multa (Código Penal, art. 317). La pena se aumentará en una tercera parte si, como consecuencia de la ventaja o promesa, el funcionario retrasa o no cumple con cualquier acto oficial o lo practica con violación de los deberes funcionales (Código Penal, art. 317, § 1º), pero si los practica, deja de practicar o retarda el acto oficial, con violación de deber funcional, cediendo a pedido o por influencia de otro, la pena será de prisión de tres meses a un año o multa (Código Penal, art. 317, § 2º).

La conducta de condescendencia penal ocurre cuando el empleado deja, por indulgencia, de responsabilizar al subordinado que cometió delitos en el ejercicio del cargo o cuando se carece de competencia, no llevar el hecho al conocimiento de la autoridad competente, se aplica la pena de prisión de quince días a un mes o una multa (Código Penal, art. 320).

Ya la abogacía administrativa es cuando el funcionario patrocina directa o indirectamente, interés privado ante la administración pública, valiéndose de la calidad de

funcionario, sancionado con prisión de uno a tres meses o una multa (Código Penal, art. 321). Sin embargo, si el interés es ilegítimo, la pena será de prisión de tres meses a un año y multa (Código Penal, art. 321, párrafo único).

Por la violación del sigilo funcional se entiende la revelación de hecho que tiene ciencia debido a su rango y que debe permanecer en secreto, o facilitar su revelación, se aplica prisión de seis meses a dos años o multa si el hecho no es un delito más grave (Código Penal, art. 325). Las mismas penas de este artículo se aplican a los que: I - permite o facilita, a través de atribución, entrega y préstamo de la contraseña o cualquier otra manera, el acceso de personas no autorizadas a los sistemas de información o bases de datos de la Administración Pública; II - si usa, incorrectamente, el acceso restringido (Código Penal, art. 325, § 1º) Si del acto u omisión resultan daños a la Administración Pública u otras personas la pena será de prisión de dos a seis años y una multa (Código Penal, art. 325, § 2º).

Además de las conductas delictivas anteriores, que están en el Código Penal, el sistema jurídico brasileño señala en las leyes dispersas vigentes para todo el territorio nacional la Ley N° 4898, de 09 de diciembre de 1965¹⁵⁶, que trata las conductas calificadas como abuso de autoridad, cualquier atentado contra a) la libertad de locomoción; b) la inviolabilidad del domicilio; c) la confidencialidad de la correspondencia; d) la libertad de conciencia y de religión; e) el libre ejercicio del culto religioso; f) la libertad de asociación; g) los derechos y las garantías previstas para el ejercicio del voto; h) el derecho de reunión; i) la seguridad física de la persona; j) los derechos y las garantías legales establecidas para la práctica profesional (Ley N° 4.899/65, art. 3º).

También incluye la realización de: a) ordenar o realizar medida de privación de la libertad individual sin formalidades legales o con abuso de poder; b) someter a la persona en su cuidado o custodia a vejación o la coacción no autorizado por la ley; c) no notificar inmediatamente al juez competente del arresto o detención de cualquier persona; d) dejar el juez de ordenar inmediatamente de la relajación o la detención ilegal que le sean comunicadas; e) llevar a la prisión o en ella mantener a quien tiene la intención de pagar la fianza, permitida por la ley; f) cobrar al carcelero o a la autoridad policial, costos, honorarios o cualquier otro gasto, desde que el cobro no tenga apoyo en la ley, sea en especie o en valor; g) negar al director o funcionario comprobante de dinero recibido por encarcelamiento, costos, honorarios o cualquier otro gasto; h) el acto perjudicial al honor o al patrimonio de la

¹⁵⁶ BRASIL. Ley n° 4.898, de 09 de diciembre de 1.965, regla el derecho de representación y el proceso de Responsabilidad Administrativa Civil y Penal en los casos de abuso de autoridad. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de dezembro de 1.965.

persona física o jurídica cuando se practica con el abuso o desviación de poder o sin competencia legal; i) ampliar la ejecución de la pena de prisión provisional o medida de seguridad, dejando de emitir de manera oportuna o de cumplir de inmediato la orden de libertad (Ley N ° 4.899 / 65, art. 4°).

Se menciona, en secuencia, la Ley de Licitaciones y Contrataciones Públicas (Ley N ° 8.666/93), que, además de regular el proceso de licitación y contratación en toda la administración pública, directa, indirecta y fundacional, en todas las esferas del Poder Público brasileño también considera las conductas criminales y establece la responsabilidad penal por los que amenazan el proceso de selección de la propuesta más ventajosa.

Esta ley extravagante, como algunos estudiosos quieren llamar, especifica las conductas criminales de:

- a) Frustrar, renunciar o no exigir licitación fuera de los casos previstos por la ley, o se abstener de observar las formalidades pertinentes a la renuncia o inexigibilidad, con la aplicación de la pena de prisión de tres a cinco años y multa (Ley N ° 8666/93: artículo 89). La misma pena se aplica para aquel que habiendo contribuido de forma demostrable a la consumación de la ilegalidad, se benefició de la exención o dispensa ilegal para realizar un contrato con el gobierno (Párrafo único).
- b) Frustrar o defraudar, por medio de ajustes, combinación u otro expediente, el carácter competitivo del proceso de licitación con el fin de obtener para sí o para otros, ventajas derivadas de la adjudicación del objeto de licitación, cuya pena de prisión es de dos a cuatro años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 90).
- c) Patrocinador, directa o indirectamente, intereses privados frente a la administración, dando lugar a la creación de una oferta o de la ejecución de un acuerdo cuya nulidad ha de ser promulgada por el Poder Judicial, que se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 91);
- d) Admitir, permitir o dar lugar a modificación o ventaja, incluyendo la extensión contractual para el contratista durante la ejecución de los contratos con el gobierno, sin la autorización por la ley, en el acto de convocatoria de licitación o de sus acuerdos contractuales, o incluso el pago de facturas que infringe el orden cronológico de su pago, según lo dispuesto en el art. 121 de esta Ley, que se castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa (Art. 92). Incidiendo en la misma pena el contratista que, habiendo contribuido de forma demostrable a la

consumación de la ilegalidad, obtiene una ventaja indebida o se beneficia injustamente, de las modificaciones o extensiones de contrato (Párrafo único).

- e) impedir, obstaculizar o defraudar a la realización de cualquier acto de licitación, que se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 93);
- f) Invasión de la propuesta presentada en el proceso de licitación, o proporcionar a terceros la oportunidad de hacerlo, pena de detención de dos a tres años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 94);
- g) Apartar o procurar apartar, a través de la violencia, amenazas graves, fraude u ofrecer ventajas de cualquier tipo, pena de prisión de dos a cuatro años y multa, además de sanción correspondiente a la violencia (art.95). La misma pena para quien se abstiene o se retira de licitación, debido a la ventaja ofrecida (Párrafo único).
- h) fraudar, en perjuicio del Tesoro, la oferta establecida para la compra o venta de bienes o mercancías, o contrato resultante: I - elevar arbitrariamente los precios; II - venta, como verdadera o perfecta, falsificación o mercancías deterioradas; III - la entrega de una mercancía por otra; IV - la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de los bienes suministrados; V - haciendo, de cualquier forma, injustamente, más costoso la propuesta o la ejecución del contrato, que se castiga con pena de prisión de tres a seis años y multa (Ley 8666/93, art. 96.) ;
- i) Admitir a la licitación o celebrar un contrato con la empresa o profesional declarado sin idoneidad, cuya pena es de prisión de seis meses a dos años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 97). También están sujetos a la misma pena quienes declarados sin idoneidad veng a licitar o a contratar con la Administración (Párrafo único); y
- j) impedir, obstruir o dificultar, injustamente, el registro de cualquier interesado en los registros de inscripción o mal promover la modificación, suspensión o cancelación del registro del inscripto, se aplica la pena de prisión de seis meses a dos años y multa (Ley N ° 8666/93, art. 98).

Se incluyen en las responsabilidades de los servidores públicos y funcionarios lo previsto en la Ley de Crímenes de Responsabilidades - Ley N ° 1079, de 10 de abril, 1950¹⁵⁷ -

¹⁵⁷ BRASIL. Ley nº 1079, de 10 de abril de 1.950. Define los crímenes de responsabilidad y regla el respectivo juicio. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de abril de 1950.

aplicable a los jefes de los poderes ejecutivos: federal y estatal; Ministros de Estado; Ministros de la Corte Suprema; Oficina Fiscal General y Secretarios de Estado.

Referida Ley prevé como crimen de responsabilidad del Presidente, los actos que ofendan la Constitución y sobre todo en contra de:

Art. 4 [...]

- I - La existencia de la Unión;
- II - El libre ejercicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial y los poderes constitucionales de los Estados miembros;
- III - El ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales;
- IV - La seguridad interna del país;
- V - la probidad en la administración;
- VI - La ley de presupuesto;
- VII - la custodia y el uso legal del dinero público;
- VIII - El cumplimiento de las decisiones judiciales (Constitución, artículo 89).

También prevé la conducta criminal de responsabilidad en contra de la existencia de la unión (Ley N° 1079, art. 5), contra el libre ejercicio de los poderes constitucionales (Ley N° 1079, art. 6°), contra el ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales (Ley N° 1079, art. 7°), contra la seguridad interior del país (Ley N° 1079, Art. 8 °), contra la equidad en la administración (Ley N° 1079, art. 9°), y por último contra la Ley de Presupuesto (Ley N° 1079, art. 10), contra de la custodia y el uso legal de los fondos públicos (Ley N° 1079, artículo 11) contra el cumplimiento de decisiones judiciales (Ley N° 1079, art. 12).

Para los intereses de este trabajo, interesa la responsabilidad de las autoridades públicas en el campo de la probidad en la administración y de actos contra la ley del presupuesto y contra la custodia y el uso legal del dinero público.

Las conductas contra la probidad en la Administración (Ley N° 1079, art. 9 °) dice:

- 1) omitir o retrasar la publicación de leyes y resoluciones de la legislatura o de los actos del Poder Ejecutivo intencionalmente;
- 2) no entregar al Congreso Nacional dentro de los sesenta días siguientes a la apertura de la sesión legislativa, las cuentas del ejercicio anterior;
- 3) no hacer efectiva la responsabilidad de los subordinados, tal como se manifiesta en los delitos funcionales o la práctica de actos contrarios a la Constitución;
- 4) emitir órdenes o realizar solicitudes de forma contraria a las disposiciones expresas de la Constitución;
- 5) violar en la provisión de los cargos públicos, las normas legales;
- 6) usar la violencia o amenazas contra un funcionario público para coaccionarle ilegalmente, así como utilizar soborno o de otra manera corrupta para el mismo fin;
- 7) actuar de manera incompatible con la dignidad, el honor y el decoro del cargo.

Y las conductas contra la Ley de Presupuesto (Ley N° 1079, artículo 10) son:

- 1) No presentar al Congreso Nacional la propuesta de presupuesto de la República dentro de los dos primeros meses de cada sesión legislativa;
- 2) Superar o transponer, sin autoridad legal, los fondos del presupuesto;
- 3) Realizar la devolución de recursos;

- 4) Infringir, patentemente, y de cualquier forma, el dispositivo de ley de presupuesto.
- 5) Ordenar o autorizar la reducción de la deuda consolidada, dentro de los plazos establecidos por la ley, cuando la cantidad sea superior a la cantidad resultante de la aplicación del límite máximo fijado por el Senado;
- 6) Ordenar o autorizar la apertura de crédito en violación a los límites establecidos por el Senado sin fundamento en la ley de presupuesto o el crédito adicional o en violación de las normas jurídicas;
- 7) Dejar de promover o de ordenar de acuerdo a la ley, la cancelación, reembolso o constitución de reserva para anular los efectos de la operación de crédito realizada en violación del límite, condición o cantidad establecida por la ley;
- 8) Dejar de promover o de ordenar la liquidación total de las operaciones de crédito por anticipación de receta presupuestaria, incluyendo los intereses correspondientes y otros cargos hasta el final del ejercicio;
- 9) Ordenar o autorizar, en desacuerdo con la ley, la realización de operación de crédito con cualquiera de las otras entidades de la Federación, incluyendo sus órganos de administración indirecta, aunque en forma de novación, refinanciación o aplazamiento de la deuda previamente contraída;
- 10) Recaudar fondos en concepto de impuesto o contribución de previsión de ingresos cuyo hecho imponible todavía no se ha producido;
- 11) Ordenar o autorizar la asignación de los ingresos de la emisión de bonos para fines que no sean previstos por la ley que autorizó;
- 12) Realizar o recibir transferencia voluntaria en violación de límites o condiciones establecidas por la ley.

Por último, la conducta de los crímenes contra la custodia y uso legal de los fondos públicos (Ley N° 1079, art. 11.):

- 1) Ordenar gastos no autorizados por la ley o sin observar las disposiciones legales relativas a los mismos;
- 2) Abrir crédito sin fundamento en la ley o sin las formalidades legales;
- 3) Tomar préstamos, emitir moneda corriente o pólizas, o hacer operaciones de crédito sin autorización legal;
- 4) Enajenar bienes inmuebles nacionales o empeñar ingresos públicos sin la autorización por la ley;
- 5) Descuidar la recaudación de rentas, impuestos y tasas, así como la conservación del patrimonio nacional.

Se observa que los delitos tipificados en esta ley, aunque solo sean intentados, se castigan con la pérdida del cargo, con inhabilitación, hasta cinco años para el ejercicio de cualquier cargo público impuesto por el Senado en el procedimiento contra el Presidente de la República y los Ministros de Estado, contra los Magistrados de la Corte Suprema o contra la Procuraduría General de la República (art. 2°).

Cuando se trata de crímenes de responsabilidad de las autoridades municipales (alcaldes) las conductas se rigen por el Decreto-Ley N ° 201 de 27 de febrero de 1967¹⁵⁸, que

¹⁵⁸ BRASIL. Decreto-Ley n° 201, de 27 de febrero de 1967. Dispone sobre la responsabilidad de los Alcaldes y Concejales, y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de março de 1967.

en su art. 1º destaca las conductas consumadas por los alcaldes, sujetas a juicio por el poder judicial, independientemente de pronunciamientos por parte del concejo municipal:

- I – Apropiarse de los bienes públicos o ingresos, en provecho de sí mismo o de los demás;
- II - utilizarse, de manera inapropiada, para sí mismo o de otros, de los bienes, rentas o servicios públicos;
- III - desviar, o aplicar incorrectamente, rentas o el dinero público;
- IV – Emplear subvenciones, ayudas, préstamos o recursos de cualquier tipo, en desacuerdo con los planes o programas a que se refieren;
- V – Ordenar o realizar gastos no autorizados por la ley, o realizarlos en desacuerdo con las normas financieras pertinentes;
- VI - Dejar de entregar las cuentas anuales de la administración financiera del Municipio al Concejo Municipal, o al órgano que la Constitución del Estado exigir, en los términos y condiciones establecidos;
- VII - Dejar de rendir cuentas a su debido tiempo al órgano competente, de la aplicación de los fondos, subvenciones o préstamos de ayuda interna o externa que se reciba en cualquier cuenta;
- VIII – Contratar préstamo, emitir pólizas, u obligar a la municipalidad por los instrumentos de crédito, sin la autorización del Concejo Municipal, o en violación de la ley;
- IX - Conceder préstamos, ayudas o subvenciones sin permiso de la Cámara, o en violación de la ley;
- X - Enajenar o gravar bienes inmuebles, o de los ingresos municipales sin permiso del Concejo Municipal, o en violación de la ley;
- XI - Adquirir bienes o realizar servicios y obras sin competencia o levantamiento de precios, cuando lo requiera la ley;
- XII - Anticipar o revertir la orden de pago a los acreedores municipales sin ventaja para el erario público;
- XIII - Nominar, admitir o designar servidor contra una disposición expresa de la ley;
- XIV - Denegar la ejecución de la ley federal, estatal o local, o dejar de cumplir con una orden judicial, sin dar la razón de la negativa o imposibilidad por escrito a la autoridad competente;
- XV - No proporcionar certificados de actos o contratos municipales, dentro del plazo establecido por la ley.
- XVI - Dejar de pedir la reducción de la deuda consolidada, dentro de los plazos establecidos por la ley, cuando la cantidad es superior a la cantidad resultante de la aplicación del límite máximo fijado por el Senado;
- XVII - Ordenar o autorizar la apertura de crédito en violación con los límites establecidos por el Senado sin fundamento en la ley de presupuesto o el crédito adicional o en violación de las normas jurídicas;
- XVIII - Dejar de promover o de ordenar, conforme la ley, la cancelación, amortización o la constitución de reserva para anular los efectos de la operación de crédito realizada en violación del límite, condición o cantidad establecida por la ley;
- XIX - No fomentar o no ordenar la liquidación total de las operaciones de crédito por anticipación de receta presupuestarias, incluso los intereses correspondientes y otros cargos hasta el final del ejercicio;
- XX - Ordenar o autorizar, en violación con la ley, la realización de la operación de crédito con cualquiera de las otras entidades de la Federación, incluyendo sus órganos de administración indirecta, aunque en forma de novación, refinanciación o aplazamiento de la deuda previamente contraída;
- XXI - Recaudar fondos a título de anticipación de receta de tributo o contribución de previsión, cuyo hecho imponible todavía no se ha producido;
- XXII - Ordenar o autorizar la asignación de los ingresos de la emisión de bonos para fines que no sean previstos por la ley que lo autorizó;
- XXIII - Realizar o recibir transferencia voluntaria en violación de límites o condiciones establecidas por la ley.

Es de destacar que los crímenes definidos en el artículo 1° son de acción pública, es decir, que inicia con independencia de la provocación de la víctima, punidos, los ítems I y II, con la pena de prisión de dos a doce, y el otro con la pena de prisión de tres meses a tres años (Decreto-Ley N° 201/67: artículo 1, § 1).

Básicamente las conductas mencionadas anteriormente, a saber, aquellas que figuran tanto en el Código Penal y en las leyes consideradas extravagantes, informan y proporcionan una visión suficiente para entender la protección jurídica de la rendición de cuentas de los funcionarios públicos y de las autoridades públicas.

Además, cuando el Poder Judicial, es llamado a decidir al respecto de la conducta criminal y dañina a la Administración Pública, la sentencia, de la cual no cabe apelación, pasa a tener efectos tanto en la esfera de la responsabilidad administrativa como en la esfera civil del agente estatal.

3 RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1 Consideraciones iniciales

Las practicas identificadas como ilícitas, ilegales y contrarias al interés público, especialmente aquellas que promueven el daño al erario público y/o violan los principios básicos de la administración pública, ya sea por acción u omisión, intencional o negligente, sujetan a los agentes en la obligación de reparar el daño y a las conminaciones de sanciones derivadas del reconocimiento de los actos de improbidad administrativa.

Pues bien, como se ha visto hasta el momento, el sistema jurídico brasileño reconoce la posibilidad de sancionar la misma conducta tanto en la esfera criminal y civil. La primera atribuye las penas de reclusión, detención y multa (previstas en el Código Penal y las leyes dispersas) y la segunda con la determinación de reparación del daño, o sea, con la debida compensación al ente público afectado con las actualizaciones necesarias en moneda corriente del país, y aun, otras sanciones cuando la conducta sea tipificada como actos de improbidad administrativa (Código de Derecho Civil y dispersas).

El daño causado a la agencia pública (federal, estatal y municipal), se puede determinar administrativamente, es decir, por la propia Administración Pública afectada, sea por medio de sus propios procedimientos administrativos o por la vía judicial, a través de un litigio en el que las partes después de los procedimientos legales y respetado el principio del

contradictorio (audiencia de las partes y recogiendo sus pruebas) resulta un veredicto que se llama la sentencia que hace ejecutable cuando ya no sean susceptibles recursos.

El daño causado a la Administración Pública se puede ser consumado tanto el servidor público y como por la autoridad y por terceros, este último no relacionado con los cuadros de funcionarios, cuando en colusión o no con los servidores públicos.

Cuando se utiliza el término de servidores públicos están incluidos, también aquellos que actúan de forma temporal o sin goce de sueldo, en la tenencia, cargo o función en cualquier órgano del poder del Estado.

Por lo tanto, la reparación de los daños se opera tanto por la vía judicial como administrativa y cuando también hay actos de improbidad administrativa los funcionarios públicos están sujetos a sanciones civiles. Es lo que se quiere demostrar y especificar a seguir en este trabajo.

3.2 Acción de Reparación de Daño

Como se dijo antes, el daño causado a la Administración Pública brasileña, directa, indirecta y básica de cualquiera de Estado amado público (Estado federal y municipal) es motivo suficiente para que el resultado tanto del procedimiento administrativo o la acción judicial se culmine con la reparación del dañado al ente afectado, volviéndose al “*estatus quo ante*”.

A nivel administrativo el órgano lesionado hará un procedimiento específico que una vez que se haya finalizado y determinada la cuantía debida y la autoría, exigirá del responsable que cumpla con la reparación, señalando que la cantidad a ser devuelta debe estar con intereses y corrección monetaria.

Al no ser aceptado por el autor deudor (servidor o no), la Administración Pública puede y debe valerse de los tribunales para concretar dicha reparación. Recuerda Gasparini que

la responsabilidad de los funcionarios como consecuencia de los daños causados a terceros en los ejercicios de sus funciones o con el pretexto de su ejercicio, diría que depende de la evidencia de su culpa o dolo en demanda de regreso presentada por la persona a quien está vinculado, una vez pagada la indemnización a la cual fue condenado (art. 37, § 6º de la Constitución). Aunque esta sea la regla, creemos que la responsabilidad de los funcionarios puede fomentarse administrativamente.¹⁵⁹

¹⁵⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 175.

Este *Poder Deber* de la Administración está amparado en la ley de que el titular - también denominado de creador de gastos - no puede prescindir de la búsqueda de cualquier monto adeudado a la entidad pública donde quiera que estén y en las manos de aquellos que los detengan.

Por cierto, la Ley Complementaria N° 101 de 4 de mayo de 2000, también conocida como la Ley de Responsabilidad Fiscal¹⁶⁰ por ordenar el gasto público - establece normas de finanzas públicas que buscan la responsabilidad en la gestión fiscal, donde cualquier renuncia fiscal ilegal se trata como mala gestión administrativa y sujeta a sanciones legales.¹⁶¹

Una gestión fiscal responsable presupone la acción planificada y transparente, en el que se prevengan riesgos y corrijan las desviaciones que puedan afectar el equilibrio de las cuentas públicas mediante el cumplimiento de las metas y el equilibrio entre los ingresos y los gastos y de los límites, así como de las condiciones relativas a la renuncia de la receta, generación de gastos con personal, seguridad social y otras, deudas consolidada y mobiliaria, operaciones de crédito, incluso por anticipación de receta, concesión de garantías y la inscripción en los compromisos pendientes (Ley complementaria N° 101/2000, art. 1°)

Mismo siendo acto negligente, que es el que resulta de acto culposo de servidor y/o del administrador público, en la recaudación de tributos o rentas, así como con respecto a los destinados a la conservación del patrimonio público, son punibles y están sujetos a las conminaciones más severas, tales como: pérdida del cargo, la indemnización por daños, la pérdida de los derechos políticos y otros, como se verá en el siguiente punto.

¹⁶⁰ BRASIL. Ley Complementaria n° 101, de 04 de mayo de 2000. Establece normas de la financiación pública para determinar la responsabilidad en la gestión fiscal y otras medidas. *Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 5 de maio de 2000.

¹⁶¹ El abogado Fonteles confirma que “la Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF), por su vez, tiene la virtud de contribuir para el combate a la corrupción, a tenor de los instrumentos que se encuentran en su texto, tratando de la transparencia, control y fiscalización, con énfasis para el cumplimiento de las metas establecidas de gastos, expensas y endeudamiento. Esta LRF fue un hito en la Administración Pública brasileña, especialmente en las administraciones municipales. El primer país que la adoptó fue Nueva Zelanda en 1995. La idea de implementarla en Brasil (el primer país en desarrollo que lo hizo) surgió durante la Asamblea Nacional Constituyente de 1988, por iniciativa del diputado federal José Serra, el candidato de la oposición a la presidencia de la República, con base en el artículo 163 de la Constitución Federal, que requería una ley que regulase las finanzas públicas. Después de diez años de su vigencia, ha demostrado ser un divisor de aguas en las finanzas públicas, digna de reconocimiento internacional, no solo por sus resultados, sino también por su amplitud. Lamentablemente, el alcance de la medida estaba destinado solamente a dos niveles de gobierno, estatal y municipal, dejando de lado la Unión Federal y el DF, mientras que en otros países, esta directriz restringe solo al gobierno central. Se muestra urgente, por lo tanto, completar su regulación” (FONTELES, Gerson Lopes. *El estado mínimo de Friedrich August von Hayek y el combate a la corrupción del estado democrático brasileño: Una propuesta para hacer retroceder a las fronteras del estado brasileño*, p.401. disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121378/1/DDAFP_LopesFontelesGerson_Tesis.pdf. Accedido el: 25.01. 2016).

Consta en el sistema jurídico brasileño la Ley 7347 de 24 de julio de 1985¹⁶², que rige la acción llamada “acción civil pública” instrumento procesal específico destinado a buscar la responsabilidad de los infractores de los daños causados al medio ambiente, a los consumidores, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico y otros.

Más recientemente, la Ley, dada su magnífica aplicación y resultados fue modificada por el Congreso para incluir en su alcance cualquier otro interés difuso o colectivo (en particular por la Ley N° 8.078 de 1990)¹⁶³; violación del orden económico (Redacción modificada por la Ley N° 12.529, de 2011)¹⁶⁴. A la orden urbanística (Incluido por la Medida Provisional N°. 2180-35, 2.001)¹⁶⁵; a la honra y la dignidad de los grupos raciales, étnicos o religiosos (incluido por la Ley N° 12.966, de 2014)¹⁶⁶ y, por último, el patrimonio público y social (en particular por la Ley N° 13.004, de 2014)¹⁶⁷.

Sin embargo, desde 1990, con la inclusión de la asignación de cualquier otro interés difuso y colectivo, como se mencionó anteriormente, esta ley ha proporcionado un excelente instrumento para personas y organismos públicos legitimados para mover demandas contra aquellos que lesionan la Administración Pública, en particular las que provocan perjuicio causado al patrimonio público.

¹⁶² BRASIL. Ley 7.347, de 24 de julio de 1.985. Disciplina la acción civil pública por responsabilidad de daños causados al medio ambiente, a los consumidores, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico (VETADO) y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 25 de julho de 1985.

¹⁶³ BRASIL. Ley n° 8.078, de 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la protección del consumidor y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.

¹⁶⁴ BRASIL. Estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia; Prevé la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico; altera la Ley n° 8.137, de 27 de diciembre de 1990, el Decreto-Ley n° 3.689, de 3 de octubre de 1941 - Código de Proceso Penal, y la Ley n° 7.347, de 24 de julio de 1985; revoca dispositivos de la Ley n° 8.884, de 11 de junio de 1994, y la Ley n° 9.781, de 19 de enero de 1999; y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de novembro de 2011.

¹⁶⁵ BRASIL. Medida Provisoria n° 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Incrementa y altera dispositivos de las Leyes n°s 8.437, de 30 de junio de 1992; n° 9.028, de 12 de abril de 1995; n° 9.494, de 10 de septiembre de 1997; n° 7.347, de 24 de julio de 1985; n° 8.429, de 2 de junio de 1992; n° 9.704, de 17 de noviembre de 1998; del Decreto-Ley n° 5.452, de 1° de mayo de 1943, de las Leyes n°s 5.869, de 11 de enero de 1973, y n° 4.348, de 26 de junio de 1964, y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 de agosto de 2001.

¹⁶⁶ BRASIL. Ley n° 12.966, de 24 de abril de 2014. Altera la Ley n° 7.347, de 24 de julio de 1985 (Ley de la Acción Civil Pública), para incluir la protección al honor y a la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 25 de abril de 2014.

¹⁶⁷ BRASIL. Ley n° 13.004, de 24 de junio de 2014. Altera los arts. 1º, 4º y 5º de la Ley n° 7.347, de 24 de julio de 1985, para incluir, entre en la Acción Civil Pública, la protección del patrimonio público y social. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 de junho de 2014.

Es cierto afirmar que tramitan en el Poder Judicial, tanto Federal, como Provincial, miles y miles de acciones civiles públicas, que buscan responsabilizar a los que lesionan a la Administración.

Es de destacar que esta ley no se considera un instrumento apropiado para la promoción de acciones que involucran impuestos, contribuciones de la seguridad social, o del Fondo de Garantía de los Trabajadores - FGTS u otros fondos institucionales cuyos beneficiarios puede determinarse individualmente.

Sin embargo, un aspecto especial de esta ley es la cuestión de procedimiento, especialmente en cuanto al lugar de su inicio, es decir, el juicio que tiene competencia funcional para conocer los hechos y decidir al respecto. Esta cuestión se definió como siendo el local donde se produjo el daño.

La acción civil puede tener el propósito de la sentencia en efectivo o el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, lo que facilita el análisis de otros hechos relacionados a la cuestión principal.

Otro punto de gran importancia es que esta ley también amplió el número de personas que se pueden utilizar de ella, para responsabilizar a los infractores, en particular con respecto a los daños contra el patrimonio público. Es lo que desprende de la siguiente disposición:

Art. 5°. Tienen derecho a proponer la acción principal y la acción cautelar:
 I - la fiscalía;
 II - la Defensoría del Pueblo;
 III - la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios;
 IV - autarquía, empresa pública, fundación o sociedad anónima;
 V - la asociación que, concomitantemente:
 a) esté constituida al menos un (1) año en los términos de la ley civil;
 b) incluya, entre sus fines institucionales, la protección de la propiedad pública y social, el medio ambiente, los consumidores, el orden económico, la libre competencia, los derechos de grupos raciales, étnicos o religiosos o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Se observa que la sentencia civil, que resultan de los procesos judiciales iniciados cuando ya no cabe ningún recurso con respecto a los hechos, producirá cosa juzgada *erga omnes*, dentro de los límites de la jurisdicción territorial del órgano que sentencia, excepto si la solicitud es rechazada debido a la insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier parte legítima puede intentar otra acción con idéntico fundamento, sobre la base de nuevas pruebas (Ley 7347: Art. 16).

También, como era de esperar en caso de litigar con mala fe, la asociación demandante y los directores responsables de la acción serán condenados conjuntamente en honorarios de

abogados y diez veces al valor de los costas judiciales, y sin perjuicio de la responsabilidad por pérdidas y daños (Ley 7347, art. 17).

3.3 Acción de Improbidad Administrativa

El Brasil en los años 1980-1990 vivía una gran crisis de valores éticos en la administración pública, al punto de al hacer la actual Carta Constitucional insertó en ella disposiciones penales para actos deshonestos e ímprobos que comprometían los objetivos fundamentales de la República de construir una sociedad libre, justa y solidaria; para garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginación; reducir las desigualdades sociales y regionales, por último, promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

En consecuencia, en la elaboración de normas para la administración pública en general, decidió que más allá de cumplir con los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, la violación de estos principios, debían ser considerados actos de conducta ímproba, lo que sometería a su infractor a la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, los bienes personales y el reembolso al tesoro público, en la forma establecida por la ley, sin perjuicio de la acción penal aplicable (CF, art. 37, § 4°).

Es difícil de conceptualizar los *actos de improbidad administrativa*. Para Marcelo Figueiredo “el término se asocia con la conducta del administrador de forma ampliamente considerada. Hay una sensible dificultad doctrinal para la fijación de los límites del concepto de “improbidad”. Por lo tanto, en general, se refiere al acometimiento de actos que comprometen la ética pública o el agente privado que infringe la moral administrativa”.¹⁶⁸

Entendiendo esta dificultad, Matthew Bertoncini dice que “se detectó la existencia de varias corrientes doctrinales sobre el acto de improbidad administrativa: una **legalista o formal**, que entiende que el acto de improbidad es aquel definido por la ley; **sustantiva**, que defiende que la improbidad se deriva de la infracción al principio de la moral administrativa; **mixta**, que presenta la improbidad como resultado del ataque al binomio legalidad/moralidad; **la principiológica**, en sentido estricto, que conceptualiza la improbidad como la ofensa a cualquiera de los principios de la administración pública”. Y el autor continúa diciendo que “una explicación razonable de esta diversidad de concepciones residiría en la ausencia de un

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

contenido específico para esa categoría, siendo el acto de improbidad administrativa, así como los principios de la moral y probidad, en algo que no puede ser de forma exhaustiva definido, se trataría de un concepto jurídico indeterminado. Esa, indeterminación, por lo tanto, sería la causa de la variedad de significados antes mencionado. Esta justificación, sin embargo, no resiste la crítica, especialmente porque el concepto indeterminado no es un concepto”.¹⁶⁹

Sin embargo, para cumplir con el mandato constitucional, sería condición la vigencia de una ley infra constitucional que pudiera regular la aplicación de las respectivas sanciones. De ahí surgió el Proyecto de Ley N° 1446/91¹⁷⁰, el cual fue aprobado por el Congreso en un tiempo récord, incluso teniendo en cuenta más de 300 enmiendas, pero el clamor de la gente, exigiendo la responsabilidad del Presidente de la República con evidentes indicios de improbidad hicieron fuerte eco en el Congreso Nacional.

Es cierto que había otras dos Proyectos de Leyes en curso en las Casas Legislativas, uno era el Proyecto de Ley (PL) N°. 1618, del 14 de agosto 1991 de autoría del Deputado Federal Benedito Domingos y el segundo proyecto de ley N° 285 de 19 de septiembre, 1989 elaborado por los Senadores Nelson Carneiro, Pompeu de Souza, Nabor Júnior y Luiz Antonio Maya.

El primer PL se limitaba a regular la indisponibilidad de bienes que sirviera como medida cautelar incidente en el proceso. El segundo PL era más amplio, reconociendo dos especies de improbidad administrativa que imponían sanciones.

El proyecto de ley aprobado (Ley N°. 1.446/91)¹⁷¹ fue autoría de la Presidencia de la República que al ser remitido a la Cámara de Diputados, en su exposición de motivos de autoría del entonces Ministro de Justicia (Jarbas Passarinho) hizo hincapié en la práctica desenfrenada e impune de los actos de corrupción como “uno de los grandes males que aún desgracia plagan el país.”

Este proyecto fue sancionado por el Presidente Fernando Collor de Mello y publicado en 3 de junio de 1992, tomando el número de Ley Federal 8.429/92¹⁷², siendo que el mismo

¹⁶⁹ BERTONCINI, Mateus. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74.

¹⁷⁰ BRASIL. PL 1446/1991, de 16 de agosto de 1991. Establece el procedimiento para la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el reembolso al erario, en casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de puesto, empleo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional y otras medidas. Regula lo dispuesto en el párrafo cuatro del artículo 37 de la *Constitución Federal de 1988*.

¹⁷¹ BRASIL. PL 1446/1991, de 16 de agosto de 1991. op cit.

¹⁷² BRASIL. Ley n° 8.492, de 2 de junio de 1.992. Dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 de junho de 1992.

año el mismo sufrió el proceso de *impeachment* por actos de improbidad, y al no tener alternativa terminó renunciando al cargo de Presidente de la República en fecha de 29 de diciembre, 1992.¹⁷³

La Ley N° 8.429/92, comenzó su vigencia en la fecha antes mencionada, revocando todas las demás disposiciones en contrario, y disciplinó las sanciones a los funcionarios públicos en casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio del cargo, mandato, empleo o función pública en la Administración Pública directa, indirecta o fundacional.

Dicha Ley, comprende la aplicación de actos de improbidad cometidos por cualquier funcionario público, servidor o no, en contra de la Administración directa, indirecta o fundacional para cualquiera de los poderes de la Unión Federal, Estatal, Distrito Federal, Municipios y de los Territorios, de empresa incorporada al patrimonio público o de entidad cuya creación y costeo corresponda al tesoro o concurra con más del cincuenta por ciento de los activos o ingresos anuales (Ley N° 8.429/92, art. 1°).

También se incluyen los actos de improbidad cometidos contra el patrimonio de entidad que reciben subvención, beneficio o incentivo, fiscal o de crédito, de entidad público, así como de aquellas para cuya creación y costeo el tesoro haya contribuido o contribuya con menos del cincuenta por ciento del capital o ingresos anuales, limitado en estos casos, la sanción patrimonial a los efectos del ilícito sobre la contribución de los fondos públicos (Ley N° 8.429 / 92, art. 1°, Párrafo único).

Para disipar cualquier duda en cuanto a su alcance, define que el funcionario público es cualquiera que tiene, aunque de manera temporal o sin goce de sueldo, por elección, nombramiento, designación, contrato o cualquier otra forma de investidura, o vínculo, el mandato, cargo, empleo o función en las entidades antes mencionadas (Ley N° 8.429/92, art. 2°).

Señaló que los terceros podrían ser alcanzados por las sanciones de la Ley, aunque no sea un servidor público, pero que podría inducir o contribuir o concurrir para la práctica del acto de improbidad o que se beneficiaría de cualquier forma, sea directa o indirecta (Ley N° 8429/92: art. 3°).

Estableció que los funcionarios públicos de cualquier nivel o rango, sean obligados a celar por la estricta observancia de los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad en el tratamiento de temas que les son afectos.

¹⁷³ Fernando Collor de Mello, actualmente Senador de la República.

Esta ley, en relación con los daños causados a la administración pública, resulta ser más amplia que la Ley de Acción Civil Pública (Ley 7.347/85), porque habiendo la misma conducta tanto el daño como la violación a los principios básicos de la administración pública se puede hacer uso de ella para buscar la responsabilidad del servidor y de la autoridad pública y también de terceros que puedan participar, inducir, concurrir o beneficiarse de la práctica ilegal de agente público, tanto directa como indirectamente.

Es lo que se ve de lo dispuesto en el art. 5º: “En caso de daños al patrimonio público por acción u omisión, intencional o negligente, agente o tercero, se dará plena reparación de los daños”.

Se observa que habiendo en el caso enriquecimiento ilegal, el agente público o terceros beneficiario perderán los bienes o valores añadidos a su patrimonio.

Pero cuando el acto de improbidad causar daño al patrimonio público o dar lugar a un enriquecimiento ilícito, cabrá a la autoridad administrativa responsable por la investigación representar al Ministerio Público, para que este promueva la no disponibilidad de los activos de la parte demandada, que afecta los bienes de este para garantizar el reembolso total de daño, o sobre el aumento de capital resultante de enriquecimiento ilícito (Ley N ° 8.429 / 92, artículo 7º).

Se observa que esto se extiende hasta el sucesor de aquel que cause daños al patrimonio público o se enriquezca ilícitamente estará sujeto a las penas de la presente Ley hasta el límite del valor de la herencia (Ley N ° 8.429 / 92, artículo 8º).

A seguir, están enumeradas las especies de actos de improbidad administrativa que importan en el enriquecimiento ilícito (Ley N ° 8.429 / 92, art. 9º); que causan perjuicio al Tesoro (Ley N° 8.429/92, art. 10), y que atentan contra los principios de la administración pública (Ley N ° 8.429/92, art. 11).

Con respecto a los actos que importan en el enriquecimiento ilícito, la Ley dice que constituye un acto de improbidad administrativa importando enriquecimiento ilícito recibir cualquier tipo de ventaja económica indebida en razón del ejercicio, el mandato, la función, empleo o actividad en las entidades mencionadas en el artículo 1º esta Ley (Ley N ° 8.429/92, art. 9º). Estos actos solo pueden darse en forma intencionada, es decir, con la voluntad premeditada para llevar a cabo el acto y/o que se beneficie directa o indirectamente, como se enumera a seguir:

- I - reciba, para sí o para otros, dinero, muebles o inmuebles, o cualquier otra ventaja económica, directos o indirectos, como comisión, porcentaje, bonificación o regalo que tenga interés, directo o indirecto, que puede ser alcanzado o apoyado por la acción u omisión que resulta de los deberes del funcionario público;
- II – recibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la adquisición,

permuta o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, o la contratación de servicios por parte de las entidades mencionadas en el artículo 1° por el precio más alto que el valor de mercado;

III - recibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la venta, permuta o arrendamiento de bienes públicos o la prestación de servicios por entidad estatal a un precio por debajo del valor de mercado;

IV - utilizar, en obra o servicio particular, vehículos, maquinaria, equipos o materiales de cualquier tipo, propiedad o que estén disponibles para cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1° de esta ley, así como el trabajo de los funcionarios, empleados o terceros contratado por estas entidades;

V - recibir beneficio económico de cualquier tipo, directa o indirectamente, para tolerar la explotación o práctica de los juegos de azar, de proxenetismo, tráfico de drogas, el contrabando, la usura o cualquier otra actividad ilegal, o aceptar la promesa de tal ventaja;

VI - recibir beneficio económico de cualquier tipo, directa o indirectamente, para hacer declaraciones falsas en la medición y evaluación de obras públicas o de cualquier otro servicio, o en la cantidad, peso, medida, la calidad o característica de los productos o bienes suministrados a cualquiera de las entidades antes mencionadas en el artículo 1° de esta Ley;

VII - adquirir para sí o para otros, en el ejercicio del mandato, cargo, empleo o función pública, los bienes de cualquier naturaleza cuyo valor es desproporcionado en relación con la evolución de los activos o ingresos del agente público;

VIII - a aceptar el empleo, comisión o realizar actividades de consultoría o asesoramiento a personas físicas o jurídicas que tienen intereses susceptibles de ser alcanzado o apoyados por la acción u omisión que resulta de los deberes del funcionario público, durante su actividad;

IX - recibir ventaja económica para mediar en la liberación o la aplicación de fondos públicos de cualquier naturaleza;

X - recibir beneficio económico de cualquier naturaleza, directa o indirectamente, para omitir cualquier acto de oficio, providencia o declaración que está obligado;

XI - incorporar de alguna manera, a su patrimonio, ingresos, dinero o valores integrantes de los activos patrimoniales de las entidades mencionadas en el artículo 1° de esta Ley;

XII - utilizar en su beneficio, los bienes, rentas, recursos o valores integrantes del patrimonio de las entidades mencionadas inicialmente (artículo 1°).

Puesto que los actos de improbidad administrativa que causan daño a la Tesorería (Ley N ° 8.429 / 92, art. 10) son definidos como aquel que por cualquier acto u omisión, intencional o negligente, cause lesión al erario público, dando lugar a la pérdida de activos, malversación, apropiación, malbaratamiento o dilapidación de los bienes o activos de las entidades mencionadas en el artículo 1° de la Ley, se tipifican las siguientes conductas:

I - facilitar o contribuir de cualquier forma para la incorporación al capital privado, de persona física o jurídica, los bienes, rentas, recursos o valores que forman parte de las entidades mencionadas en el artículo 1° de esta Ley;

II - permitir o contribuir para que la persona física o jurídica privada utilice los bienes, rentas, recursos o valores integrantes del patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo 1° de esta ley, sin el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias aplicables a la especie;

III - donar a personas físicas o jurídicas, así como a un ente despersonalizado, aunque con fines educativos o asistenciales, activos, ingresos, dinero, valores, o activos de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1° de la presente Ley, sin las formalidades legales y normativa aplicable a la especie;

IV - permitir o facilitar la venta, permuta o el arrendamiento de bienes de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1° de esta Ley, o la prestación de servicios por parte de ellos, por un precio inferior al del mercado;

V - permitir o facilitar la adquisición, permuta o arrendamiento de bienes o servicios por precio superior al del mercado;
 VI - realizar transacciones financieras sin observar las normas legales o aceptar garantía insuficiente o inidónea;
 VII - conceder el beneficio administrativo o fiscal sin el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias aplicables a la especie;
 VIII - frustrar la legalidad del proceso de licitación o dispensar indebidamente;
 IX - ordenar o permitir la realización de gastos no autorizados por ley o reglamento;
 X - actuar con negligencia en la recaudación de impuestos y los ingresos, así como con respecto a la conservación de los bienes públicos;
 XI - liberar fondos públicos sin el estricto cumplimiento de las normas o influenciar de cualquier modo para a su aplicación irregular;
 XII - permite, facilitar o contribuir para que terceros se enriquezcan ilícitamente;
 XIII - permitir que se utilice en la obra o servicio, vehículos, maquinaria, equipos o materiales de cualquier naturaleza, de propiedad o que estén disponibles de cualquiera de las entidades mencionadas en el artículo 1º de esta ley, bien como el trabajo de los funcionarios públicos, empleados o contratistas por dichas entidades.

Por último, los actos de improbidad administrativa que violan los principios de la administración pública pueden ser cualquier acto, ya sea por acción u omisión que viola los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad a las instituciones (Ley N º 8.429/92, art. 11), como sigue:

I - practicar acto con una finalidad prohibida por la ley o reglamento o diferente de lo previsto en la norma de competencia;
 II - tardar o dejar de practicar acto, indebidamente, de oficio;
 III - revelar hecho o circunstancia que tiene ciencia en razón de las atribuciones y que debe permanecer en secreto;
 IV - negar la publicidad a los actos oficiales;
 V - frustrar la licitud de concurso público;
 VI - dejar de prestar cuentas cuando se está obligado a ello;
 VII - divulgar o permitir que llegue al conocimiento de tercero, antes de la respectiva divulgación el contenido de medida política o económico capaz de afectar el precio de los productos, bien o servicio.

Como se dijo anteriormente, la ley por ser más amplia, ha sido considerado el mejor instrumento en el ámbito civil para la responsabilizar los servidores, autoridades y terceros con los que promueven el daño al Tesoro y violan los principios de la Administración Pública.

Esta afirmación deriva no solo de los numerosos casos ya presentados a los tribunales y juzgados, pero resulta, también, que de esta ley no solo es posible la orden judicial para restaurar los daños a la tesorería, sino, acumulativamente, se puede obtener, la aplicación de otras sanciones civiles. Es lo que trae lo dispuesto en el art. 12 de la Ley:

Independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas previstas en la legislación específica, el responsable de la irregularidad del acto está sujeto a las siguientes conminaciones:

I - en la hipótesis del artículo 9º, a la pérdida de bienes, o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio, resarcimiento integral del daño, cuando exista, la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos por ocho a diez años, multa civil de hasta tres veces el valor del aumento de capital y la prohibición para

contratar con el gobierno o recibir beneficios o incentivos fiscales o de crédito, directa o indirectamente, incluso a través de entidad jurídica de la que es el accionista mayoritario por un período de diez años;

II - en la hipótesis del artículo 10, resarcimiento integral del daño, o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio, cuando sea el caso, la suspensión de los derechos políticos de cinco a ocho años, multa civil de hasta dos veces el monto de los daños y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o de crédito, directa o indirectamente, incluso a través de entidad jurídica de la que es el accionista mayoritario por un período de cinco años;

III - en la hipótesis del artículo 11, resarcimiento integral del daño, si exista, la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos de tres a cinco años, multa civil de hasta cien veces el valor de la remuneración recibida por el agente y la prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o de crédito, directa o indirectamente, incluso a través de entidad jurídica de la que es el accionista mayoritario por un período de tres años.

Se observa que el Juez al establecer las sanciones previstas tendrá en cuenta la magnitud de los daños causados, así como la ventaja patrimonial obtenido por el infractor.

Se ha encontrado que la Ley no especifica con claridad todas las personas que pueden promover la demanda de conducta de Improbidad Administrativa contra los servidores, las autoridades públicas y otras personas involucradas.

Simplemente indica que la Fiscalía y la entidad interesada tienen legitimación activa para postular en los tribunales la aplicación de las sanciones mencionadas anteriormente:

Art. 17. La acción principal, que contará con el rito ordinario, será propuesto por el Fiscal o por la entidad interesada dentro de los treinta días siguientes a la ejecución de la medida cautelar.

En cuanto a la legitimidad del Ministerio Público, como si no fuera suficiente, la propia disposición de la Ley, la Constitución hace explícito que es una de sus funciones la promoción de la acción civil para proteger el patrimonio pública y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos (Ley N ° 8.429/92, art. 127).¹⁷⁴

En lo que se refiere a la persona jurídica interesada, dice Marino Pazzaglini Hijo: “Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios; Autoridades; Empresa de capital mixto; Las empresas públicas. Fundaciones instituidas por el Poder Público; Empresas incorporadas al patrimonio público. Empresa cuya creación hay recurso del Tesoro, hayan contribuido o contribuyan y empresas que reciben subvenciones, beneficios o incentivos fiscales o de crédito, del Tesoro”.¹⁷⁵

¹⁷⁴ El referido artículo dice: “Art. 129. Son funciones del Ministerio Público: [...]. III - promover la investigación civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del Medio Ambiente y otros intereses difusos y colectivos”.

¹⁷⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 208.

Ya para Waldo Fazzio Junior: la Ley N° 8429/92 (LIA) utiliza la expresión persona jurídica interesada para designar a uno de los legitimados para proponer la acción civil por conducta de Improbidad Administrativa. Es aquella contra la que se practica acto de improbidad, que fue dañada en su patrimonio o en su totalidad como ente administrativo. Por lo tanto sujeto pasivo inmediato del acto de improbidad es la persona jurídica interesada que, bajo el aspecto procesal, es legítimo para accionar el funcionario público que, a su servicio, infringió las normas éticas y jurídicas de probidad.¹⁷⁶

Los tribunales del país, incluido el Supremo Tribunal de Justicia, ha pugnado que el campo de actuación del MP fue ampliado por la Constitución de 1988, cabiendo al 'parquet' promover la investigación civil y la acción civil pública para proteger el patrimonio intereses difusos y colectivos públicos y sociales, ambientales y de otro sin la limitación impuesta por el art. 1° de la Ley 7.347/85. En la especie, además de ser la investigación pieza puramente informativa, tiene su propio procedimiento autorizado por la Ley 7.347/ 85. Recurso no conocido.¹⁷⁷

Al respecto de las personas jurídicas interesadas, las decisiones de los tribunales, de los cuales se destaca el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, son unísonos en reconocer que:

Improbidad administrativa. Acción. Procedimiento administrativo previo. La Ley N° 8.429/92 no establece el procedimiento administrativo de previo (investigación civil o policial), es decir, el camino de la esfera administrativa como condición para el establecimiento de acción judicial por improbidad. Si la entidad interesada ya cuenta con la información suficiente para la presentación de la acción de improbidad (Ley N° 8.429/92, art. 17, § 6°), no se habla en investigación, o procedimiento administrativo previo de investigación sobre la conducta de los funcionarios públicos o particular que ha contribuido a la práctica del acto de improbidad o que del se ha beneficiado directa o indirectamente. En este caso, la amplia defensa, en contradictorio, se realiza en el proceso judicial. Se desestima el recurso de casación (Tribunal de Minas Gerais, en la apelación N° 1.0000.00.352945-0 / 000 (1), Des. Relator. Almeida Melo, juzgada en 12/04/2003, publicado el 03/02/2004).

También hay otros aspectos definidos en la presente ley, considerados de orden administrativa que trataremos en el ítem siguiente de este trabajo, cuando se analiza la responsabilidad administrativa de los servidores y las autoridades públicas.

¹⁷⁶ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 231.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 67.148-SP, 6ª Turma, *Relator Adhemar Maciel*, publicado em 04.12.95, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, nº 727, ano 1996, p. 138-139.

4 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

4.1 Consideraciones iniciales

La actividad administrativa, cualquier de los poderes del Estado brasileño, rinde obediencia a la norma fundamental del art. 37 de la Constitución Federal, es decir, los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

En otras palabras, de acuerdo con Petronio Braz¹⁷⁸, es decir que:

- I - los actos de la administración son públicos;
- II - la conducta de la Administración debe estar amparada por disposición legal expresa;
- III - El procedimiento administrativo debe caracterizarse por la honestidad, buscando el bien común;
- IV - La administración debe tratar a todos por igual, sin discriminación o trato preferencial, y están pautado en el equilibrio y el sentido común;
- V - el funcionario público debe llevar a cabo sus funciones con prontitud, exactitud, integridad y rendimiento funcional.

Para Odete Medauar, la responsabilidad administrativa

expresa las consecuencias que conllevan al servidor el incumplimiento del deber y la violación de las prohibiciones, de carácter funcional, establecidos en el estatuto o en otras leyes. Este incumplimiento, por acción u omisión, recibe varios nombres: falla funcional, falta disciplinaria, ofensa funcional, infracción administrativa, ilícitos administrativos. Las dos últimas expresiones no ofrecen, por sí mismo, la idea de la infracción cometida por el servidor, en el ejercicio de sus funciones; también son infracciones administrativas o violaciones administrativas, conductas de particulares, sujetas a las sanciones administrativas, por ejemplo: desentendimiento de normas y medidas del poder de policía, la mala ejecución del contrato administrativo. Mejor parecen ser las expresiones de falta disciplinaria funcional, infracción funcional.¹⁷⁹

Como ya se mencionó, Brasil está estructurado en una Federación formada en los términos establecidos por la Constitución, por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, siendo asegurada la autonomía administrativa.

Hely Lopes Meirelles, exponente administrativista, confirma que “el reparto de competencias entre la Unión Federal, los Estados miembros y los municipios, en una descentralización territorial, en tres niveles de gobierno - federal, estatal y municipal -

¹⁷⁸ BRAZ, Petronio. *Processo administrativo disciplinar*. Campinas-SP: Servanda, 2007, p. 23.

¹⁷⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 314-315.

ajustados, en cada uno de ellos, el comando de la administración al Jefe del poder Ejecutivo - Presidente, Gobernador del Estado y el alcalde”.¹⁸⁰

Hay que decir, por lo tanto, que los funcionarios y autoridades públicas pueden integrar los órganos de la Unión Federal, los estados y municipios y sus organismos y fundaciones públicas, estas últimas consideradas la administración indirecta o fundacional.

Por lo tanto, cada entidad estatal, puede y debe regular todos los derechos y deberes de sus empleados, formas de acceso en el servicio público, la remuneración, los planos de carrera, el derecho a la libre asociación sindical, el derecho de huelga, la no acumulabilidad de cargo público, la jubilación y otros tópicos, a través de un Régimen Jurídico Único¹⁸¹, atendiendo a las peculiaridades locales, inclusive observando su capacidad económica, pero siempre observando los criterios establecidos en la Carta Mayor de la Nación(CF, art. 37-41).

Es en esta disposición - también conocido como Estatuto de los Funcionarios Públicos- que se encuentran las reglas de instauración y tramitación del procedimiento administrativo, cuando se constata la presencia de conductas contrarias a la Administración Pública, en él también están insertados los deberes y responsabilidades de los servidores y las autoridades públicas, de las respectivas entidades públicas.

En el plan del Gobierno Federal, el régimen jurídico de los funcionarios de la Unión de las autarquías y fundaciones públicas federales se rige por la Ley Federal N° 8.112, de 11 de noviembre 1990¹⁸², asegurando como deberes de los servidores:

- I – ejercer con celo y dedicación las atribuciones del cargo;
- II - ser leal a las instituciones a las que sirven;
- III - observar las leyes y reglamentos;
- IV - cumplir órdenes superiores, excepto cuando manifiestamente ilegales;
- V – atender con prontitud:
 - a) el público en general, proporcionando la información requerida, excepto cuando protegida por el sigilo;
 - b) la expedición de los certificados necesarios para la defensa en la ley o aclarar situaciones de interés personal;
 - c) las solicitudes de la defensa de la Tesorería.
- VI – llevar las irregularidades que tienen ciencia debido a su rango a la atención de la autoridad superior o cuando hay sospecha de participación de esta al

¹⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 626.

¹⁸¹ Hely Lopes, al respecto del Régimen Jurídico único, dice: "Este régimen único presupone preceptos de entrada en servicio (por concurso público), formas de límites de remuneración, deberes y derechos de los servidores, planes de carrera, el acceso a los cargos comisionados y funciones de confianza y también casos de contratación por un tiempo determinado. Estas disposiciones constituyen la condición jurídica de los funcionarios públicos de cada una de las entidades del Estado, aplicable a sus organismos y fundaciones". Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 430.

¹⁸² BRASIL. Ley Federal n° 8.112, de 11 de noviembre de 1990, Dispone sobre el régimen jurídico de los funcionarios públicos civiles de la Unión, de las autarquías y de las fundaciones públicas federales. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 de abril de 1991.

conocimiento de otra autoridad competente para la verificación;
 VII – celar por la economía de materiales y la preservación de los bienes públicos;
 VIII - mantener la confidencialidad sobre la materia de la división;
 IX - mantener una conducta coherente con la moral administrativa;
 X – ser diligente y puntual en el servicio;
 XI - tratar a la gente con urbanidad;
 XII - representar contra actos ilegales, omisión o abuso de poder (Ley N ° 8.112/90, art. 116).

La ley también establece las conductas prohibidas de los servidores:

I - a ausentarse del trabajo durante las horas de trabajo sin la autorización previa del supervisor inmediato;
 II - retirar sin el consentimiento previo de la autoridad competente cualquier documento u objeto de la división;
 III - denegar la fe a los documentos públicos;
 IV - oponer resistencia injustificada al andamio de documento y proceso o ejecución de servicio;
 V - promover la manifestación de aprecio o rechazo en el recinto de la repartición;
 VI - hacer que la persona extraña a la oficina haga, fuera de los casos previstos por la ley, el desempeño de atribución que sea de su responsabilidad o de su subordinado;
 VII - coaccionar o atraer subordinados para que se filien en asociación profesional o sindical, o partido político;
 VIII - mantener sobre su control inmediato, en cargo o función de confianza, cónyuge, compañero o pariente hasta el segundo grado civil;
 IX – valerse del cargo para alcanzar el beneficio personal o de otro, en detrimento de la dignidad de la función pública;
 X - participar en la gestión o administración de empresa privada, personificado o no personificado, ejercer el comercio, salvo como accionista, partícipe o comanditario”;
 XI - actuar como procurador o intermediario junto a los organismos públicos, excepto en el caso de las beneficio de la seguridad social, o asistenciales de familiares hasta el segundo grado, y su cónyuge o pareja;
 XII - aceptar sobornos, comisión, regalo o ventaja de cualquier tipo por razón de sus funciones;
 XIII - aceptar la comisión, empleo o pensión del Estado extranjero;
 XIV - practicar usura bajo cualquier forma;
 XV – proceder de forma desidiosa;
 XVI - utilizar persona o recursos materiales de la división de servicios en actividades particulares;
 XVII - cometer a otro servidor de tareas ajenas a la posición que ocupa, salvo en situaciones de emergencia y de transición;
 XVIII - realizar cualquier actividad que sea incompatible con el ejercicio del cargo o empleo y con las horas de trabajo;
 XIX - negar ase actualizar su información de registro cuando se le solicite (Ley N ° 8.112 / 90, art 117).

Sobre las responsabilidades de los servidores, esta disciplina responde tanto en la esfera de la responsabilidad civil, penal y administrativa, siendo que la misma resulta de una acción u omisión comisiva, intencional o negligencia que resulta en perjuicios al fisco o a terceros.

La indemnización de las lesiones intencionalmente provocadas al tesoro público solo será liquidada cuando actualizada, previamente comunicada al servidor si esté activo,

jubilado, o sea pensionista, para el pago, dentro de los treinta días y se puede pagar en cuotas, a pedido del interesado, solamente, en ausencia de otros bienes para garantizar la ejecución de la deuda a través de los tribunales.

No se olvide que no solo las personas jurídicas de derecho público o las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos, es que pueden responder, de manera objetiva, por la reparación de daños a terceros. Es decir, por acción u omisión de sus agentes, actuando en la calidad de agentes públicos, y no como personas comunes. Esto es lo que las decisiones judiciales dicen:

RECURSO EXTRAORDINARIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO: § 6º ART. 37 DE LA CARTA MAGNA. ILEGITIMIDAD PASIVA *AD CAUSAM*. FUNCIONARIO PÚBLICO (EX ALCALDE). Práctica DE ACTO PROPIO DE LA FUNCIÓN. DECRETO DE INTERVENCIÓN. El § 6º del artículo 37 de la Constitución autoriza que solo las personas jurídicas de derecho público o las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos, pueden responder de manera objetiva, para la reparación de daños a terceros. Esto por acción u omisión de sus agentes que actúan en la calidad de agentes públicos, y no como personas comunes. La misma disposición constitucional establece también la doble garantía: una a favor del particular, que le permite la demanda de acción indemnizatoria contra la persona jurídica de derecho público o de derecho privado que proporciona el servicio público, teniendo en cuenta el bien mayor, casi seguro, la posibilidad de pago por daños objetivamente sufridos. Otra garantía, sin embargo, a favor del servidor de estado, que solo responde administrativamente y civilmente ante la persona jurídica a la cual está vinculado funcionalmente. Se desestima el recurso extraordinario. (STF - RE: 327904 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Fecha del juicio: 15/08/2006, Primera Turma, Fecha de la Publicación: DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78).

Sin embargo, en el caso de daños causados a terceros, el servidor responde ante el Tesoro en la acción regresiva. Esa obligación de reparar el daño se extiende a los sucesores del ejecutado y en contra de ellos será ejecutado hasta el límite del importe de la herencia recibida.¹⁸³

¹⁸³ Y la comprensión del Fiscal Federal GUIDO ARRIEN DUARTE que "en caso de daños practicado sobre todo por un funcionario público, la administración pública o el servicio público delegado responder a la víctima de una manera objetiva, con base en la teoría del riesgo administrativo. Por otro lado, el agente público responde en acción de regreso frente a la administración de forma subjetiva, dependiendo de la prueba de la culpa o dolo del agente, en la forma de culpabilidad común. Además, prevalece en el Supremo Tribunal Federal el entendimiento de que la víctima debe ajuiciar acción correctiva solo en relación al Estado, una vez que esto es apropiado para la posterior responsabilidad del funcionario público por su acto y eventual acción de retorno interpuesto por la Administración pública" (DUARTE, Guido Arrien. *O direito de regresso da Administração Pública em face do agente público causador do dano*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 nov. 2014. Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50625&seo=1>>. Accedido el: 11 jan. 2016).

También establece que la responsabilidad penal considera los crímenes y delitos atribuidos al servidor como tal. Y la responsabilidad civil y administrativa se deriva de la omisión o acción comisiva practicada en el desempeño o función de trabajo.

Las sanciones civiles, penales y administrativas pueden ser acumulativas, siendo independientes entre sí.¹⁸⁴

Por último, la responsabilidad administrativa del servidor se eliminará en el caso de absolución penal que niega la existencia del hecho o su autoría.

Las sanciones disciplinarias previstas para las conductas irregulares son: I - la advertencia; II - suspensión; III - despido; IV - la pérdida de la jubilación o disponibilidad; V - destitución del cargo; VI - destitución la función gratificada (Ley N 8.112/90, art. 127).

Se observa que en la aplicación de sanciones se considerará: la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida; el daño que afecten al servicio público; las circunstancias agravantes o atenuantes y los antecedentes funcionales. Asimismo, se hace constar que el acto de imposición de la pena siempre se menciona la base legal y la causa de la sanción disciplinaria.

Por tanto, con este preámbulo queremos demostrar que las autoridades públicas, independientemente de las causas civiles y penales, cuentan con instrumentos para promover el control de los actos administrativos de sus agentes y de las autoridades públicas cuando existan comportamientos adversos con los objetivos del interés público.

¹⁸⁴ Ver la decisión del Superior Tribunal de Justicia: CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINARIO EN ORDEN DE SEGURIDAD. EMPLEADO ESTATAL. PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO. INDEPENDENCIA ENTRE LAS INSTANCIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA. RECURSO NO PROPORCIONADO. 1. Se trata de un recurso ordinario en juicio de *mandamus* interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Mato Grosso do Sul. 2. El proceso disciplinario administrativo que presentó la recurrente pretendía verificar la ocurrencia de infracción administrativa en el ejercicio de sus actividades, por lo que el resultado es independiente de las pruebas recogidas en el hecho criminal y su resultado, en el ejemplo de la independencia y la existencia de culpa residual. 3. Aunque se alega que ha habido uso de evidencia criminal prestada para apoyar la decisión administrativa, posteriormente anulada en el contexto penal, merece la atención el hecho de que la investigación no se reduce a las pruebas del Acuerdo impugnado. 4. Es sólida la jurisprudencia de esta Corte en cuanto a la independencia y autonomía de los órganos penales, civiles y administrativos, por lo que el reconocimiento de una falta de disciplina y la aplicación de la pena no depende de la sentencia en el contexto penal, que no requieren a la administración esperar los resultados de otros procedimientos. Solo habrá repercusiones en los procedimientos administrativos, cuando se manifiestan los procesos penales por el hecho de ausencia material o la negativa de autoría, que no es el caso aquí. Precedentes. 5. Recurso al que se desestima. (Proceso: RMS n° 45182/MS RECURSO ORDINÁRIO EN MANDAMUS n° 2014/0058138-5 - 2ª Turma - Relator: Ministro OG FERNANDES - Juicio: 22/09/2015 - Publicação: 05/10/2015). En el mismo sentido: MANDAMUS n° 7861 DF 2001/0101898-7 - Publicación: 07/10/2002; MANDAMUS n° 13134 Rel. Ministro NEFI CORDEIRO - Decisión: 23/09/2015 - DJe 02/10/2015; Recurso en MANDAMUS n° 45182: Ministro OG FERNANDES - Decisión: 22/09/2015 -DJJe: 05/10/2015).

4.2 Proceso Administrativo del Agente Público involucrado en Prácticas Corruptas para la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras

No raro son las veces que la Administración Pública brasileña de cualquiera de las entidades federativas, se encuentra a las vueltas con el comportamiento irregular de sus agentes, empleados y autoridades, teniendo que investigarlos y aplicar las sanciones administrativas adecuadas y especificadas en sus estatutos.

Sin embargo, para ello, cuenta con el instrumental llamado de “Proceso Administrativo”, que no es más que un conjunto de acciones ordenadas encaminadas a aclarar los hechos de interés de la Administración Pública, que debe primar por la obediencia a la contradictoria y a los demás principios constitucionales.

Como se mencionó anteriormente, la Ley N ° 8.112, de 11 de diciembre de 1990, en su art. 148, define el proceso disciplinario como el instrumento para determinar la responsabilidad del servidor por infracción en el ejercicio de sus funciones, o que tenga relación con las atribuciones del cargo que ocupa.

Petronio Braz, citando Frederico Marques, cree que

El proceso es el método o sistema organizado, utilizado para, atendido el principio de contradicción, resolver los conflictos de intereses, y tiene siempre un sentido de continuación, de marcha hacia frente, de avance, en el sentido de que los hechos investigados deben dar lugar a otros hechos en una secuencia lógica, en busca de la determinación del hecho originario, un fenómeno en desarrollo.¹⁸⁵

José dos Santos Carvalho Filho, prefiere decir que el procedimiento administrativo “es la secuencia de actividades de gestión interconectadas entre sí, cuyo objetivo es lograr un cierto efecto final prevista por la ley. Es por lo tanto la actividad continua, no instantánea, en el que los actos y operaciones son colocados en sucesión ordenada con la propuesta para llegar a un fin predeterminado”.¹⁸⁶

Para Diógenes Gasparini el proceso administrativo

es un conjunto de medidas legales y materiales aplicados en el orden correcto y el tiempo necesario para el registro de los actos de la administración pública, al control del comportamiento de los administrados y sus servidores, para conciliar, en el ejercicio del poder la policía, los intereses públicos y privados, sancionar a sus servidores y en terceros, para resolver los conflictos administrativos y otorgar derechos a terceros.¹⁸⁷

¹⁸⁵ BRAZ, op. Cit., p. 43.

¹⁸⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 118.

¹⁸⁷ GASPARINI, op. cit., p. 557-558.

El profesor Romeo Bacellar Filho al escribir sobre el proceso administrativo diferencia inmediatamente este con el procedimiento, diciendo:

El procedimiento es la forma de realización de la acción estatal. Es el *iter* recorrido para una manifestación o actuación estatal. Incluso la producción de simple acto administrativo consiste en una secuencia de actos dirigidos a su fin, se llama procedimiento. Por lo tanto, es una sucesión ordenada, secuencial y jurídica de los actos u operaciones que conducen a un acto final deseado por las autoridades públicas. Cuando del procedimiento pueden resultar efectos en la esfera jurídica de las personas y estas participen en el prisma del contradictorio, o cuando expresan una acusación, es el proceso. Por lo tanto, del procedimiento, si formulada alguna acusación o verificada la participación de los interesados en el contradictoria, puede dar lugar a un proceso, de modo que todo proceso es procedimiento, pero lo contrario no es cierto. Se indica de este modo, que el procedimiento es el género y el proceso es la especie.¹⁸⁸

Se extrae de dicha Ley (Ley n° 8.112/90) que la autoridad que tiene conocimiento de la irregularidad en el servicio público es obligada a promover su investigación inmediata, a través de una investigación o proceso administrativo disciplinario, garantizando al acusado la plena defensa.

Por amplia defensa, Romeo Felipe Bacellar Hijo, citando Manoel de Oliveira Franco Sobrino señala que “y parte de la amplia defensa en el proceso administrativo: el derecho de las partes a ser oído, a presentar razones para convencer, a presentar pruebas, para rechazar pruebas ofrecidas por la Administración”.¹⁸⁹

Diógenes Gasparini anuncia que el proceso administrativo incluye los siguientes principios: legalidad objetiva, oficialidad, informalidad, publicidad. El autor sintetiza que:

- a. *Principio de legalidad objetiva* - Este principio solo permite la apertura de un procedimiento sobre la base de la ley para conservarlo. Por otra parte, en todo su transcurso no puede dejar de atenderla. Este principio, con el apoyo de Giannini dijo Hely Lopes Meirelles (...) que el proceso administrativo al mismo tiempo, en la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el estado de derecho y la justicia en el funcionamiento de la administración pública. Todo el proceso debe basarse en norma legal específica para la satisfacción de este principio, con pena de nulidad;
- b. *Principio de la oficialidad* - Por este principio la Administración Pública, y solo ella, puede mover el proceso administrativo, aunque iniciado por provocación de un particular, y adoptar lo que sea necesario y apropiado para su instrucción. De este modo, una vez establecido, cualquier impulso para moverlo recae en la Administración Pública, considerando el interés público prevalente [...] Así que puede ser el agente responsabilizado por la administración pública cuando se frena o muestra desinterés por el proceso administrativo. Sin embargo, debido a este principio se dice que la instancia no se agota, es decir, no termina el proceso o se extingue por el transcurso del tiempo, salvo disposición legal expresa;
- c. *Principio de la informalidad* - Debido a este principio se dispensan los ritos estrictos y formas solemnes para el proceso administrativo. Este proceso, ya afirmó

¹⁸⁸ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 88.

¹⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeo Felipe, *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308.

el STF, es caracterizado por la flexibilidad y menos formalismo que el proceso judicial (RDA, 137: 221). La formalidad del procedimiento administrativo, a menos que la ley imponga un modo de atendimento de una cierta formalidad (...) La informalidad, hay que señalar, no puede ser una excusa para la existencia de un proceso administrativo mal estructurado y mal constituido, que no sigue la cronología de los actos llevados a cabo;

d. *Principio de publicidad* - A menos que el interés público exija reserva, el proceso administrativo debe ser aplicado y desarrollarse con el estricto cumplimiento del principio de la publicidad. Por ello, no se debe publicar solamente los actos más importantes, como son la apertura y la decisión. Debe permitir (...) que las partes tengan acceso al proceso, desde que puedan demostrar su interés, o actuar en defensa del interés colectivo o desean ejercer sus derechos a la información, y puesto que lo utilicen sin abuso. Esto significa el acceso para examinar y hacer anotaciones que entiendan de su interés, pudiendo exigir certificados de las piezas que deseen¹⁹⁰.

El Superior Tribunal de Justicia, instado a manifestarse sobre la regularidad del proceso administrativo disciplinario, es decir, ejerciendo el control de la revisión judicial, sin entrar en mérito de los hechos¹⁹¹, en el recurso ordinario de Mandamus, originario del Estado Tocantins, se posicionó por su rechazo, ya que entendían que había sido respetado el principio de la contradictoria y la amplia defensa, como extraída del siguiente resumen:

Administrativo. Proceso administrativo. Disciplinario. 1. aunque el escrito de la demanda no ha descrito los hechos investigados, sino solamente las disposiciones legales, ocasionalmente, violados por el procesado, la petición fue acompañada de documentos que traían minuciosamente la descripción a ser investigada. Por lo tanto, no hay ninguna pretensión de daño a la defensa, por ignorancia a respecto de la conducta atribuida al servidor. 2. El procedimiento administrativo se inició por la autoridad competente y en cumplimiento de los principios de la amplia defensa y contradictoria. Recurso desprovisto (STJ ROMS 12746/A, D.J. 04/06/2001, p. 194 - Ministro Relator Felix Fisher).

La Corte Suprema - también ha reconocido la aplicación de la amplia defensa en el procedimiento administrativo:

Despido: ocupante del cargo de Delegado de la Policía Federal: proceso disciplinario administrativo que se desarrolló correctamente, asegurando el acusado la amplia defensa y contradictoria (Constitución, el artículo 5º, LV) (MS 23 192 / DF, Relator ministro Sepúlveda pertenece, publicado en Diario de la Justicia el 04/06/2001, p. 70).

¹⁹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 559-560.

¹⁹¹ José Armando da Costa, con respecto al control judicial de la acción disciplinaria, señala que: "el examen de la legalidad que realiza el poder judicial sobre los actos disciplinarios emitidos tanto por el poder ejecutivo como por el poder legislativo (función administrativo material) no afronta el principio de separación de poderes, a menos que el órgano judicial incursione los méritos de tales puciones disciplinarias". Cf. COSTA, José Armada da. *Controle judicial do ato disciplinar*, 2ª ed. São Paulo, 2009, p. 28.

Pues bien, teniendo en cuenta los actos ilegales cometidos por los funcionarios públicos, en especial los relacionados con la compra de bienes, servicios u obras, o incluso otros de naturaleza diversa, pero incompatibles con sus deberes y las responsabilidades la apuración puede ser iniciada, por requerimiento, de la autoridad que tomar conocimiento de los hechos, si el subordinado está en su línea de subordinación o puede ser patrocinado por autoridad o entidad diferente de aquel en el que la irregularidad se produjo, mantenida la competencia específica para tal finalidad.

También puede ser delegada en forma permanente o temporal por el Presidente de la República, por los Presidentes de los Poderes Legislativo y de los Tribunales de Justicia Federales y por el Procurador General de la República, en virtud de su propio poder, o por organismo o entidad, conservadas las competencias para el juicio después de la investigación.¹⁹²

Las denuncias sobre las irregularidades mencionadas serán objeto de investigación, siempre que contengan la identificación y domicilio del denunciante y se harán por escrito, confirmada la autenticidad.

Cuando el hecho narrado no configure una evidente falta disciplinaria o un delito, la denuncia será archivada por falta de objeto.

En caso de ser instaurada, según el criterio de la autoridad competente, esta puede dar lugar a: I – archivamiento del procedimiento; II - aplicación de la advertencia o suspensión de 30 días; III – instauración de procedimiento disciplinario (Ley N ° 8.112/90, art. 145). El plazo para la conclusión de la investigación no será superior a 30 días, prorrogable por el mismo período, según el criterio de la autoridad superior.

La ley en discusión asegura que siempre que el delito cometido por el servidor implique en la imposición de suspensión por más de 30 días, la dimisión, jubilación o retiro, o disponibilidad, o la destitución del cargo en comisión, es obligatorio la abertura del procedimiento disciplinario (Ley N ° 8.112/90, art. 146), no siendo suficiente que los hechos se aclaren en la sindicación.

¹⁹² El Superior Tribunal de Justicia con respecto a la delegación de competencia ha decidido que “Mandamus. Policía Federal de Carreteras. Proceso Disciplinario Administrativo. Despido. 1. Es legal la delegación de competencias del Presidente de la República al Ministro de Estado, si la hipótesis es de conformidad con las disposiciones de la Constitución Federal, art. 84. [...] 3. No peca por falta de motivación el acto administrativo que determina la destitución del servidor investigado, delimitando, aunque sea brevemente, las razones de la punición y su base jurídica. 4. Mandamus negado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 7351/DF - Relator Ministro Edson Vidigal, 18.06.2001, p. 111).

Es posible determinar el distanciamiento del servidor del ejercicio del cargo, como medida cautelar y con el fin de que el servidor no influenciará en la investigación de irregularidad por un período de 60 días, siempre sujeto a remuneración.

Los procedimientos disciplinarios se llevarán a cabo por una comisión compuesta por tres servidores estables, designado por la autoridad competente, que indique, entre ellos su presidente, que debe ser ocupado por cargo efectivo superior o de mismo nivel, o tener nivel de escolaridad igual o superior al acusado.

La Comisión ejercerá sus actividades con independencia e imparcialidad, asegurando la confidencialidad necesaria para el esclarecimiento del hecho o exigido por el interés de la administración, obedeciendo al contradictorio, oyendo a las personas y produciendo las medidas necesarias para aclarar plenamente los hechos y para el cabal con la emisión de un informe tratando de la procedencia o improcedencia de los hechos, todo dentro de 60 días, a pesar de admitir la extensión por un período igual, cuando las circunstancias lo requirieren.

La autoridad competente que reciba el informe de la comisión de enjuiciamiento, concordando con la procedencia de los hechos, aplicará una de las sanciones anteriormente referidas (es decir, advertencia, suspensión, demisión, la pérdida de la jubilación o la disponibilidad, la destitución del cargo en comisión o despido de la función comisionada). Por el contrario, dejará de aplicar sanciones y promoverá el archivamiento del procedimiento, una vez que no está obligado a acatar la sugerencia de la comisión.

Es lo que se ve de la decisión del tribunal en relación al punto:

Proceso Disciplinario Administrativo. Interdicto. Dilación probatoria. Informe final.
1. Analizar el argumento de que no cometió ninguna falta que implique en la sanción determinada, o que el procedimiento administrativo fue instaurado de manera arbitraria, requeriría dilación probatoria incompatible con la vía elegida.
2. La Autoridad Administrativa, desde que teniendo fundamentación robusta, puede dejar de seguir el parecer de la Comisión Disciplinaria sobre la pena a aplicarse.
Recurso desprovisto (STJ ROMS 10.266 / Bahia, Rel. Ministro Felix Fischer, D.J. 02/21/2000, p. 143).

Se observa que si durante el curso del procedimiento, la conducta investigada, tiene evidencias de crímenes, debe ser informado inmediatamente al fiscal para obtener conocimiento y deliberación y continuará la investigación de los hechos, ya que como hemos dicho antes, la responsabilidad administrativa del servidor es independiente de otras esferas poderes.

Hay otros matices que se pueden extraer de dicha legislación, sin embargo creemos que para la comprensión del tema de esta Tesis los análisis desarrollados son adecuados.

Como se indica, se puede verificar la responsabilidad administrativa de los servidores que participen de cualquier acto ilegal y contrario al interés público, especialmente los que puedan resultar en un procedimiento viciado por la compra de bienes, servicios y obras.

4.3 Proceso Administrativo Legislativo para distanciamiento del Agente Público Investigado en acto de corrupción

La ley brasileña también da instrumentos para que el Poder legislativo Municipal pueda responsabilizar políticamente a sus agentes públicos - Alcalde y Concejales – por la práctica de actos ilegales o conducta de improbidad administrativa.

Para ello, cuenta con lo dispuesto en el Decreto-Ley N°. 201, de 27 de febrero de 1967, dirigido a disciplinar tanto las conductas criminales como administrativas de los alcaldes y concejales y que son las autoridades más importantes de los municipios, siendo el primero responsable de la gestión de la cosa pública municipal y el segundo para la supervisión de esa gestión y por la elaboración y mantenimiento de las normas.

Alcaldes y Concejales, tales como el Presidente, Gobernadores, Diputados y Senadores son agentes políticos y en estas condiciones sus conductas de repercusión ofensivas a los órganos a los que sirven, es decir, aquellas enumeradas por la ley, se les considerará responsables bajo punto de vista político, pero si contienen evidencia criminal también tendrán que rendir cuentas, independientemente de la responsabilidad política.

Los agentes políticos, describe Celso Antonio Bandeira de Mello como siendo

los titulares de los cargos estructurales en la organización política del país, es decir, los ocupantes de los que integran el marco constitucional del estado, la estructura fundamental del Poder. Por lo tanto, estamos en la formación de la voluntad superior del Estado [...] El vínculo que tienen estos agentes con el Estado no es profesional, sino de naturaleza política. Ejercen un *munus* público. Es decir, lo que los califica para llevar a cabo las funciones correspondientes no son las competencias profesionales, la aptitud técnica, sino la calidad de ciudadanos miembros de la *civitas* y, por tanto, candidatos potenciales para la conducción de los destinos de la Sociedad. La relación jurídica entre ellos y el Estado es de naturaleza institucional, legal. Sus derechos y obligaciones no surgen de los contratos firmados con el gobierno, sino descienden directamente de la Constitución y las Leyes.¹⁹³

La profesora María Sylvia Zanella di Pietro, citada por Tito Costa, adopta el mismo entendimiento de que “la idea de agente político se une, inseparablemente, el gobierno y la

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 247-248.

función política, la primera da cuenta del cuerpo (aspecto subjetivo) y, la segunda, de actividad (aspecto objetivo)”. Recuerda la autora que “funciones políticas correrán a cargo de los organismos gubernamentales, en manos de la rama ejecutiva y, en parte, la Legislatura; en Brasil, la participación del poder judicial en las decisiones políticas prácticamente inexistente, ya que su función se limita casi exclusivamente a la actividad judicial con poco poder para influir en las actividades políticas del Gobierno, a excepción del control *a posteriori*”.¹⁹⁴

Interesa en este momento las conductas ilegales perpetradas por el alcalde y el concejal, que puede, ser objeto de evaluación por el colegiado municipal, y potencialmente considerados delitos políticos y administrativos, los cuales sancionados con la pérdida del mandato.

Las conductas criminales ya fueron objeto en el punto anterior, es decir, cuando del enfoque de la responsabilidad penal de las autoridades públicas y los servidores.

El Decreto-Ley, en su artículo 4º, considera violaciones político y administrativas del alcalde y, por tanto, sujetos a juicio por el consejo municipal, las siguientes conductas:

- I - impedir que el buen funcionamiento del Consejo Municipal;
- II – Impedir el examen de libros, nóminas y otros documentos que deben figurar en los archivos del Ayuntamiento, así como la verificación de las obras y servicios municipales, para el comité de investigación de la Cámara o de auditoría establecida regularmente;
- III – No atender, sin justa causa, citaciones o pedido de información del Consejo Municipal, cuando realizados en tiempo y de forma regular;
- IV – Retrasar la publicación o no publicar las leyes y actos sujetos a esta formalidad;
- V – Dejar de presentar al Consejo Municipal a su debido tiempo y con regularidad, la propuesta de presupuesto;
- VI – No cumplir el presupuesto aprobado para el ejercicio,
- VII - Practicar en contra de una disposición expresa de la ley, acto dentro de su competencia o omitirse en su práctica;
- VIII - Omitir o descuidar la defensa de los bienes, rentas, derechos o intereses de la municipalidad sujetos a la administración del Alcalde;
- IX – Ausentarse del municipio por más tiempo que el permitido por la ley, o alejarse del Ayuntamiento, sin la autorización del Consejo Municipal;
- X - Proceder de manera incompatible con la dignidad y el decoro del cargo.

En su art. 7º, el referido Decreto-Ley enumera las conductas político-administrativas cometidas por el Concejal que, de forma idéntica, se sujetan a la consideración plenaria del Consejo Municipal, de entre las que interesan están: “I – usar el mandato para la práctica de actos de corrupción o improbidad administrativa; II - [...] III - Proceder de una manera incompatible con la dignidad del Consejo Municipal o faltar con el decoro en su conducta pública”.

¹⁹⁴ COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 30.

Antes de analizar el procedimiento de casación del mandato de la autoridad municipal infractora, vale la pena señalar que, para la aprobación del Decreto-Ley 201/67, el entonces Presidente de la República invocó la protección del acto Institucional N° 4 de 7 de diciembre 1966¹⁹⁵, período en el que Brasil fue gobernado por los militares, en el marco de la dictadura militar, siendo que el Jefe del poder Ejecutivo editaba actos legislativos plenos, en la forma actos institucionales, una vez que la Constitución Federal de 1967, autorizaba, en sus Disposiciones Transitorias, tales instrumentos, característicos de dictaduras.¹⁹⁶

Con el advenimiento de la Carta Constitucional de 1988, numerosos casos han sido objeto de revisión por el Supremo Tribunal Federal, alegándose la inconstitucionalidad del Decreto-ley, pero la Corte Suprema sostiene que los mismos no sufren de tal vicio.

Con el propósito de ejemplificar esta cuestión se trae la decisión en el juicio Habeas Corpus N° 71669, procedente del estado del Piauí, cuyo relator fue el Ministro Carlos Velloso, publicado en el Diario de la Justicia de fecha 02/02/1996:

PENAL. PROCEDIMIENTO PENAL. Habeas Corpus. ACCIÓN PENAL. BLOQUEO. DL 201/67: CONSTITUCIONALIDAD. ALCALDE. DL 201/67, art. 1: DELITOS COMUNES. ALEGACIÓN DE INEPTITUD. PRUEBA: EXAMEN. I. - La Corte Suprema rechazó la denuncia de inconstitucionalidad DL 201, 1967. HC 70 671-PI, Velloso, Plenaria, 04/13/94; HC 69850-RS, Rezek, Plenaria, 'DJ' del 05/27/94. II. - No es posible el bloqueo de la acción penal si una queja describe hechos que constituyen, en teoría, delito penal. III. - Los delitos denominados de responsabilidad prevista en el art. 1º. DL 201, de 1967, son delitos comunes que deben ser juzgados por la justicia, independientemente de pronunciamiento del Consejo Municipal. IV. - Las denuncias que cumplan con los requisitos del art. 41 C.P.P. V - El examen de las pruebas no es posible en el ámbito de aplicación del 'habeas corpus'. VI. - HC no conocido con respecto al paciente Joaquim de Oliveira Castro Filho, en la parte que se alega la inconstitucionalidad del Decreto 201 de 1967, ya que es una mera reiteración de HC 70 671-PI, y desestimó en todo lo demás.

El actual ministro de la Corte Suprema de Brasil, Luiz Fux, en fecha de 29 de marzo de 2011, con el Relator del 'habeas corpus', originario del Estado de Bahía, en su voto

¹⁹⁵ BRASIL. Acto institucional n° 4, de 7 de diciembre de 1966. Convoca al Congreso Nacional para reunirse extraordinariamente, del 12 de diciembre de 1966 al 24 de enero de 1967, para discutir, votar y promulgar el proyecto de Constitución presentado por el Presidente de la República, y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1966.

¹⁹⁶ Las Disposiciones Transitorias de la Constitución Federal brasileña de 1967, determinaban lo que sigue: "Art. 173 - Están aprobados y excluidos de apreciación judicial los actos practicados por el Comando Supremo de la Revolución de 31 de marzo de 1964, así como: I - por el Gobierno Federal, con base en los Actos Institucionales n° 1, de 9 de abril de 1964; n° 2, de 27 de octubre de 1965; n° 3, de 5 de febrero de 1966; y n° 4, de 6 de diciembre de 1966, y los Actos Complementarios de los mismos Actos Institucionales; II - las resoluciones de las Asambleas Legislativas y Plenos Municipales que hayan casado mandatos electivos o declarado el impedimento de Gobernadores, Diputados, Alcaldes y Concejales, con base en los referidos Actos institucionales; III - los actos de naturaleza legislativa expedidos con base en los Actos Institucionales y Complementarios referidos en el ítem I." (BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 de outubro de 1988).

consigno la constitucionalidad del Decreto-Ley 201/67, diciendo que: “La alegación de que el DL 201/67 no ha sido recibido por el orden constitucional actual requiere, por su complejidad, el examen a fondo, inviable en esta etapa procesal”.

Por cierto, el precedente 496-STF trata expresamente sobre la validez jurídica del Decreto. Aquí está el contenido del precedente 496-STF, con la anotación correspondiente de Roberto Rosas, “Son válidos, ya salvaguardado por las “Disposiciones Constitucionales” de la Constitución de 1967, decretos de leyes expedidos entre el 24 de enero y el 15 de marzo de 1967”¹⁹⁷. “Tanto el art. 173, I de la Constitución de 1967 como el art. 181 de la Enmienda 1969¹⁹⁸ resguardando los decretos-leyes publicados desde la promulgación de la Constitución de 1967 y su entrada en vigor”.¹⁹⁹

Por lo tanto, a pesar de las discusiones acerca de la constitucionalidad del Decreto-Ley 201/67, esto es efectivo, sin la adición de su origen, como es la comprensión de la Corte Suprema de Justicia de Brasil.

Así, volviendo al debate de la responsabilidad política de los alcaldes y concejales, el Decreto-Ley, en el artículo 5° establece el curso del proceso de juicio político de casación, caso otro rito no ha sido adoptado por el Consejo de la Ciudad, a saber:

I - Una denuncia escrita de la violación puede ser hecha por cualquier votante, con la exposición de los hechos y una indicación de las pruebas. Si el demandante sea Concejal, pasa a estar impedido de votar sobre la denuncia y de integrar la Comisión, podrá, sin embargo, realizar todos los actos de acusación. Si el demandante es el Presidente del Consejo Municipal, pasará la Presidencial al sustituto legal, para los actos del proceso, y votará solo si es necesario para completar el quórum de juicio. Será convocado el concejal suplente del Concejal impedido de integrar la Comisión.

II - En posesión de la denuncia, el presidente del Consejo Municipal, en la primera sesión, determinará su lectura y consultará la Junta sobre su admisión. Decidida la admisión, por mayoría de votos de los presentes, en la misma sesión será constituida la Comisión, con tres concejales sorteados sin obstáculos, que elegirán el primer momento, el Presidente y el Relator.

III - Recibiendo el proceso, el Presidente de la Comisión comenzará a trabajar dentro de cinco días, notificando el denunciado con una copia de la denuncia y documentos que la acompañan, para que, en el plazo de diez días presente la defensa previa, por escrito, indicando las pruebas que desee producir y liste testigos, hasta un máximo de diez. Si está ausente del municipio, la notificación será mediante anuncio publicado en dos ocasiones en el periódico oficial, con un intervalo de tres días, por lo menos, a contar del plazo de la primera publicación. Después de vencido el plazo de contestación, la Comisión emitirá un dictamen en el plazo de cinco días,

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa de 1967. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 de janeiro de 1.1967.

¹⁹⁸ BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita el nuevo texto de la Constitución Federal de 24 de enero de 1967. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 de outubro de 1.969.

¹⁹⁹ ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13 ed. rev. e atual. com as novas Súmulas do STF e do STJ. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 236.

opinando por la continuación o el archivamiento de la demanda, que en este caso será sometido al Pleno. Si la Comisión opina por la continuación, el Presidente nombrará inmediatamente, la instrucción, y determinará los actos, investigaciones y audiencias que sean necesarias, para la deposición del acusado y el interrogatorio de testigos.

IV - El denunciado debe ser notificado de todos los actos procesales, personalmente o en la persona de su abogado, con antelación, al menos, veinticuatro horas, para que se le permita asistir en las diligencias y audiencias, así como hacer preguntas y repreguntas a testigos y exigir lo que sea del interés de la defensa.

V - Concluida la investigación, será dada vista del proceso al denunciado, para que en razones escritas, en el plazo de cinco días, y después de que la Comisión emita el dictamen final, por la procedencia o improcedencia de la acusación, y solicitará al Presidente del Consejo Municipal, la convocatoria de sesión para el juicio. En la sesión del juicio, el proceso será leído en su totalidad, y luego los Concejales que desean se puede manifestar verbalmente, durante el tiempo de quince minutos cada uno, y al final, el denunciado, o su abogado, lo hará por el período máximo de dos horas, para producir su defensa oral.

VI - Concluida la defensa, se llevarán a cabo, tantas votaciones nominales, cuantas sean la violaciones articuladas en la denuncia. Se considera retirado definitivamente del cargo, el denunciado que declarado por el voto de dos terceras partes, al menos, de los miembros del Consejo Municipal, en el curso de cualquiera de los delitos especificados en la denuncia. Concluido el juicio, el Presidente del Consejo Municipal, anuncia de inmediato el resultado y se levantará acta que consigna el voto nominal sobre cada delito, y si hay condena, deberá emitir el decreto legislativo correspondiente de la pérdida del mandato del alcalde. Si el voto es absolutorio, el Presidente determinará el archivamiento del proceso. En cualquiera de los caso, el Presidente del Consejo Municipal notificará el Tribunal Electoral del resultado.

VII - El proceso, que se refiere este artículo debe ser completado dentro de los noventa días a partir de la fecha en que llevan a cabo la notificación del acusado. La expiración del plazo sin juicio, implica en el archivamiento sin prejuicio de nueva denuncia, incluso con base en los mismos hechos.

De acuerdo con la lección Hely Lopes Meirelles:

El proceso y el juicio de las violaciones político-administrativas compiten exclusivamente a Cámara de concejales, según lo previsto en la ley municipal competente, y el procesamiento y los procedimientos de defensa deben cumplir no solo los preceptos de las normas pertinentes, tales como las normas de procedimiento de la corporación, para la validez de la deliberación plenaria. Se trata de un proceso político y administrativo (y no legislativo), la naturaleza cuasi-judicial y de punición, por lo tanto, sujeto a los rigores legales formales y la garantía de defensa completa. Es proceso autónomo e independiente de la acción penal del crimen de responsabilidad, pero vinculado (y no discrecional) a los reglamentos municipales correspondientes y a las normas de la Cámara respecto a las razones del procesamiento y aptos para la revocación del mandato de los acusados, por lo que se convierte en objeto de control judicial, conforme a estos dos aspectos, a saber, en cuanto a la regularidad del procedimiento y la existencia de las razones.²⁰⁰

Al respecto de la pérdida del mandato de alcalde, Tito Costa señala que “la Cámara, al ordenar la casación de cargos de elección popular de alcalde (e incluso Concejal), actúa de forma independiente y no es una decisión sujeta a examen o revisión por parte de cualquier organismo, autoridad o la corte. A menos que - se repite - para el examen de los aspectos

²⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15ª ed. atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 768-769.

formales del proceso, nunca los méritos de la decisión. El poder judicial en tales casos, emite un juicio de legalidad (como los aspectos formales del proceso) y no un juicio de valor (lo que implicaría un examen de la conducta del acusado en relación con la práctica que se puede asignar a cualquiera de las violaciones político-administrativas prescritas por la ley). Hemos expresado en repetidas ocasiones, nuestra extrañeza en la materia. Es cierto, sin embargo, que se ha entendido que este juicio presentado por la Cámara, es política, que gira alrededor de violaciones político-administrativas. De cualquier manera, el resultado del juicio es definitivo: despojado el alcalde de su cargo de elección popular, lo aparta de su ejercicio, siendo que podría volver por orden judicial, solo cuando formalidades esenciales del proceso de validez no han sido observadas por la Cámara, o la falta de justa causa para la casación”.²⁰¹

Así, se ha demostrado que la legislación brasileña prevé instrumentos para responsabilizar al funcionario público administrativo municipal (alcalde y concejal), con un mandato de sanciones políticas de casación cuando comete actos ilegales, sobre todo aquellos permeados de actos dirigidos a la corrupción cuando se trata de la gestión y la fiscalización de compras de bienes, servicios y obras.

²⁰¹ COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 207).

III RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y SUS AGENTES

1 CONSIDERACIONES INICIALES

El legislador infra constitucional también estaba preocupado con las conductas ilícitas cometidas por las personas jurídicas de derecho privado y de sus agentes que mantuvieron relaciones comerciales con la Administración Pública.

En primer lugar se destaca por la negativa del contratista en firmar el contrato o aceptar o retirarlo y no dar cumplimiento regular a lo que está en el contenido, resultante de un proceso de licitación en el que la empresa fue la ganadora. En segundo lugar por cualquier retraso injustificado en la ejecución del contrato, total o parcial, siendo que en ambos casos se está sujeto a sanciones por parte de la propia Administración Pública.

Estos actos ilícitos están regulados por la Ley Federal N° 8.666, de 21 de junio de 1993, y se aplica, también, a las empresas con sede en este país, considerado estas en sus relaciones comerciales nacionales.

Sin embargo, dada la sofisticación y complejidad de los actos cometidos por las personas jurídicas de derecho privado, así como debido a las obligaciones internacionales de la República Federativa de Brasil, es decir, en la adhesión a los términos de la Convención de la ONU contra la Corrupción, aprobada por Junta General de 31 de octubre de 2003 y firmado por Brasil, el 9 de diciembre de 2003²⁰² y también como consecuencia de haber sido signatario de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico²⁰³ - OCDE - destinados a la lucha contra la Corrupción Pública de Funcionarios Públicos Extranjeros interiorizado a través del Decreto Legislativo 125/2000 y ratificado y promulgado por el Decreto Presidencial N° 3.678 de 30 de noviembre de 2000²⁰⁴, el legislador infra constitucional, en la secuencia aprobó y dio vigencia a las normas que tienen

²⁰² BRASIL, Decreto n° 5.687, de 31 de enero de 2006. Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y firmada por Brasil, el 9 de diciembre de 2003. *Diário Oficial da União* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° fev. 2000.

²⁰³ OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO. Informe sobre la aplicación del Convenio sobre la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y la recomendación revisada de 1997 sobre la lucha contra el soborno en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE de diciembre de 2007.

²⁰⁴ BRASIL. Decreto n° 3.678, de 30 de noviembre de 2000. Promulga la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, completada en París, el 17 de diciembre de 1997. *Diário Oficial da União* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de dezembro de 2000.

que ver con la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, siendo más un instrumento para combatir la corrupción en la gestión de la cosa pública.

2 SANCIONES APLICADAS A LA EMPRESA PRIVADA POR PARTICIPACIÓN EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública no dejó de establecer la responsabilidad administrativa a las empresas privadas que vienen a establecer relación comercial con ella, especialmente cuando resulta del proceso de licitación, siendo que estas pueden ser sancionadas con medidas administrativas, entre las cuales, la declaración de incapacidad y en este último caso, ser impedidas de participar en nuevos concursos durante un cierto período de tiempo.

Es lo que se desprende de las normas generales aplicables a los procedimientos de licitación y los contratos administrativos con la Administración Pública, para la compra de bienes y obras de servicios, incluida la publicidad, dentro de los Poderes de la Unión Federal, Estados, Distrito Federal y Municipios - Ley federal N° 8666/93 -, como analizado en el punto anterior.

La citada Ley, en su artículo 81, al tratar de las disposiciones generales de las sanciones administrativas, comienza diciendo que “la negativa injustificada del adjudicatario para firmar el contrato, aceptar o retirar el instrumento contractual equivalente, en el plazo fijado por la Administración, caracteriza el incumplimiento total de la obligación asumida, sometiéndose a las sanciones que establece la ley”.

Sin embargo, esta disposición no se aplica a los licitadores convocados en conformidad con el art. 64, § 2° de esta Ley²⁰⁵, que no aceptan el contrato, en las mismas condiciones que fue propuesto por el primer vencedor, incluso con respecto a plazo y precio.

²⁰⁵ El artículo 64, § 2° prescribe que: “Es facultad de la Administración, cuando el convocado no firmar el término de contrato o de no aceptar o retirar el instrumento equivalente en el plazo y condiciones establecidos, convocar a los licitantes restantes, en la orden de clasificación, para hacerlo en el mismo plazo y en las mismas condiciones propuestas por el primer clasificado, así como los precios actualizados de acuerdo con el acto de convocatoria o revocar la licitación, independientemente de la sanción prevista en el art. 81 de esta Ley.” Cf. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 [...] *Diário Oficial da União* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993.

Jessé Torres Pereira Junior, comentando que la negativa, afirma que

el establecimiento de dicha negativa equivale al incumplimiento total de obligaciones, la ley crea verdad jurídica no susceptible de prueba en contrario, porque es inútil para los fines de la aplicación de la ley. El hecho anterior al contrato (la negativa) es equivalente en sus efectos jurídicos, al otro (incumplimiento) que solo puede producirse en el curso del contrato. Haber o no contrato, por tanto, para tales efectos, es irrelevante”. Y también señala que: “Es razonable la presunción absoluta porque la negativa a contratar, por parte de la persona que gana la licitación, frustra el propósito del evento y genera efectos que pueden ser perjudiciales para el interés público, si otra licitación tiene que ser realizada, con la pérdida de tiempo, recursos y de no atendimento a las necesidades de la Administración. La premisa de esta presunción es que para entrar en el torneo de la licitación, cada competidor debe estar dispuesto a contratar. La participación en la licitación es, para cada postor, una declaración de voluntad de llegar a contratar con la Administración.²⁰⁶

Para Marçal Justen Filho, la negativa injustificada significa, en el plan del Derecho Administrativo, que el particular que no honrar la propuesta equivale al no cumplimiento del contrato, mismo que ese no esté formalizado. Siendo que la recusa del particular, no es un no cumplimiento, exactamente del contrato, pues de hecho aún no ha sido firmado y jurídicamente inexistente. De verdad se trata de incumplimiento de las obligaciones del deber impuesto a todo aquel que participa en una licitación, si la propuesta es aceptada por la Administración y si esta llama al particular para la contratación, el particular tiene la obligación de firmar el acuerdo en el plazo determinado.²⁰⁷

Así, incluso el retraso injustificado en la ejecución del contrato, coloca al contratado, en la órbita de la multa por demora, en la forma determinada en el aviso de licitación o contrato.

Esta penalización no impide que la Administración venga a rescindir el contrato unilateralmente y aplique otras sanciones.

En el caso de que la Administración continúe con el contrato, la multa será deducida de la garantía dada por el contratista. Sin embargo, si es superior, además de su pérdida, el contratista responde por la diferencia.

Por otra parte, la Administración puede aplicar las sanciones por el incumplimiento total o parcial del contrato, obedeciendo el principio de contradicción, que consiste en:

- I - la advertencia;
- II - multa, conforme a lo dispuesto en el instrumento convocatorio o contrato;
- III - suspensión temporal de la participación en la licitación e impedimento para contratar con la Administración por un período no superior a dos (2) años;
- IV – declaración de inidóneo para licitar o contratar con la Administración Pública,

²⁰⁶ PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 759.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, op. Cit., p. 609.

mientras permanezcan los motivos decisivos para el castigo o incluso hasta que sea realizada la rehabilitación ante la misma autoridad que impuso la multa, que se concederá siempre que el contratado reembolse a la Administración de los daños producidos y después de vencido el plazo de la sanción impuesta con base en el punto anterior.²⁰⁸

Cabe señalar que las sanciones previstas en los puntos III y IV, también se pueden aplicar a las empresas o a los profesionales que, en razón de los contratos regulados por la presente Ley:

- I – hayan sufrido condenación definitiva por practicar, por medios fraudulentos, el fraude fiscal en la recogida de los impuestos;
- II – hayan cometido actos ilegales con el fin de frustrar los objetivos de la licitación;
- III – demuestren no tener idoneidad para contratar con la Administración, en virtud de actos ilícitos cometidos (Art. 88.).

Se puede sacar de la lección de Jessé Torres Pereira Junior que

Las sanciones administrativas pueden ser clasificadas en cuanto a su naturaleza, en moral, financiera, profesional y mixta. En cuanto a su propósito, serán de carácter correctivo, expulsivo y revocatorias [...] son sanciones morales las que afectan a la reputación (advertencia y amonestación), la financiera 'afectan las finanzas del infractor' (multa); la profesional 'castigan [...] la carrera' (transferencia y despido); las mixtas mezclan el buen nombre y el bolsillo (amonestación combinada con una multa); correctiva 'aspira a recuperar al faltoso' (advertencia, amonestación, multa, suspensión); la expulsivo 'tiene como objetivo la eliminación de la repartición' (despido, despido laboral o función); los revocatorias 'alcanzan al faltoso mismo en su estado de inactividad' (confiscación de jubilación).²⁰⁹

Es cierto que las sanciones no pueden ser aplicadas al gusto personal del funcionario responsable que integra la Administración Pública, ya que como vemos en la disposición de la ley (Ley 8.666/93: artículo 87) hay un cierto conjunto de gradación, dado que la suspensión temporal de la participación en las licitaciones e impedimento para contratar con la Administración, por el plazo no superior a dos dos años y la declaración de falta de idoneidad para licitar con la Administración Pública parecen como las más graves.

En este sentido, el Tribunal Superior provocado a pronunciarse sobre el caso en el que se aplicó una de las sanciones consideradas más severas entiende que

a pesar de que tiene el legislador delimitado el ámbito de la incidencia de cada uno de estas modalidades, lo cierto es que no es una elección abierta al capricho de la administración. En este contexto se observa, no por casualidad, una clara gradación entre las modalidades expresas, estando la declaración de inhabilitación como las sanciones más severas [Segue, también confirma que] Todo acto discrecional tiene que obedecer con los límites impuestos por los artículos 37 *caput* de la Constitución Federal [...] en particular, el principio de proporcionalidad. El principio de

²⁰⁸ Ver art. 87 de la Ley 8.666/93. Cf. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 (...) *Diário Oficial da União* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de junho de 1.993.

²⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 787-788.

proporcionalidad exige la moderación en el actuar, especialmente en situaciones en las que se golpea la esfera del particular. Estas se presentan como corolarios de la prohibición en exceso, la idoneidad, necesidad y finalidad.²¹⁰

Por otra parte, el Tribunal sostuvo que la aplicación de la declaración de inhabilitación para licitar o contratar con la Administración Pública previsto en el art. 87 de la Ley de Licitaciones (Ley 8.666/93) era constitucional porque valora el *principio de la moralidad*. Es lo que se extrae a la sentencia del contenido del Acuerdo del ministro José Delgado anteriormente mencionado.

ADMINISTRATIVO. ORDEN DE SEGURIDAD. OFERTA. INEPTITUD DECRETADO POR LA ADMINISTRACIÓN. AUSENCIA DE DERECHO LÍQUIDO Y CIERTO A SER PROTEGIDO.

1. No existe derecho y líquido y seguro para proteger a la empresa, que por juicio de la Administración, tiene contra sí, con base en hechos concretos, decretado la pena de falta de aptitud para licitar y contratar con el gobierno.

2. No es inconstitucional la pena de falta de aptitud prevista en los arts. 87 y 88 de la Ley 8666 de 1993. Se valora la aplicación del principio de la moralidad.

3. El juicio de valor establecido por la Administración Pública, por uno de sus funcionarios, dando lugar a la imposición de las penas de inhabilitación, basada en hechos concretos, simplemente no será válida y eficaz si existe una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada reconociendo la legalidad de los actos que la Administración indica como ilegales y que se tomaron como base para la imposición de la pena.

4. En el examen de la medida cautelar, estoy convencido de que: a) el procedimiento administrativo que dio lugar a la aplicación de la pena de inadecuación obedecía sus procedimientos legales; b) no hubo falta de respeto por el derecho a la defensa legal del solicitante en el curso de los procedimientos administrativos; c) no existió la supresión del derecho de recurso administrativo por el proceso administrativo no se ha enviado al Presidente; d) no hay evidencia concreta analizada por la Dirección y que sirvió sin ninguna desviación legal como base para la decisión impugnada; e) no existe la inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación, en el caso en cuestión; f) no tiene la decisión violando el principio constitucional de proporcionalidad del acto administrativo de que se trate. 5. Seguridad negada.

También es de señalar que los Tribunales brasileños, incluido el Superior Tribunal de Justicia, ha estado considerando que la aplicación de dichas sanciones una vez aplicadas por las autoridades públicas federales, estatales o municipales afectan a todos, de manera que la empresa está impedida de licitar y contratar con cualquiera de ellos:

ADMINISTRATIVO - MANDAMUS - LICITACIÓN - SUSPENSIÓN TEMPORAL - Distinción entre GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - AUSENCIA- IMPOSIBILIDAD DE PARTICIPACIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA - LEGALIDAD. LEY 8.666/93, art. 87, INC. III. - La distinción es irrelevante entre los términos de la Administración Pública y Administración, de

²¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mandado de segurança nº 13041/DF - 2007/0197214-6* – Relator: Ministro José Delgado, julgado em 12.12.2007 e publicado DJE em 10.3.2008, Disponible en: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%27MS%27.clas.+e+%40num%3D%2713041%27%29+ou+%28%27MS%27+adj+%2713041%27.suce.%29%29&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Accedido el 06.01.2016.

modo que ambas figuras (suspensión temporal de participar en la licitación (inc III) y la declaración de falta de idoneidad (inc IV) conducen al postor no participación en las licitaciones y futuras contrataciones.- La administración pública es una, siendo descentralizadas sus funciones para servir mejor al bien común. - La limitación de los efectos de la “suspensión de participación de licitación” no puede limitarse a una agencia del gobierno, ya que los efectos de la mala conducta que inhabilita al individuo para contratar con la Administración se extiende a cualquier órgano de la Administración Pública. - Recurso especial no conocido. (RESP 199700732487, FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, publicado en DJ: 14/04/2003 p.00208 RSTJ Vol.:00170 p. 00167).²¹¹

Marisa Pinheiro Cavalcanti sostiene que

los fundamentos contenidos en la jurisprudencia citada consiste, en resumen, lo siguiente: (I) la sentencia de incapacidad valora el principio de la moralidad; (II) la Administración Pública es una, y solo es descentralizado el ejercicio de sus funciones, para servir mejor al bien común; (III) el fundamento de la sentencia es salvaguardar el interés público, que no se divide en federales, estatales, provinciales y municipales.²¹²

Huelga señalar que para la aplicación de sanciones administrativas listadas, la entidad pública agraviada debe justificadamente establecer un proceso administrativo en el que respete los principios constitucionales, notificará a la entidad interesada, estableciendo el contradictorio, es decir, para que esta pueda presentar una defensa de los hechos alegados y si estos quedan injustificados, con el total o parcial incumplimiento del contrato, sobreviene la aplicación de las sanciones antes mencionadas.

Con lo expuesto, se pretende demostrar que las autoridades públicas tienen herramientas legales y adecuadas para investigar tanto el retraso injustificado, o incumplimiento injustificado de las empresas que contratan bienes, servicios y obras, así como proceder en la aplicación de las sanciones correspondientes.

²¹¹ Ver otras decisiones Superior Tribunal de Justiça (REsp 520553/RJ; RECURSO ESPECIAL; 2003/0027264-6; Ministro HERMAN BENJAMIN; T2 - SEGUNDA TURMA; DJe 10/02/2011); Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Processo Numeração Única: 0034710-27.2004.4.01.3400; REOMS;2004.34.00.043802-3/DF; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA; 5ª Turma, TRF1; Publicação 13/08/2010 e - DJF1 p. 178).

²¹² CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. A abrangência da declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV, da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública (LEI 8.666/93). Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 nov. 2012. Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40720&seo=1>>. Accedido el: 07 jan. 2016.

3 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CON POSIBILIDAD DE ACUERDO DE INDULGENCIA

Como se mencionó anteriormente la legislatura infra constitucional aprobó y dio validez a las normas que tienen que ver con la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera - Ley Federal N° 12.846, de 1 de agosto, 2013 - que se aplican a las corporaciones empresariales y las sociedades simples, personificada o no, independientemente de la forma de organización o modelo empresarial adoptado y aun aplicadas a las fundaciones, asociaciones de entidades o personas, o sociedad extranjera, que tienen sede o sucursal, o representación en Brasil, constituidas de hecho o de derecho, aunque sea temporalmente (Ley N° 12. 846/13, art. 1° y Párrafo único).²¹³

Inicialmente, hay que señalar que la ley no hace mención a las organizaciones religiosas, partidos políticos y empresas individuales de responsabilidad limitada, que por la disposición del Código Civil, también se consideran personas jurídicas de derecho privado.²¹⁴

Para Fábio André Guaragni, a las organizaciones religiosas y los partidos políticos, son aplicables la disposición de esta Ley, esto porque

son formas de asociaciones en sentido amplio, aquí representando un grupo de personas que se organizan sin fines de lucro, como se define legalmente el Código Civil en el art. 53. Ya la EIRELI²¹⁵ no es en sí mismo un ser jurídico colectivo, como resultado de una comunidad humana, ya que es integrada por un solo individuo (Código Civil, art. 980-A). Sin embargo, si: a) la ley civil le crea una personalidad jurídica - ajenos al aspecto óntico de su constitución por un solo agente; b) para los efectos relacionados con la ley, se aplica a todas las EIRELIS las reglas de sociedades limitadas (art. 980-A, §6°); c) si es posible converger en la EIRELI, centrándose en un solo socio, todas las cuotas de la empresas (art. 980-A), nada impidiendo la situación inversa, hay una permeabilidad entre la concepción tradicional de las sociedades y la figura legal consistente en la empresa individual de responsabilidad limitada”.²¹⁶ Este autor concluye que “En este contexto, siendo el

²¹³ Se destaca de la Exposición de Motivos de la Ley 12.846/2013 (EM100011 2009 - CGU / MJ / AGU, de fecha 23.10.2009), firmada por los Ministros de Justicia y de la Contraloría General y el Presidente de la República que ella tenía el objetivo de llenar un vacío en el sistema patrio en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por la práctica de actos ilícitos contra las autoridades públicas, en particular para los actos de corrupción y el fraude en licitaciones y los contratos administrativos (mensaje 52, de 08.02.2010, p.1).

²¹⁴ El art. 44 de Código Civil brasileño tiene la siguiente redacción: “Son personas jurídicas de derecho privado: E - Asociaciones; III - las empresas; III - Fundaciones; IV - las organizaciones religiosas; V - los partidos políticos; VI - las empresas individuales de responsabilidad limitada. Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de jan. 2002.

²¹⁵ EIRELI es una abreviación de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

²¹⁶ GUARAGNI, Fábio André. Comentários aos artigos 1° a 4°. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 56.

art. 1º párrafo único de la Ley 12.846/13 ampliativo, cubriendo una amplia gama de modelos societarios , también nos parece posible alcanzar el EIRELI (excepto en situaciones donde están presentes los actos de las entidades colectivas [...])”.²¹⁷

Exactamente. También compartimos la aplicación de las disposiciones contra la corrupción a las organizaciones religiosas, los partidos políticos y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRELIS), exactamente por la extensión de la medida, una vez que esta ley quiere alcanzar, para que pueda ser útil, el control, la protección y prevenir posibles actos delictivos cometidos por las empresas.

Es una ley que ha traído gran preocupación para los empresarios, una vez que ahora pueden ser considerados responsables por la conducta de sus empleados, incluso estando en desacuerdo con las propias normas de la empresa.²¹⁸

Sin embargo, se sabe que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la individual de sus dirigentes o agentes o administradores o de cualquier persona natural, autor, co-autor, o participante del acto ilegal, siendo que la responsabilidad de los líderes cuando a los actos ilícitos solo es en la medida de su culpabilidad (Ley 12.846/13, § 3º y siguientes).

También se aplica en el caso de las personas jurídicas mismo cuando sufren el cambio contractual, la transformación, fusión o escisión de la empresa. Es lo que establece el siguiente dispositivo:

Art. 4º

[...]

§ 1º En el caso de las fusiones y adquisiciones, la responsabilidad del sucesor se limita a la obligación de pago de la multa y la reparación íntegra del daño causado, hasta el límite de los activos transferidos, sin que sea aplicable las otras sanciones previstas en esta Ley, que resultan de actos y hechos ocurrido antes de la fecha de la fusión o consolidación, salvo en el caso de simulación o aparente intención de fraude, debidamente verificada.

²¹⁷ GUARAGNI, op. cit., p. 56.

²¹⁸ Comunga da mesma opinião José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho dizendo que “As organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, como espécie de pessoas jurídicas de direito privado expressamente inseridas no rol do art. 44, IV, V e VI, do CC/2002, respectivamente, não devem ser consideradas imunes aos dispositivos da Lei 12.846/2013, na hipótese de praticarem atos de corrupção e fraude contra a Administração Pública, enquadráveis nos tipos do seu art. 5º. Com efeito, não parece compatível com o princípio constitucional da igualdade interpretar o parágrafo único do art. 1º da Lei 12.846/2013 excluindo de seu campo subjetivo de incidência algumas das espécies de pessoas jurídicas de direito privado listados no art. 44 do CC/2002, sob a alegação de que não estão citadas no texto. A incompatibilidade com o princípio da igualdade decorre da ausência de justificativa razoável a dar suporte a essa exclusão das organizações religiosas, dos partidos políticos e das empresas individuais de responsabilidade limitada. Naturalmente, não se ignora que o legislador pode/deve tratar desigualmente situações e pessoas em condições desiguais” (SANTOS, José Anacleto Abuch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73).

§ 2º Las empresas matrices, subsidiarias, afiliadas o en el ámbito del respectivo contrato, las consorciadas serán conjuntamente responsables por la práctica de los actos previstos en la presente Ley, la restricción de esa responsabilidad está adscrita a la obligación de pago de la multa y el reparo integral de los daños causados.

Así, se define que actos lesivos a la Administración Pública son todos aquellos los practicados por las empresas, antes mencionadas, que violan el patrimonio público nacional o extranjero, contra los principios de la administración pública o en contra de los compromisos internacionales asumidos por Brasil. Los actos son definidos en la presente Ley:

Art. 4º

[...]

I - prometer, ofrecer o dar la concesión, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un servidor público, o a una tercera persona relacionada con él;

II – comprobadamente, financiar, costear, o de cualquier forma subvencionar la práctica de actos ilícitos establecidos en esta Ley;

III – comprobadamente, utilizar de interpuesta a la persona física o jurídica para ocultar o disfrazar sus verdaderos intereses o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados.

E más precisamente, en relación con las licitaciones y contratos, señala que:

Art. 4º

[...]

IV - con relación a las licitaciones y contratos: ²¹⁹

Frustrar o defraudar, por medio de ajuste, combinación u otro expediente, el carácter competitivo del proceso de licitación pública;

b) impedir, obstaculizar o defraudar la realización de cualquier acto de licitación pública;

c) distanciar o buscar distanciar licitante, mediante el fraude o la oferta de las ventajas de cualquier tipo;

d) defraudar a licitación pública o contrato resultante de la misma;

e) crear, de modo fraudulento o irregular, persona jurídica para participar en la licitación pública y celebrar contrato administrativo;

f) obtener ventaja o beneficio indebido, de manera fraudulenta, de modificaciones o ampliaciones de los contratos con la Administración, sin la autorización por ley, en el acto de la convocatoria de licitación pública o en los respectivos instrumentos contractuales; o

g) manipular o defraudar al equilibrio económico y financiero de los contratos con la administración pública.

²¹⁹ Es de comentario de Mateus Bertoni que “Este inciso es de gran importancia para la Ley 12.846/2013, porque seguramente en las licitaciones y en los contratos administrativos que están la mayores oportunidades para llevar a cabo actos de corrupción [...] Con efecto, la incidencia de la corrupción en el proceso licitatorio rompe con la igualdad entre los oferentes y no garantiza la mejor negociación para la administración, por lo contrario, la corrupción en la esfera pública es sinónimo de una pésima negociación, marcado ora por el sobreprecio, en los casos de compras de bienes y servicios de particulares, ora por el sobreprecio en las licitaciones destinadas a la venta de bienes públicos. Además, licitaciones corrompidas pasan lejos del desarrollo nacional sostenible, siendo generadoras de subdesarrollo, ya que hay el desperdicio de recursos públicos desviados para el atendimento de los intereses egoístas y privados de personas físicas y jurídicas, en detrimento del interés público y de la ciudadanía” (SANTOS et al., op. cit., p. 130-131).

Se incluyen en los actos perjudiciales incluso el de “obstaculizar la actividad de investigación o de supervisión, entidades o funcionarios públicos, o intervenir en su funcionamiento, incluso en el marco de los organismos reguladores y los órganos de supervisión del sistema financiero nacional” (Ley 12.846 / 13, art. 4º, IV) en el comentario Bertoncini significa

lo que la empresa corrupta pretende con este ilícito, es la garantía de la impunidad y el goce irrestricto de las ganancias provenientes de la corrupción a todos los que participaron en el acto perjudicial; empresarios, directores, funcionarios, empleados, 'naranjas', funcionario público corrupto etc., liberando a todas estas personas de las obligaciones legales de carácter civil, administrativo, por conducta administrativa impropia, política (*impeachment*) o disciplinaria.²²⁰

Para disipar cualquier duda cuanto a la administración pública extranjera, la Ley define como siendo los órganos y entes del Estado o de las representaciones diplomáticas de país extranjero en cualquier nivel o ámbito del gobierno, así como las sociedades controladas directa o indirectamente por el país extranjero (Ley 12.846/13, art. 4º, § 1º) y que equivale a las organizaciones públicas internacionales, así como la administración extranjera (Ley 12.846/13, art. 4º, § 2º).

Para efectos de la aplicación de la ley, se define funcionario público extranjero, como aquel, aunque de forma temporal o sin remuneración, ejerce cargo, empleo o función pública en organismos estatales o representaciones diplomáticas en el exterior, así como las sociedades controladas, directa o indirectamente, por el gobierno de un país extranjero o en organizaciones internacionales públicas (Ley 12.846/13, art. 4º, § 3º).

A nivel administrativo, las sanciones se aplicarán a las empresas consideradas responsables de los actos dañinos, tales como: multa en la cantidad de 0,1% (una décima por ciento) a 20% (veinte por ciento) de los ingresos brutos del último año del ejercicio anterior a la iniciación de los procedimientos administrativos, con exclusión de los impuestos, que nunca será inferior a la ventaja obtenida, siempre que sea posible su estimación; y la publicación extraordinaria de la condena (art. 6º y I y II), siendo que estas serán aplicadas por motivos razonables, individual o acumulativamente, de acuerdo con las particularidades del caso y la gravedad y naturaleza de los delitos.²²¹

²²⁰ SANTOS et al., op. cit., p. 149.

²²¹ Percebe-se José Anacleto Abduch Santos que “a norma impõe uma obrigação ao administrador público. A aplicação das sanções administrativas não é uma faculdade da Administração Pública. A determinação legal é expressa no sentido de que, comprovada a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica *serão* aplicadas as sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória. Este aspecto é de suma importância. A sanção administrativa tem finalidade didática, repressiva e preventiva, pois como defende Celso Antônio Bandeira de Mello ‘Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos

La aplicación de estas sanciones será precedida por la manifestación legal elaborada por la Defensoría Pública o por órgano de asistencia jurídica o equivalente, de la entidad pública, lo que no excluye, en todo caso, la obligación de la reparación íntegra del daño causado.

El valor de esta multa es igual a la prevista en la Ley 12.529, de 30 de noviembre, de 2011, que estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia - SBDC y que dispone sobre la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico, guiado por los principios constitucionales de la libre empresa, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y la moderación de los abusos de poder económico²²² y también revocó la Ley N° 8884, de 11 de junio de 1994, que trataba de la transformación del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) en autarquía, tratando sobre la prevención y la represión en el ámbito del orden económico, esta última

como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra é a de desestimular a pratica daquelas condutas censuradas ou constringer ao cumprimento das obrigatórias. Assim o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é, tanto deparar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade” (SANTOS, op. cit., p. 159-160).

²²² La referida Ley en su art. 37, dijo: “La práctica de la violación del orden económico sujeta a los responsables a las penas siguientes: I - en el caso de una empresa, una multa de 1% (una décima por ciento) a 20% (veinte por ciento) de los ingresos brutos de la empresa, grupo conglomerado obtenido, en el último ejercicio anterior a la constitución del procedimiento administrativo relativo a la rama de actividad empresarial en el que se cometió la infracción, que nunca será inferior a la ventaja obtenida, siempre que sea posible su estimación; II - en el caso de otras personas físicas o jurídicas de las asociaciones o entidades públicas o privadas, así como las entidades incorporadas, de hecho o de derecho, aunque sea temporalmente, con o sin personalidad jurídica, que no se dedican a actividades comerciales, no pudiendo ser utilizado el criterio de la facturación bruta, la multa será de entre R\$ 50,000.00 (cincuenta mil reales) y R\$ 2,000,000,000.00 (dos mil millones de reales) y III - en caso de que el administrador directa o indirectamente responsable de la violación que cometida cuando demostrada su negligencia o dolo, una multa de 1% (uno por ciento) a 20% (veinte por ciento) que se aplica a la empresa, según lo dispuesto en la sección I del *caput* de este artículo, o a personas físicas o jurídicas, según lo dispuesto en la sección II *caput* de este artículo”. Brasil. Ley n° 12.529, de 30 de noviembre de 2011. Estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia - SBDC y dispone sobre la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico, guiados por los principios constitucionales de la libertad de empresa, la libre competencia, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y la represión a las prácticas comerciales desleales”. Cf. BRASIL. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estructura el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia; dispone sobre la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico; altera la Ley n° 8.137, de 27 de diciembre de 1990, el Decreto-Ley n° 3.689, de 3 de octubre de 1941 - Código de Proceso Penal, y la Ley n° 7.347, de 24 de julio de 1985; revoca dispositivos de la Ley n° 8.884, de 11 de junio de 1994, y la Ley n° 9.781, de 19 de enero de 1999; y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de novembro de 2011.

también contenía multas, pero en niveles más altos, es decir, de 1 a 30% de los ingresos brutos en su último ejercicio, excluidos los impuestos (art. 23, I).²²³

Así, el legislador infra constitucional no ha innovado y adaptado el monto de la multa, dando el mismo tratamiento que se da a la práctica de la violación del orden económico.

Rodrigo Regnier Chemin Guimarães, al comentar sobre los términos del art. 6° de la Ley, específicamente al respecto de la aplicación de multa administrativa, llama la atención sobre la

posibilidad de la empresa poder 'compensar' o 'manipular' previamente la facturación bruta, pensando en la posibilidad - aunque remota, por crónica ausencia de mecanismos de control efectivos - de una futura sanción pecuniaria la cual se aplicará sobre la base de la ley en análisis. [Y continúa diciendo que] de esta manera, dada la amplia capacidad del ser humano - y particularmente en Brasil - al ser tan creativos en las reglas de fraude, a pesar de las sanciones monetarias ser importantes, hay que tener cuidado al tratar de evitar el posible efecto perversa de la nueva ley en la economía de mercado brasileño, ya surrealista, contribuyendo en el aumento de lo que eufemísticamente se ha llamado 'costo Brasil', que incorpora el coste de elevada corrupción pública más el coste de la corrupción privada.²²⁴

Es indudable que, dado el ingenio de los empresarios brasileños, acostumbrados con la práctica de sobornos a las autoridades y a los funcionarios, que los costos de esa práctica corrupta, son incorporados en los precios de bienes, servicios y obras, cuando de la ejecución de un acuerdo con la Administración Pública. Luego se pregunta, ¿el legislador infra constitucional no debería imponer otras sanciones administrativas diferentes de la multa?

Regístrese que, caso no se pueda utilizar el criterio de los ingresos brutos de la corporación, la multa será de R \$ 6.000,00 (seis mil reales) a R \$ 60.000.000,00 (sesenta millones de reales). En cuanto a la publicación extraordinaria de la sentencia se llevará a cabo en la forma de declaración de condena, a expensas de la corporación, en un gran medio de circulación en el área de práctica de la infracción y la operación de sociedad o, en su defecto, en la publicación de circulación nacional, así como a través de un aviso de publicación, durante un periodo mínimo de treinta (30) días, en el propio establecimiento o en el local del ejercicio de la actividad, visible para el público, y en la World Wide Web.

²²³ El art. 23, I de la Ley tiene la siguiente redacción: “La práctica de la violación del orden económico sujeta a los responsables a las penas siguientes: I - en el caso de una empresa, una multa de uno a treinta por ciento de los ingresos brutos en su último año fiscal, impuestos excluidos, que será de al menos la ventaja obtenida cuando cuantificable” (Brasil. Ley n° 8.884, de 11 de junio de 1994. Transforma el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE) en Autarquía, dispone sobre la prevención y la represión a las infracciones contra la orden económica y otras medidas”. Cf. BRASIL. Lei n° 8.884, de 11 de junho de 1994 (...) *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de jun.1994.

²²⁴ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Da responsabilização administrativa, comentários aos artigos 6° e 7°. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 140.

La publicación extraordinaria de la sentencia también fue planeada en la antigua Ley N° 8.884/94, sustituida por la Ley N° 12.529/2011, y que se mantuvo en la nueva ley, hecho ese que sin duda, expone la imagen de la empresa infractora, al igual que las que resulten de las decisiones condenatorias, de sentencia judicial, en acciones de reparación de daño moral cuando se trata de delito contra el honor personal.

Se observa que para la aplicación de sanciones serán llevados en cuenta varios factores. Es lo que se ve en lo dispuesto en el art. 7° de dicha Ley:

Art. 7°. Serán llevados en cuenta en la aplicación de sanciones:

I - la gravedad de la infracción;

II - las ventajas obtenidas o pretendidas por el infractor;

III - la consumación o no de la infracción;

IV - el grado de daño o amenaza de daño;

V - el efecto negativo producido por la infracción;

VI - la situación económica del infractor;

VII - la cooperación de la persona jurídica para la investigación de los delitos;

VIII - la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, de auditoría y el fomento de la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de los códigos de ética y conducta dentro de la persona jurídica;

IX - el valor de los contratos celebrados por la persona jurídica con el órgano lesionado o entidad pública.

El proceso de responsabilidad administrativa será de la alzada del jefe de cada organismo o entidad del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de oficio, o por provocación, pero siempre observa los principios de la amplia defensa, contradictoria y tal como está previsto en la Constitución de la República Federal de Brasil.²²⁵

Vale la pena traer las lecciones de Celso Antonio Bandeira de Mello para quien el proceso administrativo

²²⁵ El proceso administrativo para determinar la responsabilidad de las empresas se llevará a cabo por una comisión designada por la autoridad instauradora y compuesta por dos (2) o más servidores estables. Se observa que la entidad pública, a través de su órgano de representación legal, o equivalente, a petición de la Comisión mencionado en el *caput*, podrá exigir las medidas legales necesarias para la investigación y procesamiento de las infracciones, incluyendo búsqueda y aprehensión. La comisión podrá, con carácter provisional, proponer a la autoridad instauradora que suspenda los efectos del acto o proceso objeto de investigación. El plazo para la terminación del proceso es de 180 (ciento ochenta) días a partir de la fecha de publicación del acto que la instituyó y al final, presentar los informes sobre los hechos investigados y la eventual responsabilidad de las personas jurídicas, proponiendo las sanciones a aplicar. Este plazo podrá ser prorrogado a través de acti fundamentado de la autoridad instauradora (Art. 10 y §§ de la Ley 12.846/2013). La persona jurídica tendrá treinta (30) días para la defensa, a partir de la intimación. Terminado el procedimiento administrativo, con el informe competente de elaborado por la Comisión, será enviado a la autoridad instauradora para juzgar y la aplicación de sanciones (Art. 12 de la mencionada Ley) (Brasil. Ley n° 12.846, 1° de agosto de 2013. Dispone sobre la responsabilización administrativa y civil de personas jurídicas por la realización de actos contra pública, nacional o administración extranjera, y otras medidas” (BRASIL. lei n° 12.846, de 1° de agosto de 2013 [...], *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 de ago de 2013).

es una sucesión itineraria y encadenada de actos administrativos que tienden, todo a un resultado final y concluyente. Esto significa que para tener un procedimiento o proceso cumple que existe una secuencia de acciones conectados entre sí, es decir, que consistía en esta cadena, sin perjuicio, sin embargo, que cada uno integrado en el conjunto retenga su identidad funcional, que Autoriza a reconocer lo que los autores describen como “autonomía relativa.”²²⁶

La falta de detalles sobre el procedimiento administrativo establecido por la nueva ley posibilita la aplicación subsidiaria de la Ley N° 9.794/99, que regula el proceso administrativo en el ámbito federal.²²⁷

Se reconoció con decisión firmada por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) que “la jurisprudencia del STJ ha establecido que la Ley 9.784/1999 se puede aplicar subsidiariamente en curso en otros Estados y municipios miembros, el derecho propio ausentes que rige el proceso administrativo local, como en especie”.²²⁸

Claudio Smirne Diniz, al respecto de la subsidiariedad de la aplicación de la Ley 9.794/99, asegura que

Sin embargo, esta aplicación subsidiaria en el caso, no es del todo deseable, debido al objeto incluir ciertas peculiaridades, que deben ser abordados por las regulaciones específicas, similar a lo que ocurre con la necesidad de definir los mecanismos de integridad, la indicación de la autoridad competente para el establecimiento y para juzgar el proceso y los plazos procesales, los criterios para el establecimiento de multas, además de su propio rito.²²⁹

En el Poder Ejecutivo Federal está atribuida la competencia de la Contraloría General de la Unión, siendo esa competencia concurrente con los demás órganos de dicho Poder para la iniciación de un procedimiento administrativo, incluyendo avocar otros para establecer la regularidad de su desarrollo.

También es competencia exclusiva de la Contraloría General de la Unión la apuración del proceso y el enjuiciamiento de los actos ilícitos previstos en esta ley, cometido contra la administración pública extranjera, pero siempre observando lo dispuesto en el artículo 4° de la Convención de Lucha contra la Corrupción del Empleado Públicos Extranjeros en

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 487.

²²⁷ BRASIL. Ley n° 9.784, de 29 de enero de 1999. Regla el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1° de fev. 1999.

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão em AgRg no AREsp 263.635/RS*. Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16.05.2013, publicada DJE. Em 22.05.2013.

²²⁹ DINIZ, Claudio Smirne. Do processo administrativo de responsabilização, comentários aos artigos 8° a 15. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 167.

Transacciones Comerciales Internacionales, promulgada por el Decreto N° 3678 de 30 de noviembre, 2000 (art. 9°).

La característica principal de esta Ley es la posibilidad de celebrar acuerdo sobre la cooperación, como instrumentos adecuados para hacer frente a la corrupción a cargo de los agentes privados y por personas jurídicas.

El acuerdo de indulgencia que proclama esta ley no es más que el celebrado entre la Administración Pública y el delincuente en la que éste se compromete a cooperar en la investigación o en los procedimientos administrativos instaurados contra sí, presentando pruebas inéditas y suficiente para la condena de otros implicados en la supuesta infracción, mediante beneficios, entre ellos la extinción de la acción punitiva o reducir la sanción impuesta.

Marcelo Batlouni Mendroni, al comentar sobre el acuerdo de indulgencia en los crímenes de formación de cártel, cree que su naturaleza jurídica “resulta de la aplicación del llamado ‘Principio de Consenso’, que, al contrario del Principio de Legalidad, permite que las partes lleguen a un acuerdo (consenso) sobre el destino de la situación jurídica del acusado que, por cualquier razón que le parezca favorable, o al menos más favorable que la demanda penal, concuerda con la imputación”.²³⁰

Este instituto tiene sus raíces en los Estados Unidos, que según Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy, la política de concesión de indulgencia

es la garantía de la inmunidad a los agentes de cárteles que informan la conducta anti competencia en el estado embrionario. Hay tres hipótesis para previsión de la indulgencia: la indulgencia antes de que se inicie la investigación (*Leniency before an investigation has begun*); Pedidos alternativos para la indulgencia (*Alternative requirements for leniency*); e indulgencia para los directores y empleados (*Leniency for Directors, Officers and Employers*).²³¹

Para José Anacleto Abuch Santos et al., indulgencia

sirve para calificar ciertos acuerdos entre las autoridades públicas y los individuos involucrados en ilegalidades, a través del cual estos últimos cooperan con la investigación y reciben el beneficio de extinción o reducción de las sanciones a que están sujetos por tales ilegalidades. [Y en la continuidad confirma que] “su origen inmediato entre nosotros, es el derecho *antitruste*, concretamente en la Medida Provisional n. 2.055, del 08/11/2000, lo que sumado a la Ley 8.884/1994 en los artículos 35-B y 35-C, establece la posibilidad de indulgencia de acuerdo celebrado entre la Unión, a través de la Secretaría de Derecho Económico, e individuos

²³⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60.

²³¹ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Reflexo do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014, p. 49.

involucrados en la investigación sobre infracciones a la orden económica [...] El acuerdo de indulgencia que se refiere el art. 16 de la ley contra la corrupción tiene la misma naturaleza conceptual de la que se practica en derecho *antitruste*, ya que representa un acuerdo de colaboración entre el Gobierno y el sector privado investigado por haber cometido un acto perjudicial para la administración pública nacional o extranjera, pero con algunas particularidades relevantes.²³²

De hecho, acuerdo significa “concordar”, “componer”, “ajustar”, “estar de acuerdo”, “combinar”, que transferido para el propósito de la Ley N ° 12.846/13, significa tener conocimiento de la práctica de los actos ilegales y perjudiciales para el tesoro y que interesa a la Administración Pública para poder responsabilizar a los demás involucrados en la infracción, mediante los beneficios mencionados anteriormente. Es lo que se ve en lo dispuesto en dicha Ley:

Art. 16. La autoridad máxima de cada organismo o entidad pública puede entrar en un acuerdo de indulgencia con las entidades responsables, por la práctica de los actos previstos en la presente Ley, que colaboren eficazmente con las investigaciones y con el proceso administrativo, siendo que de tal colaboración resulte

I - la identificación de otras personas implicadas en la infracción, en su caso; y

II - la recopilación rápida de información y documentos que prueban el ilícito bajo investigación.

§ 1. El acuerdo de que trata el *caput* podrá llevarse a cabo solo si cumplen, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

I - la persona jurídica es el primero en hablar sobre su interés de cooperar en la investigación del acto ilegal;

II - la persona jurídica cesa por completo su participación en la infracción investigada desde la fecha en que se propuso el acuerdo;

III - la persona jurídica admite su participación en la infracción y colabora plenamente con las investigaciones y el procedimiento administrativo, compareciendo por su propia cuenta, cuando se le solicite, a todos los procedimientos hasta su cierre.

§ 2º. La celebración del acuerdo de indulgencia eximirá a la persona jurídica de las sanciones previstas en el inciso II del art. 6º y en el IV del art. 19º y reducirá hasta en un 2/3 (dos tercios) el importe de la multa aplicable.

§ 3º El acuerdo de indulgencia no exime a la persona jurídica de la obligación de reparar completamente el daño.

§ 4º El acuerdo de indulgencia especifica las condiciones necesarias para garantizar la eficacia de la cooperación y el resultado útil del proceso.

§ 5º Los efectos del acuerdo de indulgencia se extenderán a las empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, de hecho y de derecho, desde que entren en el acuerdo conjuntamente, respetadas las condiciones establecidas en el mismo.

§ 6º La propuesta de acuerdo de indulgencia solo se hará pública después de la ejecución del acuerdo correspondiente, excepto en el interés de la investigación y del proceso administrativo.

§ 7º No significará en reconocimiento de acto ilícito investigado la propuesta de acuerdo de indulgencia rechazada.

§ 8º En caso de incumplimiento del acuerdo de indulgencia, la persona jurídica estará impedida de celebrar nuevo acuerdo por un período de tres (3) años contados del conocimiento por la administración pública de dicho incumplimiento.

²³² SANTOS, José Anacleto Abuch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 232-233.

§ 9º La celebración del acuerdo de indulgencia interrumpe el plazo de prescripción de los actos ilícitos previstos en la Ley.

Se observa que uno de los requisitos del acuerdo de indulgencia en Brasil es que la persona jurídica cese por completo su participación en la infracción investigada desde la fecha en que se propuso el acuerdo.

En los Estados Unidos a la empresa indulgente se le permite permanecer en la organización criminal para no levantar sospechas de que se ha firmado, bajo la justificación de coleccionar pruebas internas para identificar toda la actividad ilícita del grupo. Aquí en Brasil, esta condición es ilegal, ya que es una flagrante preparación confirma Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy.²³³ Dicha autora también señala que:

Con la reestructuración del acuerdo de indulgencia en los Estados Unidos en 1993, con respecto a la incorporación de la vinculación de la actitud delatora con la concesión de los beneficios de la inmunidad penal y administrativa que, antes de que del programa indulgencia, era una atribución de las autoridades antimonopolio, 'la medida aumentó para más de un acuerdo celebrado por mes, específicamente entre octubre de 2002 y agosto de 2003, alcanzando una tasa de tres acuerdos al mes', lo que confirma el éxito de la medida. En otras palabras, cuando se pidió la transparencia del programa y el beneficio quedó claro e incondicional, la medida pasó a ser aplicada de manera eficiente y garante su establecimiento en ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.²³⁴

Emerson Gabardo y Gabriel Morettini y Castella, al describir la nueva ley contra la corrupción y la importancia del *compliance* para las empresas que se relacionan con la Administración Pública hace hincapié en “que la *compliance* puede y debe ser utilizada tanto como una herramienta de control, protección y prevención de posibles prácticas delictivas en las empresas, como un valioso instrumento de transferencia de la responsabilidad, evitando o mitigando la responsabilidad de la persona jurídica cuando la aparición de alguna patología corruptora”.²³⁵

Tomando una posición más crítica Belisario dos Santos Junior e Isabela Leal Pardini, al tejer comentarios sobre la conducta previstas en la nueva ley contra la corrupción establece que

La novedad traída para este ordenamiento es, de hecho, un cambio de perspectiva dada por el legislador en la lucha del crimen contra la Administración Pública, en sustitución de la ley penal y la persecución del agente persona física, por el derecho administrativo sancionador, que busca a la corporaciones, aunque continúa haciendo uso de conceptos y herramientas derivadas de la ley penal. [Y más adelante

²³³ LAMY, op. cit, p. 51.

²³⁴ Idem, p. 52.

²³⁵ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *Revista de Direito Administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr/jun. 2015.

confirman que] Es de destacar que, con la promulgación de la nueva legislación, el Poder Público, ahora asume su incapacidad para prevenir o investigar delitos económicos más complejos, delegando esta responsabilidad a instituciones privadas. Por ello, la nueva ley imputa a las personas jurídicas responsabilidades para luchar contra la corrupción, mediante la inversión en programas y herramientas de *compliance*, incluyendo de formación de empleados y directores en prácticas de respeto a la ley.²³⁶

¡Bueno!, el acuerdo de indulgencia puede ser suscrito con las entidades responsables de la práctica ilegal prevista en la Ley N° 8666 de 21 de junio de 1993, es decir, por las empresas que pueden entrar en contratos de bienes, servicios y obras de construcción, con miras a la exención o reducción de las sanciones administrativas previstas por sus arts. 86 a 88, básicamente en lo que concierne a los atrasos injustificados en la ejecución de los contratos, que signifiquen multas, advertencia, suspensión temporal de la participación en la licitación e impedimento para contratar con la administración pública; declaración de empresa no idónea para contratar y licitar con la Administración Pública y para las empresas o los profesionales de la empresa que en razón de los contratos hayan sido finalmente condenados por practicar a través del fraude intencional, fraude fiscal en la recogida de los impuestos; que hayan cometido actos ilegales dirigidos a frustrar los objetivos de la licitación y que demuestren no tener idoneidad para contratar con la Administración en virtud de actos ilícitos.

Las responsabilidades administrativas listadas no descartan la posibilidad de que la responsabilidad en el ámbito judicial, una vez que la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, a través de sus respectivos de Abogados Públicos u órganos de representación, o equivalente, e incluso por el ministerio Público, pueden iniciar acciones con miras a la aplicación de las siguientes sanciones a las persona jurídicas infractoras, sea para la confiscación de bienes, derechos o valores que representen la ventaja o beneficio directo o indirecto obtenido de la infracción, sin perjuicio del derecho de la víctima o de un tercero de buena fe; para la suspensión o prohibición parcial de sus actividades; para la disolución forzosa de la corporación y la prohibición de recibir incentivos, subsidios, subvenciones, donaciones o préstamos de organismos o entidades públicas e instituciones financieras públicas o controladas por el Poder Público, por un periodo mínimo de 1 (uno) y máximo 5 (cinco) años (arts. 18 y 19 de la citada Ley).

²³⁶ SANTOS JUNIOR, Belisário dos; PARDINI, Isabela Leal e. *Lei anticorrupção gera incerteza, mas consolida a necessidade do compliance*. Disponível em: <http://interessacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revisAssunçta/lei-anticorrupcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/>.
Accedido el 31/10.2015.

Mauro Sergio Rocha, sobre la responsabilidad legal de las personas jurídicas previstas en la presente Ley, hace hincapié en que “Hay, en teoría, el interés procesal en la acción de responsabilidad, incluso con el impacto total de las medidas administrativas, siendo correcto que en la hipótesis de omisión la autoridad competente, las sanciones administrativas pueden también ser aplicadas por el poder judicial (art. 20). Por último, las sanciones judiciales sirven para complementar las sanciones administrativas”²³⁷.

Se destaca que la disolución forzosa de la persona jurídica se determinará cuando probada: haber sido la personalidad jurídica utilizada de forma habitual para facilitar o promover la realización de actos ilícitos; o fue creada para ocultar o encubrir intereses ilícitos o la identidad de los beneficiarios de los actos cometidos, y que se puede aplicar de forma individual o acumulativamente (Ley N ° 12.846/13, art. 19, § 1° y 2°).

El Ministerio Público o la Abogacía Pública o el organismo representante de la persona jurídica, o equivalente de la entidad pública, pueden requerir la disponibilidad de bienes, derechos y valores necesarios para asegurar el pago de la multa o de la compensación total por los daños causados. La sentencia asegura la obligación de compensar, integralmente, el daño causado por el delito, que se determinará en una posterior liquidación, si no se menciona expresamente en la sentencia.

Ley anti corrupción crea incluso dentro del Poder Ejecutivo Federal el registro Nacional de Empresas Sancionadas – CNEP, que reunirá y dará publicidad a las sanciones por los organismos o entidades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de todos los niveles de gobierno, con base en la presente Ley.

Los cuales informarán y mantendrán actualizados en el CNEP, los detalles de las sanciones que imponen, incluyendo, entre otros: nombre de la empresa y número de registro de la persona jurídica o entidad en el Registro Nacional de Personas Jurídicas - CNPJ; tipo de sanción; fecha de aplicación y fecha final del término de la vigencia del efecto limitador de la pena, cuando sea el caso. Las autoridades competentes para entrar en acuerdos de indulgencia, previstas en esta Ley, también, deben mantener actualizada en el CNEP, después de la ejecución del acuerdo correspondiente, la información sobre el acuerdo de indulgencia celebrado, a menos que tal procedimiento no cause perjuicio a las investigaciones y proceso administrativo. Si la empresa no cumple con los términos del acuerdo de indulgencia, debe incluirse en la referencia nep dicho incumplimiento. Se eliminan los registros de sanciones y

²³⁷ ROCHA, Mauro Sérgio. Da responsabilização administrativa, comentários aos artigos 18 a 21. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 227.

acuerdos de indulgencia después de la expiración del plazo establecido previamente en el acto homologado del pleno cumplimiento con el acuerdo sobre la cooperación y la reparación de los daños causados, a petición del organismo o ente fiscalizador.

La multa y el decomiso de bienes, derechos o valores aplicados con fundamento en la presente Ley, se asignarán preferentemente a los órganos dañados o entidades públicas (Art. 24). Es idéntico el procedimiento establecido por la Ley 11.343/06, también conocida como Ley Antidrogas, que permite en su artículo 62 y 63 que los vehículos, embarcaciones, aeronaves y cualquier otro medio de transporte, maquinaria, aparatos, instrumentos y objetos de otro tipo, que se utilizan para la comisión de los delitos tipificados en la Ley referida, después de su incautación periódica, estarán bajo la custodia de la autoridad de la policía judicial, excepto las armas, que se recoge en la forma de una legislación específica, y el juez, al pronunciar el veredicto de mérito, decide sobre el decomiso del producto y el valor incautado, secuestrados o declarados no disponible.²³⁸

Leandro García Algarte Assunção, al comentar lo dispuesto en el art. 24 de esta Ley, cree que

la intención deliberada del legislador brasileño era que de alguna manera regresara en beneficio de la entidad que agrupa determinada política pública, o entidad perjudicada por la acción ilegal practicada por personas jurídicas descritas en el art. 1º, § 1º de la Ley 12.846/13, con el fin de garantizar la eficacia de los procedimientos oficiales de responsabilidad, buscando asegurar el retorno de al menos una fracción del perjuicio sufrido por las instituciones identificadas como lesionadas.²³⁹

En lo que respecta a la prescripción de las conductas, estas no serán más investigadas después de cinco años, eso contado desde la fecha de la ciencia de la infracción o, en el caso de la continuación o reincidencia, el día en que dejó. Sin embargo, en el nivel administrativo o judicial, la prescripción se interrumpe con la instalación de la investigación por la fiscalía (Ley N° 12.846/13, artículo 25 y Párrafo Único).

La ley en discusión asegura que la autoridad competente, que tenga conocimiento de los delitos descritos en ella, que no adoptar medidas para investigar los hechos sea responsables penal, civil y administrativamente, conforme a la legislación aplicable (Ley N° 12.846/13, art. 27), siendo que también se aplica a los actos perjudiciales cometidos por una

²³⁸ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006. Op. cit.

²³⁹ ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. Disposições finais, comentários aos artigos 22 a 31. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 253.

entidad brasileña, de la administración pública extranjera, aunque se cometan en el extranjero (art. 28).

La legislación, por último, señala que la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley no afectan a los procesos de responsabilidad y la aplicación de las penalizaciones por cualquier acto de conducta impropia bajo la Ley de 8429, de 2 de junio, 1992; y los actos ilegales realizados por la Ley 8666 de 21 de junio de 1993, u otras normas de licitación y los contratos de la administración pública, incluso en relación con el Régimen Diferenciado de Contrataciones Públicas - RDC establecido por la Ley 12.462, de 4 de agosto, 2011²⁴⁰.

Es conveniente traer a la discusión lo que algunos doctrinadores sostienen a respecto del acuerdo de indulgencia, como siendo una práctica poco ética, es decir, el Estado niega la aplicación de la punición, a través de un instrumental específico, para así consensuar con el delincuente, ofreciendo la disminución o anulación de su responsabilidad penal y civil, para tanto se firma un compromiso serio, mismo en el marco de graves irregularidades que comprometen al Tesoro y aún dan margen a la existencia de otras conductas similares.

Marcelo Batlouni Mendroni es uno de los que critica la firma del acuerdo de indulgencia, una vez que lo entiende como una práctica poco ética, dice el autor:

porque busca precisamente la aplicación de un instrumento previsto por la ley - traído al mundo jurídico, que tiene como objetivo hacer más eficiente la aplicación de la justicia, precisamente en los casos considerados más graves. Se convierte, pues, en estos casos, ventajosa para ambas partes - y es esa su intención. Por otra parte, se puede considerar que la "ética" es un valor moral menos agresivo que la realización de un delito, o más bien del crimen que permite la aplicación de indulgencia premiada. [Y complementa su razonamiento explicando que el acuerdo de indulgencia] no establece, por otra parte, la ofensa al principio de proporcionalidad y la igualdad ante la aplicación diferenciada de la punición contra dos acusados que practican exactamente la misma conducta, ya que la aplicación de la pena puede y debe considerarse siempre en sí mismo, incluso teniendo en cuenta la situación en que se encuentran cada uno de los acusados.²⁴¹

En España, en el caso de conductas criminales, el fiscal, en conformidad con el principio de la legalidad, se permite en ciertas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal comportarse usando el Principio del Consenso. Fue el caso de la aplicación de los artículos 789.5.5ª, 791,3 y 793,3 y que después de la reforma de los artículos 784.3 y 787,

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

²⁴¹ MENDRONI, op. cit., p. 61.

donde el Fiscal puede hacer una petición conjunta con el acusado para un acuerdo con la acusación.²⁴²

4 REGULARIZACIÓN DE RECURSOS, BIENES Y DERECHOS NO DECLARADOS AL FISCO MANTENIDOS EN EL EXTRANJERO O REPATRIADOS - DE LEGISFERENDA

Recientemente, es decir, el 09.10.2015, la Presidencia de la República envió un Proyecto de Ley - PL n. 2960/2015 - previendo el Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria de recursos, bienes o derechos no declarados de origen lícito, remitidos o mantenidos en el extranjero o repatriados por residentes o domiciliados en el país.

Este proyecto de ley de hecho incorporaba el texto original con mejoras posteriores _de redacción y de mérito- habidos en el curso de la tramitación de otro proyecto de ley - PL n. 298/2015 - que estaba pendiente en el Senado y del Senador Randolfe Rodrigues y de su substitutivo de autoría del Senador Delcídio do Amaral.²⁴³

Ciertamente, el proyecto de ley se introdujo en razón de las investigaciones llevadas a cabo por la Policía Federal de Brasil, que identifica el transcurso de varias operaciones, entre las cuales la más grande hasta ahora conocida es la Operación “Lava Jato” uno de los más grandes casos de corrupción existente en la historia brasileña, siendo que solo está en el comienzo, pero ya reveló valores de las desviaciones de la mayor empresa de propiedad estatal - *Petróleo Brasileiro S/A* – en la cual a través de conducta ingeniosa que envuelve la participación de funcionarios, altos mando del gobierno de Brasil, partidos políticos, directores de las compañías en el área de infraestructura y operadores financieros, ha dañado significativamente al Tesoro y cuyos hechos, en el punto que interesa, están en el Capítulo III de la Segunda Parte de esta tesis.

²⁴² Marcelo Batlouni Mendroni, en su obra, acerca del acuerdo de indulgencia en los delitos de formación de cartel, menciona que "En Italia, también, a pesar de la previsión de principio jurídico de la Legalidad el *Código di Procedura Penal* admite la aplicación del principio del consenso, por ejemplo, en los artículos 438, 444 y 458. Se observa que el *Código di Procedura Penal Italiano* de 1988 mas allá del *iudizio direttissimo* (Art. 449 a 452), el *giudizio immediato* (Art. 453 a 458) y el *giudizio abbreviato* (Art. 438 a 443), está reglado principalmente en los art. 444 al 448 CPP". (op. cit., p. 61).

²⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015, *Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária de recursos, bens ou direitos de origem lícita não declarados, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, e dá outras providências.*

El autor del proyecto, senador Randolfe Rodrigues Journal, manifestó en una entrevista concedida por el “UOL Noticias” en 07.16.2015, que su proyecto “nació a raíz de los SwissLeaks, el escándalo planetario que envolvía la mayor filtración de los datos bancarios de la historia: las cuentas secretas de 106.000 clientes de 203 países, solamente en el período de 2006 y 2007, que movieron más de \$ 100 mil millones en una sola agencia del banco HSBC en Ginebra. Los archivos del HSBC indican que los brasileños son 8.667 clientes que utilizaron 6.606 cuentas y movieron alrededor de \$ 7 mil millones de dólares, en esos dos años, en esa única agencia del banco.

Brasil es el noveno país con recursos depositados y el 5^a más grande en número de clientes, con valores, hasta entonces secretos, y supuestamente no declarados a las autoridades fiscales brasileñas.

Las cuentas son numeradas y hacen uso frecuente de “off shore” de paraísos fiscales, lo que refuerza el carácter confidencial de las transacciones financieras y atrae la atención de las autoridades y de la Comisión Parlamentaria de Investigación - CPI”.²⁴⁴

Como resultado de las investigaciones llevadas a cabo por la Policía Federal, al respecto de los valores de funcionarios y autoridades en bancos extranjeros o como consecuencia de la Comisión Parlamentaria de Investigación, desarrollado por la legislatura brasileña, se identificaron numerosas cuentas en el extranjero de brasileños, sin que las autoridades fiscales tengan conocimiento, nadie tiene la menor duda de que el Proyecto de ley en discusión pretende dotar a la Administración Pública de instrumentos para regular los bienes y derechos de brasileños existentes en el extranjero y llevados al exterior por particulares y empresas.

La invención de este instrumento no es brasileña. Otros países han hecho uso de instrumentales idénticos y se pueden citar Argentina que obtuvo la repatriación de alrededor de 4,7 millones de dólares; Italia recuperó a cerca de €100 mil millones; Turquía, a su vez ha generado 47,3 millones de euros, hechos esos informados en la justificación dada a ese proyecto de ley.²⁴⁵

²⁴⁴ RODRIGUES, Randolfe. Resgate de contas secretas no exterior anularia tesourada no PAC, 2015.

²⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015. op. cit.

México ha utilizado esta herramienta varias veces²⁴⁶, siendo el último aprobado por el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en el día 26 de marzo de 2009. Referido Decreto otorgo diversos beneficios fiscales en materia de impuesto sobre la renta relativos a depósitos o inversiones que se receban en México tanto por las personas físicas y morales podrán considerar que obtuvieron ingresos provenientes de recursos mantenidos en el extranjero, inclusive cuando los ingresos hayan sido generados en efectivos, en bienes, en servicios o en crédito antes del 1 de enero de 2009 por entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, aun en el caso de que dichos ingresos no hubieran sido distribuidos por tales entidades o figuras a los contribuyentes antes de la fecha citada. Los contribuyentes que opten por aplicar lo dispuesto en esta regla no podrán acreditar en México el impuesto pagado en el extranjero por dichos ingresos.

Los abogados Enrique Hernandez-Pulido, Artemiza Q. Shumacher y Abel Mejia Cosenza, que integran el buffet Procópio, Cory, Hargreaves & Savitch LLP señalan como aspectos relevantes de ese Decreto que

en términos generales el incentivo fiscal consiste en otorgar a residentes mexicanos una tasa preferencial del 4% en caso de ingresos generados en extranjero de personas físicas y del 7% en el caso de personas morales además de la condonación del 100% de recargos relacionados (y potencialmente multas). En materia de amnistía fiscal el Decreto se caracteriza porque permite el pago del impuesto mediante un mecanismo sencillo de timbre fiscal el cual da por cumplidas todas las obligaciones fiscales formales relacionadas con los ingresos materia del Decreto. Esto incluye declaraciones de impuestos e informativas. [Y en la secuencia confirman que] Es de resaltar que internacionalmente es más o menos común encontrarse con programas de incentivos para la repatriación de ingresos generados en el extranjero o con amnistía fiscales. Los Estados Unidos actualmente tiene en curso un programa de 'amnistía' limitada para ingresos generados en el extranjero y una tasa preferencial del 15% para dividendos distribuidos por corporaciones extranjeras a residentes fiscales de los Estados Unidos. No obstante, en nuestra experiencias el Decreto mexicano establece uno de los programas más generosos que hemos observados tanto en México como internacionalmente. Desde nuestra perspectivas, para acceder a los beneficios del Decreto no es necesaria la repatriación de los recursos que dan lugar a los ingresos objeto del beneficio sino solamente se requiere la repatriación de los ingresos mismo.²⁴⁷

²⁴⁶ Es lo que destaca Victor M. Barajas Barrera, confirmando que en México se utilizó esta herramienta en los años de 1989 (cf. Decreto publicado en el DOF en 02.08.1989); 1995 (cf. Decreto publicado en el DOF 18.10.1995); 2005 (cf. Decreto publicado en el DOF 26.01.2005) y el último en 2009 (cf. Decreto publicado 26.03.2009). (BARRERA, Victor M. Barajas. *Decreto de repatriación de capitales, ¿una alternativa viable?* Disponible en: http://www.dofiscal.net/pdf/doctrina/D_DPF_RV_2009_173-A9.pdf. Accedido el 15.01.2016.

²⁴⁷ Disponible en: <http://www.procopio.com/userfiles/file/assets/files1/66801-1228.pdf>. Accedido el 15.01.2016.

Argentina, de forma idéntica también ya se valía de Régimen de Regularización, Promoción y Protección del Empleo Registrado, Exteriorización y Repatriación de Capitales. Este mecanismo fue creado por la Ley n° 26476, de 18 de diciembre de 2008.²⁴⁸

La profesora e investigadora Isabel Roccaro de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza-Argentina), al comentar sobre la referida Ley dice que “frente a un escenario cambiante y la crisis internacional, cuyas consecuencias como, la fuga de capitales, pérdida de puestos de trabajos, bajas de los mercados de valores, han generado la contracción de las economías nacionales y la desaceleración del ritmo de los países. En contexto, el Gobierno Argentino marcó un nuevo rumbo en cuanto a su política económica y fiscal, al impulsar y sancionar en 22 de diciembre de 2008, la ley 26.476, llamada ‘*Régimen de regularización, impositiva, promoción y protección del empleo registrado, exteriorización y repatriación de capitales*’, conocida vulgarmente como ‘ley de blanqueo’. Sin duda esta medida fue motivada por el contexto descrito y la necesidad del Estado Nacional de contar con fondos para afrontar el constante aumento del gasto público, no obstante, no hay que olvidar que la República Argentina, a lo largo de los años, ha tendido una constante fuga de capitales. Ante esta circunstancia el Estado Argentino, ha pretendido incentivar el reingreso de divisas o capitales que se encuentran en el extranjero, y la exteriorización de dinero o bienes que se encuentran dentro del territorio nacional, pero que no han sido debidamente declarados a los efectos impositivos, concediendo ventajas sustanciales, como condonación de intereses, multas y demás sanciones, tanto a personas como empresas, que decidan acogerse al nuevo régimen”.²⁴⁹

No es diferente en España, que a través del Real Decreto-ley n° 12/2012, de 30 de marzo, se aprobó diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a La déficit público.²⁵⁰

Miguel Angel Sanches Huete comentando ese mecanismo en España destaca que “la crisis conlleva unos claros efectos financieros en el Estado: una pérdida de recaudación, tanto de los impuestos directos como indirectos, y un aumento de las necesidades sociales,

²⁴⁸ ARGENTINA. Ley n° 26476, de 18 de Diciembre de 2008. Regularización Impositivo – Régimen de Regularización Impositivo, Promoción y Protección del empleo registrado, exteriorización y repatriación. *Boletín Oficial de 24 de Diciembre de 2008 y Boletín AFIP n° 139, Febrero de 2009, p. 198.*

²⁴⁹ ROCCARO, Isabel. *Medidas anticrisis en Argentina: La regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado y La exteriorización y repatriación de capitales*. Disponible en: http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/5/38375/roccaro_blanqueo_de_capitales.pdf. Accedido el 15.01.2016.

²⁵⁰ ESPANHA. Decreto-ley n° 12, de 30 de marzo de 2012, introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. *Boletín Oficial del Estado n° 78, de 31 de marzo de 2012, Sec. I, p. 26860.*

derivadas del desempleo y demás prestaciones. En tal panorama de contracción de ingresos se adopta una medida tributaria que busca aumentar de manera extraordinaria la recaudación de fondos públicos: la amnistía fiscal. El Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, regula la que denomina declaración tributaria especial, una medida que permite regularizar la situación jurídica de quienes no habían declarado puntualmente sus bienes”.²⁵¹

De esta manera se estima que Brasil, si aprobado el Proyecto puede recaudar a las arcas públicas alrededor de 100 a 150 mil millones de reales, algo equivalentes a 35 ó 50 mil millones de dólares a precios corrientes, a partir del cálculo de una cifra de 400 mil millones de dólares EE.UU. de activos existentes en el extranjero y no declarados.

Tales activos en el exterior son justificados en razón de los diferentes planes económicos desarrollados por el gobierno brasileño, como Planes Cruz I y II (1986), el Plan Bresser (1987), el Plan de Verano (1989), Planes de Collor I y II (1990 y 1991) y el Plan Real (1994), en los cuales había ciertas dificultades para pagos al exterior, así como de cierta inestabilidad monetaria, política o crisis internacionales.

Se observa que el proyecto de ley N° 2960/2015 pretende regular solo los activos, bienes y dinero que proviene de actividades legales, no declarados a las autoridades fiscales en tiempo hábil, pero con absoluta exclusión de todos aquellos que surjan de cualquier conducta delictiva, tales como tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas similares, el terrorismo y su financiamiento, el contrabando y el tráfico de armas; la extorsión a través de secuestro, delitos contra la administración pública, contra el sistema financiero nacional, el crimen organizado, en particular los delitos contra la administración pública, mismo otros recursos financieros que provienen de hechos delictivos.

Para tal, el proyecto de ley, en referencia, incluye a las personas físicas y jurídicas a la no responsabilidad de crímenes contra el sistema fiscal. Caso los que falsamente declaran los recursos existentes en el extranjero, podrán ser cobrados por montos equivalentes a los impuestos, multas e intereses, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones penales civiles, administrativos y correspondientes.

También se pronostica la extinción de la responsabilidad penal para abarcar las figuras delictivas típicas asociadas con la evasión de los impuestos sobre los envíos y mantenimiento irregular en el extranjero, más precisamente de los delitos de falsedad.

²⁵¹ HAUETE, Miguel Angel Sanches. *Medidas tributarias anticrisis de España, análisis específico de la amnistía fiscal*. Revista de Derecho, vol XXVI – n° 1 – Julio 2013, p. 95-117. También, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n1/art05.pdf>. Accedido el 15.01.2016.

En este punto la propuesta acompaña el entendimiento jurisprudencial de la Superior Tribunal de Justicia, en el precedente 17, que dice “Cuando el falso se agota en la malversación de fondos y sin potencial más dañino es absorbida por este”.²⁵²

Esta comprensión se deriva de la aplicación del principio de la ley criminal en la que el crimen-fin absorbe el crimen medio, que constituye el llamado “principio de la absorción.” Al respecto enseña Vicente de Paula Rodrigues Maggio

La absorción ocurre cuando un acto definido como crimen y realizado en la preparación, ejecución o agotamiento de otro crimen más grave. Por este principio, el agente responde solo por el delito más grave que absorbe el menos grave, es decir, el crimen fin absorbe el delito de medio. Este principio se puede aplicar en los casos siguientes: a) el crimen progresivo, es cuando la víctima se lesiona antes de su muerte, el agente responde solo por el asesinato que absorbe el daño corporal; en la progresión criminosa es cuando el agente, después de practicar el crimen que inicialmente deseaba, decide practicar un delito más grave, por ejemplo, después de lesionarse a la víctima, el agente decide matarla, llegando así a responder solo por el asesinato; c) en el delito complejo, que es la unión de dos o más delitos autónomos, el agente responde solo por el delito complejo, por ejemplo, en el robo con muerte, en que la fusión de hurto o robo es seguido de muerte; el delito de extorsión mediante secuestro, en la cual hay la fusión de secuestro y extorsión; delito de lesiones personales seguido de muerte, que es la fusión de lesiones personales y homicidio culposo.²⁵³

Pierpaolo Bottini Cruz, al comentar sobre el citado proyecto de ley, asegura que

tiene como objetivo aclarar los contornos del diseño legal original y sumar algunos excesos que merecen atención. En primer lugar, vale la pena un paseo por las principales críticas que: (i) es una propuesta del gobierno destinado a salvar a los acusados de la ‘Lava Jato’; (ii) la lista de los crímenes amnistiados es demasiado extensa; (iii) las medidas para garantizar que los productos regulados tienen origen lícito son insuficientes. [Y en la continuidad explica que] Parte de las ponderaciones procede. Parte no. En primer lugar, no es un proyecto solo del gobierno o de este gobierno. La regularización del capital no declarado es una experiencia que ya existe en países como Estados Unidos, Portugal, Irlanda, Italia, Reino Unido, Francia y México. En segundo lugar, no se trata de una propuesta ideológicamente vinculada a ese gobierno, ya que pensadores de todas las tendencias, como Everardo Maciel, Heleno Torres e Ives Gandra da Silva Martins, apoyan la idea, aunque difieren en cuanto a multas y tarifas, así como en la forma de disposición legislativa de la regulación. Por lo tanto, vale la pena conocer la razón central para el proyecto. En el pasado, miles de brasileños enviaron dinero y abrieron cuentas en el extranjero, sin notificar a las autoridades nacionales para proteger su riqueza de la inflación y la inestabilidad económica que asolaba el país. Los salarios, honorarios, por último, frutos de las actividades lícitas se trasladaron a Suiza, Uruguay y Panamá, entre otros.²⁵⁴

²⁵² BRASIL. Súmulas 17 del STJ. “Cuando el falso se agota en la defraudación, sin más potencialidad lesiva, y por este absuelto”.

²⁵³ MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito penal: parte geral*. 4ª ed. Campinas: Millenium, 2003, p. 40.

²⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Regularização de bens não declarados no exterior: escândalo ou solução? *Consultor Jurídico* [online], 3 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/direito-defesa-regularizar-bens-nao-declarados-externo-escandalo-ou-solucao>. Accedido el 04.11.2015.

De hecho, el proyecto de ley incluye aspectos positivos y negativos. El aspecto positivo es que las fortunas que fueron remitidas al exterior derivadas de fuentes legales de la cual sueldos, honorarios, operaciones comerciales, ganancias de cualquier orden legal, como una forma de salvaguardarlos de la fiscalización de la época. Sin embargo, la mayoría quiere, desea, siente la necesidad de re-introducir en el país, por lo tanto al no tener una norma que regularice la situación, aprovecha la creación de estructuras financieras específicas, como son los *trusts*, *offshores*, las simulaciones de exportaciones, dando aparente legalidad, corriendo todos los riesgos de ser identificado por las autoridades fiscales de Brasil y de tener que rendir cuentas a la Justicia Criminal.

Es que con la salida de capital, sin información al Tesoro Nacional, los ciudadanos cometen el delito de evasión de divisas, cuya pena es de dos a ocho años de prisión y una multa, o mantener depósitos en el exterior no declaradas al Banco Central.

Sucede que en la investigación de dicha conducta puede resultar en la configuración de la práctica de lavado de dinero, la pena va de tres a diez años. En este sentido el proyecto de ley revela un aspecto positivo ya que, con respecto a las autoridades fiscales, estos tendrían la opción de regularizar los bienes en el extranjero, ya que el pago de impuestos, una multa, y la justificativa de que los productos tienen un origen lícito. Otro aspecto positivo sería que él recibiría la extinción de la criminalidad del delito de evasión de divisas y delitos fiscales relacionados. Por lo tanto, se objetiva que más de cien mil millones de dólares podrían venir a Brasil para impulsar la economía.

Se cree que la mayoría de los que mantienen los bienes y activos fuera de origen lícita se unirían a la regularización, incluso satisfaciendo los requisitos previstos en el proyecto de ley, mismo porque hay una tendencia en los países signatarios de la OCDE – y Brasil es uno de ellos ya a partir del año de 2018 – firmar acuerdos para el envío y recepción de las informaciones de los activos de sus miembros en el extranjero. Luego dicen que el proyecto de ley tiene un suceso garantizado en siendo aprobado y vigente en Brasil.

El aspecto negativo del proyecto de ley es que la comisión anterior aprobó la extinción de la criminalidad de delitos relacionados con el fraude de divisas como es el caso de la conducta descrita en la ley que regula el sistema financiero - el artículo 16 de la Ley 7.492/86 – es decir, el que “hace operar sin la debida autorización o autorizados por declaración falsa, institución financiera que inclusive de distribución de valores mobiliarios o de cambio”, cuya pena es de prisión de uno a cuatro años y multa. Tal conducta es usualmente practicada por los “doleros”, que realizan operaciones de cambio al margen de la Ley.

En nuestro entendimiento la extinción de la punibilidad, de dicha conducta, permite creer que en realidad tiende a beneficiar al criminoso habitual del sistema financiero.

José Souto Maior Borges dijo que

El perdón de la ilegalidad (amnistía) tiene límites que no pueden ser transpuestos sin la violación de la ley; por ejemplo, no se deben mantener en libertad los liberticidas. El límite más importante es, sin embargo, la igualdad constitucional (art. 5º, *caput*, D). No es tolerable la amnistía, el indulto de la pena, metafóricamente llamada ‘delitos de cuello blanco’, los responsables por robos famélicos, etc. En estos casos, Derecho y Ética se reconcilian, eliminando la posibilidad de perdonar sin la observancia de la igualdad.²⁵⁵

Es pertinente traer a colación las reflexiones finales de Miguel Ángel cuando describe al respecto de “medidas tributarias anticrisis de España: Análisis de la amnistía fiscal, señalando que:

En primer lugar, que la denominada amnistía fiscal, es un mecanismo híbrido tributario y punitivo de carácter parcial. Por un lado, no convierte en lícitas todas las conductas derivadas de dejar de ingresar deuda tributaria – únicamente alude a concretos impuestos IRPF, IS e IRNR -. Por otro lado, su ámbito de eficacia se reduce al ámbito tributario y, respecto del primitivo, únicamente al de las sanciones administrativas. Resalta así que dicha medida no exonera de manera directa responsabilidad penal alguna, únicamente de manera indirecta en el caso del delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del Cp en la medida que se considere existente una deuda tributaria.

En segundo lugar, es una medida extrafiscal, mira más al importe económico que supone dicha recaudación que a la vigencia de los principio de tributación. Si bien conlleva una finalidad intrínsecamente fiscal, pro futuro, y en el plano de aplicación del tributo, que supone el poder controlar los bienes y derechos que se han declarado”.

Y en tercer lugar, en la amnistía fiscal existe el peligro de que suponga premiar la ilicitud y desincentive el cumplimiento legal y puntual. Su presupuesto de aplicación es una conducta ilícita: el haber ocultado bienes, ser titular de bienes y derechos que no se correspondan con los declarados. El régimen efectuado – pago del 10% del valor de los mismos – supone un tratamiento más beneficioso que el otorgado a los contribuyentes cumplidores.

En definitiva, resulta una regulación que trata de manera singularizada y beneficiosa a los sujetos incumplidores de sus obligaciones tributarias. Se evidencia una desigualdad de trato justificada formalmente por la posibilidad de condonar deudas. Ahora bien, dicha justificación formal creemos que no es suficiente para evitar la discriminación que origina, y que lesiona el principio de igualdad constitucionalizado en el art. 31.1 de la CE. En tal sentido trata de manera diversa, y de forma más favorable, a los sujetos incumplidores de las normas tributarias y eventual infractores de las mismas.

La justificación material de tal medida – la extrafiscal de mejorar la recaudación, y la fiscal, de control futuro de los bienes declarados – no resulta suficiente ni proporcionada para su establecimiento. En el establecimiento de la medida priman los motivos extrafiscales, originando una discriminación sin fundamento suficiente en clave estrictamente tributaria. Y ante tal diatriba vuelve a plantearse si la fiscalidad, y los principios que la informan han de ceder ante exigencias no

²⁵⁵ BORGES, José Souto Maior. Breves considerações sobre anistia e sonegação fiscais. In: PARISI, Fernanda Drumond; MELO, José Eduardo Soares de (Coords). *Estudos de Direito Tributário, em homenagem ao professor Roque Antonio Carraza*. São Paulo: Malheiros, 2014, v. 3, p. 532.

fiscales, o cuál es grado de instrumentalidad de la norma tributaria y la virtud de sus principios.²⁵⁶

Llamo la atención para la disposición de la Ley de Responsabilidad Fiscal, la cual impone condiciones para la exención de los ingresos en forma de amnistía, perdón, subsidio, crédito presumido, concesión de exención no generales, alteración de alícuota o modificación de la base de cálculo o hasta un trato diferenciado.

La disposición de la citada Ley (Ley Complementaria N° 101 de 4 de mayo, 2000) dice:

Art 14. La concesión o ampliación de incentivo o beneficio al impuesto que plantea la renuncia de los ingresos debe ir acompañado de las estimaciones del presupuesto y el impacto financiero en el año en que debe comenzar su vigencia y en los dos siguientes, cumplir las disposiciones de la ley de directrices presupuestarias, y al menos una de las siguientes condiciones:

I – demostración del solicitante que la renuncia fue considerada en la estimación de los ingresos de la Ley presupuestaria, según el art. 12, y que no afectará las metas fiscales establecidas en el adjunto propio de la ley de directrices presupuestarias;

II – estar acompañada de medidas compensatorias en el período antes mencionado, a través del crecimiento de los ingresos, del aumento de las alícuotas, la ampliación de la base tributaria, el aumento o creación de impuesto o contribución.

§ 1°. La renuncia incluye la amnistía, perdón, subsidio, crédito presumido, concesión de exención no general, la tasa de cambio o modificación de la base de cálculo que implica la reducción detallada de impuestos o contribuciones, y otros beneficios que corresponden a un trato diferenciado.

§ 2°. Si el acto de concesión o ampliación del incentivo o beneficio mencionado en el *caput* de este artículo resulta de la condición que figura en el punto II, el beneficio solo se hará efectivo cuando se implementan las medidas contempladas en el artículo mencionado.

§ 3°. Lo anterior no se aplicará a:

I - los cambios en los tipos impositivos establecidos en los incisos I, II, IV y V del art. 153 de la Constitución, de acuerdo con su § 1°;

II - la cancelación de la deuda por montos inferiores a la de sus gastos para la recaudación.²⁵⁷

De hecho, ya se ha creado una cultura en este país, así asevera José Calanzani, “que no deben pagar impuestos sobre la fecha de vencimiento, sobre todo municipal, dada la expectativa de que habrá decreto de amnistía. En muchos municipios, sin embargo, los administradores, para mantenerse en buenos términos con los votantes, exentan del pago de

²⁵⁶ HAUETE, op. cit, p. 116-117.

²⁵⁷ BRASIL. Lei complementar 101, de 04 de maio de 2000. Op. cit.

impuestos a la propiedad IPTU,²⁵⁸ para la obtención de dividendos políticos, buscando ayuda estatal o federal en momentos de dificultad”.²⁵⁹

Este proyecto incluye 32 enmiendas de las más diversas, pero algunas no alteran sustancialmente su mérito, siendo más de adiciones de expresiones, que fueron aprobadas por la Cámara de Representantes en un tiempo récord, es decir en 11.11.2015 y enviado al Senado el 11.12.2015 para su aprobación o modificación.

En el Senado, el proyecto de ley fue cambiado para n° 186/2015 que tuvo una tramitación rápida, siendo aprobado el 12.15.2015 y se envió a la Presidencia para la sanción o veto, en el plazo de 15 días hábiles a partir de la fecha de recepción del proyecto. Esto es lo que se extrae de la disposición de la Constitución Federal:

Art. 66. La casa en la que se concluye la votación enviará el proyecto de ley al Presidente, quien, si está de acuerdo, deberá sancionar.

§ 1° - Si el Presidente de la República considera que el proyecto, en su totalidad o en parte, es inconstitucional o contraria al interés público, lo vetará total o en parte, dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha de recepción, y comunicará, dentro de las cuarenta y ocho horas, al Presidente Senado las razones del veto.

§ 2° El veto parcial solamente incluirá el texto completo de un artículo, párrafo, artículo o línea.

§ 3° Pasado el plazo de quince días, el silencio del Presidente de la República implicará en la sanción.

§ 4° El veto será examinado en una sesión conjunta, dentro de los treinta días siguientes a la recepción y solo puede ser rechazado por la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores.

§ 5° Si el veto no se confirmó, el proyecto de ley es enviado, para su promulgación al Presidente de la República.

Así, la Presidencia, haciendo uso de las disposiciones constitucionales antes mencionadas, sancionó dicho proyecto de ley como la Ley n° 13.254, de 13 de enero, 2016, entrando en vigor desde entonces, pero debe ser regulada por los órganos de la Receta Federal de Brasil (art. 10) con vetos parciales.²⁶⁰

²⁵⁸ La Constitución de la República Federativa de Brasil prescribe la forma de competencia del municipio para gravar institución y de este impuesto a la propiedad y la tierra urbana, conocido por las siglas IPTU. Así está en dicha Constitución: “Art. 156. Es competencia de los Municipios establecer impuestos sobre: I. propiedad predial y territorial urbana”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 de outubro de 1988.

²⁵⁹ CALANZANI, José João. Lei de Responsabilidade fiscal – anistia de multa e juros – renúncia de receita – regra do art. 14 – alcance da norma. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*, ano 4, n. 7, jan/mar 2003, p. 19.

²⁶⁰ BRASIL. Ley n° 13.254, de 13 de enero de 2016. Dispone sobre el Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria (RERCT) de recursos, bienes o derechos de origen lícito, no declarados o declarados incorrectamente, remetidos, mantenidos en el extranjero o repatriados por residentes o domiciliados en el País. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 de enero de 2016.

Por lo tanto, la Ley 13.254 / 2016 establece el Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria (RERCT) para declaración voluntaria de recursos, bienes o derechos de origen lícito, no declarados o declarados con omisión o falta de exactitud con relación a datos esenciales enviados o guardados en el extranjero o repatriados por residentes o domiciliados en el país, de acuerdo con las leyes fiscales o de cambio (art. 1°).²⁶¹

El Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria se aplica a las personas residentes o domiciliadas en el país el 31 de diciembre de 2014, que han sido o están siendo propietarias o poseedores de activos, bienes o derechos en los períodos anteriores al 31 de diciembre de 2014, aunque en esa fecha no tengan saldo de los fondos o el título de los bienes y derechos (§ 1°).

Los efectos de esta ley se aplicarán también a los titulares de derechos o de hecho que, voluntariamente, declaran o rectifican la declaración incorrecta de los recursos, bienes o derechos, acompañados con los documentos e información sobre su identificación, la propiedad o el destino (§ 2°); a los no residentes en el momento de la publicación de esta Ley, siempre que residentes o domiciliados en el país de acuerdo con la legislación fiscal el 31 de diciembre, 2014 (§ 3°) y espolio cuya sucesión está abierta el 31 de diciembre, 2014 (§ 4°).

Se hace notar que la ley no se aplica a aquellas personas que hayan sido condenadas en procesos penales, que tengan por objeto alguno de los siguientes delitos (§ 5°):

A - Los delitos contra la orden tributaria y el orden económico y contra las relaciones de consumo (Ley 8.137 / 90: Artículo 1°), consistente en la eliminación o reducción de impuestos o contribución social y cualquier accesorio a través de las siguientes medidas: I - omitir información, o proporcionar una declaración falsa a las autoridades fiscales; II - defraudar a la inspección fiscal, entrando elementos

²⁶¹ Varios Diputados y Senadores presentaron enmiendas al Proyecto de Ley 2960/2015, entre ellos, el Diputado Ricardo Barros para alterar el artículo 1° e incisos, que consiste, en las palabras “y/o declarados en rebeldía e/o incorrecta en relación a los datos esenciales” para el caput del art. 1° y también en el § 2° del mismo artículo, y en los incisos I, III y IV del art. 2°, y caput del Art. 3°, siendo importante para alcanzar situaciones en las que la declaración fue inexacta o incorrecta, lo que aumentará el alcance de recaudación de ingresos de la medida y estimulará la regularización en casos en que hubo algún tipo de declaración, desconforme”. Y aún añade que: “Es necesario incluir el término en el País, importados” en el art. 1° y en el inciso V del art. 2°, ya que hay recursos, bienes o derechos de diversa índole que pueden estar en Brasil sin el que el titular los tenga adquirido en el extranjero y repatriados al país y podría ser objeto de regularización, así como para dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso II del § 5° del art. 6° del proyecto de ley en sí. La adaptación en el inciso III del art. 2° (suprimiendo la palabra repatriados) sigue lo propuesto en el caput del art. 1°. Ya la inclusión de los semovientes en la redacción del inciso IX del art. 3°, es mero cambio de redacción para aclarar la información/coherencia con el párrafo único de este artículo. La adición de redacción al final del párrafo único del art. 3°, se justifica ya que la prueba de la propiedad a través del registro oficial no es posible para algunos productos. Por último, la inclusión de otros delitos definidos en la Ley N° 4.729/62, de la Ley N° 7.492/86 y en los artículos 334 y 304 del Código Penal en la redacción de los incisos de I a IV del art. 5° tiene una gran importancia a fin de no restringir indebidamente el alcance de la norma” (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015, *Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária de recursos, bens ou direitos de origem lícita não declarados, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, e dá outras providências*).

inexactos u omisión de operaciones de cualquier naturaleza en un documento o un libro requerido por la ley de impuestos; III - la falsificación o alteración de la factura, *duplicata*, factura de venta o cualquier otro documento relacionado con la operación tributable; IV - preparar, distribuir, ofrecer, emitir o usar de documentos que sabe o debería saber falsa o inexacta; V - negar o dejar de proporcionar, cuando sea necesario, factura o documento equivalente en la venta de bienes o prestación de servicios, efectivamente realizada, o proporcionarla en conflicto con la legislación. Estos crímenes tienen predicción de pena de prisión de 2 (dos) a cinco (5) años y multa.

B – Los delitos contra la orden tributaria y el orden económico y contra las relaciones de consumo (Ley 8.137 / 90: Artículo 2º.), que consta de la eliminación o reducción de impuestos o contribución social y cualquier accesorio a través de las siguientes medidas: I - hacer declaraciones falsas u omitir la declaración de ingresos, activos o hechos, o emplear otros tipos de fraude, para eximir la totalidad o parte del pago del tributo; II - dejar de reunir dentro del plazo legal, impuesto sobre el valor o las cotizaciones sociales, descontado o cobrado, en la calidad de sujeto pasivo de obligación y que debería recoger a las arcas públicas; [...] V - usar o divulgar programa de procesamiento de datos que permite al sujeto pasivo de las obligaciones tributarias diferente de aquella que es, por ley, facilitada por la Hacienda Pública. para estos delitos se prevé pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa;

C – Crímenes contra la evasión de impuestos (Ley N ° 4.729/65: Artículo 1º) Por medio de las siguientes conductas: I - proporcionar declaraciones falsas u omitir, en su totalidad o en parte, la información que debe ser producida por agentes de entidades jurídicas de derecho público, con la intención de eximir, total o parcialmente, el pago de impuestos, tasas y cualquier adicional debido por la ley; II - insertar elementos inexactos u omisión de ingresos, u operaciones de cualquier tipo en los documentos requeridos o libros exigidos por las leyes fiscales, destinados para eximirse del pago de impuestos adeudados al Tesoro; III - alterar las facturas de cambio y documentos relativos a las transacciones comerciales con el fin de defraudar al fisco; IV - proporcionar o expedir documentos mentirosos o cambiar los gastos, aumentándolos posteriormente con el fin de obtener la deducción de impuestos adeudados al Estado, sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes. V - Exigir, pagar o recibir, para el mismo o para otro contribuyente beneficiario de paga, cualquier porcentaje de la parte deducible o deducida del impuesto sobre la renta como incentivo fiscal. Para estos crímenes se prevé penas de prisión de seis meses a dos años y multa de dos a cinco veces el importe del impuesto. Se observa que en el caso del delincuente primario, la pena se reducirá a una multa de diez (10) veces el importe del impuesto (§ 1º); si el delincuente se utiliza del ejercicio de funciones públicas, la pena se aumentará en la sexta parte (§ 2º) y el funcionario con atribuciones de verificar el lanzamiento o inspección de los tributos, contribuye con la práctica de los delitos de evasión de impuestos, será castigado con la pena de este artículo aumentada la tercera parte, con la apertura obligatoria del procedimiento administrativo competente (§ 3º). La multa impuesta en virtud de esta Ley será calculada y se percibirá en su totalidad como un ingreso extraordinario (artículo 4º);

D – Los crímenes cometidos por los individuos en contra de la administración en general, consistente en excluir o reducir la contribución de la seguridad social y cualquier accesorio (art. 337-A del Código Penal.) Por las siguientes medidas: I - omitir de la nómina de la empresa o documento de informaciones previstos en la legislación de seguridad social de los empleados asegurados, empresario, trabajador independiente o por cuenta propia o a este equiparado que presten servicios; II - dejar de lanzar mensualmente en los propios títulos de la empresa de contabilidad las cantidades descontadas del asegurado o por el empleador o por los servicios de los prestatarios; III - omitir, totalidad o parte, de las recetas o beneficios obtenidos, remuneraciones pagadas o acreditadas y otros factores sujetos a imposición de contribuciones de pensiones sociales: Estos delitos tienen previsiones de penas de prisión, de dos (2) a cinco (5) años y multa;

E - Los crímenes cometidos por falsedad documental, cuando agotado su potencial perjudicial con la práctica de los crímenes previstos en los incisos I a III de la

presente Ley, previstas en los arts. 297, 298, 299 y 304, todos del Código Penal, a través de las siguientes medidas: I - Falsificación, en su totalidad o en parte, documento público, o modificar el documento público verdadero, (art. 297) prisión de dos a seis años y una multa. Este crimen si el delincuente es un funcionario público, y comete el crimen se prevaleciendo de la posición, aumenta la pena una sexta parte (§ 1º); se equiparan al documento público que emana de entidad paraestatal, el título al portador o transferible por endoso, las acciones de una empresa comercial, los libros de comercio y la voluntad particular (§ 2º). Tomo observar que también incurre en las mismas penas quien inserta o hace insertar (§ 3º): I - en la nómina o documento que se pretende hacer prueba ante la seguridad social, de persona que no tiene la calidad requerida de asegurado; II - En el documento de Trabajo y Seguridad Social de los empleados o documento que debería entrar en vigor antes de la seguridad social, declaración falsa o diferente de lo que debería haber sido comunicado por escrito; III - en el documento contable o cualquier otro documento relativo a las obligaciones de la empresa con la Seguridad Social, declaración falsa o diferente de la que debería haber aparecido. Además, las mismas penas se aplican a quien omite, en los documentos mencionados en el § 3º, el nombre y los datos personales, la compensación, la duración del empleo o la prestación de servicios (§ 4º.) IV - Falsificar, en su totalidad o en parte, documento particular o alterar documento particular verdadero (artículo 298) estableciendo pena de prisión de uno a cinco años y multa. Se considera para los efectos de esta conducta la tarjeta de crédito o débito como un documento en particular; V - Omitir, en el documento público o privado, una declaración que debía constar, o insertar en ella o hacer insertar declaración falsa o diversa de aquella que debía ser escrita, con el fin de perjudicar, crear obligaciones o alterar la verdad sobre el hecho jurídicamente relevante (Art. 299) con pena de prisión de uno a cinco años y multa, si el documento es público, y de prisión de uno a tres años y multa de quinientos mil reis a cinco contos de reis, si el documento es privado. Si el autor es un funcionario público, y comete el crimen usando su cargo, o si la falsificación o alteración es de los registros civiles, se aumenta la pena una sexta parte (Párrafo único) y VI - Hacer uso de cualquiera de los papeles falsificados o alterados, que se refiere a los arts. 297-302 (Art. 304), combinando la pena a la de la falsificación o alteración;

G - Los delitos de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores, cuando el objeto del delito es un bien, derecho o valor derivado, directa o indirectamente, de los delitos previstos en los incisos I a VI, previstas en el art. 1º de la Ley 9.613/98, con las siguientes medidas: I - Ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o bienes derivados directa o indirectamente de un delito (artículo 1º.) con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa. La misma pena para quien, ocultar o disfrazar el uso de los activos, derechos y valores resultantes de un delito (§ 1º): a) los convierte en activos lícitos; b) - adquiere, recibe, intercambios, comercios, da o recibe como garantía, mantiene en depósito, movimientos o transferencias; c) - de importación o exportación de bienes que no corresponden a su verdadero valor. También incurrirá en la misma pena quien: - utiliza en las actividades, los bienes, derechos económicos o financieros y objetos de valor resultantes de un delito; II - participa del grupo, asociación u oficina sabiendo que su actividad principal o secundaria se dirige a los delitos previstos en el presente documento.

El Presidente de la República vetó la conducta que era prevista en el art. 21 de la Ley 7492/86, es decir, la de “ser atribuido, o asignar a un tercero, falsa identidad, para llevar a cabo las operaciones de cambio”, que prevé la pena de prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años y multa.

En un mensaje enviado al Senado afirmó que había oído el Ministerio de Finanzas, que se manifiesta por el veto de la disposición antes mencionada, una vez que el dispositivo

impedía que las personas penalmente condenados por crímenes en virtud del Proyecto podrían unirse al Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria - RERCT.²⁶²

Además, esta ley considera (artículo 2º):

I - recursos o activos no declarados o declarados con omisión o inexactitud en tales datos esenciales: los valores, bienes tangibles e intangibles, capital y derechos, con independencia de la naturaleza, el origen o la moneda que estén o hayan estado previamente a 31 diciembre de 2014, propiedad de personas físicas o jurídicas residentes, domiciliadas o con sede en Brasil;

II - recursos o activos de origen lícito: los bienes y los derechos adquiridos con fondos de las actividades permitidas o no prohibidas por la ley, así como el objeto, el producto o el beneficio de los delitos enunciados en el § 1º del art. 5º;

III - los recursos y bienes repatriados objeto del RERCT: todos los recursos o patrimonios, en cualquier moneda o forma, de propiedad de residentes o domiciliados en el país, aunque bajo la propiedad de no residentes, de la cual participa, es socio, propietario o beneficiario, que fueron adquiridos, transferidos o utilizados en Brasil, con o sin registro en el Banco central de Brasil, y no están debidamente declarados;

IV - los recursos o bienes remitidos o mantenidos en el extranjero: los valores, bienes tangibles e intangibles, el capital y los derechos no declarados o declarados con omisión o inexactitud en relación a los datos esenciales y enviados o guardados fuera del país;

V - titular: dueño de los recursos y bienes no declarados, remitidos o mantenidos en el extranjero o repatriados de forma inadecuada.

El Régimen Especial de Regularización Cambial y Tributaria de recursos es aplicable en todos los recursos, bienes o derechos de residente de origen lícito o domiciliado en Brasil el 31 de diciembre de 2014, incluidos los movimientos ya existentes, enviados o mantenidos en el extranjero, así como para los que han sido trasladados al país, en cualquier caso, y que no han sido declarados o han sido declarados con la omisión o inexactitud en estos datos esenciales, tales como (artículo 3º):

I - los depósitos bancarios, certificados de depósito, participaciones en fondos de inversión, instrumentos financieros, pólizas de seguros, certificados de inversión o de operaciones de capitalización, los depósitos en tarjetas de crédito, fondos de jubilación o pensión;

II - operación con personas físicas o jurídicas;

III - los recursos, bienes o derechos de cualquier naturaleza, que surgen de las transacciones de divisas ilegítimas o no autorizadas;

IV - recursos, bienes o derechos de cualquier especie, integrados en empresas extranjeras en forma de acciones, integración de capital, aporte de capital o cualquier otra forma de participación en la propiedad o el derecho a participar en el capital de entidades jurídicas con o sin personalidad jurídica;

V - Los activos intangibles disponibles en el extranjero de cualquier tipo, tales como marcas registradas, derechos de autor, software, *know-how*, patentes y cualquier y todos los derechos sometidos al régimen de *royalties*;

VI - inmobiliario en general o activos que representan derechos sobre bienes inmuebles;

²⁶² Ver mensaje del veto disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Msg/VEP-21.htm. Accedido el 15.01.2016.

VII - vehículos, aeronaves, buques y otros bienes muebles sujetos a registro en general, aunque con gravámenes.

Se toma nota de que el Presidente de la República vetó los incisos VIII y IX del art. 3º, es decir, que “los valores, bienes y derechos de cualquier naturaleza, ubicados fuera de los bienes cuya sucesión esté abierta” la razón por la que “entraría en conflicto con otras disposiciones del proyecto en sí, dando lugar a dudas y la consiguiente inseguridad jurídica en el marco temporal para la regularización de valores, bienes o derechos de cualquier naturaleza del espolio. La regularización del espolio, sin embargo, permanece asegurada en el Proyecto”.

Para unirse a la RERCT, la persona física o jurídica deberá presentar a la Secretaría de la Receta Federal de Brasil (RFB), y en copia para efectos de registro, al Banco Central de Brasil declaración única de regulación específica que contiene una descripción detallada de los recursos, bienes y derechos de cualquier naturaleza que posee en la fecha del 31 de diciembre de 2014 para ser regularizados, con su valor en real, o, en inexistencia de saldo o título de propiedad el 31 de diciembre de 2014, la descripción de las conductas practicadas por el declarante que se encajan en los delitos definidos en el § 1º del art. 5º de esta Ley y de los respectivos bienes y recursos que poseyó (Art. 4º).²⁶³

²⁶³ Los procedimientos de dicha adhesión a la RERT se explican en las secciones y apartados de arts. 4º y 5º de la Ley 13.254 / 2016, donde se apreciará por la Junta de Hacienda, con la aprobación de los reglamentos de esta ley, conforme a lo dispuesto en la sección I del art. 10 (de *lege ferenda*). Se observa que para los dispuesto en el art. 4 y 5 el senador Paes Landin presentó varias modificaciones: a) consistente en la adición de las palabras "que se definen y regulan por la RFB (Receta Federal Brasileña)" y, para tal se justifica que "La enmienda propuesta tiene por objetivo dar mayor seguridad al procedimiento, ya que el Servicio de Impuestos Internos de Brasil es el cuerpo efectivamente responsable de la definición de lo que realmente se necesita para identificar los recursos a ser regularizados. En este sentido, con el fin de dar seguridad jurídica a los contribuyentes que estén interesados en formar parte del RERCT, es importante que la RFB identifique, al regular la cuestión de conformidad con el art. 12 del PL 2960/15, un conjunto mínimo de informaciones necesarias para identificar los recursos, bienes y derechos para su regularización conforme el RERCT que deben constar de la declaración de regularización"; b) para el mismo art. 4º, más para § 3º, consiste en alterar totalmente la redacción para constar: "Después de la adhesión al RERCT y posterior regularización en los términos del caput, caso el contribuyente opte por la repatriación de los activos financieros, deberán enviar la información indicada en los incisos I a IV del § 1º a una institución financiera autorizada a operar en el país, para que realice, con base en esta información, la operación requerida para internalizar los recursos". Y como justificación dice que "la enmienda tiene por objeto aclarar el papel de las instituciones financieras en el ámbito de la RERCT y se relaciona solo para el proceso de repatriación de recursos y en virtud de las actividades relacionadas con la contratación de divisas en relación con los recursos que serán internalizados. En este sentido, las instituciones financieras deben recibir los documentos/informaciones proporcionados en la declaración de regularización en el caso de la internalización de los recursos y la consiguiente contratación de divisas, sin que tengan que emitir ningún juicio de valor en cuanto a su legitimidad y veracidad. Además, se propone la exclusión de la restricción de valor, una vez que, independientemente del valor a ser internalizado, las instituciones financieras necesitarán recibir los documentos relacionados en este artículo con fines de formalizar la operación de cambio correspondiente"; c) para modificar las disposiciones del § 11 del Art. 4º, que consiste en la supresión de las palabras "único" y "a los efectos del procedimiento tributario" del texto original, "porque ellos indican que, en conjunto con otros elementos de pruebas o indicios, la declaración en el RERCT puede aceptarse como prueba o evidencia para la determinación del impuesto o procedimiento criminal, todos a favor de la seguridad jurídica de los contribuyentes que se incorporen al RERCT" (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015. Op. Cit.)

Un hecho de gran importancia es la disposición de esta Ley que la recaudación de las cantidades pagadas por los contribuyentes será compartida con los estados y municipios de la Federación Brasileña:

Art. 6° Para los efectos de esta Ley, el importe de los activos objeto de regularización es considerada aumento patrimonial adquirido el 31 de diciembre de 2014, aunque en esa fecha no exista saldo o título de propiedad, bajo el punto II del título y § 1° del art. 43 de la Ley N° 5.172, de 25 de octubre, 1966 (Código Tributario Nacional), con sujeción a la persona o entidad para el pago de impuestos sobre la renta sobre el mismo, como una ganancia de capital a razón de 15% (quince por ciento), con efecto al 31 de diciembre de 2014.

§ 1° La recaudación del *caput* será compartida con los estados y municipios en la forma establecida por la Constitución, especialmente en términos de lo dispuesto en el inciso I de su art. 159.

§ 2°. En el cálculo de base imponible de este artículo, correspondiente al valor de los activos en real, no serán permitidas deducciones de ninguna especie o descuentos de costes de adquisición.

§ 3° Para efectos de determinar el valor de los activos en real expresados en moneda extranjera debe ser convertido:

I - en dólares estadounidenses por tarifa fija del dólar para la venta, por el Banco Central de Brasil para el último día hábil del mes de diciembre de 2014; y

II - En moneda nacional por el dólar tipo de cambio fijo para la venta, por el Banco Central de Brasil para el último día hábil del mes de diciembre de 2014.

§ 4° La regularización de los bienes y derechos y el pago de impuestos de acuerdo con este artículo y la multa a que se refiere el art. 8° entrañan la remisión de los créditos fiscales derivados de incumplimiento de las obligaciones fiscales y una reducción del 100% (cien por ciento) de las multas por pago tardío, y de los encargos legales directamente relacionados con estos activos y derechos en relación a los hechos ocurridos hasta el 31 de diciembre de 2014 y excluir la multa de presentación por la no entrega completa y oportuna de la declaración de capitales brasileño en el exterior, tal como se define por el Banco Central de Brasil, las sanciones impuestas por la comisión de valores u otras autoridades reguladoras y las sanciones en ley N° 4.131, de 3 de septiembre de 1962, por la ley 9069 de 29 de junio de 1995, y la Medida provisional N° 2.224, de 4 de septiembre, de 2001.

§ 5° La remisión y la reducción de las multas previstas en el § 4° no llegan a los impuestos retenidos por el sujeto pasivo en la condición de responsable, y no pagados al tesoro público en el plazo legal.

§ 6° La opción por el RERCT exime el pago de los adicionales monetarios incidentes en el impuesto de que trata el *caput*.

§ 7° El impuesto pagado en virtud del presente artículo se considerará como la tributación definitiva y no permitirá la devolución de las cantidades abonadas previamente.

§ 8° La opción por el RERCT y el pago de impuestos en la forma del *caput* importa reconocimiento irrevocable e irreversible de las deudas en nombre del contribuyente en la condición de contribuyente o tutor, constituyen la confesión extrajudicial en virtud de las arts. 348, 353 y 354 de la Ley N° 5.869, de 11 de enero, 1973 (Código de Procedimiento Civil), y determinan al sujeto pasivo a la aceptación plena e irrevocable de todas las condiciones establecidas en la presente Ley²⁶⁴.

²⁶⁴ El Diputado Federal Luiz Carlos Hauly presenta la enmienda al *caput* do art. 6°, o sea, propone modificar el pago de 17.5% del impuesto sobre la renta para consignar, según, la siguiente tabla abajo. Y en el inciso I - propone la redacción de "una alícuota del 7,5% para los valores incluidas en el Plan de Regularización Cambial Especial y Tributaria - RERCT dentro de los 180 días" y en el inciso II, en el que propone, que sea consignado la redacción del "15% de alícuota para los valores incluidos en el Regularización Cambial Especial y Tributaria - RERCT dentro de 181 a 365 días". En justificativa a esa propuesta confirma que: "En la justificación de esta propuesta afirma que: [...] No obstante, es importante aclarar acerca de las alícuotas internacionales adoptadas en programas similares al RERCT, se describen a continuación: Italia 2,5% y 5%; Bélgica 6%; Estados Unidos 5,25%; Argentina 8%; Chile 8%; Sudáfrica 7,5%; México 4% y 7% persona

La adhesión al RERCT se puede hacer en el plazo de 210 (doscientos diez) días a partir de la fecha de entrada en vigor del acto de la RFB al cual se refiere el art. 10 con declaración de la situación patrimonial al 31 de diciembre de 2014 y el pago del impuesto y multa (Art. 7º). La difusión o divulgación de la información presente en RERCT implica un efecto equivalente a la ruptura del secreto fiscal, llevando al responsable a las sanciones establecidas en la Ley Complementaria N° 105 de 10 de enero de 2001, y en el art. 325 del Decreto-ley n° 2848 de 7 de diciembre, 1940 (Código Penal), y en el caso de un funcionario público, la pena de destitución (§ 1º). Se observa que, sin perjuicio de § 6º del art. 4, se prohíbe a la RFB, al Consejo Monetario Nacional (CMN), al Banco Central de Brasil y otros organismos públicos RERCT y a los demás actores envueltos, la divulgación o el uso compartido de la información proporcionada por los solicitantes que han optado por RERCT con los estados, el Distrito Federal y los municipios, incluidos fines de constitución crédito fiscal (§ 2º).²⁶⁵

física; Rusia 0%; Australia 10%; Portugal 5%; Alemania 25% y 35%; En el proyecto en cuestión, el porcentaje asciende a 35%, acercándose a los niveles que llevaron a Alemania solamente 980 millones de Euro. Hay una clara relación de adherencia a las regularizaciones realizados en el mundo, cuando las alícuotas globales se situaron en niveles más razonables. Debe llevarse en cuenta que las alícuotas que se cobran en los países vecinos se situaron en el 8%, mientras que México optó por diferentes tarifas para personas físicas y jurídicas, fijados en el 4% y 7% respectivamente. Esta enmienda propone una tasa de máximo 15% aumentada en el 100% de multa, ya que mantiene la multa de regularización compuesta, acumulativamente del cien por ciento del valor del impuesto debido y el valor relativo a su actualización por la variación cambiaría del Dólar de los Estados Unidos entre 31 de diciembre 2014 y la fecha de la adhesión a el RERCT previsto en el artículo 7º del proyecto de ley. Por otro lado, con el fin de anticipar la recaudación, establece un incentivo para el contribuyente que dentro de 180 días formalice su adhesión. Importante tener claro que la alícuota de impuestos se incrementó 100% de la multa no se aplicará a los ingresos procedentes de estos recursos, sino en todos los fondos, incluyendo capital e ingresos. Siempre es bueno recordar que muchos países de Europa y Estados Unidos tienen, con toda su fuerza, los incentivos fiscales para atraer los ahorros de los extranjeros, con oferta de residencia e incluso de ciudadanía, como las últimas oportunidades ofrecidas por los Estados Unidos de América y Portugal, lo que constituye un fuerte competidor para la adhesión al RERCT, caso se mantenga el alto porcentaje de 35%. En un estudio reciente para la fijación del umbral para el cobro, por los Estados del Impuesto sobre Transmisión Causa Mortis y para la donación de todos los bienes y derechos - ITD, el Senado Federal consideró el promedio de las tasas internacionalmente cobradas (25%), alcanzando una propuesta a nivel internacional para el techo de este impuesto (20%). También hay que considerar los otros costos del procedimiento de la adhesión, como son las comisiones y gastos bancarios, costes de cambio, entre otros" (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015. Op. Cit.).

²⁶⁵ Aquí, también, el Senador Paes Landin presentó una enmienda para alterar totalmente las disposiciones del art. 7º, o sea, argumentando que "Incidirá multa de regularización de 100% (cien por ciento) sobre el impuesto determinado, en conformidad con el art. 6º de esta Ley, no se aplicarán las sanciones previstas en la Ley N° 4131, de 3 de septiembre de 1962, y por la Ley 9069 de 29 de junio de 1995, y la Medida Provisional N° 2.224, de 4 de septiembre de 2001". Justifica este cambio argumentando que el "RERCT alcance metas amplias de adhesión, con la obtención expresiva de recursos para el presupuesto de la Unión, se adopte un multa equilibrada. En este sentido, debe mantenerse la redacción original del PL 2960/15, que proporciona una actualización de las cifras presentadas en el RERCT por la variación del cambio de dólar de los Estados Unidos, entre el 31 de diciembre de 2014 y la fecha de la adhesión al RERCT, así se estaría, en la práctica, trayendo un aumento impactante de los valores sometidos al Régimen, estimulando la adhesión de una parcela mayor de contribuyentes" (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015. Op. Cit.).

Se excluirán de la RERCT los contribuyentes que a presentar declaraciones falsas y documentos relativos a la propiedad, al estatus legal de los recursos, bienes o derechos declarados en virtud del art. 1º de esta Ley o de los documentos mencionados en el § 8º del art. 4º (Art. 9º), donde si comprobada dicha exclusión, serán cobradas las cantidades equivalentes a los impuestos, multas y de intereses, descontando lo que pudo haber sido pagado previamente, sin perjuicio de la aplicación de sanciones civiles, penales y administrativas aplicables, es decir, el establecimiento o la continuación de procedimientos de investigación sobre el origen de los activos objeto de regularización que solo puede ocurrir si hay evidencia documental no relacionada con la declaración del contribuyente.²⁶⁶

Por último, se establece que los efectos de la presente Ley no se aplicarán a los titulares de cargos, empleos y funciones públicas de dirección o electiva, o sus cónyuges y familiares consanguíneos o relacionados hasta el segundo grado o por adopción, en la fecha de publicación de la presente Ley.

Se retira, por lo tanto, de la ley en discusión, vigente, que esta permite que los bienes y valores llevados al exterior de todo orden legal, siendo que muchos de ellos son el resultado de las relaciones comerciales de personas físicas o jurídicas de derecho privado en el sector público, muchos de los cuales, frutos del sobreprecio de bienes y servicios y obras que no fueron investigados en el momento de los hechos se convirtieron en lícitos y por derecho pueden ser repatriados.

Lo que se verifica es que el Estado no quiere prescindir de las funciones y los objetivos fiscales, extra fiscales y para fiscales que representan un medio para alcanzar los activos existentes en el extranjero.²⁶⁷

²⁶⁶ Nuevamente, el Senador Paes Landin, presentó enmienda para alterar las disposiciones del art. 9º a fin de dejar constancia que "La RFB no puede justificar delito tributario debido a la omisión de recetas o ingresos obtenidos hasta el 31 de diciembre de 2014, relativa a los valores de los activos objeto de regularización". La justificación del proponente es "La enmienda tiene por objeto dar mayor claridad y comprensión a ese artículo" (BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 2960/2015. Op. Cit.).

²⁶⁷ Mauricio Kalache, al conceptualizar las funciones fiscales, extra fiscales y parafiscales, afirma que el primero (fiscales) "es instituido solo con el propósito de recaudar recursos privados necesarios para, entre otras fuentes, costear las actividades estatales". El segundo (extra fiscales) es "para lograr otros fines - sociales, políticos o económicos - se dice que estará ejerciendo funciones extra fiscales" y finalmente (parafiscales) "es el fenómeno relacionado con el destino de la recaudación de tributos [...] Sin embargo, hay casos en que el legislados comete a entidades públicas y privadas el poder de recaudar, controlar y disponer de los fondos recaudados a través de impuestos establecidos para aquellas personas dotadas de poder tributario. Cuando esto ocurre, existe la parafiscalidad". Cf. KALACHE, Maurício. *Crimes tributários*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 81.

Por último, se confirma que el instrumental, junto con muchos otros, en especial, aquel que permite la celebración del acuerdo de indulgencia con las empresas privadas, de hecho facilita la regularización de activos que anteriormente estaban fuera del alcance y de la atención de las autoridades fiscales brasileñas.

PARTE 2
CORRUPCIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS

I LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN BRASIL

1 INJERENCIA EXTERNA E INTERNA PARA CREACIÓN DE LA NECESIDAD DE ADQUISICIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Es cierto que la Administración Pública en Brasil desembolsa importantes recursos para cumplir con sus objetivos fundamentales, los cuales son el de construir una sociedad libre, justa, solidaria; garantizar el desarrollo nacional; la erradicación de la pobreza; la marginación; reducir las desigualdades sociales y regionales y promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier forma de discriminación, tal como se establece en el art. 3º de la Carta Constitucional.²⁶⁸

La inmensa aplicación de recursos, para atender los objetivos fundamentales, está asociada con una organización administrativa gigantesca, compuesta por miles y miles de servidores, y empresas públicas, que en su conjunto no puede producir todos los bienes y servicios y obras necesarias. Así, termina realizando la adquisición de bienes, servicios y obras de los agentes privados.

Ocurre, que, en ese contexto, la administración pública es el mayor consumidor de productos y que dispones de recursos, o sea, no enfrentará, en principio, dificultades para cumplir con los pagos de los precios exigidos por el mercado, observando, siempre, para tanto, las formalidades legales, específicamente los procedimientos de licitación y formalización de los contratos, con la participación de las personas y empresas privadas.

Teniendo en cuenta, por tanto, que estas personas o empresas, titulares de diversos bienes, servicios y obras, en su afán de promover mayores negocios y obtener ganancias con la venta de sus productos, tratan de inculcar, en los agentes de la Administración Pública, la necesidad de adquirir.

Esta estimulación, por más insistente que se imagine, de inicio no puede ser puramente cuestionado, una vez que una política de ventas dinámica y de cierta forma agresiva, se muestra saludable en un entorno comercial, considerando, en esto, los modelos actuales, que utilizan ampliamente los instrumentos de televisión, periodístico, la correspondencia enviada

²⁶⁸ BRASIL, op. cit.

por correo a los compradores potenciales, a través de lo que se conoce popularmente como “correo directo” o incluso la adopción del correo electrónico y otros similares.

Sin embargo, como es bien sabido, cuando los estímulos se dirigen a la Administración Pública, estos hacen uso de las formas más disfuncionales de la política comercial, y los vendedores de los productos, servicios y obras, se aproximan de los funcionarios públicos, encargados de las compras, y les inculcan la necesidades de los productos, a menudo, a cambio de sobornos directos. Ofreciendo dinero o posesiones materiales, o indirectamente, trayéndolos facilidades para lograr sus objetivos de sus intereses.

En esa dinámica, los funcionarios públicos, debidamente cooptados por los sobornos, incorporan las pretensiones y las llevan hasta la dirección de los organismos, para así establecer los procedimientos de adquisiciones.

Todo esto se debe al hecho que el control de los actos de adquisiciones en la Administración Pública de Brasil, en este caso, el proceso de licitación y el contrato, aún están arraigados a los aspectos rituales y burocráticos, una vez que el control es en regla represivo y no preventivo, es decir, solo al final del procedimiento de la adquisición de bienes, servicios u obras.

También se constata que los proveedores se aprovechan de la omisión de la gente, que prefieren sustituir la preocupación de monitorear solo el penique y no los millones, es decir, cuando el daño ya es irreparable las cifras son, extremadamente, más significativas.

La injerencia en la creación de la necesidad de adquirir bienes y obras de servicios en la administración pública, también se puede dar en el ámbito puramente interno, es decir, a través de sus funcionarios junto con la dirección de las entidades a cargo de la compra, dependiendo del grado de influencia que éstos pueden ejercer internamente.

Estos comportamientos subsumen, en su mayoría en los servidores que prestan servicios públicos, admitidos en cargos comisionados, por lo general derivados de las indicaciones políticas, o incluso la propia autoridad máxima pertenece al grupo de compinches y está a cargo de la gestión del gasto público o de los pedidos del órgano en cuestión.

Estos servidores, en general, no tienen requisitos específicos para las funciones, pero están ahí para satisfacer los intereses creados, o para obtener una ventaja indebida para sí o para sus propias autoridades que los han nombrado a costa de los fondos públicos.

Es de entenderse, por tanto, que estos malos servidores hacen uso de sus funciones y buscan empresas, a veces las que están en posesión de un producto en el mercado, de difícil

obtención o de difícil comercialización, para negociar con estos la adquisición de sus productos junto a la Administración Pública, a través de formas o medios facilitadores, que tienen en cuenta las debilidades del sistema, aceptando recibir y pagar sobornos a toda la cadena de los servidores interesados.

Esto hace que sea posible señalar que la obtención de beneficios ilícitos en la adquisición contractual de la Administración Pública puede provenir, tanto de la interferencia externa como de la interna, creándose la necesidad de demanda para el uso de bienes, servicios y obras, a menudo innecesarias, obsoletas e incluso rechazadas en otros lugares.

Como ejemplo de la percepción de la injerencia externa y al mismo tiempo interna, tenemos el caso de la operación de la recogida y la industrialización de los residuos sólidos urbanos, de responsabilidad de las autoridades municipales brasileñas, se encontró la aplicación de instrumentos obsoletos y que ya habían sido rechazados en otros países, por razones de la existencia de nuevas técnicas para estas operaciones, tanto de mayor preservación de la calidad del medio ambiente, como de la calidad del ambiente laboral, y de la industria nacional.

El Ministerio Público de Brasil, en ejercicio de su legitimidad competidor con otros interesados (como se explica en el capítulo I) para defender el patrimonio público, el medio ambiente, la planificación urbana y otros intereses difusos y colectivos en el estado de Paraná (Brasil), ha detectado que el representante legal de uno de sus municipios, gestor y ordenador del gasto público municipal, utilizando sus funciones, decidió celebrar un contrato temporal, disfrazado de un acuerdo de cooperación técnica, sin la correspondiente y previa licitación, con empresas y consorcios de empresas para tratamiento de residuos sólidos residenciales, con base en el argumento técnico de la necesidad de desarrollar un experimento científico a costa de los fondos públicos, tal vez, con el fin de satisfacer los intereses secretos del agente público.

Este hecho, llevado hasta el poder judicial, no solo anuló el empleo del instrumento de cooperación técnica, por ilegal, sino también señaló un probable daño a las arcas municipales. Se destaca de la sentencia judicial que:

[...] Sin embargo, en este caso particular, el municipio proporcionó el terreno terraplenado (con cargo a los ciudadanos, como se ha dicho, a 400 mil reales), entregó la basura, y dio a la empresa privada, además, el producto del procesamiento de este tipo de residuos (residuos tratados, sus accesorios, el gas recogido y los créditos resultantes de todo eso) que tienen valor económico. Y, más importante y valioso que todo esto, el resultado intelectual del experimento, el conocimiento recogido, desarrollado y la mejora de las tecnologías, el resultado científico del

experimento, pertenecían, exclusivamente a los particulares.²⁶⁹ [Y continúa enfatizando la sentencia]: Y, como dijo el municipio en más de un punto, el estudio que aquí no tenía precedentes, pionero, ya que los estudios similares que existían se han hecho en otros continentes, en condiciones climáticas, físico química y gravimétrica diferentes, como consta en el informe final de la investigación. El municipio dio a la Biopuster, a cambio del tratamiento temporal de la basura de la ciudad, las condiciones de obtener, en primera mano un conocimiento único y sin precedentes, lo que aumentaba su valor comercial.²⁷⁰

Aún así, dentro de la interferencia interna y externa para la creación de la necesidad de adquisición de bienes y servicios, se trae como ejemplo la decisión judicial que constató que los funcionarios públicos, en connivencia con el propietario de una empresa, falsificaron la realización de un proceso de licitación, para por ese medio presentar el aspecto de legalidad y obtener ventaja injusta y causando daños al erario municipal.

La sentencia judicial fue así resumida:

ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA. LICITACIÓN FALSIFICADA. ADQUISICIÓN DE PIEZAS PARA MÁQUINAS DEL MUNICIPIO. SIMULACIÓN DE ENVÍO DE INVITACIONES A LAS EMPRESAS. PROPUESTAS FALSIFICADAS. LICITACIÓN INEXISTENTE. LESIONES AL PATRIMONIO PÚBLICO. MULTA. VALOR ELEVADO. REDUCCIÓN. 1. Los funcionarios públicos que falsifican la realización de una licitación utilizando incorrectamente los nombres de empresas para darle la apariencia de regularidad y, en consecuencia, resulta en daño a las arcas del municipio, que desembolsa el precio de compra sin que, de hecho, nada se adquirió, practica el acto de improbidad administrativa. 2. Imposible de aceptar el argumento de los demandantes en el sentido de que no hay pruebas de que la falsa licitación causó daños a la propiedad pública municipal, más allá de los gastos lanzados en el control diario de gastos del municipio, se encuentran en los autos las boletas de tales gastos. 3. El importe de la multa civil debe ser reducida, ya que los recurrentes no tienen las condiciones económicas para costear el pago de la cantidad fijada por el juez. En esta parte de la decisión se tomó por mayoría de votos, vencido el relator. PROCESO CIVIL. RECURSOS. PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN. INTERÉS PARA RECURSO. AUSENCIA RECURSO NO CONOCIDO. Es falta de interés para recurso el recurrente que, con la interposición del recurso, no busca obtener una situación más ventajosa, sino cambiar la motivación de la sentencia. (TJPR - 1ª C.Cível - AC - 126209-5 - Umuarama - Rel.: Eduardo Sarrão - Por mayoría - - J. 19.10.2004 – publicación en DJE nº 6839 fecha de 01/04/2005). (G.N).

Es por eso que el sistema de control de gestión no debe pasar por alto cualquier etapa del proceso de licitación, incluyendo el análisis de las necesidades reales y la utilidad de los bienes a ser adquiridos, como extraído del ejemplo concreto arriba.

En otras palabras, el control no debe ser solo al final y más tarde, una vez que existe la necesidad de un control en la fase en que se toma la decisión de compra.

²⁶⁹ BRASIL. Sentencia dictada por el Juez Titular de la 4ª Sala Civil de la ciudad de Maringá (Brasil), en el proceso nº 0576/2008 en que son partes: Ministerio Público x Municipio de Maringá y *SP4 Participaciones Ltda. y Biopuster America Latina Consultoria Ambiental Ltda.*, el 19 de junio de 2012.

²⁷⁰ BRASIL. Op. cit.

En este sentido, Edgar Guimarães, al comentar sobre el control de la administración pública asegura que

Es obvio que los cambios estructurales han dado lugar a profundas modificaciones en la estructura de la administración pública y, en esencia, el control de sus acciones. Sin embargo, algunos aspectos de la gestión nunca perderán su característica puramente burocrática y requieren, junto con nuevos controles, efectividad de procedimiento, esto es, condiciones de medir el verdadero logro de la finalidad pública legalmente establecida. [Siguiendo, el autor admite que] De hecho, cuestiones como la contratación pública pueden no ser sujeto de control único finalista y posterior, habiendo la necesidad de un control preventivo, así como los medios para tomar la decisión. El proceso de toma de decisiones debe ser controlado paso a paso, guiado por el principio de la legalidad, bajo pena de comprometer su esencia.²⁷¹

Otro aspecto que contribuye a garantizar la continuidad de la injerencia externa e interna para la creación de la necesidad de la adquisición de bienes, servicios y obras es la timidez del control judicial, una vez que este cuando se enfrentan a un caso se mantiene en una posición, de neutralidad, frente a la Administración, diciendo que los actos están amparados por la existencia de discrecionalidad, que está en el ámbito de las atribuciones, tanto del servidor como de la autoridad pública, y así se aparta por completo, el análisis de los hechos, que sin duda ofenden al interés público, sin embargo, se sabe que los mismos atienden un negocio de la autoridad interesada.

Vale la pena señalar, una vez más, que el interés público prevalece sobre el interés particular, que es inherente a toda sociedad democrática. El titular real del interés público es la población, es decir, las personas que tienen la guarda legal y la titularidad y el ejercicio del interés público. Este principio está estrechamente relacionado con la finalidad del sistema democrático. Así, no se puede concebir que las adquisiciones de bienes y servicios sean realizados, mismo estando carentes del propósito de promover el bienestar de todos.

2 EDICTOS DIRIGIDOS PARA LA SELECCIÓN DE PROPUESTAS VICIADAS DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS

El proceso de licitación y su juicio para seleccionar la propuesta más ventajosa para la realización de los contratos en el sector público son reglados por las disposiciones de los arts. 38 a 53 de la Ley N° 8.666/93.

²⁷¹ GUIMARÃES, Edgar. Diagnóstico e perspectivas do controle das licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, maio 2004.

Este procedimiento se inicia con la apertura de un procedimiento administrativo, que después de abierto es registrado y numerado, y en el cual está la autorización del órgano competente, una breve declaración del objeto y la origen del recurso para el gasto, y deben constar, entre otros documentos, el aviso público, la invitación y sus adjuntos, cuando es el caso (art. 38).

El aviso de licitación es la ley interna de la contratación pública, la cual tiene por objeto establecer las condiciones necesarias para la participación de los postores, y para el perfecto desarrollo de esta y el contrato futuro. Por ser un acto administrativo formal deberá incluir en el preámbulo el número de referencia en serie anual, el nombre de la división interesada y del sector correspondiente, la modalidad, el régimen de ejecución y el tipo de licitación, la mención a que se regirá por la Ley, el lugar, fecha y hora de recepción de la documentación y la propuesta, así como para el inicio de apertura de los sobres, e indicar, obligatoriamente, lo siguiente:

- I - el objeto de la licitación, en descripción sucinta y clara;
- II - los plazos y condiciones para la firma del contrato o la retirada de los instrumentos previstos en el art. 64 de esta Ley, para la ejecución del contrato y la entrega del objeto de la licitación;
- III - las sanciones en caso de incumplimiento;
- IV - el lugar donde puede ser examinado y adquirió el proyecto básico;
- V - si hay proyecto ejecutivo disponible en la fecha de publicación de la invitación a licitar y el lugar donde puede ser examinado y adquirido;
- VI - condiciones de participación en la licitación, en conformidad con los arts. 27 a 31 de esta Ley, y las formas de presentación de ofertas;
- VII - criterios para el juicio, con disposiciones claras y parámetros objetivos;
- VIII - lugares, tiempos y códigos de acceso de los medios de comunicación a distancia en que se proporcionarán los datos, informaciones y aclaraciones a las condiciones de la licitación y para cumplir con las obligaciones necesarias al cumplimiento de su objeto;
- IX - condiciones equivalentes de pago entre empresas brasileñas y extranjeras, en el caso de las licitaciones internacionales;
- X - el criterio de aceptabilidad de los precios unitarios y globales, conforme el caso, permitida el establecimiento de precios máximos y prohibida la fijación de precios mínimos, criterios estadísticos o rangos de variación en relación con los precios de referencia, a excepción de la dispuesto en los párrafos 1º y 2º del art. 48;
- XI - criterios de reajuste, que deben retratar el cambio real en el costo de producción, permitiendo la adopción de índices específicos o sectoriales, a partir de la fecha de vencimiento para la presentación de la propuesta o el presupuesto a la que esta propuesta se refiere, hasta la fecha del pagamiento de cada parcela;
- XIII - límites para el pago de la instalación y la movilización para la ejecución de obras o servicios a ser obligatoriamente siempre previstos por separado de las otras partes, pasos o tareas;
- XIV - Condiciones de pago.

La propia ley, que regula el proceso de licitación, prohíbe a sus encargados de establecer en la convocatoria (aviso público) las preferencias o distinciones que pueden comprometer la selección de las propuestas más ventajosas para la Administración Pública:

Art. 3. [...]

§ 1. Se prohíbe a los funcionarios públicos:

I – admitir, predecir, incluir o tolerar en los actos de convocatoria, términos o condiciones que pongan en peligro, limiten o frustren su carácter competitivo y establecer preferencias o distinciones por razón de nacionalidad, sede o domicilio de los licitadores o cualquier otra circunstancia inadecuada o irrelevante para el objeto específico del contrato, salvo lo dispuesto en los §§ 5º y 12 de este artículo y del artículo 3º de la Ley 8248, de 23 de octubre del 1991.

II - establecer un trato diferenciado de naturaleza comercial, legal, laboral, previdencia social o cualquier otro, entre las empresas brasileñas y extranjeras, incluyendo lo relativo a la moneda, y lugar de pago, incluso cuando involucren la financiación de los organismos internacionales, salvo lo dispuesto en párrafo siguiente y en el art. 3º de la Ley 8248, de 23 de octubre del 1991.

Hely Lopes Meirelles, al examinar los fundamentos de la licitación, afirma que:

el principio de igualdad entre los oferentes prohíbe cualquier cláusula discriminatoria o un juicio viciado que desiguale las igualdades o la desigualdad, favoreciendo a uno solo y perjudicando a los otros con los requisitos inútiles para el servicio público, pero con destino a ciertos candidatos. Esta es la forma más insidiosa de desvío de poder de la Administración, con lo que rompe con la igualdad entre los oferentes, por esa razón el poder judicial ha anulado edictos de licitación en los que se encuentra la persecución o el favoritismo administrativo para algunos licitantes, desiguando a los participantes por medio de criterios subjetivos de predilección o de repudio personal del administrador, pero sin ninguna razón de interés público, y sin ninguna ventaja técnica o económica para la administración [...].²⁷²

El Tribunal de Cuentas de la Unión ha decidido que las exigencias en el aviso de licitación deben limitarse a lo estrictamente necesario para el cumplimiento del objeto, a fin de evitar la restricción de la competitividad del evento.²⁷³

Oportuno traer las notas de Salomón Ribas Junior diciendo

Antes de que se complete el aviso de licitación, varias precauciones deben ser adoptadas por el administrador. Desde la formulación adecuada y de su previsión presupuestaria [...] la claridad del objeto [llama la atención que] En el caso de las obras públicas, algunos de esos defectos (en relación con la ley y las buenas prácticas) puede restringir la competencia o direccionar. Los técnicos de los Tribunales de Cuentas acumulan experiencia y pueden señalar con precisión y facilidad relativa, los puntos de riesgo de fraude”:

- Por la falta de claridad en la descripción de los elementos de objeto y por otras condiciones del edicto - le facilitará a aquel que por otros medios ya sabe lo que, de hecho, será excluido;

- Al detallar de forma excesiva la descripción del objeto y otros requisitos - que puede mencionar elementos que solo unas pocas personas pueden ofrecer, apartando de inmediato, cualquier competidor potencial; exigencia de cuantitativos altos en los certificados de capacidad - elementos muchas veces irrelevantes, técnica y financieramente en el contexto del objeto actual;

²⁷² MEIRELLES, op. cit., p. 26.

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Nº 1552/2008 - Plenário. Processo: n.º TC - 016.938/2008-3. Representação. Interessado: Microsens Ltda. Órgão: Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em Goiás. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 6 de agosto de 2008, p. 48.

- Al exigir que (los) certificado(s) de la capacidad técnica tenga(n) datos irrelevantes y sin cualquier motivo técnico - para cualquier razón una empresa acervó esos elementos irrelevantes, y sin ninguna importancia en el contexto del objeto actual, pero pueden ser el factor decisivo del proceso;
- Limitación de cuantitativos en un único certificado - elementos que pueden, sin ningún compromiso, demostrar la capacidad del oferente en más de un certificado;
- Uso, sin justificación, del tipo de licitación técnica y precio - para permitir la inclusión de criterios subjetivos de juicio; con la puntuación subjetiva, se puede elegir el ganador;
- El desequilibrio, sin justificación, entre los pesos de las propuestas técnicas y de precio - facilita en gran medida la dirección;
- Al exigir los índices económicos no usuales o poco razonables que no representan de manera efectiva la salud financiera o la garantía de ejecución - sirven para 'alejar' los que no tienen índices 'sanos';
- Por la no posibilidad de participación en consorcio - tan solo las empresas individuales, que contienen todos los certificados o todos los elementos de un certificado son elegibles para participar, cuando en la práctica las empresas están más especializadas en ciertos tipos de servicios; y
- Plazo de ejecución reducido, inusual o no acorde con la necesidad - restringe el universo de los que pueden cumplir el plazo, puede también reducir la calidad de la ejecución, por el ritmo determinado.²⁷⁴

Por lo tanto, se puede decir que el acto administrativo, que inaugura el proceso de licitación “contiene defectos formales, por lo tanto, no respeta cualquiera de los requisitos previstos por la ley como esenciales para su validez, así, es deber de la Administración Pública que lo editó complementarlo, si no hubo daño a los licitadores, o cancelarlo para que otro pueda ser publicado, estableciendo nuevo plazo para la recepción de ofertas”.²⁷⁵

El aviso de licitación viciado contamina, incluso, el contrato, según se deduce de lo dispuesto en los §§ 1º y 2º del art. 49 de la Ley N° 8.666/93:

§ 1º La anulación del proceso de licitación por razones de ilegalidad no genera ninguna obligación de indemnizar, salvo lo dispuesto en el párrafo único del art. 59 de esta Ley.

§ 2º La nulidad del proceso de licitación induce a la del contrato, salvo lo dispuesto en el párrafo único del art. 59 de esta Ley.²⁷⁶

Marçal Justen Filho ha confirmado que

La mayoría de los problemas prácticos que se produce en la contratación deriva de la errónea preparación del acto convocador. No sería exagerado decir que los errores en la redacción de los edictos constituyen uno de los factores que producen más dañino de lo que la complejidad o defectos de la Ley 8.666. Si este diploma tiene defectos, ellos se potencian debido a los avisos mal escritos. [Señala, además, que]

²⁷⁴ RIBAS JUNIOR, op. cit., p. 259-260.

²⁷⁵ BARROS, Wellington Pacheco. *Licitações e contratos administrativos*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 201.

²⁷⁶ El § único del art. 59 tiene la siguiente redacción: “La nulidad no exonera a la Administración del deber de indemnizar el contrato en lo que este hubiese sido ejecutado hasta la fecha en que se declara nulo y por otras pérdidas probadas regularmente, siempre y cuando no sean imputables a él, promocionando la responsabilidad de quien le dio causa”. Cf. BRASIL. Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, op. cit.

Deseoso de evitar problemas, la Administración transforma los edictos de licitación en montones de demandas inútiles con las formalidades y requisitos irrazonables meramente rituales. A menudo los avisos parecen reflejar la intención de asegurar para la Administración, por medios ocultos e indirectos, el poder de decidir arbitrariamente, el derecho de excluir licitadores sin motivo o que le son molestos o desagradables. Eso es un absurdo, he aquí, una vez que la actividad administrativa del Estado debe guiarse por los principios constitucionales.²⁷⁷

El autor citado fue generoso en sus palabras y no quiso decir que el Gobierno, a través de sus servidores e incluso de las autoridades públicas podrían estar utilizando en los edictos de licitación, requisitos cuyos estándares son antidemocráticos y nada Republicanos, para permitir que el ganador del evento sea aquel que sirve mejor a sus demandas de interés privado y no público.

Vale la pena aquí, el registro del afrontamiento de los fiscales brasileños, que buscan en el Poder Judicial la defensa de la probidad en el procedimiento de licitación, donde este contenga un direccionamiento evidente a una empresa participante, la cual puede, en razón de ello ganar el evento y luego llevar a cabo el contrato con la Administración.

En ese procedimiento de licitación, la Autoridad Pública Municipal deseaba comprar útiles escolares (kits escolares) para el desarrollo cognitivo social y emocional de los estudiantes de las escuelas municipales, siendo incluida en esta adquisición la provisión de encuentros educativos para maestros y coordinadores escolares.

Resulta que la entidad Pública Municipal, prácticamente indicó en los documentos de licitación todos los elementos identificadores del material comercializado por una empresa que participaba en el evento, como se muestra en la Tabla 1 a continuación:

²⁷⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 384.

Tabla 1 – IDENTIDAD DE LOS MATERIALES DE LA EMPRESA GANADORA Y LOS PREVISTOS EN EL AVISO DE LICITACIÓN

<i>MATERIAL DE LA EMPRESA</i>	<i>MATERIAL DEL EDICTO DE LICITACIÓN</i>
Cognitivas: -Resolver problemas -Planificar y tomar decisiones -Establecer conclusiones lógicas -Investigar y comprender situaciones problemáticas -Pensar creativamente -Desarrollar la memoria, la clasificación, la agrupación	Cognitivas: a) la toma de decisiones; e) la resolución de problemas; c) orientación en el espacio; d) el razonamiento lógico; e) desarrollo de la memoria ; f) la planificación y ejecución; g) la agrupación y clasificación; h) estudio de probabilidades; i) métodos de investigación; j) el interrogatorio eficaz; l) tácticas y estrategias; m) habilidades de investigación y n) el pensamiento creativo
Sociales: - Cooperar y colaborar - Tratar con las reglas - Trabajo en equipo - Comunicarse con claridad y coherencia - Resolución de conflictos - Actuar en un entorno de competencia sana	Sociales: a) la cooperación social; b) la comunicación; c) el trabajo en equipo; d) la colaboración; e) la resolución de conflictos y f) la sana competencia.
Emocionales: - Tratar con las emociones, con la victoria y la derrota - Confianza en uno mismo - Autoestima - Autoevaluación - Responsabilidad - Aprender del error	Emocionales: a) la autodisciplina; b) confianza en sí mismo; e) la responsabilidad; a) aprender a ganar y perder; e) aprender de los errores; f) la autoestima; e) la gestión de las emociones.
Éticas: - Respetar, tolerar y vivir la diferencia - Actuar positivamente por el bien común	Éticas: a) el respeto a los demás; b) La acción positiva para el bien común

Fuente: Autos de Acción Civil Pública N°. 31773-45.2010.8.16.0017 pendientes primera Corte del ministerio de Hacienda de Maringá (Paraná - Brasil).

Este proceso de licitación es objeto de revisión judicial en el que solicita la anulación del evento y su contrato con la empresa, teniendo como argumentos jurídicos la violación de las reglas de la Ley N ° 8.429/92 (Ley de la Improbidad Administrativa o LIA) y la aplicación de las sanciones civiles a la autoridad local responsable de la contratación y también a los representantes de la empresa en cuestión.²⁷⁸

Como se verifica, los contenidos del aviso de licitación son una de las partes más interesantes de la licitación y también el más combatido tanto administrativa como judicialmente.

²⁷⁸ BRASIL. Autos de Ação Civil Pública nº 31773-45.2010.8.16.0017 de autoría del Ministerio Público x Municipio de Maringá y otros junto a la 1ª Sala de la Hacienda Pública de Maringá (Brasil) en 29.09.2010.

En este caso, es posible extraer de las decisiones de los tribunales brasileños que:

APELACIÓN CIVIL. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA Y PREVENTIVA Y CAUTELAR. IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA. MUNICIPIO DE SAPUCAIA. FRAUDE EN SUPUESTO PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN. HACER UNA OFERTA DIRECCIONADA A LA EMPRESA DE LOS ACUSADOS CON LA AYUDA DE OTROS. PRELIMINAR. RECHAZO. I. Prescripción intercurrentes. Inexistencia. Proceso no paralizado durante más de cinco años por negligencia del autor. II. Aplicabilidad de la LIA a los responsables políticos. Mérito ya pacificado en los tribunales. III. Mérito. a) necesarios para analizar los alegatos relativos a las cláusulas contractuales y su legalidad para determinar los actos de conducta inapropiada en este caso. b) Aviso de licitación con puntos relevantes: la cantidad demandada como el capital de la sociedad para licitar y la forma de remuneración por los servicios prestados. La prueba de la dirección del evento para la empresa por uno de los acusados. c) el objeto de la oferta muy cuestionada en el momento (si es o no la concesión de servicio público mediante la participación de poder de policía). d) Prueba de los actos de improbidad realizados por cada uno de los acusados en la colusión para formalizar un evento ilegal. Sanciones fijadas de acuerdo con la conducta de cada acusado. PRELIMINAR rechazado, voto unánime. APELACIÓN EN PARTE CONOCIDA POR MAYORÍA. (Apelación Civil N°. 70048076434, Primera Sala de lo Civil, del Tribunal RS del Relator Justicia: Luiz Felipe Silveira Difini, Juzgado de 04.24.2013).

“NECESARIA REVISIÓN. APELACIÓN CIVIL. *MANDAMUS*. CANCELACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN. PREGÓN. CONTRATACIÓN DE PROVEEDORES EMPRESA DE VEHÍCULO. AVISO 057/2010. MUNICIPIO DE POTÉ. CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES LICITADOS. EXPLICACIÓN EXCESIVA. LIMITACIÓN DE COMPETENCIA ENTRE LAS PARTES. DIRECCIÓN DE LICITACIÓN. *MANDAMUS* CONCEDIDO SENTENCIA MANTENIDA. EN NUEVO EXAMEN NECESARIO. RECURSO VOLUNTARIO PERJUDICADO. I. la realización de nueva licitación destinada a permitir la eficaz habilitación y aumento del número de proveedores de productos que se describen en el nuevo anuncio no constituye acto ilegal; II. La licitación tiene por objeto seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración Pública y busca seleccionar el contratista y la propuesta que tienen las mejores condiciones para satisfacer las demandas del interés colectivo; III. El objeto de la licitación no puede contener características específicas y aclaraciones excesivas que puedan reducir el universo de los postores y otros productos similares, que no atiendan al mismo fin. Es prohibición de cláusula o limitación de contenido de la contratación, preservando el interés y los principios de la moral y la conveniencia de la administración pública; IV. El establecimiento de especificaciones que resulten inusuales, sin justificación coherente, y la exclusión de otros proveedores con productos similares, que satisfagan los intereses de la administración pública, establece ofensa al principio de la moralidad administrativa. V. Cualquier acción administrativa está orientada a la satisfacción de los intereses supraindividuales (TJ-MG - Ap Civiles / Reex necesario CA 10686100176235001 MG - DES WASHINGTON FERREIRA, publicadas en el Boletín Oficial de Justicia en: 05/07/2013).

Se observa, por último, que en el caso de la no realización del proceso de licitación en el ámbito administrativo, se asegura el contradictorio y la amplia defensa de las empresas que acudieron al evento.

3 CONTRATOS CON SOBREPRECIO

Después del evento, donde se tiene la homologación del resultado²⁷⁹ y adjudicación²⁸⁰, de la selección de la empresa que presentó la mejor oferta, esta adquiere la condición de poder firmar el contrato con la Administración Pública para la adquisición de bienes, servicios y obras.

Esta condición también ocurre en el caso del procedimiento de inexigibilidad o dispensa de licitación, al final del cual también las empresas elegidas pueden firmar el contrato respectivo.

Vale la pena señalar que el ganador del evento, también llamado de adjudicatario, solo adquiere la condición de ser contratado y no el derecho a exigir que la administración pública lo contrate, solamente por el hecho de que ha sido seleccionado con la mejor propuesta.

Sin embargo, la Administración Pública, habiendo manifestado de modo expreso la intención de contratar los servicios y obras objeto de la licitación solo puede hacerlo con la empresa adjudicataria y no con las otros, sean o no del mismo evento. El adjudicatario adquiere solo la *expectativa del contrato*²⁸¹ con la Administración Pública.

El contrato administrativo siguiendo la regla establecida por la Ley 8.666/93, es el ajuste realizado entre los órganos y entidades gubernamentales y particulares a través del cual se establecen acuerdos de voluntades para formación de un vínculo de obligaciones recíprocas.²⁸²

La ley considera nula y sin valor al contrato verbal con las autoridades públicas, pero advierte que es posible cuando se trata de pequeños valores en efectivo, es decir, aquellos que

²⁷⁹ Para Wellington Pacheco Barros la homologación de la licitación “es la aprobación de los actos cometidos por la Comisión de Licitación por la autoridad administrativa superior [...] si la licitación fue desarrollada por la Comisión de Licitación sin escollos legales que la afecten de nulidad, debe el superior jerárquico homologar, de manera fundamentada, los actos de sus subordinados.” Cf. BARROS, op. cit., p. 221-222.

²⁸⁰ Marçal Justen, citando Celso Bandeira de Mello, dice que “Adjudicación es el acto mediante el cual la Administración, en vista del posible acuerdo a ser firmado, proclama satisfecho la propuesta clasificada en el primer lugar.” (Cf. JUSTEN FILHO, op. cit., 2005, p.426.)

²⁸¹ Es lo que describe Marçal Justen “Como regla general, la decisión sobre la contratación permanece en la esfera de las atribuciones de la Administración. En ella, el particular no tiene injerencia. El contratista tiene mera expectativa de contratar [...] Además de ellos, es imperativo que la decisión concreta de la Administración para efectuar la contratación. En cuanto falte la decisión de contratación por la Administración, no se concreta el hecho jurídico que da lugar al derecho de contratar para el particular. De ahí la alusión a la expectativa de los derechos”. (Cf. JUSTEN FILHO, 2005, op. cit., p. 428.)

²⁸² Definición encontrada en la Revista del TCU. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4º ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 645.

no excedan el valor del 5% (cinco por ciento) del límite de ochenta mil reales señalado en el art. 23, inciso II, letra “a” de la Ley 8.666/93.²⁸³

Es de la ley, también, la obligación del instrumento de contrato administrativo en los procedimientos de licitación, cuando la selección sea el modo de competencia y tomando los precios, así como en los que resultan de la dispensa o inexigibilidad de licitación, cuyos precios están incluidos dentro de los límites de estas modalidades y opcional en los otros, en que la Administración Pública puede reemplazar por otros instrumentos adecuados, tales como una carta contrato, nota de empeño de gastos, autorización de compras o orden de ejecución del servicio.²⁸⁴

En el contrato administrativo debe ser establecido con claridad y precisión los términos que definen los derechos, las obligaciones y la responsabilidad de la Administración y de los particulares, entre ellas las cláusulas esenciales²⁸⁵, que no pueden apartarse de los términos de la oferta ganadora y del edicto de licitación del evento o la autorización de contratación directa.²⁸⁶

Es de esta forma que lo dijo el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal:

los contratos entre la Administración y los particulares son diferentes a los firmados en el ámbito del derecho privado. Esto se debe a que en los contratos entre particulares vale como regla la disponibilidad de la voluntad, mientras que aquellos

²⁸³ Las disposiciones de art. 23, II, letra “a” tiene la siguiente redacción: “invitación - hasta R\$ 80.000,00 (ochenta mil reales). Cf. BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, op. cit.

²⁸⁴ También es dispensable el “término de contrato” y facultada la sustitución prevista, a criterio de la Administración e independientemente de su valor, en caso de compra con entrega inmediata y total de los bienes adquiridos, de las cuales no resultan obligaciones futuras, incluida la asistencia técnica. (§ 4º do art. 62, de la Ley 8.666/93).

²⁸⁵ Son cláusulas necesarias en todo acuerdo las que establecen: I - el objeto y sus características; II - el procedimiento de ejecución o la forma de suministro; III - las condiciones de precio y de pago, criterios, fecha de referencia y la frecuencia de reajuste de precios, los criterios de ajuste de inflación entre la fecha del debido cumplimiento de las obligaciones y el pago efectivo; IV - el plazo del comienzo de las etapas de ejecución, plazo de finalización, la entrega, la observación y la recepción final, según corresponda; V - el crédito por el cual se ejecuta el gasto, con la indicación de la clasificación funcional programática y categoría económica; VI - las garantías para determinar su plena aplicación, cuando sea necesario; VII - los derechos y responsabilidades de las partes, las sanciones aplicables y los importes de las multas; VIII - los casos de extinción; IX - Reconocimiento de los derechos de la Administración, en caso de rescisión administrativa prevista en el art. 77 de esta Ley; X - las condiciones de importación, la fecha y el tipo de cambio para determinar su conversión, en su caso; XI - el vínculo entre el aviso de licitación o el término que no se le exigió la invitación y la propuesta del adjudicatario; XII - la ley aplicable a la ejecución del contrato y sobre todo los casos omisos; XIII - la obligación del contratista de mantener, durante toda la ejecución del contrato, en compatibilidad con las obligaciones asumidas por la misma, todas las condiciones de los requisitos de habilitación y calificación requeridas en la licitación. (Art. 55). (Cf. BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

²⁸⁶ Es lo que define el § 1º del art. 54 de la Ley nº 8.666/93 que “Los contratos deben establecer con claridad y precisión las condiciones para su aplicación, expresado en las cláusulas que definen los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes conforme a los términos del la licitación y la propuesta a la que se enlazan”. Cf. BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, op. cit.

en los que la Administración es parte debe ser una constante la búsqueda de la plena realización de los intereses públicos. Esta distinción hace con que las partes en el contrato administrativo no sean colocadas en situación de igualdad. La Administración asume posición de supremacía y puede, por ejemplo, modificar o dar por terminado el contrato de manera unilateral e imponer al particular sanciones.²⁸⁷

También se deben mencionar los nombres de las partes y sus representantes, el propósito, el acto que autorizó a su redacción, el número de procedimiento licitatorio, la exención o dispensa, el sometimiento de los contratistas a las normas de la presente ley y las cláusulas contractuales (Art. 61).

Así definidos los matices del contrato administrativo, el funcionario público no puede cambiar las obligaciones legales, en especial las contenidas en la propuesta y el aviso de convocatoria, como por ejemplo, realizar el aumento de los precios de los bienes, servicios y obras, popularmente conocido como sobreprecio.

En este sentido se han considerado motivo suficiente para la cancelación del contrato establecido con la Administración Pública y responsabilizados todos los involucrados (empresas y funcionarios públicos), ya que sin duda promueven daños al Tesoro.

La preocupación por los sobreprecios se produce desde el inicio del evento, más precisamente cuando el procesamiento y la evaluación de las ofertas traídas por las empresas participantes, donde los miembros de la Comisión de Licitación deben observar el cumplimiento de los precios ejercidos en el mercado o fijados por un organismo oficial competente o incluso con precios constantes en el sistema de registros de precios.

En España también ha habido motivo de preocupación con el sobreprecio. En este sentido, Ricardo Rivero Ortega, administrativista de élite, profesor de la Universidad de Salamanca, dice lo siguiente:

Otra necesidad acuciante de cualquier práctica de adquisiciones eficiente es el manejo de la información para determinar los precios que están pagando las distintas Administraciones públicas por bienes y servicios. La necesaria transformación del sistema de registros públicos de contratos y del papel de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa debería tal vez replantearse en este sentido. El cruce de datos para comprobar si un mismo bien o servicio se está adquiriendo en condiciones muy diversas y en general la realización de estudio sobre ‘mercados de encargos públicos’ que indiquen cuántas empresas están siendo beneficiadas por las adjudicaciones, podrían contribuir a la mejora de los resultados [Y más adelante consigna] Parece que se reconoce esta necesidad cuando se crea una Comisión de Expertos para mejorar los niveles de competencia (aparentemente insatisfactorios).

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010, p. 645.

El hecho de que en el día de hoy se reconozca que no hay transparencia en cuanto a los precios anteriores pagados por la Administración por determinados bienes y servicio pone de manifiesto hasta qué punto no se ha desarrollado nuestro Derecho de los contratos públicos en el sentido de incrementar la eficiencia de las prácticas contractuales de los poderes adjudicadores.²⁸⁸

Cuando se verifica el sobreprecio debe la Comisión licitante penalizar la propuesta con su descalificación.

Esa actitud puede de ser realizada en cualquier fase del proceso de licitación, no solo a ser realizada por la Comisión de licitación, sino también por la autoridad superior, siempre con la intención de aclarar o complementar el procedimiento.²⁸⁹

Es que no se puede olvidar que uno de los principios que deben seguir los procedimientos de licitación es la economicidad, según la cual el objetivo es conseguir el mejor producto al precio más bajo del mercado. A pesar de que la propuesta ha sido homologada por la Comisión de Licitación, pero si la autoridad superior, en el momento de la adjudicación o hasta en un momento posterior, identificar que ella está en violación de los precios vigentes en el mercado, puede y debe cancelar el evento para que otro sea analizado o mismo, si así conviene, promover una contratación directa.

Esto es lo que puntúa Mauro Roberto Gomes de Matos, al comentar sobre los precios que exceden el mercado o a la cotización oficial,

[...] no justifica la contratación de la propuesta, que mismo victoriosa, no aparece como más ventajoso para el contratante o comprador producto. [Y más adelante confirma que] En este marco, no es necesaria la licitación, ya que el primero no fue adecuado para el propósito determinado, por tener un precio superior al de mercado. [...]. En estos casos, el legislador, en nombre de la economicidad permite que la contratación directa sea una opción viable para la compra de un servicio o la consumación de una compra, respaldado en valores razonables y consistentes y compatibles con el valor de mercado.²⁹⁰

²⁸⁸ ORTEGA, Ricardo Rivero. ¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España? In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 121, enero-marzo, Madrid: Civitas, 2004, p. 38-39.

²⁸⁹ Es lo que se verifica en la redacción del inciso IV del art. 43 de la Ley 8.666/93 “la verificación del cumplimiento de cada propuesta con los requisitos de aviso y, en su caso, con los precios actuales de mercado o determinadas por un organismo oficial competente, o con los que están en el sistema de registro de precios, que deberá ser debidamente registrada en el acta del juicio, con la promoción de la descalificación de las propuestas no conformes o incompatibles”. (Cf. BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, op. cit.)

²⁹⁰ MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo*. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 565-566.

La autoridad competente, cuando identifica el sobreprecio en los servicios y obras o bienes, en la fase de ejecución del contrato, promoverá la ruptura del contrato, una vez que ésta es una de las causas justas para tanto, pues en desacuerdo con el procedimiento de licitación que le dio causa o de la dispensa o inexigibilidad de la licitación, incluso si se haya pagado algún valor deberá solicitar su reembolso, una vez que fueron transferidos ilícitamente, sin perjuicio de buscar otras responsabilidades civiles, penales y administrativas, conforme la situación.

En el caso de sobreprecio en obras este puede ser caracterizado por la medición de cantidades superiores a las realmente ejecutadas/proporcionadas; deficiencia en la ejecución de obras y servicios de ingeniería que resulta en la disminución de la calidad, vida útil o la seguridad; pago de obras, bienes y servicios a precios claramente superiores a la tendencia central (media o mediana) practicada por el mercado o incompatible con los objetivos establecidos por los organismos oficiales competentes, así como la práctica de precios unitarios por encima de esta tendencia central (media o mediana) de mercado; rompiendo el equilibrio económico financiero inicial del contrato contra la Administración por medio de la modificación cuantitativa (conjunto de planos) y/o los precios (cambios en convenios financieros) durante la ejecución de la obra); modificación de los acuerdos financieros que generen los ingresos contractuales previstos, distorsión de la programación física y financiera, y el prolongamiento injustificado del término contractual o reajustes irregulares)²⁹¹.

De una investigación realizada junto a las decisiones del Poder Judicial de Brasil, a respecto de los casos de precios y sobreprecio, identificados en diferentes procesos de licitación, se concluye que tal hecho es considerado como efectivamente dañoso al Tesoro y ofende los principios básicos de la Administración Pública:

Proceso Civil. Apelación Civil. Acción Civil Pública por acto de conducta impropia. Licitación pública. Modalidad. Toma de Precios. Maquinaria para Sistema de análisis de datos. Apelación [...] Preferencia para la Empresa INFORMAR ASSISTÊNCIA LTDA. Patentes lesión para el erario público. Violación de los principios formadores de la actividad de la Administración Pública. Recurso conocido y no despachado. Apelaciones 3, 4, 5 y 6: Recursos conocidos y no despachados: [...] **6. Es evidente sobreprecio en la compra de equipos, posible gracias a dos factores, a saber: (Apelación Civil nº 465.638-0 Maringá) publicidad incompatible e inadecuada al objeto de dar a los precios, y un parámetros incoherente para descartar cualquier posibilidad de la Administración Pública celebrar contrato con sobreprecio, superior al límite presupuestario.**
[...]

²⁹¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Acir de. Manual de Perícias de Engenharia, Cálculo de Superfaturamento e Outros Danos ao Erário, *XXX Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília-DF, 2008.

11. Es evidente la lesión al erario público, los gastos incurridos en los equipos con sobrepuestos, favoreciendo a terceros, dañan el tesoro, como está evidenciado plenamente en el examen ora realizado;

12. No fueron observados los principios de legalidad, la moralidad, imparcialidad e igualdad. Esto justifica que sea negado el recurso de apelaciones de los acusados (Tribunal Estatal - Paraná - 4º C. Civil - AC 0465638-0 - Maringá - Rel: Desª Lelia Samardã Giacomet - Unánime - J. 28.06 0,2010) (el subrayado es nuestro).

Apelaciones civiles. Acción Civil Pública. Indemnización por daños y perjuicios al Tesoro. Prescripción. No incidencia. Anterior. Reducción Preliminar de cercenamiento de defensa. Dilación probatoria innecesaria. El conjunto documental del caso es suficiente para resolver la disputa. Demostración por la producción de la prueba que abogó, además, podría haber sido traído por los acusados, con independencia de su aprobación. Rechazo. Licitación. Sobreprecio. Demostración. Valores de los productos en esencia, más alto que el valor del precio de mercado. Desfalque incontrovertible. Responsabilidad solidaria de la empresa contratada por el Ayuntamiento para la realización y la coordinación de las obras de renovación en la institución. La responsabilidad de reparar el daño financiero que recae sobre la empresa responsable de la asesoría, diseño y otras medidas conexas para lograr las obras de reforma, no se incluye el precio de los bienes a adquirirse, así como el ganador del evento y del ordenador de despensas. Recursos no despachados (Tribunal del Estado de Santa Catarina - Apelación Civil No. 2013,088671-6, la ciudad de Blumenau - Rel. Des Reemplazar Stanley da Silva Braga, publicado en la Gaceta Oficial de Justicia de Santa Catarina, en el 7.14.2014).

Como es evidente, el sobreprecio en los contratos con la Administración Pública, que resultan o no un procedimiento licitatorio, ha sido una de las causas frecuentes de los beneficios ilícitos obtenidos por entidades privadas en connivencia con funcionarios y autoridades públicas, lo que socava en gran medida la credibilidad de la Administración en la promoción del bien de todos los brasileños.

4 EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS UTILIZÁNDOSE MATERIALES Y SERVICIOS INADECUADOS E/O INCOMPLETOS

No irrazonable deducir que en todas o casi toda ejecución del contrato suscrito entre la Administración Pública y particulares existe irregularidad que afecta el resultado de la prestación de servicios, la adquisición de bienes, servicios y obras de construcción.

Una estadística, específica al punto, puede ser una buena orientación. En el caso tenemos la página web del Consejo Nacional de Justicia de Brasil (CNJ), que por razones de un estudio estableció la existencia de 8.264 demandas judiciales movidas a través las Acciones Civiles Públicas, siendo 8.183, en el ámbito de los tribunales de los Estados y 132 en juicios y tribunales federales.²⁹² Esas acciones judiciales, contienen, en su mayoría

²⁹² El Consejo Nacional de Justicia se introdujo en la Constitución Federal de Brasil, a través de la Enmienda Constitucional Nº 45 de 08 de diciembre de 2004, con el fin de controlar la actuación administrativa y financiera del poder judicial y el adecuado desempeño de las funciones oficiales de los jueces, cabiendo -

discusiones al respecto de las irregularidades y violación de los principios elementales de la Administración Pública, considerados como actos de Improbidad Administrativa.²⁹³

No son raros los momentos en que los Tribunales de Cuentas de los estados brasileños realizan verificaciones de cuentas especiales y se enfrentan con irregularidades en la construcción de edificios públicos:

RESUMEN: VERIFICACIONES DE CUENTAS ESPECIAL DERIVADO DE REPRESENTACIÓN. IRREGULARIDADES EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DEL FÓRUM DE SANTA MARÍA / DF. FE DE SERVICIOS NO REALIZADOS Y RECIBIMIENTO POR SERVICIOS NO EJECUTADOS. IRREGULARIDADES DE LAS CUENTAS. DEUDA Y MULTA. 1. Se juzgan irregulares las cuentas, con la imposición del débito y la multa, cuando se comprueba que los servicios no fueron realizados y pagados de fondos públicos para la empresa por servicios no realizados. 2. La prerrogativa legal dada a la Administración para supervisar la aplicación de los ajustes firmados por el Poder Público debe interpretarse como un poder/deber, ya que, por respeto al principio de interés público, la actuación fiscalizadora efectiva del representante de la Administración tiene el desiderátum de evitar el uso de materiales no consistentes con en el proyecto o fuera de las especificaciones previamente acordadas, todo esto con el fin de garantizar la correcta aplicación de los recursos y la calidad de las obras públicas (TC-016.125/2003-0 - Naturaleza: Tomada de Cuentas Especial. Órgano: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* –TJDFT. Responsables: Fernando Teixeira Martins, CPF 225.475.841-15, fiscal de la obra del Foro de Santa Maria/DF; y empresa Guimarães Castro Engenharia Ltda., CNPJ 20.310.736/0001-73 – Ata nº 41;2010 - Juzgado el 3.11.2010).

Y los tribunales de justicia también comprueban la afirmación en los siguientes ejemplos elegidos:

entre otras cosas- garantizar la independencia del poder judicial y el cumplimiento del Estatuto del Poder Judicial, y puede emitir actos reglamentarios de su competencia, o recomendar medidas; garantizar el cumplimiento del art. 37 y apreciar, de oficio o previa solicitud, la legalidad de los actos administrativos por los miembros del poder judicial o de los órganos y puede anularlos, revisarlos o fijar un plazo para la adopción de las medidas necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal; recibir y examinar las quejas en contra de los miembros del poder judicial u órganos, incluso contra sus servicios auxiliares, vías de servicio y los organismos proveedores de servicios notariales y de registro que actúen por delegación del poder público u oficializados, sin perjuicio de la jurisdicción disciplinaria y correlacional, puede poner bajo su mando los procedimientos disciplinarios en curso y determinar las mudanzas, la disponibilidad o de retiro de beneficios, con ganancias proporcionales a la duración del servicio y aplicar otras sanciones administrativas, con la garantía de una amplia defensa; representar al Ministerio Público en el caso de los delitos contra la administración pública o abuso de autoridad; revisión, de oficio o previa solicitud, los procedimientos disciplinarios contra jueces y miembros de los tribunales juzgados a menos de un año; preparar informe estadístico semestral sobre los procedimientos y las sentencias dictadas, según el estado, los diferentes órganos del poder judicial; elaborar un informe anual, incluyendo las medidas que considere necesarias sobre la situación del poder judicial en el país y las actividades del Consejo, que deben integrar el mensaje del Presidente de la Corte Suprema para ser enviado al Congreso en la apertura de la sesión legislativa. (Véase CF/1988: art. 103-B, § 4º).

²⁹³ BRASIL. Consejo Nacional de Justicia Brasileña. Investigación realizada por el CNJ, asesorado por el Departamento de Investigaciones Judiciales y a través de la Universidade Itauna, bajo la Coordinación de Luiz Manoel Gomes Júnior, equipo Gregório Assegra de Almeida et al. Brasília: CNJ, 2015.

APELACIÓN - ACCIÓN CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA - FRAUDE EN EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN (...) LESIÓN AL TESORO - ENTREGA DE BIENES DIFERENTES DE AQUELLOS LICITADOS - HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS - LESIÓN AL TESORO (...) RECURSO OTORGADO (...) 4. Se impone el reconocimiento de la realización del acto de improbidad administrativa descrito en el art. 10, VIII, de la Ley Nº 8.249/92, cuando el conjunto de pruebas permita inferir que el proceso de licitación fue manipulado. 5. La recepción de las mercancías con calidad inferior a la prevista en los documentos de licitación y la emisión de factura muy diferentes a las que los conjuntos efectivamente entregados configuran acto injusto que afecta negativamente al tesoro, de conformidad con el art. 10, *caput*, de la Ley de improbidad administrativa. 6. La ley dice que el carácter subsidiario del art. 11 de la Ley Nº 8.249/92, con el argumento de que la práctica de actos ímprobos descritos en el art. 9º y 10 necesariamente violan los principios de la administración pública, en particular el principio de legalidad”. (TJMG - Apelación Cível 1.0471.04.029800-5/001, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, juicio el 24/02/2015, publicación del resumen el 05/03/2015).

RESUMEN: AGRAVIO DE INSTRUMENTO. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA. LICITACIÓN. COMPRA DE UNA COMPUTADORA PARA EL MUNICIPIO. ADULTERACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL PROCESO DE LICITACIÓN. COMPRA DE MERCANCÍA DE CALIDAD INFERIOR. AGRAVIO A QUE SE DESESTIMA. “IN SPECIE”. - Satisface la caracterización de la conducta ilícita del acto de improbidad administrativa la manipulación de los documentos del procedimiento de licitación donde está evidente el objetivo “*in thesi*” de obtener la mercancía objeto de la licitación de calidad inferior a la requerida por la administración pública, que a su vez permite la inferencia de que esta, incluso pagando más, no conseguiría mercancía de buena calidad. (TJMG - Agravio de Instrumento-Cv 1.0713.11.010280-1/001, Relator (a): Des(a). Belizário de Lacerda, 7ª CÂMARA CÍVEL, juicio en 13/08/2013, publicación del resumen el 21/08/2013).

Las irregularidades, que en nuestra opinión más se destacan, no están relacionadas con la puntualidad o la falta de pagos, sino por las irregularidades que incluyen desde la falta de suministro de bienes o una prestación defectuosa e incompleta, es decir, la calidad y cantidad en violación con las disposiciones previamente establecidas en el aviso de licitación o de la orden emitida por las autoridades competentes; la cantidad y calidad de los servicios prestados o incluso por las cualidades y cantidades, espesuras y otras medidas equivalentes, no cumplidas al ejecutar obras de interés público.

Es el caso, por ejemplo, de obras de interés público, que se construyen casi siempre en desacuerdo con las normas existentes, y que por cualquier evento natural simple o evento meteorológico, se deterioran sin que atiendan las predicciones de resistencia mínimas.

Las obras de infraestructura de vías de asfalto es el más típico ejemplo, una vez que se realizan en todas las regiones brasileñas. En estos casos las empresas constructoras no prestan la debida atención al cumplimiento de la composición química del asfalto, utilizando variedades inapropiadas para soportar las exigencias en razón del volumen y tipo de carga de los vehículos automotores, que de ellas se utilizan para el transporte de mercancías y productos necesarios para la supervivencia de la población o para el progreso nacional.

Los técnicos conocen bien la estructura física del suelo, donde se implantan los caminos; la composición química viable y duradera de asfalto que se debería aplicar para la demanda requerida, la cual deben atender también otros requisitos; y aún así, se rebelan contra la mejor calidad del producto y técnicas a través de artificios para poder implementar materiales y servicios de baja calidad, por lo que la infraestructura, aparece a un costo menor, pero la finalidad es obtener un mayor y escandaloso beneficio, incluso para ser nuevamente contratado, considerando los reparos que tendrán que ser implementados, eso bajo diferentes justificaciones, como el aumento de la demanda de vehículos; el exceso de cargas y otros vehículos de transporte similares.

Contando con o sin la participación de los funcionarios públicos, lo cierto es que, incluso sin el pago de soborno para permitir la construcción inadecuada de los servicios y obras, no deja de ser una manera fraudulenta para promover daños al Tesoro, ya que en un corto espacio de tiempo la Administración tendrá que reparar el servicio, y quién sabe invitar a la misma empresa para hacerlo.

Es común que el material asfáltico no alcance, siquiera, el período de carencia de cinco años²⁹⁴, como se prescribe en el Código Civil Brasileño, para verificarse la insuficiencia del material utilizado para la construcción, comprometiendo no solo la seguridad de las personas y vehículos que por ella transitan, sino también al Tesoro que pagó los valores justos para una construcción adecuada.

Destacamos, dentro de este contexto, la siguiente verificación realizada en el ámbito de los juicios que tratan específicamente de la Hacienda Pública, en acción civil pública, propuesta por el Ministerio Público del Estado de Paraná, contra una empresa nacional, que en el contrato establecido con un municipio, celebró la nueva pavimentación de asfalto en la carretera y que un año después de la finalización y entrega de la obra nuevamente presentó defectos graves en numerosos puntos del carril, eso por razones directamente relacionadas con la inferioridad de la calidad y cantidad del material utilizado.

El experto designado para examinar la vía de asfalto y los otros servicios asociados, emitió un informe final que confirma que el material utilizado era de calidad inferior, es decir, la mezcla de asfalto llamada HMA (hormigón bituminoso a caliente) era inapropiada y la cantidad de esta masa era menor que la establecida en las cláusulas contractuales, es decir,

²⁹⁴ La redacción del art. 618 del actual Código Civil establece que: “Los contratos de las construcciones de edificios u otras construcciones considerables, el constructor de materiales y ejecución responderá durante el período irreducible de cinco años, por la solidez y la seguridad del trabajo, así, como también de los materiales, como del suelo”. Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de jan., 2002.

debía tener cinco centímetros de espesura, cuando en realidad poseía solo 1,89 cm, por lo que no resistía al tráfico de vehículos, y por eso dio lugar a la aparición de defectos graves, que comprometían la seguridad del tráfico y, en consecuencia, promovían evidente daños al Tesoro²⁹⁵.

La acción legal presentada por los fiscales como uno de los legitimados para buscar la promoción de las reparaciones, con fundamento en la Ley Federal 8.666/93, en la cual se señala que el contrato debe ser fielmente ejecutado por las partes, en acuerdo con las cláusulas convenidas y las normas de esta ley, respondiendo por cada una de las consecuencias del incumplimiento total o parcial. (Art. 66).

Podrían ser incluidas, en el presente trabajo, decenas de otros casos de incumplimiento de contratos, potenciales generadores de conducta corrupta, en el área de salud (contratación de servicios médicos, compra de vacunas y medicamentos), la educación (adquisición de los almuerzos escolares y kits escolares), tecnológicas (adquisición de buques, aeronaves y material de guerra), y muchas otras áreas diferentes, pero, la conclusión sería básicamente la misma ya señalada antes.

El incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, según Marçal Justen Filho

conlleva la responsabilidad de la parte incumplidora. Esta responsabilidad puede ser civil, penal y administrativa. La responsabilidad civil, sigue los principios del derecho común. Se trata de la obligación de la parte culpable del deber de compensar la parte inocente por pérdidas o daños derivados del incumplimiento. Se diferencia el tratamiento que se da a la Administración y al particular, especialmente en lo relativo a la investigación de los requisitos subjetivos. El particular solo será responsable ante la Administración cuando el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o por el contrato se derive de una conducta ilícita.²⁹⁶

La ley, en el caso de obras y servicios, también establece que:

Art. 73. Ejecutado el contrato, su objeto será recibido:

I - en el caso de obras y servicios:

- a) provisionalmente por la persona responsable del seguimiento y la supervisión, mediante término circunstanciado, suscrito por las partes dentro de los 15 (quince) días de la notificación por escrito del contratado;
- b) definitivamente, por servidor o comisión designada por la autoridad competente, a través de término circunstanciado, suscrito por las partes después de la expiración del período de observación, o inspección que compruebe la idoneidad del objeto a los términos contractuales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 de esta Ley.

²⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justicia de Paraná. Acción Civil Pública nº 0020632-58.2012.8.16.0017, autoría del Ministerio Público Paraná x Empresa Extracom Mineración y Obras Ltda. en fecha de 17.07.2012 en trámite en la 1ª Sala de la Hacienda Pública de Maringá-Brasil.

²⁹⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 559-560.

Marçal Justen afirma que el recibimiento provisional “es la simple transferencia de la propiedad del bien o de los resultados del servicio para la Administración. No significa liberación completa del particular ni tampoco significa que la Administración reconoce que el objeto es bueno o que la prestación se ha ejecutado correctamente”.²⁹⁷

Para Jesse Torres Pereira Junior el

recibimiento provisional depende de la iniciativa del contratista. A este cumple cerrar la ejecución del contrato, haciendo la entrega de su objeto a la Administración. El único sentido que tiene la recepción provisional es el de Administración tener la consciencia de que el contratado tiene la obligación por cumplida, bajo los términos y condiciones en las cuales la entregó “[Y sigue, diciendo] El recibo provisional no es otra cosa que la imagen de la disposición en el momento en que el contrato se considera satisfecho, y que es una manifestación unilateral, de evidencia por los medios de inspección, observaciones y conferencias, cuyo paradigma solo puede ser lo que consistió el actos convocatorio y vinculó la ejecución de su objeto (diseño básico y de detalle, cuando exista, especificación de materiales y funcionalidad de la actividad, esto en el caso de la actividad integral.”²⁹⁸

En cuanto al recibimiento final, esto ocurre después de la recepción provisional, cuando la Administración promoverá los exámenes, ensayos y comprobaciones necesarias. Si se encuentra defectuoso, el objeto o servicio serán devueltos a la persona en el estado en que se encuentran. Por supuesto que la especificación de los exámenes y pruebas dependerá de la naturaleza y de la disposición del objeto, y es apropiado que el contratista siga las pruebas con el fin de salvaguardar el principio de la contradicción que deben tener todos los actos de la Administración Pública.

En este sentido, Marçal Justen dijo que

el principio de la contradicción requiere que el particular, sea oído y acompañe las pruebas y controles. En este sentido, por otra parte, el contrato por lo general acostumbra definir las normas disciplinarias que deben seguirse. Consagra, habitualmente, los principios adoptados en la cantidad de control. Concluyendo por defectuosidad del objeto, la Administración tendrá que rechazarla e informar del evento para el particular. Ese tendrá el derecho de acceso a los informes y documentos producidos por la Administración. Puede solicitar una repetición de las pruebas ya realizadas y la aplicación de otras.²⁹⁹

Y continúa la referida ley estableciendo que el contratista está obligado a reparar, corregir, eliminar, reconstruir o reemplazar, a su cargo, en su totalidad o en parte, el objeto del contrato en que son constatados defectos o inexactitudes resultantes de la ejecución o de los materiales utilizados (art. 69).

²⁹⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 568.

²⁹⁸ PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 73-74.

²⁹⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 569.

A través del ejemplo aquí descrito y el cual sometido a las disposiciones legales vigentes en Brasil, ya es posible deducir las otras violaciones al contrato, que entre las numerosas conductas ilegales, contribuyen sistémicamente para la obtención de ventajas indebidas con la participación o no del agente público, comprometiéndose visceralmente al erario público.

5 AUSENCIA DE LOS FISCALES DE CONTRATOS

Se trata de una disposición legal que la Administración Pública, debe, durante la ejecución de los contratos con entidades privadas, establecer indicando un representante legal para monitorear y supervisar la prestación de servicios y obras, incluyendo, en su caso, la contratación de la asistencia técnica, si necesaria, para subvencionar el análisis de la información, todo para la perfecta comprensión de la ejecución del objeto del contrato.

También es de disposición legal que el contratista debe mantener un Supervisor que aprobado por las autoridades públicas, esté en el lugar de trabajo y servicio, para que lo represente en la ejecución del contrato.

El representante legal de la Administración anotará, en registro propio, todos los hechos relacionados con el trabajo y el servicio, determinando las correcciones que considere pertinentes para el fiel cumplimiento del contrato, y que caso supere el hecho su competencia debe ser reportado a la autoridad superior competente, para la adopción de las medidas adecuadas.

Es un poder/deber de la Administración el tener que supervisar la ejecución del contrato, especialmente aquellos en los que la ausencia de ejecución adecuada del contrato, produzca el efecto de ocultar los defectos, los cuales pueden traer consecuencias futuras.

Por otra parte, cabe destacar que la ley quiere asegurarse que el fiscal de contratos desarrolle plenamente la obligación de certificarse del cumplimiento de la propuesta vencedora de la licitación, materializada en el contrato dentro del tiempo y plazo debido, en atendimento al objeto.

Antonio França da Costa, al comentar sobre las actividades del fiscal del contrato, trae a debate la decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal en la Sentencia N°. 1632/2009 de la Corte Plena, para decir que

la prerrogativa concedida a la gestión para supervisar la aplicación del pacto debe interpretarse como una obligación. Por lo tanto, se habla de un deber poder porque, en deferencia al principio del interés público, no puede la Administración, esperar la resolución del contrato para ver si el objeto de hecho se había completado en la

fecha prevista, ya que, en el momento de su entrega, muchos vicios ya podían haber sido ocultos.³⁰⁰

Es de prever que habrá casos en los que dicha supervisión se convierte en algo innecesario, sobre todo en el contrato cuya prestación, podrá ser inspeccionada satisfactoriamente, en el momento de la entrega. Esto se aplica a la preparación de un contrato de auditoría, un trabajo legal y otros similares.

Sin embargo, se demuestra que es intolerable la incidencia de fallas en la supervisión del contrato, especialmente cuando se debe a la ausencia de un servidor que debe ser asignado a una tarea tan importante para evitar daños al Erario Público.

El Tribunal de Cuentas de la Unión Federal ha reconocido en sus decisiones, específicamente en el caso N°. 1450/2011 (Tribunal Pleno), la responsabilidad del gestor público por la conducción de la realización de la supervisión en ausencia del fiscal de contrato:

Es deber del gestor público responsable de la conducción y supervisión del contrato administrativo, adoptar las medidas oportunas para suspender los pagos a la primera señal de incompatibilidad entre los productos y servicios prestados por el contratista y el objeto del contrato, y propondrá también la formalización de los cambios cuando el interés de la Administración así lo justifiquen, o la rescisión del contrato, en virtud de la Ley N ° 8.666/93.³⁰¹

6 OMISIÓN DEL FISCAL DE CONTRATO

Como se señaló anteriormente, la Administración Pública debe designar un servidor público con conocimientos y habilidades específicas al objeto para promover el seguimiento de la ejecución de los contratos, especialmente aquellos en los que la secuencia de ejecución del contrato hace que el efecto de ocultar cualquier hecho, termine siendo evidenciado solamente en consecuencias futuras.

La principal función que debe ser realizada por el servidor designado, como el fiscal de contrato, es exigir su pleno cumplimiento, así como la calidad de los bienes o servicios sobre la base de los términos de referencia y las cláusulas del contrato. En la opinión de Camila Fernandes Padilha,

³⁰⁰ COSTA, Antônio França da. Fiscal de contratos administrativos: atribuições. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3653, 2 jul. 2013.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2008, op. cit.

El fracaso en la supervisión del contrato, sin embargo, puede ser imputada al fiscal del contrato, al administrador del contrato o al ordenador de despensas, o a todos juntos, caso quede establecido que actuaron con culpa. [La autora detalla la atribución de cada uno de ellos diciendo] El gestor del contrato es responsable principalmente de los procedimientos de la contratación, como el cumplimiento de los requisitos legales, como las calificaciones del contratista, el proyecto básico, ejecutivo. Su actuación es de suma importancia, ya que es en la etapa inicial que ya debe comenzar a comprobarse el cumplimiento de las reglas de la licitación, de modo destacado, los requisitos legales. Cualquier falla aquí podría manchar el contrato en su totalidad y no puede el fiscal del contrato ser de manera alguna responsable”. [Continúa]: “El fiscal del contrato, a su vez, es responsable de los actos de inactividad, o por negligencia. Actúa de esa forma, por ejemplo, cuando certifica órdenes de pago, (acto de comprobación que se debe pagar, debido a que los servicios contratados se han realizado) sin preocuparse de verificar el cumplimiento del contrato, tal como se estipula en la convocatoria. La responsabilidad en este caso debe ser personal del fiscal por haber actuado con dolo y culpa.³⁰²

De hecho, el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal (TCU), no ha aceptado la responsabilidad del fiscal de contrato cuando no tiene plena capacidad para ejercer la supervisión. Es lo que se observa en la Sentencia N° 339/2011 – Pleno. Informativo N° 057/2011 que dice: “Se muestra en los expedientes que la responsabilidad del fiscal de contrato tenía precarias condiciones para realizar su trabajo, su responsabilidad se elide”.

Fue esa una de las conclusiones alcanzadas por el TCU para evaluar los recursos judiciales de reconsideración, en el que se consideraron irregulares varias cuentas de crédito, relativa a la aplicación del Plan Nacional de Trabajadores de Calificación (PLANFOR), en el Distrito Federal, en el año de 1999, y cuyo entendimiento aún está vigente.

La designación del fiscal de contrato debe ser hecha por un acto formal que se adjunta al expediente del proceso administrativo de la licitación, con el fin de establecer claramente quién asume la responsabilidad, que puede ser administrativa, civil o penal, por acción u omisión que resulte del irregular cumplimiento de la fiscalización.

Aunque la ley no establezca, es posible promover la sustitución del fiscal de contrato durante la ejecución del mismo. Esta sustitución debe formalizarse en la misma forma y modo que se dio el nombramiento inicial, porque de esa manera se puede identificar quién realizó la tarea de fiscal de contrato. Es posible, en ese sentido, reconocer que en el curso de la ejecución puede surgir una situación que hace que sea imposible seguir por el mismo servidor.

³⁰² FERNANDES, Camila Padilha. A responsabilidade do fiscal de contrato administrativo. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, em 30 out. 2014.

En algunos casos, el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal ha determinado que sea asigna un fiscal de contrato titular y un sustituto, para cada celebrado con la Administración.³⁰³

Como se ha señalado, lo cierto es que la conducta de omisión negligente o intencional en la fiscalización del contrato, atribuida a un servidor designado específicamente y con conocimientos y habilidades plenas para hacerlo, tendrá que rendir cuentas mediante el establecimiento de procedimientos administrativo, siguiendo los principios de la amplia defensa y del contradictorio.

Al ser detectado que la conducta también tiene repercusiones penales, esta información será remitida a la Fiscalía para la acción legal y, por último, determinándose la incidencia y calculados los montos de los daños y violación de los principios de la Administración Pública, éstos serán perseguidos por la propia Administración a la cual el agente está vinculado.

7 AÑADIDURAS AL CONTRATO

Es de la ley de licitación que los contratos se pueden alterar con las justificaciones que pueden ser realizadas de manera unilateral por el gobierno o por acuerdo entre las partes. Este modificación para Celso Antonio Bandeira de Mello “es un tipo de acuerdo realizado entre la Administración y el tercero en el que, por ley, las cláusulas pactadas o tipo de objeto, la permanencia del vínculo y condiciones establecidas se sujetan a imposiciones de interés público, sin perjuicio de los intereses de patrimoniales del contratante privado”³⁰⁴.

Diógenes Gasparini recomienda que la alteración contractual es: “[...] acto plurilateral establecido por la Administración o por quién la represente con cierto particular, cuyas vigencias y condiciones de ejecución, a cargo del particular, pueden ser desestabilizadas por parte de la Administración Pública, garantizando los intereses patrimoniales del contratante particular”³⁰⁵.

En este sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que

en todo contrato administrativo coexisten dos tipos de cláusula: las relacionadas con las dimensiones económicas y las de naturaleza reglamentaria del servicio, obra o suministro. Aquellas son inalterables unilateralmente, debido a que fijan la remuneración y los derechos del contratado, frente a la administración y establecen

³⁰³ Cf. Acórdão nº 2831/2011 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julgado em: 25 out. 2011.

³⁰⁴ MELLO, op. cit., 2003, p. 569-570.

³⁰⁵ GASPARINI, op. cit., 2004, p. 556.

la ecuación financiera que será mantenida a lo largo del contrato; estas, las reglamentarias del servicio, se pueden cambiar unilateralmente por la administración según lo requiera el interés público que el contrato busca atender.³⁰⁶

En el primer caso, la alteración unilateral, la Administración Pública, puede hacerlo cuando hay un cambio en el proyecto o en las especificaciones, para una mejor técnica, que atienda sus objetivos y satisfaga sus metas o cuando se requiere la modificación del valor contractual debido a la adición o reducción cuantitativa de su objeto dentro de los límites permitidos (Art. 65 I).

Lucía Valle Figueiredo explica que “se intuye el motivo de la determinación del límite. Los principios de la licitación se irían a pique, si se les permitieran las extensiones contractuales, independientemente del límite o la calidad. Tendría lugar, sin duda, grave perjuicio a los principios de la licitación”.³⁰⁷

La posibilidad de un cambio unilateral en el contrato es típica cláusula del tipo exorbitante, porque desborda la situación de normalidad, explicando esto la posición y situación del denominado interés público³⁰⁸.

En el segundo caso, la modificación de común acuerdo entre las partes, se da cuando es conveniente reemplazar la garantía de ejecución; cuando es necesaria la modificación del régimen de ejecución de la obra o servicio, así como el modo de suministro en las verificaciones técnicas ante la inaplicabilidad de los términos contractuales originarios; cuando se requiera la modificación de las formas de pago, por imposición de circunstancias sobrevenidas, mantenido el valor inicial actualizado, prohibido el adelantado de pago con respecto a la programación financiera sin la contraprestación correspondiente para el suministro de bienes o la ejecución de la obra o servicio y, para restaurar la relación que las partes acordaron inicialmente entre las obligaciones del contratado y la remuneración, para la justa remuneración de la obra, servicio o suministro, con el objetivo de mantener el equilibrio económico y financiero inicial del contrato, en la hipótesis de sobrevengan hechos imprevisibles o predecibles pero con consecuencias incalculables, retardadoras u obstaculizadoras o impeditivas de la ejecución de lo acordado, o aún, en caso de fuerza mayor, caso fortuito o de hecho del príncipe, configurando un inesperado riesgo económico extraordinario y extra contractual (art. 65, II).

³⁰⁶ MEIRELLES, op. cit., 1999, p. 181.

³⁰⁷ FIGUEIREDO, Lucía Valle. *Extinção dos contratos administrativos, 3ª edição*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91-92.

³⁰⁸ BARROS, op. cit., p. 293.

Vale explicar mejor el cambio en el marco de los acuerdos de las partes, en particular, lo que se entiende por la ecuación económica y financiera.

Para Hely Lopes Meirelles

la relación en que las partes establecen, inicialmente, un acuerdo, que incluye las obligaciones del contratado y la retribución por parte de la Administración, para la justa remuneración de la obra, servicio o suministro [...] Esta correlación debe ser conservada durante toda la ejecución del contrato, incluso si cambian las cláusulas reguladoras de la prestación ajustada, con el fin de mantener la ecuación financiera en otras palabras, el equilibrio económico y financiero del contrato.³⁰⁹

El Tribunal de Cuentas de la Unión, al juzgar un recurso se manifestó en la Decisión nº 388/2004, enumerando algunas medidas que deben ser observadas por las autoridades públicas en el caso de una adición o cambios contractuales a fin de garantizar su legalidad:

- a) exigir que el proyecto básico, con los elementos descriptivos a él pertinentes, sea técnicamente adecuado y actualizado, al momento de la realización de obras de licitación pública, conforme se especifica en los arts. 6º, IX, y 7º, ambos de la Ley 8.666/93, evitando cambios contractuales que desnaturalicen o que sean motivados por grandes errores, omisiones, fallas o la obsolescencia del proyecto básico, lo que debería permitir una medición adecuada de los cuantitativos de servicios necesarios para la plena ejecución de la obra;
- b) incluso si la licitación es para la contratación de obra en régimen de contrato por precio global, el aviso de licitación debe expresamente adoptar criterios de aceptabilidad de precios unitarios y globales, como exige el art. 40, X, de la Ley 8.666/93;
- c) habiendo la necesidad de celebrar adendas contractuales, se debe asegurar de que el cambio contractual no tiene la intención de suprimir la ventaja económica obtenida inicialmente por la Administración (juego de hoja de cálculo) y la revisión será coherente con el proyecto básico;
- d) en caso de que se celebre una adenda que muestra la práctica del “juego de hoja de cálculo” debe ser exigido para restaurar el porcentaje de descuento inicialmente ofrecido por el adjudicatario a fin de mantener efectiva las condiciones propuestas y preservar la ventaja contrato y, en su caso, dejar de lado la adenda retornando a las condiciones originales;
- e) rechazada esta hipótesis, siendo el cambio técnicamente justificable, porque corresponde a una verdadera mejora tanto cualitativa como cuantitativa sobre el proyecto de la obra (art. 65, I, 'a' y 'b', de la Ley 8.666/93) y efectuada exclusivamente para servir al interés público y no para proporcionar ganancias indebidas, todo ampliamente comprobado, si el término de enmienda viene a reducir o eliminar el descuento inicialmente concedido sobre el presupuesto base, esta circunstancia da lugar a la presunción de posible desequilibrio económico y financiero, a ser completa y cabalmente confirmado o refutada por la Administración, ofreciéndose una amplia oportunidad de manifestación de la empresa contratada;
- f) en la celebración de las adendas contractuales a las que se añaden los servicios cuantitativos ya previstos, los precios unitarios deben limitarse, como máximo, por el valor de mercado. Si el valor del contrato es inferior al del mercado, prevalece el pacto, según lo prescrito en el art. 65, §1º de la Ley 8.666/93, y
- g) en la celebración de un adenda del contrato en la que si añadidos nuevos ítems no previstos en el contrato original, los precios unitarios deben ser deducidos de los precios de los ítems similares previstos en el contrato original y de las condiciones

³⁰⁹ MEIRELLES, op. cit., 1999, p. 181.

de la licitación, no admitiéndose que, en sus composiciones de precio, consten costos básicos de insumos diferentes de los atribuidos a los mismos insumos en composiciones preexistentes como tampoco tasas de consumo o de productividad en desacuerdo visible con los especificados en composiciones similares, prestar atención al hecho de que el precio de mercado siempre debe servir de límite superior.³¹⁰

Vale destacar, que la modificación del contrato se llama también de término de enmienda, siendo que a través de este, el contratado, en el primer caso (modificación unilateral) está obligado a aceptar las mismas condiciones, adiciones o supresiones que están en las obras, servicios o compras hasta en un 25% (veinticinco por ciento) del montante inicial del contrato, pero debidamente actualizados y en caso de reforma de edificio o equipamiento hasta el límite de 50% (cincuenta por ciento).

Siendo que la misma, debe ser operada antes de la expiración del contrato, sin embargo el TCU ha admitido el cambio en situaciones que superan el plazo de vigencia del contrato, considerando, para tanto, el interés público en evidencia, una vez que no sería razonable penalizar a la empresa debido a la inercia del funcionario público.³¹¹

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão* nº 1.755/2004 - TCU – Plenária - Interessado: A.R.G. Ltda., Unidades: V Comando Aéreo Regional – V Comar/Ministério da Defesa e Secretaria de Estado de Infraestrutura de Santa Catarina (ex-Secretária de Transportes e Obras de Santa Catarina), Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Juzgado en 10.11.2004.

³¹¹ Es lo que se retira del Acuerdo del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal “Se sabe que el contrato administrativo es siempre bilateral y, por regla general, formal. Así, con respecto a la materia de adición es importante que la administración pública vele para que la firma de los términos de adición sean promovidos hasta el final de la vigencia de la licitación, ya que, después de la expiración del plazo, en una visión positivista, el contrato se considera extinto. Sin embargo, en estos casos, el Tribunal ha desconsiderado dicha incoherencia, dado el interés público en juego. No sería razonable sancionar la sociedad por causa de la inercia del agente público en la adopción de una formalidad, aunque de valor importante, y sobre todo por razón de tal providencia, aunque extemporánea, implementada. Cabe señalar que la jurisprudencia de este Tribunal ha caminado en ese sentido”. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão* 1808/2008 Plenário - Relatório do Ministro Relator Augusto Schermam Cavalcanti, julgamento em 27 de agosto de 2008.

II MECANISMOS DE CONTROLES

1 CONSIDERACIONES INICIALES

Los mecanismos de control están en perfecta sintonía con la transparencia y esta a su vez en una asociación perfecta con la probidad, la integridad, la honestidad y la responsabilidad, así también de acuerdo con lo que esperan sus destinatarios.

Estos mecanismos, aplicados a la Administración Pública, revelan el deber tanto del gestor público, como de los otros servidores públicos, que deben actuar en estricto control de los asuntos públicos, de modo que sean alcanzados de forma eficiente los objetivos de la república, que en última instancia es el bien común.³¹²

José dos Santos Carvalho Filho define el control de la Administración Pública como “el conjunto de mecanismos legales y administrativos a través del cual se ejerce el poder de fiscalización y de revisión de la actividad administrativa en cualquiera de las esferas de poder”.³¹³

Para Felipe Gil Francia, citando María Sylvia Zanella Di Petro, el objetivo del control es “garantizar que los actos de gestión estén en consonancia con los principios que les fueron impuestos por el ordenamiento jurídico, como la legalidad, la moralidad, finalidad, la publicidad, la motivación, la impersonalidad, y que en determinadas circunstancias, también incluye el control del llamado mérito y que dice al respecto de los poderes discrecionales en la acción administrativa”.³¹⁴

³¹² Dromi determina que “El control público está enraizado como principio natural en la estructura misma del poder estatal, pues no debe haber poder sin control, y su instauración y regulación es un predicado republicano. El control se impone para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios de Derecho y buena administración, ya que en él debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa-fin), a la que debe ajustarse el poder (causa-medio). El control es el instrumento impuesto para verificar esa correspondencia entre medios y fines, y un deficiente procedimiento de fiscalización o estructura de controlar, además del riesgo político por las tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que se enseñoree la arbitrariedad y se falseen los valores en desmedro del fin del Estado. Una concepción realista del Derecho y la política exige que por encima de las categorías formales del poder, a las que ortodoxamente se adhirió el régimen liberal, se regulen otras funciones de rango sustantivo, que posibiliten el pleno ejercicio del poder y el más eficaz de los controles. Gobierno y control es la fórmula orgánica de la estructura hipermoderna del poder, para que a los que mandan no les falte poder y a los que obedecen no les falte libertad, resguardada mediante controles idóneos que aseguren calidad y eficacia” (DROMI, Roberto, *Modernización del control público*. Madrid-México: Editorial Hispania Libros, 2005, p.36-37).

³¹³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 709.

³¹⁴ FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdiccional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

Hely Lopes Meirelles al comentar sobre la necesidad de control en la Administración Pública, dice que “en todas sus manifestaciones, debe actuar con legitimidad, es decir, de acuerdo con las normas pertinentes de cada acto y de acuerdo con la finalidad y el interés colectivo en su realización”³¹⁵. También confirma que: “Incluso en los actos de conducta discrecional, quien los práctica debe actuar de forma legítima, es decir, como las opciones permitidas por la ley y las exigencias del buen fin.

El mismo autor sigue diciendo al respecto del agente público que “Quebrando las leyes, o relegando los principios básicos de la Administración, o ir más allá de la competencia o desviando de la finalidad institucional, el funcionario público vicia el acto de ilegitimidad y lo expone a la anulación por la propia Administración o por el poder judicial, en la acción apropiada”.³¹⁶

No es demasiado repetir que la Administración Pública brasileña tiene como objetivo fundamental la construcción de una sociedad justa y solidaria libre; para garantizar el desarrollo nacional sostenible; erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales y promover el bien de todos, (CF: artículo 3º.). En ese contexto ya se justifica la razón para estudiar los matices de los mecanismos de control en la Administración Pública de Brasil, una vez que de estos, bien ejercidos por los funcionarios públicos, las estadísticas se reducirían de forma incalculable, una vez que habría, con certeza una disminución en los valor que se desvían de poder público para intereses privados y excusos.

La información presentada por Fabio George Cross Nobrega, al discutir la corrupción y sus impactos económicos, sociales, culturales e institucionales, apunta lo siguiente: “De acuerdo con la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), Brasil pierde, todos los años, debido a la corrupción, el 2,3 por ciento de su PIB. Algo próximo a los 100 millones de reales al año. Cuatro veces más que todos los recursos públicos dirigidos al programa de suplemento de ingresos más grande del mundo, *Bolsa Família*, que ha beneficiado a más de 15 millones de hogares en todo el país”.³¹⁷

³¹⁵ MEIRELLES, op. cit., 2014, p. 778.

³¹⁶ Idem, p.778-779.

³¹⁷ NÓBREGA, Fábio George Cruz da. Corrupção e seus impactos econômicos, sociais, culturais e institucionais. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, Paraná, ano 2, nº 2, ago./2015, p. 8.

Y sigue, el mencionado autor, haciendo hincapié en que “la corrupción no trae resultados desastrosos solo a la economía. Los impactos sociales [y ambientales] son inmensos. Por causa de la corrupción, los servicios esenciales como la salud y la educación ya no cuentan con la calidad necesaria. La Contraloría General de la Unión CGU, conforme datos recogidos de los informes de inspección llevada a cabo, muestran que precisamente estos servicios, salud y educación, son los más afectados por el desvío de recursos públicos. El 25% por ciento del dinero destinado desde la Unión Federal a los municipios, en ambas áreas, no llega a su destino final.

Por lo tanto, esa sería una de las razones de la falta de comida en las escuelas, la falta de escuelas adecuadas para la enseñanza y el aprendizaje, los educadores bien pagados y estimulados. La falta de hospitales, clínicas, médicos, exámenes y medicamentos”³¹⁸.

El abogado Gerson Fonteles Lopes, en su monografía de doctorado y en una de sus conclusiones, especialmente al respecto del gasto público para la publicidad, en el marco de la tesis sobre el Estado mínimo defendido por Friedrich August von Hayek, asegura

los gobernantes de todos los partidos políticos en Brasil, independientemente de ser de derecha, de centro o de izquierda, se promueven con fondos recaudados de los contribuyentes. Por lo general, la población no cree en lo que dicen las propagandas oficiales. De tanto se repitieron, sin embargo, con producciones bien elaboradas y cinematográficas, en los vehículos de mayor audiencia, por lo tanto, más caros, parte de la sociedad no aclarada o no bien informada cree en lo que se transmite y anuncia.³¹⁹

Y en sus conclusiones sobre este tipo de gasto público, trae la citación de Eugenio Bucci, señalando que:

En un reciente artículo, el periodista Eugenio Bucci informa que la Alcaldía Municipal de la Ciudad de São Paulo, la mayor de Brasil, aumentó los gastos con publicidad gubernista (en este caso, de derecha) para 110 millones de reales (49 millones de euros) en 2010. En 2005, fue de 12 millones de reales (5,3 millones de euros); por lo tanto, casi diez veces en solo cinco años. A su vez, en el Estado de São Paulo (centro izquierda), el mismo tipo de gasto subió de 33 millones de reales (14,5 millones de euros) en 2003 para 267 millones de reales (117,6 millones de euros) en 2010. También informa que el articulista que los gastos de 2011, aunque no cerrados, siguen el mismo paso. En conclusión: *La publicidad del gobierno es directamente proporcional a la tasa de infelicidad de los gobernados*. En cuanto al resto, esta plaga de la auto-promoción de virtudes que no poseen se ha diseminado por todo el país (también estados y municipios), con los recursos pertenecientes a

³¹⁸ Nóbrega, op cit., p. 8.

³¹⁹ FONTELES, Gerson Lopes. *El estado mínimo de Friedrich August von Hayek y el combate a la corrupción del estado democrático brasileño: Una propuesta para hacer retroceder a las fronteras del estado brasileño*, 401p. disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121378/1/DDAFP_LopesFontelesGerson_Tesis.pdf. Accedido el: 25.01. 2016.

todos los contribuyentes siendo utilizados para beneficiar a determinados grupos políticos. Es una forma de privatizar la *res pública*.³²⁰

¡Las estadísticas citadas arriba indignan! Cabe preguntar ¿Dónde están los mecanismos de control de la Administración Pública en Brasil? ¿Cómo se ejercen y porque se toleran desvíos de tal monta?

Odete Medauar, discutiendo sobre los mecanismos señala que es “Incuestionable por lo tanto, la necesidad de controles insertados en el proceso de poder, controles institucionalizados. Vale la pena recordar la declaración de Montesquieu: “Es necesario que por la naturaleza de las cosas, el poder detenga el poder”.³²¹

Por la misma razón, Marçal Justen, asegura que

El agente del Estado es un servidor del pueblo, y sus acciones son legítimas solo cuando ajustadas al derecho. Toda la disciplina de la actividad administrativa debe estar impregnada de contenido democrático, lo que hace con que el administrador esté sujeto a la supervisión popular y a la verificación de la realización democrática de los derechos fundamentales. [Y después acentúa] “Es esencial ampliar los instrumentos de control democrático, que va mucho más allá de las instituciones del derecho a la información y el derecho a la petición. Es imperativo establecer autoridades políticas y administrativas independientes, que sean dotadas de verdaderas garantías contra los ocupantes circunstanciales del poder y que tengan jurisdicción para fiscalizar la conducta de cualquier ejerciente del poder Estatal.”³²²

A propósito, la rendición de cuentas ya estaba incluida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En la Declaración se indica que “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a cualquier funcionario público, al respecto de su administración” (art. 15).³²³

Así, a pesar de las deficiencias en los mecanismos de control, ejercidos por la Administración Pública de Brasil, la Constitución Federal admite el control interno y externo, que son reglados en la sección IX, es decir, cuando se describe la forma de fiscalización contable, financieros, presupuestarios, operacionales y patrimonial (arts. 70 a 75).

Sin embargo, admite otros controles, es decir, las llevadas a cabo por el Ministerio Público, el Poder Judicial, las organizaciones no gubernamentales, los propios ciudadanos y la prensa y por otros más, que a continuación detallamos.

³²⁰ FONTELES, op. cit., p. 401-402.

³²¹ MEDAUAR, op. cit., p. 396.

³²² JUSTEN FILHO, op cit., p. 1100.

³²³ FERREIRA FILHO, Manoel G. et. al. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

2 CONTROL INTERNO

El control interno como su nombre lo indica es el control llevado a cabo por la propia Administración Pública, que lo puede hacer inicialmente a través del auto-control o el control jerárquico por la autoridad superior y/o funcionario público con tal competencia, así como a través de un equipo o incluso por un departamento especial de la entidad pública, acreditado para evaluar el cumplimiento de los actos y si están en conformidad con los principios de legalidad, la moralidad, la impersonalidad, publicidad y eficiencia previstos en la Constitución Federal.

La definición de control interno para José dos Santos Carvalho Filho “es aquel ejercido por un órgano del Poder sobre las conductas administrativas producidas dentro de su esfera”.³²⁴

Para Marçal Justen “es el deber-poder impuesto al propio poder para promover la verificación permanente y continua de la legalidad y de la oportunidad de su propia acción administrativa, con el fin de evitar o eliminar los defectos o perfeccionar la actividad administrativa, tomando las medidas necesarias para tanto”.³²⁵

La fiscalización contable, financiera, operativa y patrimonial de la Unión Federal, de los estados, los municipios y otras entidades de la administración pública directa e indirecta de Brasil, en cuanto a la legalidad, la legitimidad, la economicidad, la aplicación de los subsidios y la renuncia de los ingresos, será ejercido por el control interno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Es lo que describe la Constitución Federal:

Art. 74. Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial mantendrán, de forma integrada, sistemas de control interno con la finalidad de:

I. evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el plan plurianual, la ejecución de los programas de gobierno y de los presupuestos de la Unión;

II. comprobar la legalidad y evaluar los resultados, en cuanto a su eficacia y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los órganos y entidades de la administración federal así como de la aplicación de los recursos públicos por entidades de derecho privado;

III. ejercer el control de las operaciones de crédito, avales y garantías, así como de los derechos y haberes de la Unión;

IV. apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional.

³²⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 711.

³²⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1103.

En los municipios ese control es operado solo por los poderes Legislativo y Ejecutivo, una vez que carecen del Poder Judicial Municipal: “Art. 31. La fiscalización del Municipio será ejercida por el Poder Legislativo Municipal, mediante control externo, y por los sistemas de control interno del Poder Ejecutivo Municipal, en la forma de la ley”.

También es de la premisa constitucional de que los responsables del control interno, al tener conocimiento de cualquier irregularidad o ilegalidad, darán conocimiento de ella al Tribunal de Cuentas de la Unión, bajo pena de responsabilidad solidaria. (CF, art 74, § 1º) y en el caso de éstos si las irregularidades circunscriben los estados y municipios, deben ser comunicadas a la Corte de los Estados y, en algunos casos, el Tribunal Municipal de Cuentas (en el caso de los municipios de gran tamaño, como São Paulo y Rio de Janeiro).

En el plan de la Unión Federal, el control interno del Poder Ejecutivo Federal se rige por la Ley N° 10.180, de 6 de febrero de 2001, dirigido a evaluar las medidas gubernamentales y la gestión de los funcionarios públicos federales, a través de la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial, y apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional (art. 19).

Este control se lleva a cabo, actualmente, por la Secretaría Federal de Control Interno y de sus órganos sectoriales, como se puede ver a partir de lo dispuesto en el art. 20 que tiene como objetivos:

- I evaluar el cumplimiento de objetivos previstos en el plan plurianual, la implementación de los programas de gobierno y los presupuestos de la Unión Federal;
- II - la verificación de la legalidad y la evaluación de los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los organismos y entidades de la Administración Pública Federal, así como el uso de los recursos públicos por parte de entidades privadas;
- III - ejercer el control de préstamos, aval y garantías, así como los derechos y bienes de la Unión;
- IV - apoyar el control externo en el ejercicio de su misión institucional.

Esta Secretaría y sus órganos sectoriales, por tanto, conforme esta disposición tienen las siguientes facultades:

- Art. 24. Corresponde a los órganos y unidades del Sistema de Control Interno del Poder Ejecutivo Federal:
- I - evaluar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el plan plurianual;
 - II - inspeccionar y evaluar la aplicación de los programas de gobierno, incluyendo las acciones descentralizadas teniendo en cuenta los recursos procedentes de los presupuestos de la Unión, cuanto al grado de realización de las metas y objetivos establecidos y la calidad de la gestión;
 - III - evaluar la ejecución de los presupuestos de la Unión;
 - IV - para ejercer el control de préstamos, aval, garantías, derechos y activos de la Unión;
 - V - proporcionar información sobre el estado físico y financiero de los proyectos y actividades que figuran en el presupuesto de la Unión;

- VI - realizar la auditoría sobre la gestión de los recursos federales bajo la responsabilidad de los organismos y entidades públicas y privadas;
- VII - establecer los actos o hechos contaminados de ilegalidad o irregulares, llevada a cabo por agentes públicos o privados en el uso de los recursos públicos federales y, en su caso, comunicar a la unidad responsable de la contabilidad para la acción apropiada;
- VIII - realizar auditorías de los sistemas contables, financieros, presupuestarios, de personal y otros sistemas administrativos y operativos;
- IX - evaluar el desempeño de la auditoría interna de las entidades de la administración federal indirecta;
- X - preparar la rendición de cuentas anual del Presidente que se enviará al Congreso de conformidad con el art. 84, XXIV de la Constitución Federal;
- XI - crear las condiciones para el ejercicio del control social sobre los programas contemplados con fondos del presupuesto de la Unión.

En los Estados de la Federación el control interno se rige por sus propias leyes, a la vista de la autonomía garantizada por la Constitución.

Resulta que el control interno, aunque previsto desde la fecha de la proclamación de la Constitución de la República Federativa del Brasil (es decir, el 4 de octubre de 1988), su aplicación no pasa de más de cinco años, siendo todavía posible verificar que cientos de Municipios no han experimentado aún un mecanismo de ese tipo.

Ahora, solo por esta afirmación ya es posible entender y justificar la verosimilitud de hecho que en Brasil se pierden, a cada año, como resultado de la corrupción, la cifra del 2,3% de su Producto Interno Bruto (PIB), aproximadamente 30 mil millones de dólares, como se mencionó anteriormente, los cuales bien podrían ser utilizados para satisfacer las carencias en los sectores de educación, salud, vivienda, seguridad y otros.

En los Municipios e incluso en los Estados de la Federación, cuando se aplique el mecanismo de control interno, no será raro encontrar aquellos agentes que dicen ser responsables de ese control, pero que de hecho, no pasan de dóciles y serviles esclavos de la autoridad pública, con el único fin de que este mecanismo este inmovilizado, para no frenar cualquier acto de irregularidad y de conducta corrupta.

Entre los muchos tipos de control elegido por los estudiosos del derecho administrativo, vale registrar el más clásico, indicado por Hely Lopes Meirelles, Odete Midauar Diógenes Gasparine, Marçal Justen Filho y otros.

Para Hely Lopes Meirelles los controles puedan ser

conforme su fundamento puede ser jerárquico o finalista; dependiendo de la posición topográfica del órgano que lo lleva a cabo, puede ser interna o externa; según el momento en que se hacen, se consideran anterior, concomitante o posterior, o en otras palabras, preventivo o sucesivo correctivo; y, finalmente, el aspecto controlado que puede ser de legalidad o mérito³²⁶.

³²⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 779.

Para Odete Medauar el control interno es

El control llevado a cabo por la administración y sus entidades indirectas que reciben diversos nombres: control administrativo, de control intra-orgánica, de control intra-administrativa. [Agregando, la misma autora que] La función de control sobre sí misma se presenta inherente a la actividad administrativa, habiendo, incluso órganos o funcionarios dotados de esta tarea en particular, por ejemplo, supervisores, inspectores, corregidores. El control interno tiene como objetivo cumplir con el principio de legalidad, el cumplimiento de los principios de “buen gobierno”, para estimular la acción de los órganos, para verificar la conveniencia y la posibilidad de medidas y decisiones en el servicio que sean del interés público (control de mérito) para verificar la relación costo-beneficio en la realización de las actividades y verificar la eficacia de las medidas para resolver los problemas.³²⁷

Diógenes Gasparini, a su vez, hace hincapié en que

los modos de control varían de acuerdo con los criterios que son desarrollados para su sistematización. En relación al órgano que lo realiza, el control puede ser: a) administrativo; b) legislativo; c) Judicial. [...] Para el objeto, el control puede ser: a) legalidad; b) mérito [...] En cuanto a la relevancia del órgano controlador en relación a la estructura controlada, el control puede ser a) interno; b) Externo.³²⁸

En cuanto al control interno, Lucía Valle Figueiredo, entiende que este es ejercido por los poderes públicos con fundamento en el art. 74 de la Constitución Federal y puede efectuarse de diversas formas, es decir, de forma voluntaria por la propia administración: mediante la homologación, la aprobación, por la invalidez y la revocación de sus actos³²⁹ y la manera provocativa: cuando se inicia como resultado de la provocación del administrado.³³⁰

Entendemos que todas las formas de control interno, se fundamentan con base en la disposición constitucional, indicada antes, sin embargo creemos que para alcanzar plenamente los principios constitucionales de legalidad, economicidad y de bien atender al administrado, pudiendo ocurrir antes, durante y después de la existencia del acto y pueden desarrollarse de dos maneras, o sea, por el autocontrol o por control jerárquico.

³²⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 397-398.

³²⁸ GASPARINI, op. cit., p. 748.

³²⁹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 14.

³³⁰ Idem, ibidem, p. 25.

2.1 El control interno mediante el autocontrol

El control interno, por medio de autocontrol, se verifica mediante el ejercicio de supervisión del propio funcionario público responsable del acto o de la actividad realizada, este control puede ser espontáneo (o de oficio) o provocado (por terceros).³³¹

El control interno espontáneo (o de oficio) es el que se lleva a cabo por el funcionario público, independientemente de la solicitud o cualquier apuntamiento de irregularidad presentado por terceros, ajenos a la administración pública, siendo capaz de ocurrir tanto en los aspectos de legitimidad del acto (legal, moral, impersonal, etc.) como alcanzando el mérito del acto.

Ya el control interno provocado es aquel inducido por terceros, a menudo son los interesados en la regularidad del acto administrativo viciado o editado en contravención a la finalidad para la que fue propuesto. Por lo general, este control se ejerce a través de los recursos administrativos interpuestos por los interesados, ya sea mediante solicitud de reconsideración, en el ámbito de una investigación, proceso disciplinario, proceso de licitación, proceso de selección para la contratación de personal, o por medio de denuncia individual o colectiva y otros en el género.

Como ejemplo está lo dispuesto en la Ley N° 8.666/93 (Ley de Licitaciones) que establece la posibilidad del interesado ingresar con la solicitud de reconsideración a la misma autoridad que editó el acto considerado irregular:

Art. 109. De los actos de la Administración que resultan de la aplicación de esta ley caben:

[...]

III - solicitud de reconsideración, de la decisión de Ministro de Estado, o Secretario Estadual o Municipal, según corresponda, en el caso del § 3° del artículo. 87 de esta Ley, dentro de los 10 (diez) días hábiles desde la intimación del acto.³³²

³³¹ José Antonio Fernandez Aljenjo, citando las palabras de Lazo Vitoria que dice que el control interno es “primer filtro para detectar posibles irregularidades o inobservancias al orden establecido», para posteriormente, en su caso, poner en marcha los subsiguientes mecanismos de. En seguida trae la citación de SÁNCHEZ MORÓN, que «es absolutamente prioritario, dadas las dimensiones de toda Administración moderna, por la imposibilidad material de que los controles institucionales externos, ya sean parlamentarios o judiciales, abarquen la totalidad del objeto teórico de su fiscalización” (ALJENJO, op. cit., p. 40).

³³² El § 3° del art. 87 tiene la siguiente redacción: “La sanción prevista en el inciso IV de este artículo es de competencia exclusiva del Ministro de Estado, del Secretario de Estado o del Secretario Municipal, en su caso, autorizada la defensa de la parte interesada en el procedimiento respectivo, dentro de los 10 (diez) días a partir de la apertura de vista, pudiendo la rehabilitación ser requerida después de dos (2) años de su aplicación”. Cf. BRASIL. Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, op. cit.

Como dicho, cualquier persona que muestra interés o perjudicada por la publicación de un acto de la Administración Pública puede ingresar con una solicitud de reconsideración con el fin de extinción, cambio total o parcial del acto, para que sea atendido el interés público.

La solicitud de reconsideración, según Odete Medauar

es una excelente manera de proporcionar el autocontrol, para oír a las partes interesadas, para buscar satisfacer los deseos de la población e incluso para llevar a cabo la justicia, ya que no solo el poder judicial debe realizarlo, sino también y sobre todo la Administración Pública, cada vez más grande, lo que afecta cada vez más los derechos de las personas. [Y aún más, dijo el autor que] La autoridad administrativa deberá dejar de lado la obstinación frente a los derechos claramente identificados, muchas veces ya reconocidos por el poder judicial en casos similares y revisar las decisiones y acciones de forma espontánea o por medio de un recurso administrativo de los interesados, lo que permitiría una mayor confianza, en la administración pública, una actuación más justa, el cumplimiento del interés colectivo, evitando por otra parte, la sobrecarga del Poder Judicialio.³³³

De hecho, parece que los agentes y funcionarios de la administración pública, a pesar de la posición jurídica, adoptada en repetidas ocasiones al respecto de determinados actos considerados como irregular, insisten en su práctica, muchas veces para consolidar sus intereses políticos o incluso impedir al concurrente, en un claro intento de forzar la recepción de una ventaja indebida y con ello alimentar la conducta corrupta.

El Tribunal de Cuentas del Estado (Estado de Mato Grosso do Sul) en una de las varias auditorías llevadas a cabo en las entidades públicas estatales, se posicionó por la irregularidad en la omisión del un control interno cuando de la no denominación oficial para el seguimiento de la ejecución de los contratos firmados por la Cámara. Por ese hecho entendió la aplicación de multa al ente público auditado:

RESUMEN INFORME DE INSPECCIÓN. CÁMARA NO INDICÓ AL EMPLEADO PARA ACOMPAÑAR EJECUCIÓN DE CONTRATO. AUSENCIA DE CONTROL INTERNO. MULTA. RECOMENDACIÓN. APROBADA POR UNANIMIDAD. 1 - Constituye irregularidad la no designación de funcionario para el seguimiento de la aplicación de los contratos suscritos por la Junta, conforme lo dispuesto en el art. 67, de la Ley 8.666/93; 2 - La Constitución Federal determina la implementación del control interno, al no hacerlo la Casa de Leyes infringe lo dispuesto en el art. 74 de la Ley Mayor. 3 - Dadas las irregularidades encontradas se recomendó al responsable por los gastos que pase a observar la disposición del art. 67 de la Ley 8666/93; para llevar a cabo la implementación del control interno, en la forma del art. 74 da CF/88 . 4 - Por infracción al Art. 67 de la Ley 8.666 / 93 y el art. 74 de la CF / 88 fue aplicada la multa prevista en el art. 45, I, de la Ley Complementaria 160/12, c/c. art. 170, I, de los Estatutos Internos aprobados por RN/TCE/MS 76/13. DECISIÓN Vistos, relatados y discutidos el presente procedimiento, la Sala de la Corte Plena del Tribunal de Cuentas del Estado de Mato

³³³ MEDAUAR, op. cit., p.58.

Grosso do Sul, en la Sesión Ordinaria n° 21 de 8 de diciembre de 2014, de conformidad con el acta del juicio, por unanimidad de los votos DE ACUERDO por la aplicación de multa al ex Presidente de la Cámara de Nioaque, CPF 466214901-00, en una cantidad igual a cincuenta (50) UFERMS, por infracción del artículo 67 de la Ley Federal N° 8.666 / 93, el artículo 1°, “caput” y VII de la Ley Federal N° 8.730 / 93 y el artículo 74 de la Constitución Federal / 88, en virtud del artículo 44, I, y 45, I de la Ley complementaria Estado N° 160/2012, en relación con el artículo 170, I de la Resolución Normativa ECA/MS N° 076/2013; mediante la concesión de un plazo de sesenta (60) días para acreditar el pago de la multa al Fondo Especial para el Desarrollo, Modernización y Mejora de la Corte del Estado de Mato Grosso do Sul - FUNTC, de conformidad con el artículo 83 de la Ley Estatal Complementaria N° 160 / 2012 “ (TCE-MS - AUDITORIA 115482013 MS 1431480 (TCE-MS) - Fecha de la publicación: 03/03/2015).

Por lo tanto, se demuestra que es de suma importancia para los gestores públicos, el ser receptivos al ejercicio del autocontrol, ya sea espontáneo o inducido, ya que cumple con el principio de la eficiencia, y también demuestra una cuidadosa atención, multiplicada, en todos los actos realizados en el interés público, corrigiendo así las irregularidades detectadas y permitiendo, al mismo tiempo, alcanzar la dirección propuesta hacia el bien común.

2.2 El control interno por la vía jerárquica

El control jerárquico no es más que aquel ejercido por una autoridad u órgano de rango superior a los demás organismos administrativos, también llamado de control por subordinación, que puede ser al azar o no, espontáneo o inducido, y esto puede llevar a la supervisión directa o indirecta, mediante auditoría, inspección, o por otros medios capaces de determinar la legalidad, la legitimidad y la economicidad de los actos administrativos.

Es en ese sentido que la Constitución de la República Federativa de Brasil determina las premisas básicas de control interno, para garantizar una Administración Pública eficaz, que no se distancie de los intereses de los administrados y no permita la existencia de intereses privados e intereses excusos tanto de agentes como de las autoridades responsables por las gestiones de las cosas públicas.

Este control debe ser continuo y permanente para evitar la realización de actos irregulares que se perpetúan a lo largo del tiempo, manchando las actividades de los organismos públicos, en el cumplimiento de las metas y objetivos a alcanzar.

Ahora bien, es cierto que por razón de la grandeza y la complejidad de la Administración Pública, a todo momento surgen oportunidades para que los funcionarios públicos manejen valores, firmen órdenes de servicios y obras, o incluso tomen decisiones, las cuales pueden distanciarse de los principios de legalidad, la moralidad, impersonalidad, la

eficiencia, que seguramente con un control continuo y permanente, podría ser fácilmente identificada la irregularidad, obligándose a la adecuación a la norma, mediante la adopción de medidas correctivas, incluso antes de ese acto ganar su publicidad dentro de la Administración Pública.

Aún debe prestarse atención no solo a la apariencia de legalidad, sino también entrar en la sustancia del acto, el mérito, una vez que éstos pueden socavar los principios de la proporcionalidad y de la razonabilidad que afectan las directrices de los planes anuales y plurianuales, o incluso no tengan ninguna previsión en el presupuesto, lo que puede generar desacredito en la administración y promoción de daño al erario público.

En este sentido, Marçal Justen Filho, entiende que el control interno

debe ser ‘procedimentalizado’, lo que significa el establecimiento de una serie ordenada de actividades de control. Como resultado de ello pueden existir ciertos momentos para controlar el desempeño. Sin embargo, esto no excluye el deber de promover el control permanente y continuo.³³⁴

Por la forma del control interno, según Odete Medauar,

surgen, entre otros: el poder de las órdenes, dar instrucciones, organizar servicios, ordenar la ejecución de las actividades, poder de avocar, la facultad de delegar la autoridad, el poder de supervisar los actos y actividades de los subordinados, que incluye la facultad de revocar, anular total o parcialmente las decisiones adoptadas por ellos.³³⁵

Se cree como un buen ejemplo de un control interno y realizado por los organismos públicos, en particular en lo que respecta a la realización de la justicia, la creación del Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público, conforme están en la Constitución de Brasil (CF: los artículos 103-B y 130-A), compitiéndoles a cada uno, en sus respectivas entidades, el celo de la autonomía de los órganos, pudiendo emitir actos reglamentarios de su competencia; apreciar, de oficio o provocado, la legalidad de los actos administrativos de sus miembros, puede incluso anularlos o establecer plazos para la adopción de medidas necesarias para cumplir con la ley; revisar los procedimientos disciplinarios; preparar los informes semestrales y anuales, proponiendo providencias que estime conveniente; recibir denuncias de toda índole contra sus miembros, avocar los procedimientos

³³⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1103.

³³⁵ MEDAUAR, op. cit., p.59.

disciplinarios, determinar la remoción, disponibilidad o hasta la jubilación y aplicar otras sanciones administrativas.³³⁶

El Supremo Tribunal de Justicia, reconociendo la legitimidad y credibilidad del control interno, ya sea ejercida por uno mismo o incluso por el control, en sesión plenaria de fecha 03/12/1969 por medio del Precedente 473, consagró la posibilidad de que la administración pública sea capaz de anular sus acciones en la comprobación de ilegalidad o vicios que comprometen el fin público:

La Administración podrá anular sus propios actos, cuando contaminados de vicios que los hacen que sea ilegal, porque de ellos no se originan derechos; o derogadas, por razones de conveniencia u oportunidad, respetados los derechos adquiridos, garantido, en todos los casos, la revisión judicial.³³⁷

Por lo tanto, se reconoce que el control interno, aunque ejercido por el gestor de los asuntos públicos, revela el mejor de los controles, ya que permite a la Administración Pública, la certeza de la comprobación de la legalidad y de los mejores resultados, en términos de eficacia y eficiencia en la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial, así como en la aplicación y el uso de recursos públicos, destinados a las entidades de derecho privado, especialmente a las que actúan en la adquisición de bienes, servicios y obras a favor de la población.

3 CONTROL EXTERNO

El control externo es el realizado por terceros o incluso por un órgano, siendo ambos sin relación con los cuadros de la entidad controlada.

Con respecto a la Administración Pública, Marçal Justen Filho, lo define como

el deber-poder atribuido constitucionalmente y establecido por ley como atribución específica de ciertos Poderes y órganos, teniendo por objeto identificar y prevenir defectos o adecuar la actividad administrativa, tomando las medidas necesarias para tanto. [Y argumenta, además, que] El control externo está previsto por la

³³⁶ El CNJ se compone de un Ministro de la Corte Suprema (presidente), un Ministro del Superior Tribunal de Justicia; un Ministro del Superior Tribunal del Trabajo; un Juez del Tribunal de Justicia; un juez del Tribunal Regional Federal; un juez del Tribunal Regional del Trabajo; un juez de Trabajo; un miembro del Ministerio Público de la Unión y otro del Ministerio Estadual; dos abogados designados por el Colegio de Abogados y dos ciudadanos de conocimiento jurídico sobresaliente y de reputación intachable (CF: art 103-B y los artículos I a XIII.). El CNMP se compone de cuatro miembros del Ministerio Público de la Unión; tres miembros del Ministerio Público de los Estados; dos jueces designados por la Corte Suprema; dos abogados designados por el Colegio de Abogados y dos ciudadanos de notable saber jurídico y reputación intachable. (CF: art. 130-A, y I a IV). Cf. BRASIL, op. cit., 1988.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473, 03 de dezembro de 1969. *Diário Oficial da Justiça*, p. 5.993[da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, de 12 de dezembro de 1.969.

Constitución y su institución concreta depende de la ley. Esto significa, primero, que ninguna ley puede introducir, innovadoramente, una modalidad de control externo que no esté previsto constitucionalmente. Esto es así porque el control externo es una manifestación directa del principio de la separación de los poderes, que tiene estatus constitucional.³³⁸

Herick Santos Santana, citando Evandro Martins Guerra, aclara que el control externo

es aquel desempeñado por órgano específico y distinto del controlado, con el objetivo de hacer efectivos los mecanismos, que buscan asegurar la plena eficiencia de las acciones de la gestión del gobierno, una vez que la Administración Pública debe ser monitoreada, en la gestión de los intereses de la sociedad, por una entidad externa al cuerpo, fuera de su poder, mediante la imposición de una actuación en consonancia con los principios establecidos por la ley, tales como la legalidad, la legitimidad, la economicidad, la moral, la publicidad, la motivación, la impersonalidad, entre otros.³³⁹

En el Derecho Comparado, este control se materializa a través de diversos modelos. El administrativista Benjamin Zymler, citando el profesor Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, confirma que “el control externo legislativo o parlamentario se materializa en cinco tipos principales, a saber: anglosajones, latinos, germanos, escandinavos y latinoamericanos”.³⁴⁰

El primero, el control anglosajón, se lleva a cabo en Gran Bretaña, Estados Unidos, Irlanda, Israel y en algunos países del continente Africano, y consiste en un órgano monocrático, siendo auxiliado por otros con la tarea de revisión. Dicho órgano es nombrado por el Parlamento, debiendo reportarse a este el resultado de sus actividades.

El segundo, el control denominado de latino, se adoptó en Italia, Francia, Bélgica, y también en algunos países del continente Africano, y se compone de un órgano colegiado responsable de control y con funciones jurisdiccionales.

El tercer, referido como control alemán, se adopta en Alemania y Austria, donde la estructura del control es colegiada, independiente, siendo aseguradas las garantías judiciales, ya que solo ejerce el control y la asesoría consultiva en relación al Parlamento.

El cuarto, el control escandinavo, es ejercido por diversos organismos, incluyendo los revisores parlamentarios y el oficio de revisión. Zymler señala que “el primero tiene funciones de control para la aplicación del presupuesto y por lo general son nombrados en el

³³⁸ JUSTEN FILHO. Op. cit., p. 1110.

³³⁹ SANTANA, Herick Santos. Controle externo da administração pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3894, 28 fev. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26798>> ano 19, n. 3894, 28 fevereiro 2014.

³⁴⁰ ZYMLER, Benjamim. *Direito administrativo e controle*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 191.

número de cinco, a cada legislatura. Ya el oficio de revisión tiene competencia exclusiva para supervisar la eficiencia administrativa y proponer medidas correctivas de estos problemas”.³⁴¹

El quinto, el control latinoamericano, se ejerce en los países latinoamericanos, entre ellos Brasil. Es el control ejercido por los Tribunales Auditores y por la Contraloría General de Cuentas. Señala también Zymler que este control se diferencia del control latino realizado en Italia y Francia porque en estos existe “el contencioso-administrativo, que se propone ante los miembros del cuerpo magistrado que no integran el Poder Judicial, que dicen el derecho con fuerza de cosa juzgada, los Tribunales de Cuentas y las Contralorías que no tienen competencia jurisdiccional, y que se encuentran dentro de la órbita del Poder Legislativo.”³⁴²

El control externo de la administración pública brasileña, también, se puede hacer a través del control político y técnico ejercido por el Parlamento y el Tribunal de Cuentas, respectivamente, así como por vía de otros organismos gubernamentales, como el poder judicial y el Ministerio Público, así como por las organizaciones no gubernamentales y el propio ciudadano.

3.1 Control Político

En efecto, la Constitución Federal de Brasil, preconiza que el control externo será realizado por el Congreso (compuesto por la Cámara de los Diputados y por el Senado), con la asistencia del Tribunal de Cuentas de la Unión, también conocido como el control político.

La idea del control político, en la opinión de Renato Jorge Brown Ribeiro en las acciones de gestión, es que

se incluyen en la construcción de las democracias contemporáneas, sus fundamentos están en los textos federalistas, escritos durante la Revolución Americana, cuyo objetivo era construir una república en un país de gran extensión geográfica y tratar de construir una democracia que respete los derechos y garantías individuales y la autodeterminación local. En este sentido, el control de la función básica de las legislaturas se desarrolló en las democracias occidentales, en todos los niveles de puestos de gobierno.³⁴³

La Constitución Federal de Brasil, en relación al control externo dice lo siguiente:

Art. 71. El control externo a cargo del Congreso Nacional será ejercido con el auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión, al cual corresponde:

³⁴¹ ZYMLER, op. cit., p. 192.

³⁴² Idem, ibidem.

³⁴³ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal do Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 8.

- I. examinar las cuentas rendidas anualmente por el Presidente de la República, mediante informe previo que deberá ser elaborado en el plazo de sesenta días a contar desde su recibimiento;
- II. juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables por dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal, y las cuentas de aquellos que dieron lugar a pérdida, extravío u otra irregularidad de la cual resulte perjuicio para el erario público;
- III. examinar, para fines de registro la legalidad de los actos de admisión de personal bajo cualquier título en la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público, excepto las nominaciones para cargo de provisión en comisión, así como la de las concesiones de jubilaciones, y pensiones, salvo las mejoras posteriores que no alteren el fundamento legal del acto de concesión;
- IV. realizar por iniciativa propia, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, o de una Comisión técnica o de investigación, inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria operacional y patrimonial en las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y demás entidades referidas en el inciso II;
- V. fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales en cuyo capital social participe la Unión de forma directa o indirecta, en los términos del tratado constitutivo;
- VI. fiscalizar la aplicación de cualquier recurso traspasado por la Unión, mediante convenio, acuerdo, ajuste u otros instrumentos similares a los Estados, al Distrito o a los Municipios;
- VII. facilitar las informaciones solicitadas por el Congreso Nacional, por cualquiera de sus Cámaras o por cualquiera de las respectivas Comisiones sobre fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial y sobre los resultados de las auditorías e inspecciones realizadas;
- VIII. aplicar a los responsables, en caso de ilegalidad del gasto o irregularidad de las cuentas, las sanciones previstas en la ley, que establecerá entre otras conminaciones, multa proporcional al daño causado al erario;
- IX. señalar plazo para que el órgano o entidad adopte las providencias necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, si fuera verificada alguna ilegalidad;
- X. impedir, caso no atendido, la ejecución del acto impugnado, comunicando de la decisión a la Cámara de los diputados y al Senado Federal;
- XI. informar al Poder competente sobre las irregularidades o abusos verificados.

Se observa que este control abarca no solo la legalidad sino también los méritos de los actos administrativos, es decir, la conveniencia y oportunidad. Este último, según Hely Lopes Meirelles, es atribución, “por lo general, de la Administración y, en casos excepcionales, expresados en la Constitución, del poder legislativo (CF, art. 49, IX y X), pero nunca del poder judicial”.³⁴⁴

En la Constitución anterior de la República está que:

Art. 49. Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional:

[...]

IX. juzgar anualmente las cuentas rendidas por el Presidente de la República y apreciar los informes sobre la ejecución de los planes de gobierno;

X. fiscalizar y controlar, directamente, o por cualquiera de sus Cámaras los actos del Poder Ejecutivo, incluidos los de la administración indirecta.

³⁴⁴ MEIRELLES, op. cit., 2014, p. 782.

En la Federación Brasileña ese control externo es realizado por los parlamentos estatales y en los municipios por los consejos municipales, tanto con el apoyo del Tribunal de Cuentas de los Estados y, en algunos casos, por el Tribunal Municipal de Cuentas (en el caso de São Paulo y Rio de Janeiro).

Toshio Mukai, citando Caio Tácito, señala que el control

es característicamente indirecto. No puede, el Poder Legislativo, deshacer los actos administrativos ilegales o ejercer sobre las autoridades ejecutivas un poder de jerarquía o de autoridad o de tutela. Puede, sin embargo, investigar las irregularidades de todo tipo, a través de la Comisión Parlamentaria de Investigación, e indicar representantes parlamentarios, para acompañar los procesos judiciales y las actividades relevantes del Ejecutivo.³⁴⁵

Ahora, ya se impone una pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre el control interno y control externo? ¿Existe una posición jerárquica entre ellos?

La investigadora del Derecho Administrativo, Dra. Odete Midauar, al comentar sobre el asunto, afirma que

no hay una jerarquía entre el control interno y externo. Lo que ocurre, de hecho, es la complementación de un sistema por otro. Y en esa línea de entendimiento, se concluye que el control interno se dirige, principalmente, al apoyo de control externo, guiando los poderes públicos para evitar el error, efectuando un control preventivo, colectando los subsidios mediante el control concomitante, para determinar la mejor acción futura, mediante la revisión de los actos ya practicados, corrigiendo, incluso antes de la acción de control externo.³⁴⁶

Sin embargo, a pesar de la disposición constitucional y el alcance del control externo, que ejerce el poder legislativo brasileño, en la práctica este control deja mucho que desear, esto se debe a que, como dicho inicialmente, el referido Poder no tiene mecanismos técnicos y humanos adecuados para llevar a cabo la tarea, dado la enorme dinámica de la Administración Pública.

Para Odete Medauar, citando Dromi, el control parlamentario “ha perdido su trascendencia como resultado de la crisis de la propia institución parlamentaria, por lo general inerte frente a la abrumadora dimensión de la gestión Administrativa contemporánea”³⁴⁷.

Y, además, que la autora, con base en Ramón Real, menciona que “dado su carácter político y la influencia del sistema de partidos, el control de la gestión está fallando mucho y nunca podría abarcar, de manera sistemática, las necesidades de una administración moderna,

³⁴⁵ MUKAI, op. cit., p. 510.

³⁴⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 14.

³⁴⁷ Idem, p. 105.

cuya complejidad y carácter técnico escapan a la capacidad y posibilidad de trabajo de los parlamentarios absorbidos por su actividad legislativa y política”.³⁴⁸

Por otra parte, se nota claramente que el representante del pueblo junto al Poder Legislativo (federal, estatal y municipal), con algunas excepciones, en lugar de elaborar una buena ley y ejercer la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo, prefiere utilizar los instrumentos de negociación para satisfacer intereses electorales, tanto de simpatizantes e incluso particulares, la cual puede, sin dudas, derivar una conducta corrupta.

Los vehículos de comunicación de masas, en todo momento, informan que los diputados y senadores de la República, con algunas excepciones, desean que los miembros de sus partidos políticos asuman cargos de Ministros de Estado, cargos de dirección en las Empresas del Estado, en la administración pública directa o indirecta Controladas por el Gobierno, de modo que se diluye, significativamente, eficiencia de conducta fiscalizadora, una vez que no es esperada.

Para probar esta afirmación vale recordar un artículo publicado en un periódico importante en el país, *Folha de São Paulo*, cuyo título es

Dar Ministerios al PMDB no va a resolver el problema en el Congreso, dice Cunha” y confirma en su contenido que: “El Presidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), dijo en la mañana del jueves (24), que Dilma Rousseff, no va a resolver su problema con el Congreso, dando ministerios al PMDB. En medio de la crisis política y económica, y bajo la amenaza de juicio político en el Congreso, la Presidenta está ofreciendo Ministerios a los partidos en la Cámara y el Senado, entre ellos el de la Salud.”³⁴⁹

Por lo tanto, una vez más, es importante invocar el pensamiento de Odete Medauar, que al respecto dice,

además de los aspectos destacados, cabe señalar que, en general, ya sea en el sistema parlamentario o presidencial, el ejecutivo mantiene la hegemonía, entre los tres poderes, y domina la maquinaria gubernamental. Como resultado, aunque el sistema prevea el control legislativo sobre las acciones ejecutivas, el interés político no existe para la realización concreta y efectiva de la supervisión, esto para no desagradar al titular del poder ejecutivo. El deterioro de la actividad legislativa y la sumisión ciega al Ejecutivo proporciona la ineficacia de la función de control, en lugar de acentuarla.³⁵⁰

³⁴⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 106.

³⁴⁹ BRAGON, Ranier. Dar ministérios ao PMDB não vai resolver problema no Congresso, diz Cunha. In: *Folha de São Paulo* [online]. 23/09/2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1685883-dar-pastas-ao-pmdb-nao-vai-resolver-problema-no-congresso-diz-cunha.shtml> Accedido el: 29/10/2015

³⁵⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 106.

En la práctica, el control político brasileño, realizado por el Congreso Nacional es hecho a través de diversos medios, teniendo más destaque los siguientes:

- a) *solicitudes de información por escrito*: de esta manera la Cámara de Diputados y el Senado formulan peticiones a cualquiera de las autoridades del Poder Ejecutivo Federal, para su manifestación y que si no se cumplan, puede incurrir en delito de responsabilidad civil, caso sea Ministro de Estado.
- b) *convocatoria para comparecencia*: también se verifica esta posibilidad, la cual es una atribución del Congreso Nacional y/o cualquiera de sus Cámaras Legislativas, para convocar funcionarios del poder ejecutivo, con la finalidad de proporcionar información sobre temas de interés, siempre y cuando previamente determinado, en caso de ausencia injustificada, se procederá a la tipificación de crimen de responsabilidad;
- c) *fiscalizaciones de los actos de la administración pública directa e indirecta*: es lo que se ve en las disposiciones de las Art. 49, X, y 71 de la Constitución Federal, pudiendo ser realizadas a través de comisiones previamente determinadas con el propósito e interés de las Cámaras Legislativas, o cuando se considere necesario para el adecuado desempeño de sus actividades fiscalizadoras;
- d) el control externo a través de *instauraciones de Comisiones Parlamentarias de Investigación*: Estas Comisiones son realizadas para investigar ciertos hechos y por determinado plazo. Es un recurso desarrollado por las Cámaras legislativas dirigido a un control efectivo sobre toda la máquina del Estado, el cuales se pueden iniciar no solo por una de ellas, sino también en conjunto, siempre observando los criterios de representatividad de los partidos políticos en su composición. El resultado de las investigaciones, cuando se detectan irregularidades, son remitidas a los órganos competentes para proceder judicialmente a la determinación de las responsabilidades (por ejemplo, si es el caso de conducta criminal se remite al Ministerio Público y en caso de responsabilidad administrativa y política a los órganos del Poder Ejecutivo y Legislativo).
- e) Por último, las *aprobaciones y autorizaciones de decisiones del Ejecutivo*: Este control externo se efectúa por la manifestación previa favorable de las dos Cámaras Legislativas (Congreso Nacional), destacando como ejemplo, los tratados y acuerdos internacionales; la declaración de guerra y la firma de la paz; aprobación previa de desinversiones o concesiones de tierras públicas con superficies de más de 2.500 hectáreas; emisiones asignaciones de radio y televisión; actividades

nucleares, la aprobación de la lista de candidatos para la composición de la presidencia del Banco Central de los Magistrados de los Tribunales Superiores y de la Procuraduría General de la República, y al Jefe de la Institución del Ministerio Público de la Federación, entre otros.

f) *fiscalización presupuestaria y financiera*: Esto se hace con la ayuda del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal que se encarga de la supervisión presupuestaria, financiera, operativa y del patrimonio, tanto en la administración pública directa e indirecta y Fundacional, como se destacó anteriormente (artículo 70. de la Constitución).

Registramos que el mismo control político también se ejerce en los estados y municipios de la federación, lo que está previsto en sus Cartas Constitucionales y Leyes Orgánicas, respectivamente.

Por otra parte, en ese control político ejercido por el Poder Legislativo es prohibido al Poder Judicial interferir en las decisiones administrativas. Por cierto, observemos la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná:

APELACIÓN CIVIL. RECURSO DE ANULACIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO DE DESAPROBACIÓN DE CUENTAS DEL PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL. RESTRICCIÓN DE DEFENSA NO CONFIGURADA. RECHAZADA LA ALEGACIÓN DE FALTA DE MOTIVO EN LA DECISIÓN QUE DESAPROBÓ PARTE DE LAS CUENTAS DEL LEGISLATIVO MUNICIPAL, EN EL EJERCICIO FINANCIERO DE 1997. OBEDIENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS REQUERIDOS. LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON GASTO PÚBLICO - MÉRITO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. IMPOSIBILIDAD DE EVALUACIÓN POR EL PODER JUDICIAL. UNA VEZ PORQUE EL MISMO SOLO PUEDEN EXAMINAR LA LEGALIDAD DEL ACTO. SENTENCIA MANTENIDA. RECURSO CONOCIDO Y DESPROVISTO. No se habla en un cercenamiento de defensa de la recurrente, ya que las cuentas que se han rechazado por el Tribunal de Cuentas son las cuentas del Consejo Municipal y no de la persona del Concejal. Además, no había ningún impedimento para incluso presentar una defensa después de que el acto de reprobación, ya que se hizo en el mismo plazo concedido a la Casa de las Leyes, que presentó una apelación. Después de haber adoptado la manifestación de la Fiscalía de la Corte como motivación de la sentencia del Relator del Acuerdo n. 3063/99, no se habla de falta de motivación. El Poder judicial no es para examinar el fondo de la decisión administrativa, pero solo la legalidad del acto de toma de decisiones, el control de la constitucionalidad y la observancia de las normas establecidas por la ley. Simplemente no es ese órgano de enjuiciamiento de los asuntos relacionados con el gasto público. El destaque no está en el original [TJ-PR - Apelación Civil AC 6277594 PR 0627759-4 (TJ-PR) - Fecha de publicación: 02/02/2010].

3.2 Control técnico por el Tribunal de Cuentas

El control realizado por los Tribunales de Cuentas es uno de los controles clásicos adoptados en diferentes países, entre ellos, Brasil.

Comenta Renato Jorge Brown Ribeiro que este control tiene origen latino, especialmente en Francia y posteriormente se generalizó en la Europa continental como en los Países Bajos, Italia, España, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Alemania, así como se expandió en territorios bajo la influencia europea como en Mozambique, Guinea Bissau, Marruecos, Uruguay, Brasil y otros.³⁵¹ Para el autor,

El modelo de Tribunales de Cuentas, tienen las siguientes características: la toma de decisiones asumidas por un colegiado, el carácter vitalicio de los cargos de Ministros y Directores, facultades jurisdiccionales (a nivel administrativo), el poder coercitivo, alto grado de autonomía frente a los poderes, controles administrativos, procedimientos de inspección formales, burocráticos y altamente legalistas.³⁵²

De hecho, el control realizado por el Tribunal brasileño de Cuentas, ya sea por la Unión, los estados y municipios [esta última solo existe en los municipios de São Paulo (SP) y Rio de Janeiro (RJ)]³⁵³ guarda la característica anteriormente indicada, siendo considerado un control técnico, es decir, dedicado a examinar los aspectos financieros, económicos, los presupuestos para las operaciones y el patrimonio de la administración pública, con destaque en el marco de la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 101 de 4 de mayo, 2000) que también trata del examen técnico de la Gestión Fiscal:

Art. 59. El Poder Legislativo, directamente o con la ayuda de los Tribunales de Cuentas, y el sistema de control interno de cada Poder y la Fiscalía, fiscalizarán el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley Complementaria, con énfasis en lo que se refiere a:

- I – alcance de los objetivos establecidos en la ley de directrices presupuestarias;
- II - límites y condiciones para la realización de operaciones de crédito y registro de los compromisos a pagar;
- III - medidas adoptadas para el regreso de los gastos totales con personal a su límite, de conformidad con los artículos 22 y 23;

³⁵¹ RIBEIRO, op. cit., p. 17-18.

³⁵² Idem, p.18.

³⁵³ Cuando la Promulgación de la Constitución de la República Federativa del Brasil (1988), los municipios de Rio de Janeiro (RJ) y São Paulo (SP) mantuvieron en funcionamiento los Tribunales Municipales de Cuentas, que fueron aceptados por dicha Constitución, prescribiendo que el "Control externo de la Cámara Municipal se ejercerá con la ayuda de los Tribunales de Cuentas de los Estados o del Municipio o de los Consejos o Tribunal de Cuentas de los Municipios, donde haya" (CF: art. 31, § 1º). La creación de los Tribunales de Cuentas Municipales resultan de la autorización de las Cartas Magna anteriores 1967 y 1969), para aquellos municipios que tenían dos millones de habitantes y renta de impuestos superior a quinientos millones de crueros nuevos (moneda de la época), en cuyo caso restaron São Paulo y Río de Janeiro. La actual Constitución prohíbe la creación de nuevos Tribunales de Cuentas Municipal. (CF: art. 31 § 4º)

- IV - medidas adoptadas, de conformidad con el art. 31, para la renovación de las cantidades de la deuda consolidada y mobiliaria a los respectivos límites;
- V - asignación de recursos procedentes de la enajenación de activos, considerando las limitaciones constitucionales y las de esta Ley Complementaria;
- VI – cumplimiento del límite de gasto totales de los legislativos municipales, cuando sea el caso.

En la opinión de Phillip Gil França, la Corte

tiene como tarea la verificación técnica de los gastos e inversiones de la Administración Pública. Ejemplo de exaltación de la saludable tecnicidad objetiva de la actuación del Estado, el control ejercido por el Tribunal de Cuentas debe ser acogido como un medio operativo orientado para rechazar el criterio subjetivo de los actos administrativos, que a menudo son etiquetados como ofensivo para el mérito del Ejecutivo. [El mencionado autor continúa]: Las cuentas; la adecuación entre lo recibido y gastado; la corrección del dinero público utilizado de acuerdo con las políticas del Estado viables; impersonales y con verdaderas finalidades para lograr el bien común, deben ser realizadas por los organismos técnicos, como el Tribunal de Cuentas.³⁵⁴

Este es un órgano con autonomía administrativa y financiera,³⁵⁵ así como da a sus miembros las mismas prerrogativas y garantías concedidas a los miembros del Poder Judicial para llevar a cabo sus actividades.³⁵⁶ Para Herick Santos Santana es “un organismo totalmente independiente con respecto a cualquiera de los poderes del Estado”.³⁵⁷

Aclara Odete Medauar que por constar en el art. 71 de la Constitución Federal la expresión *con la ayuda del Tribunal de Cuentas*,

ha generado cierta confusión con respecto a los vínculos entre éste y el poder legislativo, sobre todo con el fin de considerarse jerárquicamente subordinado a ese Poder; muy común es la mención de la Corte de Cuentas para asistir a la Asamblea Legislativa, que daría como resultado, para muchos, la idea de subordinación; se confunde, por lo tanto, la función con la naturaleza del órgano. [Más adelante concluye que] “De hecho, la Constitución Federal en ningún dispositivo utiliza el término ‘órgano auxiliar’, establece, al contrario que el control externo del Congreso

³⁵⁴ FRANÇA, op. cit., p. 98.

³⁵⁵ El Tribunal de Cuentas de Brasil fue creado por iniciativa de Ruy Barbosa, a través del Decreto-Ley 966-A/1890, transcrito en las Constituciones de 1891 (artículo 89 de las Disposiciones Generales.); la Constitución de 1934, en el capítulo "De los cuerpos de cooperación con las entidades gubernamentales"; en la Constitución de 1937, en la sección dedicada al Poder Judicial (art 114.); en la Constitución de 1946, en el capítulo dedicado al poder legislativo en la sección sobre el presupuesto (artículos 76 y 77); la Constitución de 1967 y en la Enmienda Constitucional 1/1969 en el capítulo sobre el Poder Legislativo, en la sección destinada a la Supervisión Financiera y Presupuesto y, finalmente, en la Constitución de 1988, en el capítulo dedicado al Poder Legislativo en la sección IX, bajo el nombre de la fiscalización contable, financiera y presupuestaria (arts. 70 a 75).

³⁵⁶ Es lo que se estableció en el § 3º del art. 73 de la Constitución, modificado por la Enmienda Constitucional Nº 20, de 1988. "Los Ministros del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal tendrán las mismas garantías, prerrogativas, impedimentos, los salarios y beneficios de los Jueces de la Corte Superior, aplicándoseles, en la jubilación y la pensión, como se indica en las normas del art. 40" (BRASIL. Enmienda constitucional nº 20, de 15 de diciembre de 1998. Modifica el sistema de seguridad social, establece normas de transición y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dezembro de 1998.

³⁵⁷ SANTANA, op. cit.

se ejerce con el “auxilio del Tribunal de Cuentas”; por lo tanto, su función es ejercer el control financiero y la gestión del presupuesto, en auxilio, en apoyo, al poder responsable, en última instancia, para dicha fiscalización.³⁵⁸

La naturaleza jurídica de las funciones de los Tribunales de Cuentas es esencialmente la fiscalización de la actividad financiera de la Administración Pública. Sin embargo, no se puede decir que son funciones jurisdiccionales, con el mismo carácter de finalidad y promoviendo la cosa juzgada.

Helio Saúl Mileski aclara que el

Tribunal de Cuentas procede al estudio de las cuentas de los responsables por los bienes y valores públicos, ejerciendo una atribución constitucional, no delegable, propia y única, sin embargo, no se puede negar la naturaleza administrativa de sus funciones.³⁵⁹ [No obstante, el referido autor, admite que] Teniendo en cuenta las peculiaridades de las funciones de la Corte, en las que están incluidas el juicio sobre las cuentas, incluso de las más altas autoridades de los tres poderes del Estado, es inconcebible que estas funciones tengan, meramente, un carácter puramente administrativo. [Y añade a su entendimiento, diciendo]: Así que, no siendo de carácter judicial las funciones del Tribunal de Cuentas, tampoco pueden ser consideradas puramente administrativas. Son de carácter administrativo, pero con la cualificación del poder jurisdiccional administrativo, que deriva de competencia constitucional expresamente establecida, con la delimitación del poder de conocer y juzgar las cuentas rendidas por los administradores públicos.³⁶⁰

De hecho, se debate sobre la naturaleza jurídica de las decisiones de los Tribunales de Cuentas. Para una corriente doctrinaria estos tipos de decisiones no pueden ser revisadas por el poder judicial, una vez que este Poder carece de legitimidad para hacerlo. En este sentido es el posicionamiento de Miguel Seabra Fagundes:

La sentencia de la regularidad de las cuentas de los administradores y otras personas responsables de los bienes y valores públicos, que implica en el ejercicio parcial de la función jurisdiccional. No del todo por el uso de la palabra juicio, sino por la manifestación final de la orden del tribunal, ya que la regularidad de las cuentas podría conducir a una nueva apreciación (por el poder judicial), y su declaración se traduciría en una formalidad vacía e inútil. En este sentido específico (el crimen es de atribución de la justicia Federal), el Tribunal de Cuentas decide de forma concluyente. Así los órganos del Poder Judicial carecen de la competencia para examinarlo.³⁶¹

³⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

³⁵⁹ MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 249.

³⁶⁰ Idem, p. 252.

³⁶¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 137.

La corriente doctrinaria opuesta entiende que todos los actos, de cualquiera de los poderes, están sujetos a revisión por parte del poder judicial. Este es el entendimiento de Pedro Roberto Decoiman, que dice que “incluso las deliberaciones del Poder Legislativo, rechazando las cuentas del Poder Ejecutivo, no son libres de la posibilidad de control por parte del poder judicial”.³⁶²

Tanto una y como la otra corriente doctrinaria tiene argumentos de peso, pero el legislador constitucional define que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos” (CF, artículo 5º, XXXV).

Por lo tanto, de acuerdo con la posición de Helio Mileski, el Tribunal de Cuentas promueve la decisión administrativa, pero sujeta la revisión por parte del Poder Judicial, porque es un derecho y garantía individual, que no está sujeta a cambios o alteración por cualquier propuesta de este tipo (CF: el artículo 60, §4º IV).³⁶³

Sin embargo, se asegura que son responsables ante dicho Tribunal cualquier persona o entidad, pública o privada que utilice, recaude, mantenga, o maneje el dinero, o los valores públicos, o por los cuales la Unión Federal, el Estado y el Municipio respondan o, que en nombre de este asuman obligaciones pecuniarias.

En general los Tribunales de Cuentas controlan los ingresos y gastos de los estados y municipios; acompañan la legalidad de las contrataciones de personal, jubilaciones, pensiones y pensiones estatales; analizan y juzgan la legalidad de la rendición de cuentas de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como los fiscales y todos los demás organismos públicos.

También, emiten dictámenes previos sobre las cuentas del Presidente, de los Gobernadores de los Estados y Alcaldes Municipales, para el juicio posterior por el Poder Legislativo, en los niveles federal, estatal y municipal; juzgan las cuentas de todas las asociaciones y organizaciones que hayan recibido fondos de la Unión de los Estados o los Municipios, para actividades sociales; aprecian y juzgan denuncias sobre irregularidades o ilegalidades cometidas por funcionarios públicos y proporcionan orientación en los procedimientos administrativos, respondiendo a las preguntas formuladas.

Es importante aclarar que los Tribunales de Cuentas pueden aplicar, entre otras, las sanciones financieras a los responsables de las ilegalidades detectadas como una multa proporcional al daño causado al erario público (CF: art. 71, VIII).

³⁶² DECOIMAN, Pedro Roberto. *Tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006, p.177.

³⁶³ MILESKI, op. cit., p. 252.

El profesor Sergio Ferraz comenta estas sanciones diciendo:

Las sanciones económicas de los Tribunales de Cuentas se dan cuando se encuentra conducta normativamente tipificada como una infracción, se aplican a los responsables, con sujeción al debido proceso legal, una medida represiva (cuya situación, en teoría, es extremadamente variable). En el tema que nos ocupa, encontramos, con la forma del tipo indicado, dos categorías: las sanciones administrativas en el sentido estricto (por ejemplo, la imposición de multas) y sanciones resarcitorias (es decir, la imposición de reparar al erario). Ambos tienen en común diversos elementos, tales como la naturaleza no-penal (es decir, no envuelven la privación de libertad de la persona responsable), la identidad subjetiva (la autoridad sancionadora es el Tribunal de Cuentas) y teleológica (la sanción es un “castigo” que se aplica al infractor), el carácter indispensable del proceso administrativo formal para su aplicación. Pero también hay marcadas diferencias entre ellos, en el nivel ontológico; basta decir, que la imposición de multas (sanción administrativa típica) es de carácter claramente represiva (castigo), la imputación resarcitorias se refugia en el campo de la responsabilidad (la reparación es volver el estado anterior; sancionar administrativamente es promover la incidencia de un ‘mal’, que se proyecta ‘para el futuro’).³⁶⁴

Como ejemplo, este control externo y técnico en el Estado de Paraná (uno de los 26 existentes en Brasil), significa el examen de todas las cuentas públicas de los 399 municipios y más las cuentas del propio Estado de la federación.

De hecho, los Tribunales de los Estados, así como el Tribunal de Cuentas de la Unión Federal, por más que sus agentes tengan conocimientos técnicos y se utilicen de las herramientas de software más adecuadas para la recolección de las entidades públicas, así mismo el control de las cuentas tiene un control deficitario, es decir, la aprobación o desaprobación de las cuentas, cuando externalizadas, no guardan proximidad con los actos y los hechos administrativos, realizados, y con frecuencia, se hace imposible obtener la responsabilidad del gestor público.³⁶⁵

No son ajenos a estos Tribunales de Cuentas traer a público resultados de análisis con retraso de cinco u ocho años, eso al respecto de cualquiera de las entidades públicas controladas. En ese contexto de atraso, el gestor público, que podía tener desaprobadas sus cuentas, ya modificó, completamente, su patrimonio particular, dificultando, aún más, la eventual sustitución del daño causado al erario público.

³⁶⁴ FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações, In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (coord). *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 169-170.

³⁶⁵ Al respecto, Brasil cuenta con 5.570 Municipios, siendo localizados el mayor número en el Estado de Minas Gerais con 853; en São Paulo con 645; Rio Grande do Sul con 497 y en Paraná con 399 (5º lugar). Cf. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Municípios. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

Tampoco es extraño ver el mal gestor público, dado el retraso en el análisis de las cuentas públicas, de vuelta al cargo en la misma función pública de Gobernador, Presidente, Senador, Diputado y Concejal, todo a través del voto popular, permitiéndose, por esa vía del atraso, la posibilidad de reiterar conducta irregular y perjudicial para el erario público.

Es que si las Cortes de Cuentas diesen la publicidad de las reprobaciones de las cuentas de los malos gestores públicos, inmediatamente después de su presentación o dentro de un plazo razonable, el destinatario de este examen técnico, las personas, probablemente no podrían traerlo de vuelta al cargo Público. En ese sentido, está en vigor en Brasil la Ley Complementaria N° 135 de 4 de junio, de 2010, que modifica la Ley Complementaria N° 64 de 18 de mayo de 1990, que dice, en lo pertinente:

Art. 1°. Será inelegible:

I - para cualquier cargo:

[...]

g) los que tienen sus cuentas relativas al ejercicio de sus funciones o cargos públicos rechazados por irregularidad incurable que configure acto doloso de improbidad administrativa, y por decisión inapelable del órgano competente, a menos que haya sido suspendido o cancelado por el poder judicial, para las elecciones que se celebrará en los ocho (8) años siguientes, contados a partir de la fecha de la decisión, aplicándose lo dispuesto en el inciso II del art. 71 de la Constitución Federal, a todos los ordenadores de despensas, sin excluir a los que han estado actuando en esa condición.

Las cuentas, a que se refieren los ejercicios y cargos en la Ley, son los examinados por la Corte y que si rechazadas deben informar inmediatamente a la Fiscalía Electoral y al Tribunal Electoral, para los efectos de impedir la candidatura o la expedición del diploma si sea elegido.³⁶⁶

Incluso, se puede complementar diciendo que la Ley Complementaria N° 135/2010, se denomina de ley “ficha limpia”, siendo que deriva de proyecto de ley de iniciativa popular, es decir, proyecto de ley presentado por el pueblo, atendiendo las premisas constitucionales, para ser tramitada en el Congreso Nacional, que la aprobó, como siendo capaz de concebir, incluso una forma de control externo.

³⁶⁶ Es lo que prescribe la Ley Complementaria 64/80: Art. 15. transitada en definitivo o publicada la decisión de un órgano colectivo que declara el candidato inelegible, se le niega el registro o cancelado, si ya está hecho, o declarado nulo el diploma, si ya se emitió. Párrafo único. La decisión contemplada en el primer párrafo, independientemente de la presentación de recurso, deberá ser comunicada de inmediato a la Fiscalía Electoral y al órgano de la Junta Electoral competente para el registro de la candidatura y expedición del diploma del acusado”. Cf. BRASIL. Lei complementar n° 64, de 18 de maio de 1990. Establece, de acuerdo con el art. 14, § 9° de la Constitución Federal, casos de inexigibilidad, plazos de cese, y determina otras medidas, *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de maio de 1990.

André de Carvalho Ramos, al comentar sobre esta ley, señala que

Las elecciones municipales de 2012 poseían cierta novedad: por primera vez, se requiere que los participantes tengan una vida previa al menos libre de condenaciones graves en los tribunales y otras manchas similares. El significado de las exigencias interpuestas por LC 135/2010, que llegó a ser conocido popularmente como 'Ley de la Ficha Limpia', trasciende el Derecho Electoral: es el logro de un anhelo popular histórico, al respecto de la representación política menos viciada por las actitudes patrimoniales, desconectadas de la voluntad de los representados.³⁶⁷

Por lo tanto, se considera que los retrasos en el análisis de las cuentas públicas por el Tribunal de Cortes revelan uno de los factores que contribuyen a la perpetuación de los agentes públicos ineptos y malversadores de los recursos públicos.

4 OTROS CONTROLES

El control externo de las actividades de la Administración Pública en Brasil también puede ser llevada a cabo por el Ministerio Público, por el Ombudsman (defensor público); por organizaciones no gubernamentales e incluso por los propios ciudadanos.

La Constitución Federal garantiza la legitimidad de las personas física y jurídicas, mencionadas anteriormente, admitiendo, en razón del gigantismo de Administración Pública de Brasil, un país con dimensiones continentales y complejidad de sus tareas, que éstas realicen un control tanto de naturaleza judicial como extrajudicialmente. Mismo porque por más eficientes que sean los órganos de supervisión interna y externa, esta última confiada al Poder Legislativo y al Tribunal de Cuentas para la fiscalización eminentemente contable, financiera, presupuestaria y patrimonial, se terminan escapando actos y hechos que pueden poner en peligro los planes y metas para lograr el interés colectivo.

Por lo tanto se revela adecuado una legitimidad ampliada tanto a las personas jurídicas como a los propios ciudadanos, para realizar el control externo de las actividades de la Administración Pública.

³⁶⁷ CARVALHO RAMOS, André de. Lei da Ficha Limpa após as eleições de 2012: como podemos avançar? In: CAGGIANO, Monica Herman (Coord.). *Ficha Limpa - Impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 99-105. p. 99.

4.1 Control por el Ministerio Público

El legislador constitucional de la actual Carta Magna de la Nación estableció un nuevo perfil para los Fiscales brasileños, que hasta entonces no se ocupaban con el crimen de responsabilidad de los agentes públicos que infringieran la norma penal.

En ese contexto, el legislador constitucional original, le dio el nombre de *institución permanente* y esencial para la función jurisdiccional del Estado, cabiéndole el deber de la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales (CF, artículo 127 *caput*).

También reconocido como principios institucionales, del Ministerio Público, la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional, que garantizan la autonomía funcional y administrativa, pudiendo proponer, al Poder Legislativo, la creación y extinción de cargos y servicios auxiliares, proviniéndolos a través de un concurso público de pruebas y pruebas de títulos, la política de remuneraciones y planes de carrera a través de una ley específica (CF, art. 127, §1º y 2º).

Por lo tanto, cabe a la Fiscalía, el deber de elaborar su propuesta de presupuesto, dentro de los límites establecidos en la ley de directrices presupuestarias, para así satisfacer sus propósitos.

Para el logro de sus funciones, ha dado a sus miembros, las garantías del cargo vitalicio, después de dos años de ejercicio, con la pérdida del cargo solamente por sentencia definitiva; inamovilidad, salvo por razones de interés público, por decisión del órgano colegiado competente y por mayoría absoluta de sus miembros, garantiza plena defensa y la irreductibilidad de sus subsidios.³⁶⁸

En este nuevo perfil le fueron atribuidas numerosas funciones como se ve en las disposiciones de la Carta Constitucional en *verbis*:

Art. 129. Son funciones del Ministerio Público:

- I. Promover, privativamente, la acción penal pública, en la forma de la ley;
- II. velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública para los derechos garantizados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía;

³⁶⁸ Sin embargo, a la luz de las garantías anteriores, son atribuidas las siguientes prohibiciones: recepción, en cualquier cuenta o por cualquier motivo, honorarios, porcentajes o costas judiciales; ejercer la abogacía; participar en una empresa comercial, de acuerdo con la ley; mantener, incluso cuando la disponibilidad de pago, cualquier otra función pública, excepto por un puesto de profesor; participar en actividades políticas partidistas, y también recibir, por cualquier motivo o pretexto, ayudas o aportaciones de personas físicas, entidades públicas o privadas, sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley.(CF/1988: art. 128, II).

- III. promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos;
- IV. promover la acción de inconstitucionalidad o la petición para la intervención de la Unión y de los Estados, en los casos previstos en esta Constitución;
- V. defenderá judicialmente los derechos y los intereses de la población indígena;
- VI. expedir notificaciones en los procedimientos administrativos de su competencia, solicitando informes y documentos para instruirlos, en la forma de la ley complementaria respectiva;
- VII. ejercer en control externo de la actividad policial, en la forma de la ley complementaria mencionada en el artículo anterior;
- VIII. requerir diligencias de investigación y la formulación de demanda policial, indicando los fundamentos jurídicos de sus manifestaciones policiales;
- IX. ejercer otras funciones que le fueran conferidas, en tanto compatibles con su finalidad, estándole prohibida la representación judicial y la asesoría jurídica de entidades públicas.

Las normas generales para la organización y desarrollo de las actividades del Ministerio Público de la Unión y de los Estados están regulados por la Ley Complementaria N° 75 de 20 de mayo de 1993³⁶⁹, y la Ley Ordinaria N° 8625, de 17 de febrero de 1993³⁷⁰, respectivamente, en las que no se desvían de las premisas constitucionales.

Por lo tanto, se destaca de la Ley Complementaria N° 75/93 su artículo 7 que expresa lo siguiente:

Art. 7°. Corresponde al Ministerio Público de la Unión, siempre que necesario para el desempeño de sus funciones institucionales:

- I – iniciar la investigación civil y otros procedimientos administrativos relacionados;
- II - solicitar procedimientos de investigación y la institución de investigación policía y de investigación policial militar, pudiendo acompañarla y presentar pruebas;
- III - solicitar a la autoridad competente la instauración de un procedimiento administrativo, a excepción de los de carácter disciplinario y puede acompañarlos y presentar pruebas.

Artículo 8° Para el ejercicio de sus atribuciones, el Ministerio Público de la Unión podrá, en los procedimientos bajo su jurisdicción:

- I - notificar testigos y ordenar su presentación coercitiva en el caso de ausencia injustificada;
- II - solicitar información, exámenes, pericias y documentos de la administración pública directa o indirecta;
- III - solicitar a la Administración Pública los servicios temporales de sus servidores y las instalaciones necesarias para la realización de actividades específicas;
- IV - solicitar información y documentos a las entidades privadas;
- V – realizar inspecciones y procedimientos de investigación;
- VI – tener libre acceso a cualquier lugar público o privado, respetando las normas constitucionales relativas a la inviolabilidad del domicilio;

³⁶⁹ BRASIL. Ley complementaria n° 75, de 20 de mayo de 1993. Dispone sobre la organización y de las atribuciones y el estatuto del Ministerio Público de la Unión. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de maio de 1993.

³⁷⁰ BRASIL. Ley n° 8.625, de 12 de febrero de 1993. Instituye la Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público, dispone sobre las normas generales para la organización del Ministerio Público de los Estados y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1993.

- VII – expedir notificaciones y citaciones, a los procedimientos e investigaciones que instaurar;
- VIII – tener libre acceso incondicional a cualquier base de datos de naturaleza pública o en relación al servicio de relevancia público;
- IX – solicitar el auxilio de la fuerza policial.

Del mismo modo que está la disposición de la Ley ordinaria N ° 8.625 / 93, que también pone de relieve lo siguiente:

Art. 27. Corresponde al fiscal ejercer la defensa de los derechos garantizados en la Constitución Federal y Estatal, siempre que cuidar de garantizar su respeto:

- I - por los poderes estatales o locales;
- II - por los órganos de la Administración Pública Estatal o Municipal, directa o indirecta;
- III - por los titulares de concesiones y permisos de servicio público de los Estados o del municipio;
- IV - por las entidades que llevan a cabo otras funciones delegadas por el Estado o el municipio o realizan relevante servicio público.

Párrafo único. En el ejercicio de las atribuciones contempladas en este artículo, le corresponde a la Fiscalía, entre otras medidas:

- I – recibir noticias de irregularidades, peticiones o quejas de cualquier tipo, para promover las investigaciones necesarias que son propias y darles las respuestas adecuadas;
- II - garantizar la rapidez y la racionalización de los procedimientos administrativos;
- III – proceder al andamio, dentro del plazo de treinta días, de las noticias de irregularidades, peticiones o quejas que se refieren al inciso I;
- IV - promover audiencias públicas y emitir informes, anuales o especiales, y recomendaciones a los organismos y entidades mencionadas en el *caput* de este artículo, ordenando al destinatario su divulgación adecuada e inmediata, así como la respuesta por escrito.

Se observa que, además de defender el orden jurídico y el sistema democrático, corolarios de la sedimentación de la soberanía, ciudadanía, dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y la libre empresa, y el pluralismo político, para lograr los objetivos básicos de la República Federal, el concepto de promoción privativa de la acción penal pública; en la promoción de la investigación civil pública y de la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos, en la actualidad, se revela uno de los principales instrumentos para combatir las conductas corruptas que se extienden por la Administración Pública.

La instauración de la investigación civil pública, cuya finalidad es la recogida de datos para formar la convicción del Fiscal³⁷¹ y al fin la imposición de medidas, lo tiene acreditado

³⁷¹ La instauración de la investigación civil pública de competencia privada del Ministerio Público. Está reglada por la Resolución 23, de 17.09.2007, editada por el Consejo Nacional del Ministerio Público (BRASIL. Resolução nº 23, de 23 de setembro de 2007. Reglamenta los art. 6º, VII, y 7º, I, de la Ley Complementaria nº 75/93 y los art. 25, IV, y 26, I, de la Ley nº 8.625/93, disciplinando, en el ámbito del Ministerio Público, la instauración y tramitación de la investigación civil pública. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 de novembro de 2007.

junto a la población, como un organismo eficiente en la gestión de control externo de la Administración Pública.

Odete Medauar, citando Wallace Martins Paiva Júnior, señala lo siguiente: “La investigación civil debe ser desarrollada con la perspectiva de la apertura de una amplia gama de medidas a tomar por los Fiscales, en el control de la administración pública, permitiendo, inclusive, la realización de audiencias públicas”.³⁷²

Revela Paulo Augusto Guedes Fontes que

en relación, específica, al control de la Administración Pública, esto no siempre es el objeto de las previsiones normativas explícitas, habiéndose desarrollado, especialmente, a partir de la defensa de intereses difusos y colectivos, atribuciones que el Fiscal puede ejercer, sea de particulares, sea de la propia Administración.³⁷³

Entendemos que ese debate, aunque importante, está superado, una vez que la Constitución Federal determinó en el inciso II del artículo 129, y fue secundada por la Ley Orgánica de la Fiscalía, que la entidad es legítima para ejercer el control externo de la Administración Pública, una vez que se confirma la atribución de “asegurar por el respeto efectivo de los poderes Públicos y de servicios de relevancia pública, así como de los derechos garantizados en la Constitución, tomando todas las medidas necesarias para que ellas se concreten”.

Ahora, esa disposición revela una atribución, que abarca cualquier irregularidad practicada en el ámbito de la Administración Pública, siendo como un deber y no mera facultad, de exigir las medidas pertinentes, que en nuestra evaluación, pueden ser ya sea judicial o extrajudicial, siempre que la medida tomada sea eficaz para la corrección de del hecho identificado.

Wallace Paiva Martins Junior, en ese contexto señala que el

Punto luminoso de esa actuación es la extensión favorecida: la salvaguardia de los derechos de los administrados y la ejecución de las actividades administrativas, con el respeto a los principios y normas del ordenamiento jurídico, ejerciendo, no solo el control de legalidad, sino también el control de la eficiencia de la actuación administrativa que se agrega, constructivamente, a otras formas de control de la Administración Pública.³⁷⁴

³⁷² MEDAUAR, op. cit., p.181.

³⁷³ FONTES, Paulo Augusto Guedes. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 06.

³⁷⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo ministério público*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 35.

Se argumenta, por lo tanto, que el Fiscal lleva a cabo el control externo cuando se promueve la Acción Civil Pública junto al poder judicial, para la reparación de daños y perjuicios al Tesoro; para la declaración de los actos de Improbidad Administrativa de los agentes y de las autoridades públicas, por la violación de los principios rectores de la Administración Pública (la legalidad, moralidad, impersonalidad, publicidad y eficiencia) o incluso cuando se ingresa con medida judicial para la declaración de inconstitucionalidad de Ley que puede comprometer la promoción del interés público, social y ambiental.

El Poder Judicial, al examinar la Acción Civil Pública, propuesto por la Fiscalía, reconoce su legitimidad para proponer cuando se trata de la defensa y protección de los intereses difusos y colectivos (el medio ambiente, el patrimonio público y social y otros):

ADMINISTRATIVO. ACCIÓN CIVIL PÚBLICA. INDICACIÓN DE PRÁCTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROBACIÓN DE LAS CUENTAS POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN. DECISIÓN DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. VINCULACIÓN DE LA DECISIÓN. EXCLUSIÓN DE APRECIACIÓN POR EL PODER JUDICIAL. IMPOSIBILIDAD. POSIBILIDAD DEL PEDIDO.

1. Recurso Especial interpuesto contra v. Sentencia que apreció agravio de instrumento proveniente de Acción Civil Pública presentada en razón del enriquecimiento ilícito de los titulares de cargos públicos que pertenecen al TRT de Alagoas, en el ejercicio de sus obligaciones.

[...]

8. A la Fiscalía Pública la CF/1988 le atribuyó, en el art. 127, la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales. Determina la Ley Mayor que es una función institucional del Ministerio Público el uso de la Acción Civil Pública para la protección del Patrimonio Público. Ley N° 8.249/92, atribuyéndole la función de demandar al responsable del acto de improbidad, para que se pueda aplicar las sanciones civiles establecidas en el mismo. Ante el acto, caracterizado como de Improbidad administrativas, inadmisibles que el Fiscal no tome las medidas, viendo inerte la aplicación indebida del dinero público. La provocación del poder judicial, para la investigación de las irregularidades, no es solo un poder, sino un deber del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones institucionales.

9. La pretensión expuesta por La Fiscalía, en la pieza inicial, describe hechos que no fueron objeto de examen por el Tribunal de Cuentas. Existe necesidad, en el amplio campo del debido proceso legal, que se apuren los hechos denunciados. El pedido, por lo tanto, no es imposible; existe una justa causa para hacerlo y los solicitantes son partes legítimas.

10. Recurso Especial no procesado "(Resp. N° 472.399 / AL; Apelación Especial No. 2001 / 0193562-0 - publicado en el Diario de la Justicia en 19:12 20012, p 351, el Ministro José Delgado Relator...).

Por lo tanto, la eficiencia del control externo, ejercido por la Fiscalía es justificada por la calidad del trato igualitario de los hechos y personas investigadas, así como por la forma vertical, como son identificadas las pruebas, para la promoción de las responsabilidades de los involucrados.

4.2 Control por las Organizaciones No Gubernamentales

Otro control externo de la actividad de la administración pública y que se muestra importante es el realizado por las asociaciones también consideradas como organizaciones no gubernamentales.

Las Organizaciones no Gubernamentales (ONG) son todas las organizaciones, sin fines de lucro, creadas por personas que trabajan voluntariamente en nombre de una causa, ya sea protección del medio ambiente, los derechos humanos, la abolición del trabajo infantil, la defensa de los bienes públicos y social, etc.

La Ley Ordinaria N° 7347 de 24 de julio de 1985, dio legitimidad a estas asociaciones que, al igual que otras entidades, puedan buscar la responsabilidad de los funcionarios y autoridades públicas por daños morales y patrimoniales que causan al Estado:

Art. 1. Se rigen por las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio de la acción popular, las acciones de responsabilidad por los daños morales y patrimoniales:

I - al medio ambiente;

II - al consumidor;

III - a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico;

IV - a cualquier otro interés difuso o colectivo.

V - por violación del orden económico;

VI - a la orden urbana.

VII - a la honra y la dignidad de los grupos raciales, étnicos o religiosos.

VIII - al patrimonio público y social.

Art. 5. Tienen legitimidad para proponer la acción principal y la acción cautelar:

[...]

V - la asociación que, concomitantemente:

a) esté establecida durante al menos un (1) año en los términos de la ley civil;

b) incluya, entre sus fines institucionales, la protección la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente, al consumidor, el orden económico, la libre competencia, los derechos de los grupos raciales, étnicos o religiosos, al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

Como se ha señalado, esta autorización legal, dada a las asociaciones, se suma a otros controles externos, para, de esa forma hacer frente a la enormidad y complejidad de las actividades de la Administración Pública, ya que de ella se deriva el poder que permite atender a los destinatarios del servicio público, una vez que son ellos, también las asociaciones, los destinatarios de la efectividad de la acción pública y por lo tanto pueden evaluar la calidad (también la cantidad, en algunos casos) y la eficiencia de estos servicios a la población.

Sin duda, la existencia de pocas asociaciones establecidas, indica que ese control externo se muestra un tanto escaso en la escena nacional. Sin embargo, esta situación es comprensible. Las Asociaciones legitimadas tienen dificultades para tener acceso a la

información necesaria para completar el conocimiento de los actos y hechos administrativos, mismo que se diga de la existencia de la obligación de la Administración Pública en tener que dar a conocer las informaciones, eso por determinación constitucional es una obligación del gestor público (CF, artículo 37).³⁷⁵

Dimas Eneas Soares Ferreira, al describir los mecanismos de control en el proceso presupuestario público, citando Sandra Pires Barbosa, también señala la dificultad de acceso a los actos de la administración pública, la falta de transparencia,

En una democracia, la convivencia diaria entre Estado y la sociedad civil necesita transparencia, de modo que el diálogo institucional entre los dos se basa en el acceso de los ciudadanos a la información y a los datos relativos a las acciones públicas estatales. Por lo tanto, debe haber un compromiso incondicional del Estado, para mantener siempre el libre acceso a sus bases de datos, y de información de gestión, para la gente común, las instituciones, las organizaciones no gubernamentales, asociaciones, entidades de clase, etc. Lo que se exige es que en el gobierno, para ser más eficaz, debe haber libre acceso a la información de gestión del estado de la sociedad civil. De esta manera, si mejor informada la población, más capaz es ésta de ejercer un control social efectivo sobre los gestores públicos. Por supuesto que también es necesario señalar qué tipo de información está siendo disponible, su calidad y, sobre todo, si la sociedad civil está preparada para utilizarla de manera eficaz y si el Estado tiene la misma capacidad de producir información de calidad. Así que no es solo el acceso abierto a la información”. [Ese autor también consigna que] En Brasil, la cultura del control social se encuentra todavía en su infancia, y se enfrenta a muchas dificultades, como la poca confianza de la sociedad civil en la acción de los políticos y la burocracia, la dificultad de la población en tener acceso a las complejidades de la administración, legislación extremadamente complicado desde el punto de vista de la comprensión por parte de la gente común, la falta de una práctica de la participación política popular, el bajo nivel educativo de las personas en general, la falta de transparencia y publicidad de los actos políticos-administrativos, la ineficacia de los mecanismos formales de control social.³⁷⁶

El Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo desestimó el recurso de oficio del Juicio de la instancia inferior que había concedido orden judicial para tener acceso a las informaciones de dineros públicos destinados a las ONGs:

³⁷⁵ Entre las pocas organizaciones no gubernamentales, Ana Cristina de Melo Botelho Bridges destaca “la Transparencia Brasil [...] fundada en abril de 2000 por un grupo de personas comprometidas con el combate a la corrupción. Uno de sus principales objetivos es ayudar a las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos en todos los niveles para desarrollar metodologías y actitudes orientadas al combate a la corrupción. Para lograr sus objetivos, tiene la directriz fundamental de mejorar la transparencia ya que cuanto mayor sea esta, mayores serán las posibilidades de lucha contra la corrupción [...]. El Movimiento por la Ética en la Política es un grupo no partidista, sin fines de lucro, integrada por ciudadanos voluntarios y ciudadanos cuyo objetivo general es contribuir a mejorar la práctica de la política. El Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC), organización no lucrativa con el propósito público, democrática y plural, tiene como un objetivo permanente en relación con la política fiscal y presupuestaria, la supervisión, el seguimiento y la decodificación del proceso de presupuesto federal, su ejecución financiera y busca permanente para la expansión de la transparencia y la publicidad de los planes públicos y la información del gasto público”. (BOTELHO, op. cit., p. 187).

³⁷⁶ FERREIRA, Dimas Eneas Soares. Mecanismos de controle sobre o processo de orçamentação pública. 2015.

Mandamus. Revisión necesaria. Solicita información relacionada con la aplicación de los fondos públicos para OSCIPS, Os, ONG, y similares. El derecho a la información es, entre otros, un derecho fundamental de un estado democrático de derecho, constitucionalmente garantizado por el artículo 5º, XXXIII de la Constitución. La transparencia de las cuentas públicas - principio de publicidad. Garantía constitucional. Sentencia mantenida. Revisión necesaria no admitida. (TJSP - 3ª Cámara de Derecho Público - Revisión Necesaria nº 3001678-93.2013.8.26.0082 - Comarca de Boituva. Recurrente: JUÍZO EX OFFICIO. Recurridos: RODRIGO CALZZETTA FREIRE y PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC DO B. Relator: Ronaldo Andrade. Juicio. 19.08.2014 y Publicación en 21/08/2014).³⁷⁷

Es cierto que esa dificultad de acceso fue motivo de análisis durante la primera evaluación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adherida por Brasil³⁷⁸, cuando de la recomendación de los expertos que vinieron a Brasil a conocer los mecanismos de implementación, especialmente, en razón de lo dispuesto en el inciso III, § 11.

La recomendación sugiere la necesidad de fomentar la participación de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales para prevenir la corrupción.

El Brasil, en ese momento, informó que estaba atendiendo esa recomendación, a través de los portales de transparencia, por vía de los cuales los ciudadanos pueden monitorear la ejecución financiera de los programas de gobierno a nivel federal. En esas páginas electrónicas están dispuestas las informaciones sobre los fondos transferidos por el Gobierno Federal a los Estados Federales, Distrito Federal y Municipios, para la realización descentralizada de las acciones del gobierno y directamente a los ciudadanos, así como datos sobre los gastos efectuados por el Gobierno Federal en las compras o contrataciones de obras, servicios y otros.

Sin embargo, esta transparencia es aún insuficiente en la mayoría de los órganos de la administración pública, ya sea a nivel federal, estatal y especialmente municipal.

El legislador infra constitucional, quizás tocado por la recomendación, antes citada, bien como por el contenido de las cláusulas adheridas por el País en la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobó la Ley Complementaria Nº 131 de 27 de mayo,

³⁷⁷ Disponible en <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ONGS>. Accedido el 11.01.2014.

³⁷⁸ La Convención Interamericana contra la Corrupción con respecto a las medidas preventivas, dispone: "Art. III. Para los efectos establecidos en el artículo II de la presente Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales para crear, mantener y fortalecer: [...] 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos para prevenir la corrupción.

de 2009³⁷⁹, también denominada de “Ley de la Transparencia”, que modifica las disposiciones de la Ley N ° 101/2000 con el fin de determinar la disponibilidad, en tiempo real, de la información detallada sobre la ejecución presupuestaria y financiera de la unión Federal, Estado, Distrito Federal y Municipios.

Art. 48.

[...]

Párrafo único. La transparencia será garantizada también por:

I - fomentar la participación popular y la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y discusión de los planes, la ley de directrices presupuestarias y presupuestos;

II - liberación al pleno conocimiento y acompañamiento de la empresa en tiempo real, de informaciones detalladas sobre la ejecución presupuestaria y financiera en medios electrónicos accesibles al público;

III – adopción de la gestión financiera y el control integrados, que atienda al estándar mínimo de calidad establecido por el Poder Ejecutivo de la Unión y de lo dispuesto en el art. 48-A.

Art. 48-A. para los fines a que se refiere el inciso II, del párrafo único del art. 48, los entes de la Federación deben poner a disposición de cualquier persona o entidad el acceso a la información relativa:

I – en cuanto al gasto: todas los actos realizados por las unidades de gestión en el curso de la ejecución del gasto, en el momento de su realización, con una disponibilidad mínima de datos en relación con el número del correspondiente proceso, a los bienes entregados o a los servicios prestados, a la persona física o jurídica, beneficiaria legal del pago y, en su caso, con el procedimiento de licitación realizado;

II – en cuanto a la receta: La liberación y el recibimiento de todas las recetas de las unidades de gestión, incluso referente a recursos extraordinarios;

Art. 73-A. Cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato es parte legítima para denunciar al respectivo Tribunal de Cuentas y a la autoridad competente del Ministerio Público el incumplimiento de las reglas establecidas en la presente Ley Complementaria.

Art. 73-B. Se establecen los siguientes plazos para el cumplimiento de las resoluciones establecidas en las secciones II y III del párrafo único del art. 48 y Art. 48-A:

I - 1 (un) año para la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios de más de 100.000 (cien mil) habitantes;

II - dos (2) años para los Municipios que tienen entre 50.000 (cincuenta mil) y 100.000 (cien mil) habitantes;

III - 4 (cuatro) años para los Municipios con hasta 50.000 (cincuenta mil) habitantes.

Párrafo único. Los plazos establecidos en el presente artículo se contarán a partir de la fecha de publicación de la ley complementaria que introdujo estos dispositivos en este artículo.

Art. 73-C. El incumplimiento, hasta el final de los plazos previstos en el art. 73-B, de las disposiciones contenidas en los incisos II y III del párrafo único del art. 48 y en el Art. 48-A somete a la entidad a la sanción prevista en el inciso I del § 3° del art. 23.

³⁷⁹ BRASIL. Ley Complementaria n° 131, de 27 de mayo de 2009. Incluye nuevos dispositivos a la Ley Complementaria n° 101, de 4 de mayo de 2000, que establece normas relativas a las finanzas públicas que tratan de la responsabilidad en la gestión fiscal y otras medidas, con la finalidad de determinar la disponibilidad, en tiempo real, de informaciones pormenorizadas al respecto de la ejecución de los presupuestos de la Unión Federal, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 de maio de 2009.

Se cree que tal vez, haciendo parte del atendimento de la recomendación anteriormente mencionada, el Congreso Nacional aprobó, por lo que está en vigor, la Ley N° 12.527, de 18 de noviembre, de 2011³⁸⁰, que la disciplina de la información proporcionada en el punto XXXIII del art. 5°, inciso II, § 3° del artículo. 37 y § 2° del art. 216 de la Constitución Federal; que modifica la Ley N° 8112 de 11 de diciembre de 1990³⁸¹; y que deroga la Ley N° 11.111, de 5 de mayo de 2005³⁸², y las disposiciones de la Ley N° 8159, de 8 de enero, de 1991³⁸³; y otras medidas.

Por esta ley, a partir de ahora, la parte que le importa a este trabajo, obliga a las entidades públicas de todos los ámbitos de gobierno federal, estatal y local, para garantizar acceso a la información que ya está autorizado en la Carta Mayor de la Nación desde 1988 (inciso XXXIII del artículo 5°, inciso II del §3° del artículo 37 y §2° del artículo 216 de la Constitución).

Esa norma, consigna claramente que los organismos públicos de la administración directa e indirecta, están subordinados al atendimento de las informaciones y hasta las empresas, incluso privadas, pero solo en la parte que recibieron fondos públicos:

Art. 1° Esta Ley establece los procedimientos que deben observar por la Unión Federal, los estados, Distrito Federal y Municipios, con el fin de garantizar el acceso a la información previsto en el inciso XXXIII del art. 5°, inciso II, § 3° del art. 37 y § 2° del art. 216 de la Constitución.

Párrafo único. Subordinada al régimen de esta Ley:

I - organismos públicos integrantes de la administración directa de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, incluyendo los Tribunales de Cuentas y el poder judicial y la Fiscalía;

II – las autarquías, las fundaciones públicas, empresas públicas, sociedades anónimas y otras entidades controladas directa o indirectamente por el Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

Art. 2° se aplican las disposiciones de esta Ley, según corresponda, a las organizaciones no lucrativas privadas que reciben para la realización de acciones de interés público, los recursos públicos directamente del presupuesto o a través de subvenciones sociales, contrato de gestión, acuerdo de asociación, pacto, acuerdo, ajustes u otro instrumento similar.

Párrafo único. La publicidad a que no están sometidas las entidades citadas en el *caput*, se refiere a la parte de los recursos públicos recibidos y su asignación, sin perjuicio, de prestar las cuentas a que están obligados legalmente.

³⁸⁰ BRASIL. Ley n° 12.527, de 18 de noviembre de 2011. Regla el acceso a las informaciones previsto en el inciso XXXIII de art. 5°, II del § 3° do art. 37 y en el § 2° del art. 216 de la Constitución Federal; altera la Ley n° 8.112, de 11 de diciembre de 1990; revoca la Ley n° 11.111, de 5 de mayo de 2005, y dispositivos de la Ley n° 8.159, de 8 de enero de 1991; y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011.

³⁸¹ BRASIL. Lei Federal n° 8.112, de 11 de novembro de 1990, op. cit.

³⁸² BRASIL. Ley n° 11.111, de 5 de mayo de 2005. Regla la parte final de lo dispuesto en el inciso XXXIII del *caput* del art 5° de la Constitución Federal y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 de maio de 2005.

³⁸³ BRASIL. Ley n° 8.159, de 8 de enero de 1991. Dispone al respecto de la política nacional de archivos públicos y particulares y otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 de janeiro de 1991.

Esta ley también determinó que las agencias gubernamentales, para la difusión de información de interés público, lo hagan sin necesidad de solicitud previa y utilizando los medios tecnológicos para hacerlo:

Art. 3°. Los procedimientos establecidos en la presente Ley tienen por objeto garantizar el derecho fundamental de acceso a la información y deben realizarse de conformidad con los principios básicos de la administración pública y con las siguientes pautas:

I - observancia de la publicidad como regla general y el secreto como una excepción;

II - difusión de informaciones de interés público, independientemente de las solicitudes;

III - uso de los medios de comunicación que permiten la tecnología de la información;

IV - promover el desarrollo de la transparencia en la cultura de la administración pública;

V - desarrollo de control social de la administración pública.

Se observa que Brasil se regula el derecho de información de los organismos públicos con retraso relativo. En Uruguay, por ejemplo, este derecho está regulado por la Ley 18.381, de 17 de octubre de 2008³⁸⁴, y en su artículo 2° define lo que es la información pública:

Artículo 2°. Se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal, salvo las excepciones o secretos establecidos por ley, así como las informaciones reservadas o confidenciales.

En España la transparencia y acceso a la información gubernamental está regulada por la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de 2013³⁸⁵, que confirma su objeto de ampliar y reforzar y la transparencia de la actividad pública, y regular el derecho de acceso, a la garantía regular la información, relativa a aquella actividad y establece las obligaciones de buen gobierno, las cuales deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas del incumplimiento (artículo 1). Se destaca en la introducción de esa ley:

La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Solo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

³⁸⁴ REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Ley N° 18.381, 17 de octubre de 2008. Regla el derecho de acceso a la información pública. 2015.

³⁸⁵ ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Regla el derecho de acceso a la información pública y buen gobierno. *Boletín Oficial del Estado de España*, Madrid, 10 de diciembre de 2013.

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública.

Al comentar sobre el acceso a la información Pablo Schiavi, hace hincapié en que

Hasta hace poco, ‘el secreto de Estado ha sido por mucho tiempo la regla, en su relación con los particulares. Con el triunfo del neo constitucionalismo que nos hace ver el ordenamiento jurídico desde la óptica de los derechos humanos, ese ‘secreto de Estado’ tiende a desaparecer. El derecho al acceso a la información pública se impone, adquiere autonomía y comienza a ser recogido expresamente por las constituciones más modernas, como la española de 1978.³⁸⁶

Ahora, incluso años después de la fecha de inicio de vigencia efectiva de estas disposiciones e incluso habiendo en ellas estipuladas las sanciones por incumplimiento, todavía hay resistencia de la Administración Pública de Brasil, para el cumplimiento de la transparencia, tanto es así que la Fiscalía General del Estado (Estado de Paraná), en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, convocó a la gestores municipales para que se comprometían a cumplir con la Ley de Transparencia a través de términos, denominados de “ajustes de conducta”.³⁸⁷

Vale recordar, en este momento, la mención de “señales de aviso a la población”, documento editado por el equipo del Banco Mundial, bajo el título de *Staff of The World Bank with external contributions*, apuntando que la corrupción tiende a florecer cuando hay una falta de transparencia, instituciones débiles, la falta de rendición de cuentas, excesiva discrecionalidad, etc., una vez que la corrupción prospera lejos de la vista del público, y enriquece solamente a los involucrados. La corrupción, naturalmente, socava la transparencia, la rendición de cuentas y la inclusión que marcan el buen proceso para tomar decisiones y la gobernanza adecuada. Hay pruebas que sugieren, que los países con menos corrupción, por lo

³⁸⁶ SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. Interés Público. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Belo Horizonte, ano 17, nº 91, maio/jun, 2015. p. 117.

³⁸⁷ Ver recomendación del Centro de Apoyo Operacional de las Fiscalías de Justicia de Defensa del Patrimonio Público y de la Orden Tributaria. 2015.

menos desarrollan: (a) Sistema adecuado para luchar contra él, (b) cuentan con la ayuda de la sociedad civil, y (c) establecen mecanismos eficaces para persecución.³⁸⁸

4.3 Control por el Ciudadano

El control externo puede y debe ser ejercido por los ciudadanos, a través de la vigilancia, el seguimiento y la supervisión de los actos y hechos desarrollados por las autoridades públicas, un vez que este es el destinatario legítimo, y para saber si esas acciones se dirigen correctamente para las metas y objetivos propuestos por la República Federativa del Brasil, es decir, el bien común.³⁸⁹

Este poder/deber del ciudadano, en nuestra opinión, se deriva, de un principio, expreso en la Carta magna que es “Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de sus representantes electos o directamente, de acuerdo con la Constitución” (CF, artículo 1º, Párrafo único).

Esa máxima, de que el “pueblo” puede ejercer, directamente, fortalece la disposición, también constitucional, y reconocida como uno de los derechos y garantías fundamentales, que no admite el cambio o su deliberación, sea a cualquier título, de que “cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que busca anular un acto lesivo al patrimonio público o entidad en la que el Estado participa, la moral administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural, y el autor, a no ser que la mala fe demostrada, está libre de tasas judiciales y de la obligación de la derrota” (CF, artículo 5º, LXXIII).

El legislador infra constitucional reguló el instrumento de la acción popular, por la Ley Nº 4717 del 29 de junio 1965³⁹⁰ y que fue recibida por la Constitución Federal, siendo que en ella se confirman las disposiciones constitucionales:

³⁸⁸ LJD – Law Justice and Development. *Boas Praticas América Latina e Região do Caribe*: sinais de alerta de corrupção e fraude em processos licitatórios. Trad. Márcio Antônio Rocha. Washington DC, 2014. Disponible em: http://globalforumljd.org/docs/pubs/corruption_warning_signs.pdf. Accedido el 08.11.2015

³⁸⁹ Dromi señala que “El Estado de Derecho democrático, por su propia identidad, la *participación* como forma del compromiso del habitante y del ciudadano en todas sus dimensiones. Este valor funda la intervención organizada de la ciudadanía en la actividad pública, como manifestación de sus intereses sociales; es a la vez un medio de socialización amplia de la política y una forma de ampliar lo público hacia la sociedad civil. Si no hay participación de los habitantes en el control de la actividad pública se potencian, de alguna manera, los riesgos del quehacer administrativo y gubernativo y la apatía o la indiferencia social de los administrados (DROMI, Roberto, *Modernización del control público*. Madrid: Hispania Libros, 2005, p. 119)

³⁹⁰ BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, Regla la acción popular, *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de julho de 1965.

Art. 1º. Cualquier ciudadano es parte legítima para pedir la anulación o declaración de nulidad de los actos perjudiciales para el patrimonio de la Unión Federal, el Distrito Federal, los Estados, los Municipios, las autoridades locales, de sociedades por acciones, de sociedades de seguros mutuos, en los cuales la Unión representa los asegurados ausentes, de empresas públicas, de servicios sociales autónomos, de instituciones o fundaciones, para cuya creación o costeo el erario público haya participado o participe con más del cincuenta por ciento del capital o la renta anual, de compañías fusionadas a los activos de la Unión, del Distrito Federal, de los Estados y Municipios, y de cualquier persona jurídica o entidades legales subvencionados por el erario público.

Se requiere que el ciudadano demuestre su efectiva ciudadanía y caso tenga dificultad en adjuntar documentos comprobatorios de las alegaciones, de ilegalidad o irregularidad, porque los mismos se encuentran en posesión del organismo o autoridad, podrá solicitar al Tribunal que difiera previamente y de forma gratuita, la orden para buscar dichas pruebas, para una mejor base de la demanda.

Marçal Justen también confirma que la acción popular

es una garantía inherente al sistema democrático, instituido como medio de promover la participación del ciudadano en el control de la actividad administrativa. La acción popular se caracteriza por la legitimidad de cualquier ciudadano para impugnar los actos administrativos, lo que proporciona una expansión significativa de la participación popular en la comunidad de la ciudad y es una forma de integración entre la sociedad y el Estado. [Y siguiendo señala que]: La acción popular no es un instrumento procesal de defensa individual de las prestaciones debidas a un sujeto. Por eso no existe en la acción popular una pretensión del autor para obtener un beneficio financiero destinado a su propia satisfacción. [...] La acción popular está orientada a la protección de los intereses objetivos, de carácter difuso. Hay un interés difuso cuando no es posible para cualquier miembro de la comunidad, tomar posesión individual y privativamente de los beneficios derivados de una determinada conducta o un bien. Todos los miembros de la comunidad están en condiciones de igualdad, en situación de igual ventaja en vista del bien o derecho, prohibiéndose la apropiación individual privada.³⁹¹

Para Alexandre de Moraes, “el objeto de la acción popular es combatir el acto ilegal o inmoral y perjudicial al patrimonio público, sin con todo, configurarse la *ultima ratio*, lo que significa que no se requiere el agotamiento de la vía administrativa, para prevenir o reprimir los actos ilícitos o inmorales y perjudiciales al patrimonio público para su enjuiciamiento”.³⁹² Y continúa: “La Ley de Acción Popular (Ley N ° 4.717 / 65), en su art. 4º, mismo ejemplificando actos con presunción legal de la ilegitimidad y la nocividad, posibles de ser atacados por acción popular, no excluye de esta posibilidad todos los actos que contengan

³⁹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., 2010, p. 1155.

³⁹² MORAES, op. cit., p. 190.

vicio de procedimiento; ilegalidad de objeto, la falta de razones, el uso indebido de propósito o fueron cometidos por autoridad incompetente (Ley N ° 4.717 / 65, art. 1º)”³⁹³

Debe tenerse en cuenta que cada vez más el Poder Judicial ha determinado la eficacia de la acción popular para invalidar los actos o procedimientos, por herir a la moralidad administrativa, tales como:

PROCESO. ADMINISTRATIVO. ACCIÓN POPULAR. SUPUESTOS. ILEGALIDAD. NOCIVIDAD. 1. La acción popular es un medio procesal apropiado para hacer cumplir la obediencia al principio de la moralidad en la práctica de los actos administrativos. 2. La moralidad administrativa es el valor de naturaleza absoluto que está en los presupuestos exigidos para la efectución del régimen democrático. 3. Contrato de riesgo sin autorización legislativa y sin estudios detallados de viabilidad del éxito que fue asumido por el administrador público para buscar petróleo en áreas que tradicionalmente no es adecuado para producir este combustible. 4. Acto administrativo ilegal que, por sí mismo, lleva a concluir como efectivo profundo perjuicio económico a las arcas públicas. 5. La ley no autoriza el administrador público que actúe en el ejercicio de su gestión, con un espíritu aventurero, además de auto-promoción excesiva y la iniciación apresurada de contrato no probado, al menos razonable de éxito. 6. Los contratos de riesgo para buscar petróleo deben ser asumidos por el Estado en los niveles de razonabilidad y proporcionalidad, después de un estudio técnico en profundidad de su viabilidad y de la autorización legislativa. 7. La moralidad administrativa es patrimonio moral de la sociedad. El ejecutivo, legislativo y judicial debe proteger este patrimonio incondicionalmente, castigando, no importa cuán pequeña, su violación. 8. “La mayoría de las veces, la nocividad a los fondos públicos es resultados de la propia ilegalidad del acto impugnado” (STF, RE 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052). 9. “El entendimiento sufragado por el acuerdo impugnado en el sentido de que, para la adecuación de la acción popular, es suficiente la ilegalidad del acto administrativo para invalidar, por ofender las normas específicas que regulan su práctica o desviarse de los principios que rigen la administración pública, la demostración prescindible de daño importante a los fondos públicos, no es ofensivo al inciso LXXIII del art. 5º de la Constitución Federal, norma que abarca no solo los bienes materiales del gobierno, sino también la herencia moral, cultural e histórica” (STF, RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99, p. 16). 10. “... el entendimiento de que, para la adecuación de la acción popular, solo la demostración de la nulidad del acto administrativo no viola las disposiciones del artículo 153, párrafo 31, de la Constitución, ni negar la validez de los art. 1º y 2º de la Ley 4.717 / 65, como ya ha decidido esta Corte para juzgar caso similar (RE 105.520)” (RE 113.729/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.08.89, pg. 13558). 11. “Incluso antes de la promulgación de la Carta actual, el STF entendió en el sentido de que para la acción popular es suficiente demostrar la nulidad del acto, sin necesidad de la nocividad, que se presume (RTJ 118, p. 17 y 129, p. 1.339)” (Milton Flaks, in “Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva”, RF 320, p. 34). 12. “... últimamente la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que es suficiente para demostrar la ilegalidad, prescindido de la nocividad, que se presume “(Luis Roberto Barroso, “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos comuns e distintivos”. Jul - set. 1993, nº 4, p. 236). 13. La invalidación del contrato firmado el 11.09.79, entre la PETROBRÁS y la PAULIPETRO. Ilegalidad reconocida. Nocividad que se presume. Embargos de divergencia conocidos, pero, rechazados.” (EREsp 14868/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMERA SECCIÓN, juzgado el 09.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 206). El destaque no está en el original.

³⁹³ MORAES, op. cit., p. 190.

Sin embargo, a pesar de esta garantía máxima de fiscalización atribuida a los ciudadanos y facilitado por la gratuidad de los gastos judiciales e incluso de la carga de la derrota, todavía es un control externo extremadamente escaso, para no utilizar el adjetivo calificativo de débil, pequeño y de uso limitado en el país.

De hecho, utilizándose la jerga popular, “se cuenta con los dedos” las acciones populares interpuestas por los ciudadanos con el fin de corregir cualquier irregularidades perjudiciales al patrimonio público de cualquier tipo, esto se puede entender (o justificar) por la ausencia de transparencia en los eventos públicos, principalmente, debido a que el Gobierno, a pesar del mandamiento constitucional de publicidad de sus actos, no proporciona las condiciones objetivas para que el destinatario tome conocimiento efectivo de todas sus actividades.

También es de señalar que la pequeña participación ciudadana, en esta vía de control, en parte se debe a la completa ignorancia de los medios legales puestos a su alcance, incluso siendo garantizado las condiciones procesales antes mencionadas.

Por último, se atribuye ineficiencia de uso de este control a la falta de una cultura ciudadana, es decir, no hay estrategias que incentiven, sea por parte del gobierno o de entidades privadas, una educación que proporcione, en cualquiera de sus niveles, el conocimiento jurídico específico al tema.

Laura Morales llega al punto de creer en la existencia de una crisis participativa del ciudadano diciendo

las tesis sobre la supuesta existencia de una crisis participativa son relativamente frecuente en las investigaciones de los últimos años. De la participación electoral a la implicación asociativas, hay quienes afirman que la participación ciudadana en la arena pública se encuentra en declive³⁹⁴. La ciudadanía es cada vez más crítica con sus gobernantes y muestra una creciente desconfianza hacia las distintas instituciones sociales y políticas.³⁹⁵ Los debates sobre el malestar cívico y la crisis de la democracia están, de nuevo, definiendo la agenda investigadora de la ciencia política occidental. Aunque varios estudios y publicaciones ya han demostrado que no está justificado hablar de una 'crisis de la democracia, algunos analistas insisten en hablar, cuando menos de una crisis participativa. En este sentido, Putnam ha afirmado en varias de sus trabajos (op. cit.) que la ciudadanía estadounidense está cada vez menos implicada en los asuntos públicos. Igualmente, aunque con ciertas matices. Putnam considera que la crisis es de carácter más general y que afecta al conjunto de democracias postindustriales. El argumento subyacente es que los cambios sociales, políticos y tecnológicos que se han experimentado en las sociedades postindustriales a partir, fundamentalmente, de los años sesenta debilitan los mecanismos tradicionales de producción de capital social y, por tanto, la

³⁹⁴ Como se ha señalado Robert Putnam en sus estudios: *Tuning In, Tuning Out: The Strange Disappearance of Social Capital in America*, *Political Science and Politics*, 1995, n. 28, p. 664-683; *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American Community*. Nueva York: Simon and Schuster, 2000.

³⁹⁵ Cf. NORRIS, Pippa (ed.). *Critical Citizens. Global Support for Democratic Governance*. Nueva York: Oxford University Press, 1999; PHARR, Susan J.; PUTNAM, Robert (eds.). *Disaffected Democracies: What's Troubling the Trilateral Countries?* Princeton: Princeton University, 2000

participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Por tanto, el problema del declive del capital social y de la participación ciudadana no sería exclusivo de la sociedad americana sino, con toda probabilidad según Putnam, una tendencia de carácter más general y que afecta o afectará a la amplia mayoría de democracias postindustriales. Por otro lado, el argumento principal de Putnam es que no solo estamos ante una disminución general de la participación de los ciudadanos, sino que estamos asistiendo a un cambio generacional fundamental en las pautas y niveles participativos a pesar de los crecientes niveles educativos, los jóvenes no participarían más en los asuntos públicos que las cohortes anteriores y, en algunos casos, incluso menos.³⁹⁶

Admitiendo estas dificultades, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, citando Karl Marx y Friedrich Engels dijo que

la primera premisa de toda existencia humana y, por lo tanto, de toda la historia, es que los hombres y las mujeres deben ser capaces de vivir y luego hacer historia. Y para vivir, se debe en primer lugar comer, beber, tener vivienda, vestirse y algunas cosas más, a saber, la pobreza, la falta de vivienda y la alimentación, el analfabetismo, puede impedir o inviabilizar el ejercicio de derecho de participar.³⁹⁷

Dicho comentario, nos remete a la situación de Brasil, en el cual la población se ocupa, principalmente, de tener garantías para poder sobrevivir, acceso a una casa, al trabajo para asegurar otros gastos, dejando la gestión de los asuntos públicos a los controles oficiales responsables.

Sin embargo se ha verificado que los cambios en las estructuras socioeconómicas modificaron sustancialmente la imagen descrita anteriormente, abriendo así la perspectiva de una mayor participación en el control de los actos administrativos.

Desde este punto de vista se destaca la lección Valmir Campelo que

junto a los controles institucionales de la administración pública - administrativas, judiciales y políticos - hoy también tenemos el llamado control social, que, actuando de manera informal, y que viene constituyéndose en un instrumento poderoso e indispensable en la defensa del buen uso de los recursos públicos, lo que favorece en gran medida la transparencia de las políticas del gobierno. El control social es la realización del ideal de la democracia participativa. Demuestra ser prometedor en el que los individuos y sus entidades pueden desencadenar una acción efectiva para proteger los intereses de la comunidad. Es la participación ciudadana emergiendo como un agente de cambio y que muestra el papel de cada uno en la conducta del Estado.³⁹⁸

³⁹⁶ MORALES, Laura. ¿Existe una crisis participativa? La evolución de la participación política y el asociacionismo en España. *Revista Española de Ciencias Política*, n.º. 13, octubre 2005, p. 52-53.

³⁹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

³⁹⁸ CAMPELO, Valmir. Controle social da gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará*. Edição Comemorativa do Cinquentenario, n.º 16, Fortaleza, Ceará, 2004, p. 119.

En este contexto, vale la pena reflexionar, al respecto de la posibilidad de que la Improbidad Administrativa también sea uno de los objetos que puede ser controlado por la vía de la acción popular.

4.5 Control hecho por la prensa

La prensa ha demostrado ser no solo una instancia informativa, sino también un instrumento de cambio social y cultural, incluso un instrumento vivo de la eficiencia ejemplar para el ejercicio del control de los actos de la Administración pública.

No es casualidad que ha sido reconocida simbólicamente como el Cuarto Poder en la esfera del gobierno en aquellos países que adoptan la existencia de la división tripartita de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El sociólogo y periodista Venicio A. de Lima confirma que

el concepto del periodismo como 'cuarto poder' surgió en el contexto de las revoluciones liberales, es decir, la lucha burguesa contra el absolutismo y el poder de la nobleza, sobre todo en Inglaterra, todavía a finales del siglo 18. El ideal liberal de la Iluminación, presupone, además de la libertad individual, una prensa independiente, libre de la censura estatal, formando opinión pública y ejerciendo el papel de 'contrapoder' en relación con los tres poderes ideados por Montesquieu - el Ejecutivo, el Legislativo y el poder Judicial.³⁹⁹

Sin embargo, ese autor, sostiene que la idea de que la prensa es el Cuarto Poder, no es más que una ilusión, es decir, en su opinión

muchas cosas han cambiado, sin embargo, en los últimos trescientos años. El desarrollo tecnológico y la formación de los sistemas económicos hicieron que las sociedades del siglo 21 se convirtieran en mucho más complejas que las de los siglos 18 y 19. Gran parte de la comunicación humana fue, poco a poco, siendo mediada por las tecnologías e instituciones. En la antigua visión de la prensa como un 'cuarto poder', su independencia fue entendida como independencia del Estado y su relación con el poder económico se consideró como una parte del orden natural de las cosas. Hoy, nada puede estar más lejos de la verdad. La industria de la comunicación o los medios, a pesar de las crisis financieras localizadas, se ha convertido en un negocio importante en las últimas décadas. Ejemplo de concentración de la propiedad en el mundo globalizado, el sector se limita a unos pocos mega grupos privados que tienden cada vez más a controlar lo que vemos, oímos y leemos. En Brasil, una docena de grupos familiares de negocios, algunos de ellos asociados con los conglomerados multinacionales controlan prácticamente todo el flujo de información, entretenimiento, publicidad y, más recientemente, la telefonía fija y móvil.⁴⁰⁰

³⁹⁹ LIMA, Venício A. de. *A ilusão do quarto poder*. Disponible en: <http://www.teoriaedebate.org.br/colunas/midia/ilusao-do-quarto-poder>. Accedido el 22.01.2016.

⁴⁰⁰ Idem, ibídem.

Para Ana Cristina Melo de Pontes Botelho importa hacer hincapié en los aspectos positivos de la prensa, diciendo que

no hay que centrarse en el papel de la prensa solamente en la denuncia de casos de corrupción, sino también en señalar soluciones, la motivación y la movilización de la sociedad en la lucha contra las irregularidades con el dinero público. Se mencionó que el periodismo debe informar a los ciudadanos de sus derechos, y también sus funciones, momento en el que hizo hincapié en que el libre acceso a la información es la mejor medicina contra la corrupción.⁴⁰¹ [Y señala después que] está claro que no se puede ignorar los errores inherentes a toda actividad humana, pero vemos que la prensa realmente ha crecido mucho en su ocupación de informar y está actuando no solo como una instancia informativa, sino como un instrumento de los cambios sociales y culturales, una vez que ha logrado la repugnancia positiva de la población, imbuyéndola de un sentimiento de ciudadanía y la necesidad de aumentar el control social, ya que las agencias de control no dan cuenta de supervisar todos los recursos transferidos en un país de dimensiones continentales como el nuestro.⁴⁰²

Hay que decir que las constituciones modernas - entre ellas figuran la brasileña - han garantizado expresamente la libertad de expresión de prensa para la divulgación de los acontecimientos en el país como a nivel internacional, comenzando con la garantía de los derechos fundamentales e individuales de los ciudadanos es decir, la libre expresión del pensamiento, pero añadiendo la posibilidad de su derecho de respuesta, proporcional a la infracción, además de la indemnización por el daño material, moral o de la imagen:

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

IV - es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato;

V -Queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen.

Y más específicamente la Constitución Federal brasileña establece que:

Art. 220. La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación, bajo cualquier proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución.

§ 1º No contendrá la ley ninguna disposición que pueda construir una traba a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación social, observándose lo dispuesto en el artículo 5º, IV, V, X, XIII y XIV.

§ 2º Está prohibida toda censura de naturaleza política, ideológica y artística⁴⁰³.

⁴⁰¹ BOTELHO, op. cit. p. 197.

⁴⁰² Idem, p. 202.

⁴⁰³ La Constitución Federal determina que: Art. 220 [...] § 3º Corresponde a la ley Federal: I - regular las diversiones y espectáculos públicos, correspondiendo al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada; II Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el art. 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente. § 4º La publicidad comercial de tabaco, bebidas y defensivos agrícolas, medicamentos y terapias

Con estas garantías constitucionales, es posible entender que la población brasileña puede tomar ventaja de la tarea de la prensa (escrita, hablada, televisada y ahora digital) para comunicar y difundir hechos irregulares y perjudiciales para las arcas públicas, practicadas por cualquiera de los servidores y autoridades de todas las entidades públicas.

Este es el caso cuando el vehículo de comunicación se dedica al periodismo de investigación “que no está, sin embargo, restringido a cuestiones políticas, estando presente en todo el editorial de un periódico: su enfoque es establecer y difundir información sobre los actos desviados que afectan interés público y son perjudiciales para la sociedad”.⁴⁰⁴

Los medios de comunicación brasileños, casi todos - si no todos - han demostrado ser un eficiente fiscal de los actos de las autoridades públicas, cuando la divulgación de los hechos irregulares y cometidos por servidores públicos y las autoridades públicas, a punto de que los organismos de los controles estatales empezaran las investigaciones de estos hechos, cuando en perjuicio de la Administración Pública.

Uno de los principales medios de comunicación de televisión en Brasil - TV Globo - a través de su directorio de periodismo, que se encuentra en el Estado de Rio de Janeiro y sus redes afiliadas, ha revelado al público diversas irregularidades y perjudiciales para los fondos públicos que se producen a lo largo del territorio nacional y que han despertado interés para todos aquellos legitimados en su fiscalización.

Entre estos hechos, se destaca el trabajo de investigación de la prensa en la ciudad de Curitiba, informando de que la legislatura del Estado de Paraná había admitido de manera ilegal, es decir, en varios años, cientos de servidores en puestos comisionados - que no necesita someterse a los concursos, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Federal - siendo que en su mayoría, no realizaban los servicios y que sus nominaciones no estaban disponibles en el Boletín Oficial del Estado, además los valores pagados habían sido transferidos a los funcionarios de la dirección y a los Diputados de la referida Casa de Leyes.

Estos hechos, por su gran publicidad, han sido investigados por los órganos competentes, generando la responsabilidad de los implicados y promoviendo la corrección en cuanto a los contratos venideros:

estará sujeta a restricciones legales, en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que fuese necesario, advertencia sobre los perjuicios derivados de su uso. § 5º Los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objetos de monopolio o oligopolio” Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. op. cit.

⁴⁰⁴ AGUIAR, Leonel Azevedo de. *O jornalismo investigativo e seus critérios de noticiabilidade: notas introdutórias*. Disponible en: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n13_Aguiar.pdf. Accedido el 22.01.2016.

En la noticia titulada “*Asamblea Legislativa reconoce la existencia de los actos secretos que al menos 158 decisiones tomadas por la Cámara entre 2003 y 2009 no han sido debidamente publicados en la prensa oficial*”, informa que:

[...] Desde marzo, la *Gazeta do Povo* y RPC TV han mostrado varios documentos, como los que contrataban empleados, solamente se publicaban en el Boletín Oficial cuando era necesario legalizar una situación. Sin embargo, las acciones tales como el pago de salarios a los funcionarios públicos, por ejemplo, solo pueden tener efecto después que el acto de contratación sea publicado, y así pase a tener valor legal.

[...] De acuerdo con el MP (Fiscalía), la respuesta de la Asamblea demuestra una falta de orden y organización en el registro de las decisiones oficiales de la casa, además de mostrar el incumplimiento a la ley que obliga a dar a conocer las decisiones tomadas por los funcionarios públicos. En testimonio de la Justicia el 9 de diciembre, Gulbino ya había reconocido que cuando se hizo cargo de la dirección del personal en marzo, encontró a los actos oficiales de nombramiento y cese de los empleados en total desorden.

[...]El MP (Fiscalía) ya tiene pruebas de que los actos secretos sirven para ocultar los fichajes de los funcionarios testaferros y los trabajadores fantasmas. La investigación de MP, que todavía está en curso, llegó a la conclusión de que dentro de la Asamblea legislativa del Paraná había una banda que desvió más de R \$ 100 millones en poco más de 10 años. Quien dirigió esta organización criminal, de acuerdo con el MP, fue el ex director general (...), que fue denunciado y detenido por los delitos de conspiración, lavado de dinero, falsificación y malversación de fondos públicos. Bibinho, como se conoce al ex director, estaba detenido desde agosto y fue suelto la semana pasada por orden del Supremo Tribunal Federal (STF), para responder a los procedimientos en libertad. Los otros dos personajes principales de esta banda son (ex director gerente) y (ex jefe de personal). Los dos permanecen detenidos por los mismos delitos de Bibinho y pueden ser liberados esta semana, si beneficiados por la decisión del STF.⁴⁰⁵

Este hecho, obviamente, también fue investigado por los fiscales del Estado, siendo que la materia registra una declaración del representante de ese organismo ministerial diciendo “Si no encontramos en ningún boletín oficial, incluso en movimiento restringido, un cierto acto que da la propiedad a un empleado quien también recibió salarios de la Asamblea, es porque este acto es secreto. Tuvimos la convicción de la existencia de actos secretos”, refuerza el promotor de protección del Patrimonio Público”.⁴⁰⁶

Por cierto, se hace referencia que los fiscales - uno de los co-legitimado para proponer las acciones legales en defensa del patrimonio público - han iniciado muchas investigaciones con base a la difusión de las noticias.

⁴⁰⁵ Materia en fecha de 19.12.2010 en el *Jornal Gazeta do Povo* (BREMBATTI, Kátia; KOHLBACH, Karlos ALBERTI, James; TABATCHEIK, Gabriel. *Assembléia Legislativa admite existência de atos secretos: Pelo menos 158 decisões tomadas pela Casa entre 2003 e 2009 não foram devidamente publicadas em impressos oficiais*. Disponible el: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/diarios-secretos/assembleia-legislativa-admite-existencia-de-atos-secretos-dz8b0jzg68mf4kwsbtod0i2xa>. Accedido el 25.01.2016.

⁴⁰⁶ Idem.

En la ciudad de Maringá (Paraná/Brasil) se registra el establecimiento de un procedimiento administrativo denominado investigación civil pública, llevada a cabo por el representante del Ministerio Público estatal, que fue motivada por un artículo de prensa que indica que el Ayuntamiento que la ciudad había adquirido 23 (veintitrés) ordenadores portátiles para su uso por los consejeros sin previa consulta con los demás miembros de esa casa, incluso destacando posible sobreprecio. Esa investigación debidamente finalizada confirmó la irregularidad y permitió al Ministerio Público entrar con acciones legales para el reconocimiento del sobreprecio y para la devolución de los valores pagados a más para las arcas públicas, y también la responsabilidad individual de cada uno de los servidores y empresarios que han contribuido en el acto deshonesto e injusto.⁴⁰⁷

Se puede destacar, entre muchos, los ejemplos de las investigaciones realizadas por la fiscalía como resultado de hechos publicados por la prensa:

- a) Investigación Civil Pública nº 10/2006 – Maringá – fecha de 04 de abril de 2006 - Hecho: Llegó al conocimiento del Ministerio Público, a través noticia publicada en el último el día 31 de abril de 2006 en el periódico *Hoje Maringá*, que vehículo de la flota oficial de la ciudad de Maringá (Volkswagen modelo Santana), estaría siendo utilizado de manera abusiva, una vez que lleva los hijos del alcalde (...). . Debido a la información, sobre la base de la predicción para el artículo 9º, IV y XII; Artículo 10, XIII y 11 “caput”, I, todos de la Ley Nº 8.429 / 1992 c.c. El artículo 1º, inc. IV c.c. Artículo 8º, § 1º, ambos de la Ley Nº 7.347 / 1985, de c.c. el artículo 127, c.c. el artículo 129, III, ambos de la Constitución Federal, resuelve instaurar la Investigación Pública Civil para averiguar las circunstancias de los hechos;
- b) Investigación Civil Pública nº 27/2004 – Maringá - fecha de 04.11.2004 –Hecho: El periódico “Tribuna de Paçandu” en la edición de nº. 184, publicó en las páginas 02 noticia con el titular de: “Alcalde mano abierta - ¿alguien ha visto los anuncios?”. El contenido de la materia establece que el alcalde actual de Ivatuba, Vanderlei de Oliveira Santini habría gastado aproximadamente R \$ 10.000,00 (diez mil reales) en publicidad a través de pagos realizados a la empresa RB Propaganda y Publicidad, pero este tipo de publicidad no habría sido transmitido de manera efectiva por cualquier órgano de comunicación, porque nadie de esa ciudad “puede decir lo que estaba escrito, mostrado o comentado (...) por lo tanto, hay evidencia de daño a las arcas públicas y ofensa a los principios de la administración pública, decide por bien, basado en el art. 129, III de la Constitución Federal; art. 8º de la

⁴⁰⁷ Se trata de Investigación Civil Pública nº 21/2005, presentada en fecha de 20.10.2005, consignando que “En la fecha de hoy (10/20/05), la Editora Hoje Maringá Ltda., Con sede en esta ciudad, notició en su periódico HOJE, que publica diariamente, en la columna "mosaico", varias notas que indican que el Ayuntamiento adquirió 23 (veintitrés) ordenadores - laptops - para uso de los concejales de la ciudad de Maringá, sin previa consulta con los demás miembros de esa casa, incluso destacando posible sobreprecio. Una de las notas publicadas en dicha columna, dijo que "si usted, lector, piense que es caro R\$ 10.260,00 para un ordenador portátil (ahora una supertop de línea, en submarino, muy completo, incluyendo HD 100 GB y grabadora de DVD, no pasa de R \$ 7.300,00 en 6 veces de cuotas fijas), esté preparado: está prevista la adquisición de software (ordenadores portátiles casi que "desnudos"). Pero calma, aún hay más, como los consejeros son reacios a tratar con el animal, la dirección de la casa piensa en contratar un curso para enseñar a los nobles consejeros a lidiar con el juguete caro. Mencionada investigación se encuesta adjunta a los registros de la acción civil, nº 984/2005, de la 6 vara Civil del Foro de Maringá Estado del Tribunal Civil adecuadamente juzgada.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. 6ª Vara Civil da Comarca de Maringá, Autos de Ação Civil Pública nº 984/2005).

Ley 7.347 / 95; art. 26, I, de la Ley 8.625 / 93 y el art. 68, n.º. “1” en la Ley estadual Complementaria 85/99, instituir Investigación Pública Civil, determinando inicialmente los siguientes pasos [...].

Se observa que uno de los más grandes medios de comunicación de televisión en Brasil - Red Globo de Televisión - a través de su dirección de periodismo, que se encuentra en el Estado de Rio de Janeiro y sus redes afiliadas en todo Brasil, divulgó numerosos hechos irregulares y perjudiciales a los fondos públicos, que se producen en todo el territorio nacional y que ha despertado interés para todos aquellos legítimos en su fiscalización.

Es por ello que, sin lugar a dudas, para otorgar el valor social inestimable de los medios de comunicación como un instrumental adecuado para, junto con otros, se suman esfuerzos para un buen control externo de los actos de la Administración Pública.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil instó a manifestarse en la acción de Argumentación de Precepto Fundamental (ADPF), gestionado por el Partido Democrático del Trabajo - PDT, contra las disposiciones de la Ley Federal N.º 5.250, de 9 de febrero de 1967, mejor conocida como la ley de prensa, su relator, el Ministro Carlos Ayres Britto, al discutir el papel de la prensa, afirmó que

por su poder de multiplicar las conductas y plasmar el carácter, gana el tamaño de una institución-idea. Locomotora sociocultural o idea-fuerza. En esa medida, la actividad (de la prensa) que se erige como la más elaborada expresión del periodismo; sea el periodismo como una profesión, sea el periodismo como vocación o capacidad individual (capacidad que se identifica a menudo como arte o literatura). De ahí que la misma Constitución habla de ‘libertad de prensa’ (§ 1º del art. 220), expresión exactamente la misma que la libertad de prensa. [Y, dando secuencia en su voto, confirma que] Desde el ángulo subjetivo u orgánico, una prueba cognitiva es la siguiente: la prensa constituye un conjunto de cuerpos, vehículos, “empresa”, “medios” por fin, legalmente personalizado (§ 5º del artículo 220, además § 5º del art. 222 de la Constitución Federal). Entonces, subjetivamente considerado, la prensa es la institución-entidad, institución-instrumento, institución-aparato. Pero siendo la prensa como objetivo sistema de las actividades, sea como subjetivados medios, la comunicación social es un rasgo distintivo o signo distintivo. Ambas cosas siempre abarcadas (institución-idea e institución-entidad), porque el hecho de que está compuesta de forma binaria es que la prensa constituye un tipo de comunicación que no rebosa del significado que se contiene en los diccionarios de la lengua portuguesa; es decir, la comunicación es un acto de comunicación, transmitir, enviar, abrir, revelar. En el caso de la prensa, comunicarse, transmitir, enviar, abrir, revelar: a) informaciones o noticias de cosas que sucedieron en el mundo del ser, que es el mundo de las ocurrencias de hechos; b) el pensamiento, la investigación, la creación y la percepción humana, en general, estos ubicados en nuestro cerebro, identificados como el asiento de toda inteligencia y todas las sensaciones de la especie animal a la que pertenecemos [...] Es precisamente debido a esta función mucho más amplia de interacción humana que nuestro texto Magno reserva para toda la prensa todo un bloco de normas con el nombre apropiado “la Comunicación Social” (capítulo V del título VIII). Capítulo del cual emerge la prensa como de hecho ella es: el más accesible y el más influyente repositorio de las noticias de todos los días, al mismo tiempo con la emisión de editoriales, artículos firmados, entrevistas, reportajes, documentales, actividades de ocio en general (para determinados deportes y música, además de las

películas de la televisión), encuestas de opinión pública, investigaciones y quejas, la vigilancia de los actos del poder y la economía del país, ensayos y comentarios críticos sobre el arte, la religión y todo lo que se traduce en valores, intereses, aspiraciones, expectativas, curiosidades e incluso el entretenimiento del cuerpo corporativo. Por lo que encierra la más constante y libre comunicación de las ideas, ensayos, opiniones, declaraciones, proyecciones y todas las percepciones de las clases, pasando cada vez más a verse a sí misma y ser vista por la comunidad como una herramienta institucional que mueve la información en general y el análisis de la materia informada para la investigación, la denuncia y la colección de medidas correctivas en todas las conductas que le parecen (a ella, la prensa) fuera del marco jurídico y las normas mínimas aceptables como propias de la experiencia humana en un determinado período histórico. No es exagerado decir que este estadio multifuncional de la prensa es, en sí mismo, un activo intangible que es la declaración más elocuente sobre la evolución política y cultural de todo un pueblo. Estado de civilización avanzada, por lo tanto.⁴⁰⁸

Es cierto que cada vez que la prensa exceda en sus funciones de bien informar y causar daños a otros, por supuesto, como cualquier otra, puede ser obligado a compensar a la víctima.

El daño de los medios de comunicación, en general, provienen de la colisión entre los derechos fundamentales, que para el Ministro Jorge Scartezzini cubren

la colisión de dos derechos fundamentales: la libertad de información y protección de los derechos personales (honor, la imagen y la vida privada). La actividad periodística debe tener la libertad de informar a la sociedad sobre los acontecimientos diarios de interés público, en cumplimiento del principio constitucional del Estado democrático de Derecho; sin embargo, el derecho a la información no es absoluto, es prohibida la difusión de noticias engañosas que expongan indebidamente la privacidad o causen daños al honor y la imagen de las personas, en ofensa al principio constitucional de la dignidad humana. [Sin embargo, señala que] “en lo que corresponde, la responsabilidad por los daños cometidos por la prensa tiene lugar solamente en la ocurrencia deliberada de la injuria, la calumnia, la difamación, siendo imprescindible demostrar que el ofensor actuó con la intención específica de dañar moralmente a la víctima. Si la noticia se mantiene en el marco de la crítica prudente (*animus criticandi*) o para narrar hechos de interés colectivo (*animus narrandi*), se encuentra bajo el dosel de “excluyente de ilegalidad” (art. 27 de la Ley N° 5.250 / 67), no se hablando en responsabilidad civil por daños a su reputación, pero de ejercicio regular del derecho a la información.”⁴⁰⁹

El Supremo Tribunal Federal de Brasil, relativo a la responsabilidad de la prensa con respecto a los actos ilegales, en repetidas ocasiones ha declarado que:

INDEMNIZACIÓN. Responsabilidad civil. Ley de Prensa. Daño moral. Publicación de noticias falsas, ofensa al honor y buen nombre de la víctima. Acto ilícito absoluto. Responsabilidad de la empresa periodística. Limitación de la cantidad debida en virtud del art. 52 de la Ley 5.250 / 67. Inadmisibilidad. Norma no recibida

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão em ADPF n° 130/DF*, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT - Rel. Min. Carlos Ayres de Brito j. el 30.04.2009, Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Accedido el 22.01.2016.

⁴⁰⁹ BRASIL. Alagoas. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719.592/AL, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 567.

por la legislación vigente. Interpretación del art. 5º, IV, V, IX, X, XIII y XIV, y el art. 220, *caput* y el § 1º de la Constitución de 1988. Negado Recurso Extraordinario. Todas las limitaciones, antes y abstracta, al quantum de indemnización por daños morales, objeto de juicio equitativo es incompatible con el alcance de indemnizabilidad sin restricción proporcionada por la actual Constitución. Por lo tanto, ya no prevalece lo dispuesto en el art. 52 de la Ley de Prensa, que no fue recibido por la legislación vigente. (BRASIL. Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal (RE 447.584-/RJ - 2ª TURMA - REL. CEZAR PELUSO - 28/11/2006).

Yvana Savedra de Andrade Barreiros señala que

con el fin de mejorar aún más la seguridad de que la víctima será compensada, se entiende que puede también integrar el polo pasivo de la demanda, junto con la empresa y con el periodista responsable de la divulgación dañina, la persona responsable de proporcionar las informaciones que dieron origen, o el entrevistado que las pronunció durante el programa de televisión. Y en este sentido se trae a colación las siguientes sentencias del superior tribunal de justicia:

PROCESO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - LEY DE PRENSA (Nº 5250/67, ART. 49, § 2º) - DAÑO MORAL - POLO PASIVO - OTRA PERSONA O ENTIDAD - POSIBILIDAD - **Elección del autor, tanto contra la empresa titular del medio de comunicación, como el periodista o contra quien tanto dio lugar** - Recurso ESPECIAL. Conocido y provisto. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 210.961/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Cuarta Turma, juzgado el 21.09.2006, Diário de la Justiça de 12.03.2007 p. 234).

[...] es parte legítima, de los acusados de la demanda, respondiendo por el daño moral causado, que aquel que suministre la información a la prensa o proporciona documentos que no corresponden a la realidad, buscando la difusión de noticia falsa y perjudicial a la honra de la víctima, que puede ser demandado correctamente, o junto con el periodista responsable de la materia, como en el presente caso se produjo, y la empresa responsable de la comunicación del medio (Superior Tribunal de Justicia. REsp 210.961/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Cuarta Turma, juzgado el 21.09.2006, Diário da Justiça de 12.03.2007 p. 234).⁴¹⁰

Como resultado, los excesos de la prensa están sujetos a las responsabilidades. Sin embargo, esto no le quita su gran papel de ser un instrumento importante de control de los actos del gobierno. Para reforzar esta comprensión continuemos con el voto del Ministro Carlos Ayres Britto, reconociendo los aspectos positivos de la prensa a partir de su análisis de la ley que la regula en Brasil:

[...] Continúo inmediatamente con el razonamiento: el modo de comunicación que la prensa expresa no se refiere a esta o aquella persona en particular, incluso a tal o cual grupo individualizado, sino para el público en general. El número más grande posible de personan humanas. Con lo que la prensa pasa a vestirse de la característica central de la instancia de comunicación de masas, de modo que sea capaz de influir en cada persona por sí misma e incluso formar la llamada opinión pública. Opinión pública o modo colectivo de pensar y sentir acerca de los hechos, circunstancias, episodios, causas, problemas, relaciones que la dinámica de la vida

⁴¹⁰ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Responsabilidade civil por danos causados pela imprensa*. Disponible en: <http://br.monografias.com/trabalhos909/responsabilidade-civil-imprensa/responsabilidade-civil-imprensa.shtml>. Accedido el 25.01.2016.

está emergiendo como en relación a la misma comunidad. Compitiendo a la prensa el derecho y al mismo tiempo el deber de siempre se ubicar como la mirada más atenta o con el foco más iluminado en el funcionamiento del día a día de la sociedad civil y el Estado. Lo que implica la toma de posiciones, la realización de elecciones y la asunción de las conductas igualmente masivas, que son derechos fundamentales de todos los grupos humanos para actuar y reaccionar tal como conjunto. Donde la prensa, matriz por excelencia de la opinión pública, rivalizar con el propio Estado en este tipo de interacción de máxima ámbito personal.⁴¹¹

El ex-gobernador del Estado de São Paulo, Cláudio Lembo, al comentar sobre el comportamiento corrupto, sugiere, apropiadamente, el binômio libertad y democracia binomial como trincheras adecuadas en el combate contra la corrupción. Y añade: “Queda el bueno camino de la democracia y de la libertad. Estos dos elementos - libertad y democracia - permiten la concepción de una nueva y verdadera esperanza que puede hacer que las personas vuelvan a luchar y creer en el futuro. Solo en la libertad y en la democracia la corrupción se puede combatir”.⁴¹²

De lo expuesto se desprende, por lo tanto, que la prensa actuando con plena libertad de información periodística responsable en cualquier medio de comunicación social es un instrumento de cambio social y cultural y eficaz para ejercer el control de los actos de la Administración Pública.

4.5 Control por el Poder Judicial

No hay ninguna duda de que el poder judicial proporciona un control externo de la administración pública.

Este control puede ser sobre los hechos, procesos, contratos administrativos, o cualesquiera actividades u operaciones, o incluso las omisiones de la administración pública.

Eduardo Stevanato Pereira de Souza, al respecto del control de legalidad de los actos administrativos por el poder judicial confirma que:

El ejercicio de las funciones administrativas del Estado crea relaciones jurídicas, por regla general, entre el Estado y los administrados, oportunidades esas donde hay el nacimiento de las obligaciones de los administrados y derechos al gobierno y viceversa.

Las relaciones jurídicas por medio de estas acciones estatales, obviamente, deben estar debidamente realizadas, con el cumplimiento de las obligaciones y pleno ejercicio de los derechos de las partes. Pero cuando esto no sucede, nace para la parte perjudicada el derecho subjetivo a exigir legalmente su realización.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão em ADPF nº 130/DF*. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Accedido el 22.01.2016.

⁴¹² LEMBO, Cláudio. Artigo publicado no Diário de São Paulo de 4 de abril de 2005 com o título: Agora é a vez da corrupção. p. A 5.

A pesar del reconocimiento de que la falta de cumplimiento de la normativa legal (ley o acto administrativo) puede producirse en ambos lados de las relaciones jurídicas antes mencionadas, es más grave la infracción cuando es realizada por personas del Estado.

Esta afirmación se justifica por el régimen jurídico que se somete a la Administración Pública, que es la que instituyó el Estado de Derecho que afectan esta relación los Principios de la indisponibilidad del interés público por la Administración y el de la supremacía del interés público sobre el privado.

[...]

Esto significa que cuando la administración pública no cumple con la obligación, en realidad practica una ilegalidad, no es, por tanto, un mero defecto. Lo que es peor es cuando la Administración Pública opera a través del ejercicio de su poder de imperio, en la imposición de obligaciones, cargas y deberes a los ciudadanos, previstos en la ley, con la supremacía de la fuerza, es decir, con todos los poderes y atributos correspondientes a los actos administrativos.

[...]

En vista de lo anterior, ya sea por la omisión de las acciones del Estado o ilegales, tiene el administrado el derecho subjetivo a exigir judicialmente el debido cumplimiento de la ley por la Administración Pública y, cuando la falta administrativa pone en peligro los derechos colectivos, tiene el deber de actuación o el propio pueblo lo ejercen a través de la acción popular.⁴¹³

Es cierto que no corresponde a los tribunales interferir en la discreción de la Administración Pública, siendo vedado conocer el fondo del acto administrativo cuando se funda en el interés público.

Eso es lo que puntuó el Superior Tribunal Superior de Justicia para decidir sobre el acto administrativo practicado por la Administración Pública, en el *mandamus*:

[...]En efecto, la autorización para operar cursos de educación superior se encuentra sin lugar a dudas en el ámbito de la discreción de la Administración Pública, siendo vedado al poder judicial examinar sus méritos, en particular cuando con base en el interés público. Dicha autorización, por otra parte, se rige por la conveniencia y la oportunidad de la administración pública, dejando solo a decidir el momento adecuado para la concesión. Sin embargo, eso no significa que el acto administrativo es enteramente no sujeto a revisión judicial.

Los actos administrativos requieren la observancia de los principios de la legalidad, la imparcialidad, y la moral y la eficiencia (CF, art. 37, caput), además de los previstos en el artículo 2º, caput, de la Ley 9.784 / 99, entre los cuales se destacan el propósito, la motivación, la razonabilidad, la seguridad jurídica y el interés público, que deben ser tenidos en cuenta en el momento de la acción administrativa. Y la revisión judicial de los actos administrativos se extienden inevitablemente a examinar la observancia de estos principios, sin que signifique una interferencia indebida del poder judicial. Es que se sienta en las lecciones de la doctrina clásica, también reproducido por los más modernos

[...]No existen, en esta circunstancia, actos discrecionales absolutamente inmunes a la revisión judicial. El administrador ejerce competencia discrecional cuando la ley le otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones la que puede ser más favorable al interés público. En el ejercicio de esta facultad, el administrador es

⁴¹³ SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. *Actos administrativos inválidos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 56-57.

inmune a la revisión judicial. Podemos, sin embargo, los tribunales, determinar si se observan los límites. [...]” (MS 9944 DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, juzgado el 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157).

La justicia brasileña ha demostrado avances en la revisión judicial de las decisiones administrativas. En una reciente decisión de la Corte Federal de la Región 2º, con sede en Río de Janeiro, en una acción civil presentada por los fiscales federales, reconoció que:

Recurso necesario y Apelación. Administrativo. Acción civil. Lugar de interés histórico nacional. Ley N º 11.483 / 2007. Bien de la empresa Ferrocarriles Federales extinta (RFFSA). Control judicial de las decisiones administrativas. 1. El patrimonio cultural brasileño consiste en bienes de naturaleza material e inmaterial, está protegida por la Constitución Federal que establece como su art. 216, siendo la competencia común a todas las entidades de la federación la protección de los bienes de valor artístico, histórico y cultural (art. 23, I, III y IV). 2. La protección dispuesta en el art. 216 § 1º de la Constitución y regulada por el Decreto-Ley Nº 25/37, es una especie de intervención del Estado en la propiedad, lo que limita el ejercicio de los derechos de uso y disposición, para la preservación y la protección del patrimonio cultural. [...] 4. En principio, es razonable la revisión judicial de las decisiones administrativas con respecto a la forma (validez de los supuestos) y el contenido (jurídica y elementos de hecho), incluido el derecho a discreción. En cuanto a la discreción, la revisión judicial se centrará solamente en los principios fundamentales como la igualdad, legalidad, proporcionalidad y de la confianza legítima si fueron cumplidos [...] 9. Envío necesario y apelación no atendida. (Apelação Cível nº 2012.51.20.001114-5 – 5ª Turma Especializada – Apelante: Ministério Público Federal – Procurador: Procurador Regional da República – Apelados: Laura de Castro Machado e Outros – Relator: Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro – e-DJF2R, 28.09.2015).⁴¹⁴

Odete Medauar entiende que el control jurisdiccional se caracteriza por ser

un control externo, de regla ‘a posteriori’, represiva o correctivo, pudiendo tener connotación preventiva. Se desarrolla por la provocación (no existe jurisdicción sin autor) y realizado por jueces dotados de independencia. Este control se realiza por el enjuiciamiento de la demanda, con la observación de los procedimientos formales, como garantías a las partes, tales como el juez natural, la imparcialidad, la amplia defensa, contradictoria, entre otros. El proceso termina por sentencia, siendo que la misma debe estar motivada y dotada de la autoridad de cosa juzgada, por lo tanto, se trata de la imposición de la decisión por parte de la Administración, que debe ser acatada.⁴¹⁵

Parece que incluso el control de la constitucionalidad de las leyes, por parte del poder judicial es un control a posteriori, es decir, sobre un acto de la administración pública que viene del Poder Legislativo y que no se ajuste al ordenamiento jurídico vigente.

Oswaldo Luiz Palu, citando Jorge Miranda, dice que

⁴¹⁴ El mencionado Acuerdo también fue publicado en la Revista Interesse Público (Interesse Público, ano 17, n. 93, setembro/outubro. 2015. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 247-255).

⁴¹⁵ MEDAUAR, op. cit., 1998, p. 414.

hay dos vicios en cuanto al contenido de los actos legislativos (en paralelo con los vicios de los actos administrativos): violación de ley constitucional y desvío de poder legislativo, es el patentado por pura contradicción de comandos, uno a través de la investigación de la finalidad de la norma y el final del acto, el otro consiste en la contradicción entre el objeto y el significado de la Ley y una norma constitucional, ésta en la contradicción entre su fin (habiendo discrecionalidad del legislador) y el fin con interés constitucionalmente asumido. [Y continúa] La Administración no es la mera ejecución de la ley, y que no se contestaría con un mayor grado de libertad del que goza el legislador, en comparación con la discrecionalidad administrativa. Aquella es la propia libertad de iniciativa (de construcción originaria de la ley, de modificación y renovación) y libertad de construcción de un cierto contenido, que se deriva de la propia norma constitucional, relativamente poco densa, al menos en el campo de la constitución social, de necesaria apertura para muchas formas de realización, por último, de la legitimidad política del legislador; al contrario de lo que ocurre con los órganos de administración.⁴¹⁶

Para José dos Santos Carvalho Filho, “El origen del control es el Poder Judicial.” Y él va a decir. “En el sistema de equilibrio de Poderes, el Poder judicial tiene la importante tarea de examinar la legalidad y constitucionalidad de los actos y las leyes. El poder legal es, por excelencia, aquel que está siempre alejado de los intereses políticos que a menudo aparecen en el Ejecutivo y Legislativo”.⁴¹⁷ En su comentario, sin embargo, dice que “La revisión judicial se centra específicamente en la actividad administrativa del Estado, cualquiera que sea el poder que se está realizando. Alcanza los actos administrativos del Poder Ejecutivo, básicamente, pero también examina las acciones del legislativo y del propio Poder Judicial, en los cuales, [...] desempeña actividad administrativa en larga escala”.⁴¹⁸

La máxima expresión para reconocer el control judicial de la administración pública está consagrada en la Carta Magna, al describir los derechos y deberes individuales y colectivos, se explicó que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos” (CF, art. 5º, XXXV).

Cabe mencionar que incluso las decisiones dictadas por los Tribunales de Cuentas pueden estar sujetas a revisión por la justicia brasileña, ya que se consideran decisiones administrativas, no generando cosa juzgada.

El Tribunal Superior de Justicia, en respuesta a la decisión de Tribunales de Cuentas resumió:

PROCEDIMIENTO CIVIL Y ADMINISTRATIVO. ACCIÓN DE IMPROBIDAD
(...) APROBACIÓN DE CUENTAS POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS ART.
21, INC. II LA LEY N° 8.429/92. NO VINCULANTE FRENTE AL PODER

⁴¹⁶ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 249.

⁴¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25ª ed. rev., ampl. e atual., até a Lei nº 15.587, de 3-1-2012, São Paulo: Atlas, 2012, p. 999.

⁴¹⁸ Idem, ibidem.

JUDICIAL. POSIBILIDAD DE REVISIÓN VÍA DE ACCIÓN IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA. FALTA DE PRE CUESTIONAMIENTO (ARTS. 267, INCS. I Y VI Y 295, INC. I Y PÁRR. ÚNICO, INCS. I Y III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL).

1. El control ejercido por el Tribunal, no es jurisdiccional, por lo que no hay vinculación de la decisión del organismo de control y la posibilidad de ser impugnada el acto en acción de improbidad administrativa, sujeta al control del Poder Judicial consonante expresa previsión del art. 21, inc. II, de la Ley N° 8.429 / 92. Anterior: Resp. 285305 / DF, Primera Clase, juzgada en 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; Resp. 880662 / MG, de segunda clase, juzgada en 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; RESP. 1038762 / RJ, de segunda clase, juzgado en 18/08/2009, 31/08/2009 Dje. “(Resp. 1032732 / CE Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMERA CLASE, juzgada en 19/11/2009, DJE 03 / 12/2009).

Prevalece, por lo tanto, en Brasil, el sistema de monopolio de la jurisdicción o también conocido como el sistema Inglés. Este sistema también es experimentado por los Estados Unidos, México, entre otros.

En Francia e Italia rige el sistema de jurisdicción dual, que conforme entendimiento de José de Santos Carvalho Filho, se

caracteriza por el hecho de que, al lado de Justicia del Poder Judicial, el ordenamiento cuenta con una Justicia Administrativa. Este sistema, adoptado por Francia e Italia, entre otros países, especialmente europeos, tiene jueces y tribunales que pertenecen a diferentes poderes del Estado. En ambas justicias, las resoluciones dictadas ganan el estatus de *res iudicata*, por lo que la causa será dirimida en una de ellas y no puede ser revisada por el otro. Es de este aspecto que proviene el nombre de sistema de *dualidad de jurisdicción*: la jurisdicción es dual en la medida en que la función jurisdiccional se ejerce de forma natural por dos estructuras orgánicas independientes, la Justicia Judicial y Justicia Administrativa.⁴¹⁹

Se observa que en la Justicia Administrativa la competencia se produce en algunos litigios específicos. Nunca tales conflictos se producen entre los particulares, siempre una parte es el Gobierno, porque de hecho esta Justicia pretende la nulidad e interpretación de los actos administrativos, incluidos los recursos administrativos por exceso o desviación de poder.

En Francia, por ejemplo, eventual conflicto de competencia entre el Tribunal Administrativo y Tribunales ordinarios, estos se resuelven por la decisión del Tribunal de Conflictos.

Es necesario señalar, por tanto, que en Brasil, cualquier acción tomada por el ejecutivo, legislativo o mismo los actos administrativos practicados por el propio Poder Judicial, dejará de estar sujeto a su evaluación, excepto cuando provocado, debido a que el poder jurisdiccional no actúa de oficio.

⁴¹⁹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p, 1002.

Como se ve, el poder judicial ejerce el control externo cuando decide sobre los hechos, deducidos en demandas colectivas, de autoría del Ministerio Público y otros organismos legítimos; en el juicio de los hechos en *mandamus* individuales o colectivos; en acciones de populares; en los habeas data; hábeas corpus; en las acciones comunes de todo tipo destinadas a obligar a los poderes públicos a hacer o abstenerse de hacer. Todo aquello que compromete el bien común.

Desde el punto de vista de Hely Lopes Meirelles los medios de control judicial “son las reglas de procedimentales del proceso ordinario, sumario, o sumarísimo a disposición del titular del derecho lesionado o amenazado de lesión, para la anulación de la acción ilegal contra la Administración Pública”.⁴²⁰

El control judicial llevado a cabo por las acciones civiles públicas suprime o evita lesiones al interés difuso y colectivo, entre ellos los relacionados con la protección del patrimonio público y social, al medio ambiente, de los consumidores, no es para defender los derechos individuales, y no pretende reparar los daños causados a los particulares por el comportamiento acto o incumplimiento del infractor.

El control judicial hecha por las *mandamus* individuales es el medio constitucional que será concedido siempre para proteger derechos líquidos y determinados, lo que no se admite a través de los habeas data, habeas corpus, lesionados o amenazados por acto de una autoridad público o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder Público (CF, Artículo 5º, LXIX).

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MATO GROSSO, ASÍ DECIDIÓ REEXAMEN NECESARIO. APELACIÓN CIVIL. SEGURIDAD GARANTIZADA. VIOLACIÓN COMETIDA AL DERECHO LÍQUIDO Y CIERTO DE LOS OFENDIDOS. MULTA ESTABLECIDA EN AUTO DE INFRACCIÓN. DELINEADA EN MANIFIESTA INOBSERVANCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE. VIOLACIÓN A LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 5º, IV, DE LA LÍNEA J DE LA LEY COMPLEMENTARIA Nº 11/97 – NOTORIA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EJERCIDO POR PODER JUDICIAL – LIMITACIÓN A LA OBSERVANCIA DEL ACTO PRACTICADO A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE LA MORALIDAD. SENTENCIA. REFORMADA. El papel del poder judicial en el control de los actos administrativos se limita a comprobar eventual violación de los principios de la legalidad, de la moralidad, de la amplia defensa y del contradictorio, advenido de cualquier otra interferencia el examen del mérito de la decisión, lo que de ninguna manera puede ser permitido. Se impondrá una multa equivalente al 200% (doscientos por ciento) del valor del impuesto en las facturas omitidas en la Declaración Mensual de servicio, a los que, al presentar la declaración, dejar de relacionarlos (artículo 5º, IV, línea j de la Ley Complementaria 11 de 16 de mayo, 1997). Habiendo sido considerado, en el momento de la delimitación de la multa todas las facturas y no solo las omitidas, resta evidente la violación cometida al

⁴²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 159.

principio de la legalidad. Comprobada la ofensa cometida al derecho líquido y cierto del autor, se revela indispensable admitir la seguridad deseada...” (Decisión publicada en el Boletín Oficial de Estado de Justicia el 04/07/2006).

También se lleva a cabo a través de los *Mandamus* colectivos, con los mismos fines, pero estos pueden ser tentados, por otros legitimados, específicamente, los partidos políticos representados en el Congreso Nacional y por organización sindical entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento durante un año en la defensa de intereses de sus miembros o asociados (CF, art. 5º, LXX).

Por las acciones populares el Poder Judicial salvaguardará la defensa de los intereses colectivos, anulando un acto lesivo al patrimonio público o entidad en la que el Estado participa, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural. Este instrumento es utilizable por cualquier ciudadano que compruebe estar en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

Se destaca que la acción popular no protege por derecho propio del autor, pero los intereses de toda la comunidad, pudiendo ser utilizada tanto de forma preventiva y represiva contra la actividad administrativa perjudiciales al patrimonio público (CF, artículo 5º, LXXIII).

Este instituto se rige por la Ley 4.717/65, aprobada por la Constitución Federal actual, en la que señala que en caso de retirada del autor, de la acción, considerando que se trata de un interés público, puede haber continuidad de la acción, por el fiscal u otro ciudadano.

Por el instrumento de habeas data el poder judicial le asegurará a la persona o la entidad autora, el conocimiento de la información contenida en los expedientes relativos al solicitante y constante en órganos públicos, o particulares a disposición del público, o la rectificación de los datos personales.

El instituto se rige por la Ley Nº 9.507/97⁴²¹, que incluyó una hipótesis más en el artículo 7º, III, asegurando también “para la anotación en los asentamientos del interesado, de contestación o explicación sobre dato verdadero, pero justificable y que se encuentra pendiente judicial o amigable”.

⁴²¹ BRASIL. Ley nº 9.507, de 12 de noviembre de 1997. Regla el derecho de acceso a la información regula el rito procesal del habeas data. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de novembro de 1.997.

El Habeas Data no sirve para garantizar el derecho a obtener cualquier información, incluso si es de interés particular, pero que no se refiere a su vida personal. El Tribunal Superior de Justicia en su precedente n° 2⁴²², consagró que el habeas data es posible después de la negativa de la autoridad administrativa para proporcionar la información no deseada.

Ya por vía del habeas corpus, el poder judicial protege el derecho de circulación, es decir, siempre se otorgará a una persona que sufre o está en peligro de sufrir violencia o coacción en contra de su libertad de movimiento, por ilegalidad o abuso de poder. Puede entrar en juicio con esta solicitud cualquier persona, en su favor o a favor de terceros, sin la necesidad de tener capacidad postuladora encomendada a los abogados (CF, artículo 5°, LXVIII).

Aún, en el mandato de requerimiento, el Poder Judicial puede ejercer el control de la Administración Pública, siempre que la falta de una norma reglamentaria haga que sea imposible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía (CF, art. 5°, LXXI).

Asimismo, se reconoce como un control externo del poder judicial la cuestión del precedente vinculante por el poder judicial, previsto en la Carta Constitucional (CF, art. 103-A), a través del cual tendrá efecto vinculante, en relación a los demás órganos judiciales y de la administración pública directa e indirecta, en los niveles federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación, de acuerdo con la ley.

La Constitución advierte que el precedente tratará de la validez, la interpretación y la eficacia de ciertas normas, sobre las que existe controversia en curso, entre los órganos judiciales o entre éstos y el gobierno, que implica una grave inseguridad jurídica y los procesos se multiplican sobre pregunta idéntica (CF, §1° del artículo 103-A.).

El uso de este control es a través de la acción de reclamación, enjuiciada ante el referido poder, en razón del no cumplimiento de interpretación dada sobre determinado hecho. Marçal Justen Filho, define una reclamación como

un instrumento procesal a garantizar la prevalencia de la interpretación uniforme del precedente vinculante, emitido por la Corte Suprema, que puede anular el acto concreto desconforme y determinar, si sea el caso, que otro sea producido, respetando las disposiciones de ese precedente". [Continúa] "La reclamación es un instrumento para proteger la jurisdicción de la Corte Suprema. Teniendo el STF ejercido su competencia para editar precedente vinculante, todas las autoridades administrativas (y jurisdiccionales) deben respetar el entendimiento establecido allí. Si no lo hacen, el interesado podrá llevar al Tribunal Supremo la reclamación."⁴²³

⁴²² BRASIL. Tribunal Superior de Justicia. Súmulas n° 02, de 08 de mayo de 1990. *Diário Oficial da Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 de maio de 1990.

⁴²³ JUSTEN FILHO, op. cit., 2010, p. 1172.

Como puede verse, los actos ilegales de las autoridades y funcionarios públicos pueden ser alcanzados por numerosas formas de mecanismos de control, que caso efectivamente practicados por los órganos estatales y no estatales, seguramente tendrían pocas situaciones de conducta corrupta o como mucho habría niveles muy inferiores a los actualmente identificados.

III UN EJEMPLO COMPARADO DE DAÑO AL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1 EL CASO PETROBRAS - BRASIL - DE “LEGE FERENDA”

En 2013, la Policía Federal de Brasil cumpliendo sus actividades constitucionales, inició una investigación criminal dirigida a analizar las diversas estructuras paralelas al mercado de cambio, involucrando a los denominados “doleiros”⁴²⁴ de actuación en el ámbito nacional y transnacional, una vez que tales prácticas son prohibidas por la legislación vigente, y se configuran, en conductas tipificadas como crimen, con sanciones penales previstas en la Ley N° 7.492/86.⁴²⁵

Con este fin, y con base en las evidencias de tales conductas ilícitas, fueron realizadas innumerables interceptaciones telefónicas, telemáticas⁴²⁶, quiebra del secreto bancario y tributario, de personas tanto físicas como jurídicas⁴²⁷, siempre precedidas de las debidas autorizaciones judiciales, a través de las cuales se identificaron a un sinnúmero de infractores que actuaban operando esquemas de transacciones clandestinas a favor de terceros, permitiendo así el conocido “lavado de dinero”.

La institución investigadora, por medio de docenas de acciones realizadas, todas con la ciencia y la aprobación de la Fiscalía Federal, verificó que los “doleiros” habían mercantilizado sus actividades sobre tres formas: (i) a través del servicio de cambio manual y no estructurado directo, de ámbito nacional, sin emisión de comprobantes o identificación de la contraparte, envolviendo dinero en efectivo; (ii) el servicio de “dólar cable” o sistema de transferencia internacional informal; (iii) el servicio de agente de banco, operando directamente la cuenta de los interesados.

El sistema “dólar cable” consistía en la realización de las transferencias financieras internacionales, marginales o paralelas, hechas por “doleiros” en los que las transacciones de

⁴²⁴ De acuerdo con la denuncia formal ofrecida por los fiscales federales al Juez de la 13ª Sala Penal Federal de Curitiba (PR), de fecha 04/22/2014, describe la figura del “doleiro” como un nombre dado en Brasil para los operadores del mercado paralelo o del cambio negro.

⁴²⁵ Esta ley establece en su art. 16 que “Hacer funcionar, sin la debida autorización, o con autorización obtenida por medio de declaración falsa, institución financiera, incluyendo la distribución de valores o de intercambio: Pena – Reclusión de uno a cuatro años y multa”. (Cf. BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1.986. Define los crímenes contra el sistema financiero nacional, y da otras medidas. *Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 18 de junho de 1986).

⁴²⁶ Autorización Judicial concedida en el proceso nº 5049597-93.2013.404.7000 en trámite en la 2ª Sala Federal Criminal de Curitiba.

⁴²⁷ Había autorización Judicial concedida en el proceso nº 5027775-48.2013.404.7000 en trámite en la 13ª Sala Penal Federal de Curitiba (PR).

divisas no son registradas en el Sistema de Bancario Nacional (Sisbacen) e implicaban contabilidad paralela, tanto en Brasil como en el extranjero.

Las operaciones de transferencia internacionales informales o dólar cable, se fundamentaban en relaciones de confianza personales entre los clientes (comprador o vendedor de divisas) y los “doleiros”, lo que se desarrollaba de dos maneras.

Una primera vía, en la cual el “doleiro” recibía en Brasil en efectivo o mediante depósito en moneda nacional (real) de su cliente, para luego efectuar o determinar a su gerente en el exterior el debito equivalente en moneda extranjera, en cuenta que el “doleiro” mantenía en el extranjero por el cliente o persona por este indicado.

En caso de no haber disponibilidad de dinero extranjero o el montante era suficiente en la fecha acordada, el “doleiro” recurría a otro “doleiro”, o incluso a clientes, para resolver tal indisponibilidad circunstancial, premiando a ese socio en moneda nacional, tanto inmediatamente como en un momento posterior.

Para la segunda vía, el “doleiro” era quien compraba la moneda extranjera por el “dólar cable”: recibía en su cuenta mantenida en el extranjero, a través de depósito en moneda extranjera, llevado a cabo (directa o indirectamente) por determinado cliente, entregando a este, en Brasil, el crédito correspondiente en la moneda nacional, que podría ser en especie o incluso en papeles o mediante depósito en la cuenta del cliente o en otra indicada por este.

También era utilizado este sistema, a través de la conjugación de las vías anteriores, lo que puede o no puede ser considerado una tercera vía. En esta conjugación el “doleiro” aprovechaba el hecho de que en muchos casos había un verdadero mercado (clientes, compradores y vendedores de dólares), todos con la intención de llevar a cabo operaciones en dólares, en sentido inverso, entonces, considerando esta demanda era posible, realizar el “matrimonio” de intereses por medio de las operaciones entre los clientes, realizando, así, las compras y ventas de moneda extranjera a través del dólar cable, sin que los valores tuvieran que pasar por propia cuenta. En tales casos, el “doleiro” actuaba verdaderamente como un banco de compensación de valores.

Por esa vía, las operaciones eran más difíciles de ser seguidas o rastreadas, y el “doleiro”, por tanto, se asemejaba a la actuación regular de un banco de compensación, dejando satisfechos a los dos polos del negocio, una vez que tanto indicaba, al mismo tiempo, tanto el cliente y el tomador de moneda extranjera, que deseaban recibir el recurso en el extranjero y en cuentas en Brasil.

Estas actividades de mercantilización de dinero, en promedio, duraban entre 24 y 72 horas, donde el “doleiro” obtenía su lucro de la diferencia entre las tasas utilizadas en la compra y venta de moneda extranjera (*spread*).

Cabe argumentar que estas operaciones paralelas de cambios no tienen frontera territorial, ya que se llevan a cabo por los medios más modernos de comunicación y de accesos a las redes bancarias nacionales e internacionales.

Sin embargo, es importante mencionar que el uso del sistema de dólar cable es utilizado, generalmente, por los que legalmente realizan sus actividades, ya que siempre fue posible el establecimiento de valores de disponibilidad en el exterior, sin incurrir en impuestos, al igual que la realización de inversiones en Brasil tampoco fue objeto de tributación⁴²⁸.

Sin embargo, los clientes que buscan los “doleiros” para la realización del esquema de dólar cable, por lo general quieren lavar dinero, principalmente, en razón, de que los recursos no tienen una origen lícita y por lo tanto quieren evitar la identificación de los sujetos de las transacciones, sabiendo que en la legislación brasileña tal cuestión resulta ser necesaria.

Generalmente, estas personas reciben dinero en relación a los resultados de acciones de productos criminosos, como el desvío de dinero público (malversación) que surgen de la corrupción o el producto indirecto de los delitos contra el sistema financiero nacional.

En ese contexto. La Policía Federal de Brasil en las primeras incursiones identificó a los “doleiros” Carlos Habib Chater, Alberto Youssef y en la secuencia otras personas y empresas vinculadas a ellos, que llevan a cabo un esquema de lavado de dinero, con la participación del ex congresista Joseph Mohamed Janene (fallecido) y *CSA Projet Finanças Ltda.* y *Dunel Indústria e Comércio Ltda.*

Se comprobó que los “doleiros” se relacionaban entre sí para el desarrollo de actividades ilícitas, pero eran grupos autónomos e independientes, siendo necesario, por lo tanto, varias operaciones en el país.

⁴²⁸ Sucede que en la vigencia de la Consolidación de las Normas de Cambios Circular N ° 2.231, del 09/25/1992 del Banco Central, el intercambio podría tener lugar en el mercado de tasas libres (importaciones, exportaciones, transferencias financieras relacionadas con préstamos, financiación e inversiones en el mercado de tasa fluctuantes (honorarios de abogado, pases de atletas, servicios turísticos, viajes internacionales, etc.) (BRASIL. Circular n° 2231, de 25 de setembro de 1992. Programa Federal de Desregulación – Decreto n° 99.179, de 15.03.90 – Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) - Divulga los reglamentos que entrarán en vigor en las operaciones de cambio de exportación, el uso y la elaboración de los contratos de divisas, así como la clasificación de las operaciones en general. *Diário Oficial da Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 de setembro de 1992.

El “doleiro” de más evidencia en las investigaciones de las conductas delictivas, especialmente aquellas contra el sistema financiero nacional, era Alberto Youssef.

El cual, considerando lo que está dispuesto en la Ley N° 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define, entre otras situaciones “los medio de la obtención de pruebas”, firmó un acuerdo premiado⁴²⁹ con el Ministerio Público y posteriormente homologado por el poder judicial, a través del cual comenzó a declinar numerosos actos criminales perpetrados en Brasil y en otros países, así como pasó a indicar los nombres de otros participantes y entregar pruebas documentales que mantenía en su poder.

Cabe señalar que, para la aceptación de la colaboración premiada, la ley impone que de ella se obtengan uno o más resultados que permitan la identificación de los otros coautores y participantes de la organización criminal y de delitos cometidos por ellos; la revelación de la estructura jerárquica y división de las tareas de la organización criminal; la prevención de los delitos derivados de las actividades de la organización criminal; la recuperación total o parcial del producto o el beneficio de los delitos cometidos por la organización criminal y la localización de víctima eventual con su integridad física conservada (art. 4º, I a V de la Ley 12.850 / 2013).

Esta colaboración, una vez hecha, el juez podrá, a petición de las partes, conceder el perdón judicial, reducir en dos terceras partes (2/3) la pena de privación de libertad o sustituirla por restricción de derechos, de quien ha colaborado de manera eficaz y voluntariamente con la investigación y el enjuiciamiento penal (art. 4º de la mencionada ley 12.850/2013).

Sucede que, en razón de esa colaboración premiada, la Policía Federal brasileña avanzó en las investigaciones, siendo posible identificar en el curso de operaciones – conocidas como “Lava Jato” – uno de los mayores casos de corrupción en la historia de Brasil, tal vez del mundo, amenazando los mecanismos de control existentes. Por ello, se

⁴²⁹ El art. 3º de la Ley 12.850 / 2013 establece que: "En cualquier etapa del proceso criminal se permitirá, sin perjuicio de otras ya previstas por la ley, los siguientes medios de obtención de pruebas: I - la colaboración premiada ; II - captura Ambiental de señales electromagnética, ópticos o acústicas; III - acción controlada; IV - El acceso a los registros de teléfono y telemáticos, a datos de registro constante de bancos públicos o privados y a las informaciones electorales o comerciales; V - interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, en virtud de la legislación específica; VI – quiebra del sigilo bancario y fiscal, en virtud de la legislación específica; VII - la infiltración de la policía en las actividades de investigación, de acuerdo con el art. 11; VIII - La cooperación entre instituciones y órganos federales, provinciales, estatales y agencias municipales en la búsqueda de pruebas y informaciones de interés de la investigación o de la instrucción criminal" (BRASIL. Ley n° 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organización criminosa y dispone sobre la investigación penal, los medios de obtención de pruebas, infracciones penales conexos y el procedimiento criminal; modifica el Decreto-ley n ° 2.848 del 7 de diciembre 1940 (Código Penal); deroga la Ley 9034, de 3 de mayo, de 1995; y da otras medidas. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de agosto de 2013.

reveló y aún se revelará (por lo tanto, de *lege ferenda*) los valores de las desviaciones de la mayor empresa de propiedad estatal, *Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras*, eso a través de una estructura de ingeniería de participación, que implica tanto altos funcionarios del gobierno brasileño, de partidos políticos y directores de las empresas más grandes del sector de la construcción y otras empresas, que prestaban servicios a la mencionada empresa estatal, y cuyos hechos, en el tópico que interesa a este trabajo, se analizan en la secuencia, es decir, específicamente los mecanismos irregulares utilizados para la promoción de daño al erario público.

El cuerpo de policía, investigó y la fiscalía analizó, en el período de tres años, comprendidos entre abril de 2010 a diciembre de 2013, las relaciones del Director de Servicios de la Petrobras con el Administrador de Empresas del Grupo SOG/SETAL⁴³⁰ y con el Operador Financiero y Tesorero del Partido de los Trabajadores (PT). Partido este del actual gobierno.

De esa relación se deduce la composición de una estructura de organización criminal, a través de la cual ocultaron y disimularon la naturaleza, origen, destino, movimiento, ubicación y propiedad de los valores, provenientes directa e indirectamente de los delitos de organización criminal, formando un cartel del fraude, para participación en licitaciones y corrupción que afectó directamente el patrimonio de la empresa estatal.

En una de las decenas de denuncias ofrecidas por los Fiscales Federales⁴³¹ fueron señalados 24 (veinticuatro) actos criminales de lavado de dinero, que debe ser sancionados por las disposiciones de la Ley 9.613/98⁴³², por un monto total de R\$ 2.400.000.00 (dos mil cuatrocientos millones de reales), lo que equivale en el momento de los hechos a US\$ 1.445.700.00 (un millón, cuatrocientos cuarenta y cinco mil setecientos dólares).⁴³³

⁴³⁰ El Grupo SOG/SETAL está integrado por las empresas SOG Óleo y Gás S/A, SETC – Tecnología S/A; PROJETEC – Proyectos y Tecnología Ltda., TIPUANA Participaciones Ltda., PEM Ingeniería Ltda. y ENERGEX Group Representación y Consultoría Ltda.

⁴³¹ La citada denuncia fue propuesta en el día 24.04.2015, siendo distribuida por dependencia en el proceso 5049557-14.2013.404.7000; 5012331-04.2015.404.7000 y 5012323-27.2015.404.7000 en trámite en la 13ª Sala Penal Federal de Curitiba (PR).

⁴³² En su art. 1º, caput dice: "ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos y valores resultantes, directa o indirectamente de delito penal - Pena: Reclusión de tres (3) a diez (10) años, y multa" y su § 4º ofrece " La pena se aumentará en una a dos tercios si los crímenes definidos en esta Ley fueran cometidos de forma repetida o por medio organización criminal " (BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de marzo de 1998. Dispone sobre los crímenes de "lavado" o ocultación de bienes, derechos y valores; la prevención de la utilización del sistema financiero para los ilícitos previstos en esta Ley; crea el Consejo de Control de Actividades Financieras - COAF, entre otras disposiciones, *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 4 de março de 1998.

⁴³³ En diciembre de 2010 el dólar americano valía 1,66 reales.

Se extrae de la redacción de esta denuncia un trecho sobre los antecedentes históricos de los crímenes cometidos por la organización criminal para demostrar, en la secuencia, los crímenes de lavado de capitales, donde se destaca, en la parte que interesa a este trabajo, que:

Se cometieron en perjuicio de esta estatal y de la sociedad brasileña en general, de una manera sistemática, una amplia gama de delitos contra la economía, de corrupción, de fraude en licitaciones, contra el sistema financiero nacional y el blanqueo de dinero. Se destaca, dentro de estos delitos la formación y funcionamiento de un cartel de grandes proporciones, que se hace llamar el “club”, del cual forman parte algunas de las mayores empresas de la construcción en el país, tales como la OAS, ODEBRECH, UTC, CAMARGO CORREA, TECHINIT, ANDRADE GUTIERREZ, MENDES JÚNIOR, PROMON, MPE, SKANSKA, QUIROZ GALVÃO, IESA, ENGEVIX, SETAL, GDK, e INGENIERÍA GALVÃO. El funcionamiento del cártel de contratistas, en paralelo a la práctica sistemática de muchos otros delitos, entre los que se destaca la corrupción de altos funcionarios de PETROBRAS, implicaba en fraude a la competitividad en los procedimientos de licitación de las más grandes obras contratadas por Petrobras, por lo menos Desde el año 2004.

La denuncia continúa en su historial confirmando que:

Inicialmente, RICARDO PESSOA, director de UTC INGENIERÍA, realizaba la coordinación de las reuniones del “club”, que se llevaron a cabo, en su mayoría, en la sede de la propia UTC, en São Paulo y Rio de Janeiro, y también hubo reuniones del cártel en la sede de la Queiroz Galvão.

[...].

El desarrollo de las actividades del cártel alcanzó, en 2011, tal grado de sofisticación, que sus miembros constituyeron entre sí un verdadero “guión” o “regulación” para su operación, astutamente titulado “Campeonato Deportivo”. Este documento, que ahora adjunto (Adjunto 45), fue entregado por el colaborador y denunciado AUGUSTO MENDONCA, representante de una de las empresas del cártel, SETAL (SOG ÓLEO Y GAS), y simula, de forma analógica una competición deportiva, las ‘reglas del juego’, estableciendo la manera por la cual seleccionarían, entre sí la empresa o las empresas en el caso de Consorcio, que vencería(n) los certámenes de la PETROBRAS en el período”.

En la configuración del delito de lavado de capitales, propiamente dicho, es decir, después de los cometidos en el período anterior (por lo tanto, antes de 2010), se encontró que el Director del Servicio de la Petrobras; el Administrador de Empresas del Grupo SOG SETAL y el Tesorero operador del Partido de los Trabajadores (PT), combinaron la realización de contratos ficticios entre las empresas del Grupo con la Petrobras, donde parte de la cantidad fue transferida al Partido de los Trabajadores (PT), pero en forma de donaciones oficiales y la otra parte estaba destinada para el funcionario de la empresa estatal en forma de pago de sobornos.

En una nota al pie de página, aparece, en otra denuncia ofrecida por la Fiscalía Federal, que una parte de los sobornos transferidos alcanzó el montante de R\$ 4.260.000.00 (cuatro mil doscientos sesenta millones de reales), lo que equivale al monto, en la época de

US\$ 2.500.000,00 (dos millones quinientos mil dólares estadounidenses). Estas ventajas, ilícitas, fueron transferidas por el administrador del grupo de contratistas (Augusto Mendonça) al Director de los Servicios de la Petrobras y este, a su vez, los pasó al Partido de los Trabajadores (PT), eso en un período de cuatro años (08/23/2008 a 08/03/2012), todos eso como parte de lo combinado entre el servidor Renato Duque y el Tesorero del Partido de los Trabajadores (PT).

También, en otra denuncia, ofrecida por el Ministerio Público, se señala que las constructoras corrompieron al ex gerente ejecutivo de ingeniería de la Petrobras (Pedro Barusco), para que fuesen beneficiarias de contratos y adquisiciones llevadas a cabo por la empresa estatal, a punto que este, colaboración premiada, confesó que había recibido R\$ 97.000.000,00 (noventa y siete millones de reales), es decir, en el equivalente a US\$ 60.000.000,00 (sesenta millones de dólares) que en razón del evidente enriquecimiento por injusta causa, se comprometió a devolver, y como de hecho devolvió a las arcas públicas.⁴³⁴

De hecho, hubo una cierta indexación de los contratos irregulares celebrados entre las empresas del cártel y la Petrobras, que van del 1% al 3% de su valor, todo ello como una forma de mantener el esquema criminal y de todas las ventajas que pudieran derivarse⁴³⁵.

Los valores ilícitos, derivadas de estos contratos irregulares, eran repasados a través de depósitos en cuentas corrientes, existentes en las entidades bancarias en el extranjero, o en el lugar que los servidores delincuentes indicasen, siendo que todos ellos eran operados, clandestinamente, por *doleiros* brasileños.

Es apropiado decir que, el registro de una investigación autorizada por la Corte Suprema, en detrimento del actual Presidente de la Cámara de Depurado, Eduardo Cunha, encontrada, en el contexto de la operación “Lava Jato”, trata del recibimiento de beneficios ilícitos, es decir, el pago de sobornos, en el monto de US\$ 5.000.000,00 (cinco millones de dólares americanos), que serían resultado por facilitar la contratación, de los navíos de

⁴³⁴ La devolución de este valor está probado por documentos en el proceso n° 5075916-642014.4.04.7000.

⁴³⁵ Se destaca del trecho del interrogatorio realizado frente al juez por el entonces director de Abastecimiento y servicios de la Petrobras - Paulo Roberto Costa - en el proceso de la causa penal n° 5026212-82.2014.404.7000 que: “[...] Cuando comenzó a tener proyectos de obras realmente grandes, sobre todo inicialmente, en el área de calidad de derivados, calidad de la gasolina, calidad del gasóleo, se hizo en prácticamente todas las grandes obras de la refinería para que, con este fin, me fue colocado por las empresas y también por el Partido, que de ese promedio de 3%, lo que fuese para la directiva de Abastecimiento, 1% sería repasado para el PP (Partido Popular). Y los el 2% restantes serían para el PT (Partido de los Trabajadores)”.

sondajes, Petrobras 10000 y Victori 10000, del astillero de la empresa Samsung, sin el regular proceso de licitación.⁴³⁶

Estos hechos también resultaron del testimonio proporcionado por el consultor jurídico de la empresa Petrobras, en el marco de la colaboración premiada, alegando que el Presidente de la Cámara de los Diputados Federales, Eduardo Cunha, había recibido el valor antes mencionado para la liberación de los contratos de Petrobras para los años 2006 y 2007.⁴³⁷

Natuza Nery y Valdo Cruz, en artículo de prensa, destacan la información que “la Fiscalía de Suiza, encontró cuatro cuentas bancarias controladas por Cunha y sus familias”⁴³⁸, sin duda ampliando, aún más, los hechos planteados en la denuncia presentada ante la Corte Suprema.

Son también objeto de denuncia los hechos delictivos atribuidos al ex Presidente de la República de Brasil y actual senador de la República, Fernando Collor de Mello, que habrían recibido sobornos, es decir, pago en montantes de R\$ 26.000.000 (veinte y seis millones de reales) entre los años de 2010 y 2014, por contrato firmado por la BR Distribuidora y PETROBRAS, en la trama de corrupción investigada por la operación “Lava Jato”, que se encuentra bajo analice y tramita en la Corte Suprema.⁴³⁹

Se observa, que de continuar el ritmo emprendido en las investigaciones, las sospechas de sobrepagos y de evasión fiscal, en la adquisición de la refinería de petróleo en Pasadena, Texas (EE.UU.), en el año de 2006, aunque no formando parte de las investigaciones de operación “Lava Jato”, sino están bajo el control del Tribunal de Cuentas de la Unión Federal, es muy posible que se pueden identificar otros personajes de conductas corruptas que implican servidores de la estatal Petrobras.⁴⁴⁰

⁴³⁶ El Procurador General de la República de Brasil presentó una denuncia formal ante el Supremo Tribunal Federal, en detrimento del actual Presidente de la Cámara de Diputados de Brasil, que se encuentra en juicio de admisibilidad y procesamiento regular de la causa penal.

⁴³⁷ Marcel Frota, comentando sobre el contenido de la denuncia ofrecida por el Procurador General de la República dice “La Samsung pagó los contratos en cinco cuotas, todos pagados en el extranjero, en el total de la transacción de \$ 40.300.000 millones a Camargo. El consultor entonces transfirió parte de esta cantidad a través de un offshore, a Piamonte, con sede en Uruguay, para las cuentas indicadas por Baiano. Deriva de ahí la acusación de lavado de dinero que pesa sobre Cunha, quien habría ocultado la recepción de dinero en el extranjero a través de cuentas de las empresas offshore y empresas fantasmas”. Cf. FROTA, Marcel. *Janot denuncia eduardo cunha no stj por recebimento de propina de US\$ 5 milhões - política - ig*, 2015.

⁴³⁸ NERY Natuza; CRUZ Valdo. Governo teme ação de cunha para viabilizar impeachment; Folha de São Paulo; São Paulo, 04/10/2015. *Caderno Política*, p. A-6. [Online]

⁴³⁹ FROTA, op. cit.

⁴⁴⁰ La refinería de Pasadena, Texas, es una unidad de refinación de petróleo que se encuentra en Houston Ship Channel, una de las vías navegables más importantes de los Estados Unidos. Tiene capacidad para refinar 120.000 barriles de petróleo por día y ha entrado en el capital social de Petrobras en 2006, cuando la estatal compró el 50% de sus acciones. En 2006, Petrobras pagó \$ 360 millones por el 50% de la refinería (US\$ 190 millones de los títulos y de \$ 170 millones por el petróleo que estaba en Pasadena). El monto pagado es mucho más alto que el pago realizado por la belga Astra un año antes para toda la refinería: US\$ 42,5

Resulta del informe, aquí expuesto, de las operaciones policiales realizadas hasta el momento, pero sabiendo de su continuidad, sin cierta previsión para su finalización, y con el seguimiento adecuado y análisis pertinente de los Fiscales Federales y del poder judicial, desde pronto ya se traducen en pruebas de la existencia de un plan criminal, monstruoso, actuando durante más de una década, y en diversas formas y medios, y venciendo todos los mecanismos de control de la Administración Pública, corrompiendo a los más altos funcionarios de la empresa estatal y a altos cargos políticos de este país, con la consiguiente generación de un daño significativo a las arcas públicas.

A continuación presentamos una infografía donde se puede apreciar, gráficamente, el esquema de corrupción, así como la posición de los involucrados identificados en la operación “Lava Jato”:

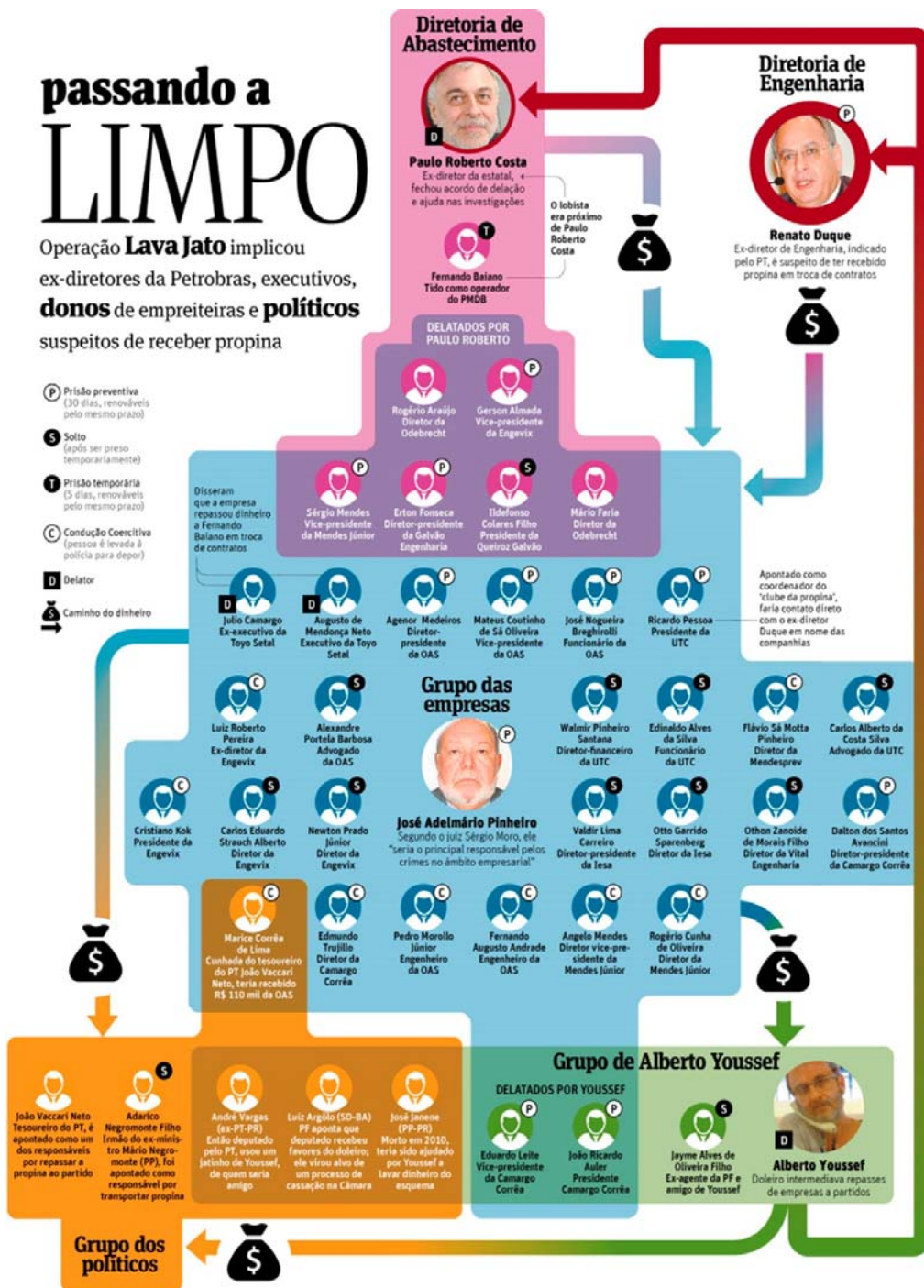
millones. En 2008, Petrobras y Astra Oil se desentendieron y una decisión judicial obligó al gobierno brasileño a tener que comprar la parte que le pertenecía a la empresa belga. Por lo tanto, la adquisición de la refinería de Pasadena terminó costando \$ 1180 millones a la empresa petrolera nacional, más de 27 veces lo que el Astra tenía que pagar. Cf. JusBRASIL. Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. *Folha Política*, 2014.

INFOGRAFÍA OPERACIÓN LAVA JATO

passando a LIMPO

Operação Lava Jato implicou ex-diretores da Petrobras, executivos, donos de empreiteiras e políticos suspeitos de receber propina

- P** Prisão preventiva (30 dias, renováveis pelo mesmo prazo)
- S** Solto (após ser preso temporariamente)
- T** Prisão temporária (5 dias, renováveis pelo mesmo prazo)
- C** Condução Coercitiva (pessoa é levada à polícia para depor)
- D** Delator
- \$** Caminho do dinheiro



Fuente: <http://www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/11/117753-passando-a-limpo.shtml>

Por otra parte, se observa que las instituciones brasileñas, encargadas de las investigaciones y de las acciones de responsabilidades, así como la población en general aún no son plenamente conscientes del alcance de la corrupción.

Actualmente se sabe que la investigación, ya apunta, en dirección a los más altos cargos políticos del país, y cuyo resultado puede deteriorar, aún más el actual gobierno brasileño, habiendo, inclusive evidencia de la participación de autoridades de otros países⁴⁴¹.

Vale referirnos a las lecciones del profesor Marco Antônio Barros diciendo que

Si hasta el final del siglo pasado una organización criminal era considerado un problema de orden público interno del Estado que estaba actuando, ahora se constata el sorprendente cambio en su contexto de operación, puesto que, por regla general, el crimen organizado ahora tiene una dimensión internacional que, sin duda, dificulta una acción eficaz contra él. En este sentido, es evidente la cuestión que implica la interconexión entre los temas globalizados, la soberanía del Estado y el lavado de dinero.⁴⁴²

Se espera que la población brasileña tenga pleno conocimiento de los hechos identificados hasta el momento - que son lo suficientemente - sino también a otros anunciadas por la policía al punto de ocurrir una revolución electoral en la elección de las nuevas autoridades para gobernar el país.

En este sentido marcan los profesores Fernando Jimenez y Miguel Cainzos diciendo que

para que un escándalo tenga efecto el voto hace falta que se cumplan al menos seis condiciones: 1. *conocimiento* el votante ha de tener alguna información sobre el escándalo; 2. *evaluación negativa*: el conocimiento del asunto o asuntos debe generarle descontento y rechazo ya sea por razones utilitarias o normativas; 3. *atribución de responsabilidad*: el votante ha de poder responsabilizar directa o indirectamente por tales hechos a alguno de los partidos o candidato que compitan en la elección; 4. *atribución de relevancia*: el votante ha de colocar la corrupción en una posición alta en su jerarquía de las preocupaciones públicas, es decir, en su percepción de la agenda pública; 5. *visualización de una alternativa*: el votante tiene que estar dispuesto a votar por un partido o un candidato de la oposición o, al menos no ha de tener gran temor o preocupación ante la perspectiva de una victoria de tal partido o candidato; y 6. *consistencia entre actitude y comportamiento*: el comportamiento del votante ante la una habrá de ser coherente com todas estas orientaciones previas.⁴⁴³

⁴⁴¹ Thiago Bronzatto, señala que el ex presidente Lula ha hecho incursiones en África, a favor de la empresa Odebrecht, diciendo que "en la mañana del 13 de marzo de 2013, el ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva embarcó en São Paulo en un jet Falcom 7x, fletado por empresa constructora Odebrecht, con destino a Malabo, capital de Guinea Ecuatorial. El país está gobernado durante 36 años por el dictador Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, con quien Lula mantiene excelentes relaciones. Lula se reunió con los contratistas brasileños, que se quejaron de la demora del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social, BNDE, y el Banco de Brasil para la liberación de financiamiento de obras en África. Luego se reunió con el vicepresidente de Guinea, Ignacio Milán Tang. Habló como hombre de negocios. Dijo que estaba por allí para conseguir contratos para la Odebrecht. Él utilizó su influencia sin rodeos. El más poderoso grupo de presión Odebrecht entró en acción. Cf. BRONZATO, Thiago. Uma aventura na África. Documentos Secretos do Itamarati revela que Lula fez lobby para a Odebrecht em licitação na Guiné e usou o nome de Dilma Rousseff junto a presidentes africanos. *Revista Época*, São Paulo; Editora Globo, 05/10/2015, p. 36-37.

⁴⁴² BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei no. 9.613/1998*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁴⁴³ JIMÉNEZ, Fernando; CAÍNZOS, Miguel. *La repercusión electoral de los escándalos políticos. Alcance y condiciones*, In: Revista Española de Ciencias Política, nº 10, abril 2004, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2004, p. 151.

Lo que hemos visto es que Brasil siendo un país eminentemente democrático, opuesto al absolutismo de las normas, con sus Instituciones de Derecho en pleno funcionamiento, sin duda va a lograr el éxito en la purga de los cuadros de la administración pública de todos aquellos que causan daño al Tesoro y responsabilizarlos en la forma de las reglas vigentes, pero nunca alejándose de garantizar a sus ciudadanos, mismo siendo involucrado en hechos anti-republicanos, el debido proceso y la contradictoria.

Al respecto de la democracia Lany Diamond concluye un artículo diciendo que

si el mundo entero se va a convertir en democrático, entonces las democracias actuales deben continuar siéndolo, y en muchos casos esto significa que deben gobernar de forma más acertada. He enfatizado la nueva actitud de sobriedad y realismo de la población, incluso en aquellas democracias que no están funcionando bien. La gente conoce las otras alternativas y no les gustan. Todavía apoyan la democracia. Pero ¿continuarán haciéndolo de aquí a una o dos décadas, si una nueva generación – sin una experiencias directa en los costes y las falsas ilusiones de un gobierno autoritario – se encuentra sin educación, sin trabajo, sin justicia, prácticamente sin esperanza? La democracia solo e mantenga si continúa siendo al menos malo de los sistemas. Si sufre un grave deterioro y éste se mantiene durante un largo período de tiempo, aparecerá alguna alternativa nueva [...] El triunfo total de la democracia en el mundo está por tanto lejos de ser inevitable. No se puede descartar que se produzca una ola inversa de ruptura democrática. Sin embargo, la democracia a escala global nunca ha sido más imaginable y alcanzable. La historia ha probado que es la mejor forma de gobierno. Culturalmente, es cada vez más valorada de forma universal. Aunque se solo por motivos internos, la eventual democratización del país más grande del mundo – China – parece cada día más probable, y este acontecimiento tendrá enorme influencia en los restantes regímenes autoritarios. Si se mantiene el proceso de integración y de crecimiento económico global y si la libertad política se convierte en una prioridad más importante, consistente y explícita en todas las formas de asistencias y compromiso internacional, la democracia continuará expandiéndose. Eventualmente – no en la próxima década, pero con bastante probabilidades a mitad de este siglo – todos los países pueden ser democráticos.⁴⁴⁴

2 EL CASO MARBELLA - ESPAÑA – DE “LEGE LATA”

España, en la década anterior, vivió un caso relevante, de desviación de valores y de mala gestión pública, que se hizo conocido por lo menos a los ojos del observador externo como el “Caso Marbella”, el cual fue debidamente investigado por las autoridades competentes de ese país.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ DIAMOND, Larry *¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales. Revista Española de Ciencias Políticas*, nº 9, octubre 2003, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2003, p. 37-38.

⁴⁴⁵ Los profesores Fernando Jiménez y Miguel Cainzos, han afirmado que “Uno de los rasgos más notables de la vida política durante la última década ha sido la oleada de escándalos que ha sacudido a un gran número de sociedades democráticas. Países tan distintos como Grecia, Italia, Francia, México, Japón, Estados Unidos, India, Alemania o España han proporcionado buenos ejemplos del lugar central que los escándalos políticos

Los hechos ocurrieron en el municipio de Marbella, España, que se encuentra en la provincia de Málaga, pertenece a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Marbella ocupa un área de 116 km², con una población que oscila entre los ochenta a cien mil habitantes y una densidad de población de 695 y 848 habitantes por kilómetro cuadrado. Su principal actividad económica es la explotación del turismo.

Consta con los órganos de gestión territorial necesarios, compuesto de Alcaldía, un consistorio compuesto de veinticinco concejales; un Comité de Gobierno, integrado por el Alcalde y siete Concejales y que en el período de 1990-2000, tuvo 31 Sociedades Mercantiles Participadas.

El Parlamento de España, en el año 2001, analizando el informe del Tribunal de Cuentas, al respecto del municipio de Marbella (Málaga), y de las Sociedades Mercantiles Participadas, elaborado por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, aprobó una resolución⁴⁴⁶, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado⁴⁴⁷, ordenando a dicho Tribunal para que elaborara un nuevo y profundo informe de inspección en tal municipalidad, esta vez abarcando el período 2000-2001.

Al respecto del informe del contenido producido con anterioridad, que abarca el período de 1990 a 1999, el Parlamento determinó que debería instar al Gobierno para que la Fiscalía General, considerando sus atribuciones, promoviera las demandas judiciales pertinentes, exigiendo responsabilidades de todas las personas involucradas en las irregularidades en el período mencionado, y que también comunicase al Grupo especializado de la Fiscalía en la lucha contra la corrupción y a otros organismos pertinentes, incluida la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, para las medidas oportunas.

De hecho, se extrae del informe⁴⁴⁸ presentado y examinado por el Parlamento, que el municipio de Marbella ya era objeto de preocupación, no solo por el Tribunal de Cuentas, sino también en la Cámara de Cuentas de Andalucía, una vez que esta ya había examinado dichas cuentas, en referencia a los años 1990 a 1993 y relatado irregularidades, tales como las sociedades mercantiles participadas que no estaban incluidas en el informe de la Cámara de

han tenido en sus esferas públicas. Esta destacada presencia de los escándalos ha generado una amplia literatura centrada en la identificación de las causas y consecuencias de los escándalos para la vida pública que, entre otros temas, ha prestado atención a su impacto electoral” (JIMÉNEZ; CAÍNZOS, op. cit., p. 141).

⁴⁴⁶ ESPAÑA. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Resolución nº 12240, de 14 de marzo de 2001. Aprobada por la comisión mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas con respecto al informe de fiscalización del ayuntamiento de Marbella (Málaga) y Sociedades mercantiles participadas (ejercicios 1990 a 1999). *Ministerio de la Presidencia*, Madrid, 25 de junio de 2001. Suplemento del n. 151, año CCCXLI.

⁴⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁴⁸ ESPAÑA. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Op. cit., 2001.

Cuentas. Siendo por ello que el Tribunal de Cuentas amplió la supervisión en el municipio de Marbella, esta vez abarcando el período 1990-1999, lo que resultó en la identificación de numerosas irregularidades.

Inicialmente se registran las dificultades indicadas por el Tribunal Cuentas para la elaboración del mencionado informe, en la medida en que frente a los *objetivos* y los alcances definidos, las autoridades municipales de Marbella no conseguían entregar los libros, documentos o incluso los datos de las cuentas de los ejercicios en el plazo determinado y, cuando lo hacían, estos documentos, a menudo, venían con información incompleta o contradecían los documentos presentados anteriormente, algunos, siquiera expresaban credibilidad en los registros llevados a la rendición de cuentas.⁴⁴⁹ En un momento de la rendición de cuentas, el municipio de Marbella informó a la Corte de la imposibilidad de enviar las informaciones solicitadas, ya que las mismas se encontraban desordenadas, u otras dependencias o en paradero desconocido.

Mismo con esas dificultades, el Tribunal de Cuentas ha identificado las siguientes irregularidades:

a) En cuanto a su organización:

El Ayuntamiento de Marbella, en el momento de la inspección, consistía en un Alcalde, 25 (veinticinco) Miembros de la Junta (concejales), una Comisión de Gobierno, integrada por el Alcalde y siete (7) Directores y Comisiones Informativas⁴⁵⁰ (Secretarías Municipales), como se mencionó anteriormente. Sin embargo, el Tribunal consideró que el organograma no se correspondía con la realidad, debido a que las funciones que se describen en ella fueron tomadas por las sociedades mercantiles municipales.

Se identificaron 31 (treinta y una) sociedades mercantiles de capital municipal, pero solo se había comunicado a la Corte la existencia de 25 (veinticinco) de ellas, siendo ocultas las corporaciones municipales Calidad de Marbella 2000, S.L., Club Atlético Marbella, S.A.,

⁴⁴⁹ En la parte introductoria del informe (ítem 1.1.2 Limitaciones a la fiscalización), el siguiente texto: “La entrega de documentos, libros o cuentas por parte de las autoridades municipales se ha realizado con un considerable retraso y con frecuencia ha sido incompleta. Además, un mismo registro de contabilidad ha sido objeto de sucesivas entregas, presentando las últimas diferencias respecto a las anteriores, lo que pone de manifiesto la escasa fiabilidad de aquello. Al respecto hay que señalar que durante los trabajos de fiscalización, los responsables municipales advirtieron al Tribunal de la imposibilidad de facilitar la información solicitada por encontrarse desordenada, en otras dependencias, o en paradero desconocido. Además, en el escrito de alegaciones se reconoce la existencia de dificultades para la localización de determinada información”. (Cf. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. Op. cit.).

⁴⁵⁰ Las Comisiones Informativas, según el informe son integradas por: “Hacienda, Seguridad Ciudadana, Tráfico y Transporte, Bomberos, Vía pública, Cultura y Enseñanza, deportes y Juventud y Fiestas, Personal y Régimen Interior y Turismo, Sanidad, Consumo, Servicios Sociales y Cementerios, Concejalía de la Mujer y Participación Ciudadana, Urbanismo, Obras y Servicios (Agua y Electricidad) Industria, Paya, Limpieza, Medio Ambiente, Parques y Jardines. Cf. ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. Op. cit., 2001, p. 7.

Empresa Municipal de Limpieza de Marbella, S.A. (Emlimarsa), Turismo en Marbella, S.A., Plaza de Toros de Marbella, S.A., y Tropicana Marbella, S.L.

b) En cuanto a los registros contables

La inspección identificó que en el municipio de Marbella no había un adecuado sistema de archivo de la documentación de las operaciones contables, tanto del propio municipio, como de las empresas comerciales, dificultándose, e incluso, en algunos de los casos, imposibilitándose el acceso a ellos. Además no había una inadecuada documentación de las operaciones financieras, tanto en el municipio como también en las sociedades mercantiles municipales, una vez que no cumplían los principios mínimos de la contabilidad, al no registrar las entradas, los valores de compensación y los gastos relacionados. Así, no había cualquier coherencia entre los registros contables, elaborados por las entidades de recaudación, tesorería e intervención.

No logró encontrar registros adecuados y el seguimiento de las órdenes de pago “a justificar” tanto en su aplicación como “en la acreditación de largo plazo”, que en algunos de los casos presentaban diversos errores.

Se identificó que el municipio de Marbella, incluso no exigió de las compañías comerciales, cualquier justificación del uso que se hacía del dinero transferido a estas y, no habiendo correlación, entre los datos de estas transacciones, de los registros municipales con los registros de las sociedades mercantiles.

c) En cuanto a las Cuentas Financieras

Se encontró que el Departamento del Tesoro había establecido un procedimiento de control y seguimiento de las cuentas financieras, al margen del sistema contable de la entidad, debido a la falta de confianza.

No se elaboraba un presupuesto financiero a corto y largo plazo y ni siquiera había criterios explícitos para la toma de decisiones de financiación “a terceros”. Tampoco existía una voluntad de planificar los fondos adecuados a las necesidades de tesorería de la entidad, como lo exigen las disposiciones de la Ley 39/1988 que regulan las “Haciendas Locales” (art. 168).

Además no había un control adecuado de las autorizaciones para la disposición de los fondos de las cuentas corrientes de la Corporación, destacándose que en la práctica habitual, no se bajaban las autorizaciones cuando estas personas dejaban de relacionarse con el municipio. Hasta el punto que las entidades financieras, atendiendo al cumplimiento de las solicitudes de información de la Corte, dijeron que había muchas cuentas que no fueron

incluidas en los datos de tesorería de la entidad e incluso no aparecían en la relación enviada por el propio municipio para el Tribunal de Cuentas.

En las sociedades mercantiles municipales, era una práctica común hacer los pagos mediante la emisión de “talones al portador” o de entregar, importantes sumas de dinero, en efectivo.

El municipio admitió el cobro de deudas privadas a través de las letras de cambio. Utilizaron este método de pago desobedeciendo la prohibición legal para tal tipo de pago. Incluso había cancelación de deudas con terceros, mediante la compensación de los impuestos municipales, lo que produce en el futuro un desequilibrio en la situación financiera, una vez que compromete las entradas siguientes.

e) Transferencia de Créditos

Con respecto a los “Presupuestos” se identificó la aprobación de expedientes de transferencias de crédito en los diferentes ejercicios, que afectan a las partidas declaradas ampliables por las “Bases Ejecución de los Presupuestos” (transferencias corrientes y de capital a las sociedades mercantiles municipales), contrariando las disposiciones de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales” (Art. 161.1.a) y RD 500/190 (art. 41.1.a).

En el año fiscal de 1995, el Alcalde aprobó indebidamente una transferencia de gran valor (145.200.000,00 -ciento cuarenta y cinco millones y doscientas mil de pesetas), cuya responsabilidad no era suya, sino del Pleno Municipal, por afectar las partidas de diferentes grupos de funciones.

En el mismo año de ejercicio, el Pleno aprobó un expediente de transferencia de crédito para “950 Millones de pesetas” entre partidas de diferentes grupos de funciones, sin que conste el registro que había sido el proceso de aprobado en definitivo.

f) En cuanto a los acuerdos con particulares y las enajenaciones de bienes raíces

La Corte de Cuentas ordenó al municipio de Marbella, para que se pusieran, a disposición, la relación de adquisición y alienación de activos, incluidos los intercambios, así como los acuerdos con particulares o empresas suscritas por el municipio, en el ejercicio de los años de 1990 a 1999. La referida municipalidad, simplemente, no entregó la relación requerida al respecto de las propiedades, en cuanto a la relación de las disposiciones, facilitó una lista del expediente de licitación de mercancías que tramitaba desde el año de 1993, que además no especificaba si el Alcalde, después de declarar desierta la licitación, había realizado directamente la “adjudicación y cuál era el nombre del adjudicatario”.

Esta lista, siendo analizada por el Tribunal de Cuentas, indicó que la mayor parte de los expedientes de las licitaciones, de bienes raíces, se habían originado en los acuerdos

firmados por el Alcalde con anterioridad al tiempo en que se había conducido el proceso de licitación. De hecho, había acuerdos, previendo la entrega de ciertos bienes a cambio de otros o para cancelar deudas de la Corporación con el interesado.

Los acuerdos de permutas suponen, en algunos casos, la entrega de bienes por parte de la Municipalidad, como parte del pago de obras a ser realizadas en el futuro, por la entidad adquirente y, en algunos casos, además, como un medio para saldar deudas que las empresas tenían con aquella.

En los acuerdos urbanos, incluían las operaciones de todo tipo, siendo la más habitual el pacto del Alcalde con interesados, no siempre aprobado con posteridad por el Pleno o por las Comisiones de Gobierno, por delegación de este, principalmente para la recalificación urbanística de determinados terrenos, supeditando la revisión del Plano Urbanístico, pendiente de la aprobación y de la determinación de la prestación correspondiente al municipio y al interesado. Transmitiendo a la Corporación, en algunos casos, su utilización para tal, o a tercera persona, a cambio de bienes o de alguna deuda que este tenía con el otro.

g) En cuanto a las deficiencias en la tramitación de los expedientes

El Tribunal de Cuentas encontró que en muchos de los expedientes que la Municipalidad les envió, no estaba el informe técnico de la “evaluación”, tampoco las escrituras públicas, porque estaban incompletas o no incorporadas en los documentos o archivos adjuntos, generando incertidumbre sobre si lo que efectivamente fue ejecutado correspondía con el acuerdo entre las partes, así mismo, ninguno de los expedientes relacionados con los pactos urbanos contenía “los informes de Secretaría y Intervención”.

Al menos 14 acuerdos examinados entre “Alcaldía y particulares”, en los cuales se determinaba el precio de los bienes y su entrega al municipio o bien condicionan ciertas actuaciones posteriores, no tenían la aprobación por parte del municipio o del Comité de Gobierno, por delegación. En otros casos los pactos comienzan a ser ejecutados antes de su aprobación por el órgano correspondiente, recibándose por parte del municipio incluso dinero antes de la aprobación o bien de la entrega de estos edificios, que estaban condicionados a que la próxima subasta se diese por desierta.

h) En cuanto a la valoración de los bienes

Se encontró, en muchos casos, que los informes técnicos o establecían valoraciones previamente determinadas o servían para cubrir lo que había sido previamente establecido, a través de los acuerdos previos, firmados entre “la Alcaldía y los interesados”, o contenía diferentes precios a los establecidos en los acuerdos. Prevaleciendo el más alto, haciendo caso

omiso a las disposiciones contenidas en el “Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986 (art. 118).

Se verificó en diversos expedientes “que la fecha del informe de valoración” fue elaborado después de los informes del Secretario y/o del Interventor, e incluso, posterior a las cláusulas administrativas, en la que se estableció el precio que figura en el último “informe de valoración”.

Entre los casos identificados, que ahora se destaca, lo que causó enormes daños a la administración del municipio de Marbella, fue la valoración dada a “una finca” en “786.6 Millones de pesetas”, que fue entregada para el pago de una deuda que ascendió a solo “475,1 Millones de pesetas”, mientras que otra valorada por el municipio en “169 Millones de pesetas” fue entregada al pago de una deuda de tan solo “121,4 Millones de pesetas”.

h) Otras irregularidades encontradas

El Tribunal de Cuentas encontró irregularidades en las cuentas del municipio de Marbella relacionadas con el período antes mencionado, específicamente en el análisis de algunos convenios con la empresas Truffle España, SL, con “la Caixa para devoluciones de pago”, con Huelva Bussiness General, SL y Marina Del Rey, con Proycontec, SL, JOTSA y Promotorauno, SA, con la Promoción de Edificaciones Industriales, S.A y muchos otros, que no vienen al caso.

Sucede que, según la determinación del Parlamento de España, instando el gobierno para que el “Fiscal General del Estado”, teniendo en vista el contenido del informe anterior, promueva, a la mayor brevedad posible, las responsabilidades correspondientes de los implicados, resultó que “Juzgado de Instrucción N°. 5 de Marbella, en 2006, en diligencias preliminares del procedimiento n. 4796/05, ordenó la detención preventiva de una persona que ni siquiera era funcionaria pública de ese municipio, pero que controlaba, totalmente, las decisiones municipales, pasando por alto la autoridad de la alcaldesa y de la propia Junta de Gobierno.

Según se informa, los empresarios locales, cuando necesitaban realizar cualquier transacción de bienes raíces o relativas a los contratos públicos y concesiones, tendrían que ir hasta esa persona, que a su vez daba órdenes directas a todo tipo de empleados municipales y directores, equivalente a concejales, para su cumplimiento.

El decreto de detención provisional, también fue justificado por entenderse que había pruebas suficientes, de que esta persona, en colusión con alcaldesa, había recibido dinero y vehículos de un empresario, para que fuese vencedor en la concesión del sistema de remoción

de vehículos que paraban de manera irregular en el municipio, ya que se debía pagar honorarios para liberarlos.

Se encontró que, en razón de ese empresario tener un gran crédito en el municipio, la alcaldesa y la persona que tenía el control de las decisiones aumentaron las tasas de liberación de los vehículos incautados, como una de las formas de pagar parte de las deudas del municipio con el empresario.

Este empresario, a su vez, y a cambio de este servicio, integró la cantidad de 2.000.000 euros, en forma de un supuesto préstamo, para una tercera persona, hecho que fue interceptado por la policía.

También, se verificó, que la persona contra la cual se ordenó la detención temporal, se le acusó de haber cometido varios delitos contra la propiedad y a las expensas del municipio, habiendo obtenido cantidades millonarias de valores de forma ilícita, y para ocultar estas cantidades, desarrolló una estructura corporativa compleja con otras personas, que fue administrado por una oficina de abogacía existente en el municipio.

Había evidencias de que estas irregularidades se practicaban desde 1992, habiendo sido acumulado, en consecuencia directa, un gran patrimonio, cuya suma al tiempo de investigación era incalculable, ya que involucró a decenas de millones de euros, sobre todo en nombre de terceras personas que pasaron como testaferros.

El “Juzgado de Instrucción”, informó que en su patrimonio había una enorme cantidad de vehículos, varias granjas, helicópteros, yates, costosas obras de arte y antigüedades, hoteles y residencias de lujo, y que todo esto, muy probablemente, podría ayudar para que pudiera salir del país, o tener capacidad económica y social para influir en la producción de pruebas para la continuidad del proceso en los tribunales.

El mencionado “Juzgado”, por el mismo hecho, también ordenó la detención de otro funcionario, que fue parte del plan criminal de sobornos, en la preparación de la documentación necesaria para que el municipio mantuviera la concesión, al empresario, para explotar el sistema de grúas de vehículos estacionados ilegalmente en la ciudad de Marbella.

La prensa europea, en 2006, informó que por primera vez en la historia de la democracia, el gobierno español había disuelto un gobierno municipal, en referencia al caso de Marbella y que la policía había llevado a cabo una importante operación en cinco ciudades

el país, con allanamientos y detenciones de personas involucradas, habiendo un total de 23 arrestos y que uno era un alcalde y 14 concejales.⁴⁵¹

Estos hechos y otros, en la secuencia investigados, instaron a la Fiscalía General del Estado a emitir un parecer⁴⁵² sobre la posibilidad de disolver la municipalidad de Marbella, frente a la situación que hasta el momento había sido confirmada, una vez que tales hechos serían contrarios al interés general y al cumplimiento de las obligaciones constitucionales, siendo por el entendimiento de que tal cuestión, era de responsabilidad del Consejo de Ministros, por iniciativa propia y con conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, y en cualquier caso, el consentimiento previo y favorable del Senado, y que solo después de todo eso es que se podía proceder, por un Real Decreto, a la disolución.⁴⁵³

El Tribunal de Cuentas (Madrid) se ha pronunciado sobre los actos irregulares cometidos en Marbella, en la oportunidad de los recursos interpuestos por las partes contendientes. Se destaca entre ellos:

Asunto: Recurso de apelación nº 32/13, interpuesto contra la sentencia de 25 de julio de 2013, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-81/11, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Marbella (Gerencia de Compras y Contratación, Marbella S.L. y "C.B.2000", Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas ejercicios 01/01/2002 a 21/04/2006), Málaga.

Resumen doctrina: La Sala de Justicia desestima el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, resolviendo en primer lugar la cuestión procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Entiende que es conforme a derecho la configuración de la relación jurídico-procesal, debiendo responder el impugnante, en su calidad de Gerente de la empresa local, como gestor de los pagos injustificados probados. Se recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, según la cual se exigen conjuntamente, como requisitos, los siguientes: a) nexos común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) que ese nexo sea inescindible,

⁴⁵¹ El corresponsal en Madrid del periódico "Diario de Noticias" de Lisboa-PT, en una materia "Gobierno español disuelve cámara de Marbella debido a la corrupción", dijo: "Una operación policial que comenzó la semana pasada en cinco ciudades de España y que continúa produciendo detenciones, dejó la ciudad de Marbella sin gobierno - entre los 23 detenidos están el alcalde, Marisol Yagüe, y 14 concejales, cuatro de oposición. [Continúa diciendo] En vista de la ausencia de los alcaldes y cargos de corrupción relacionados con el sector inmobiliario - un total de 2.400 millones de euros - fue ayer convocado un Consejo de Ministros extraordinario y, por primera vez en la historia de la democracia el gobierno español disolvió un gobierno municipal. Será nombrada una gestora y el Consejo de Estado decidirá sobre la posibilidad de elecciones anticipadas". Cf. GONÇALVES, Hugo. *Governo espanhol dissolve câmara de Marbella devido a corrupção*. 2006.

⁴⁵² BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes. Parecer, 04 de abril de 2006. *Ministerio de Justicia*, Madrid, 2006.

⁴⁵³ El art. 61.1 de la Ley 7, de 2 de abril de 1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, dice que: "El Consejo de Ministros, a iniciativa propia y con el conocimiento del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o a solicitud de este y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado, podrá proceder mediante Real Decreto, a la disolución de los órganos de las Corporaciones Locales en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que supongan incumplimiento de sus obligaciones constitucionales". Cf. ESPAÑA. Ley 7/1985, de 2 de abril. Regula las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial Estado*, núm. 80, de 3 de abril de 1985, p. 8945 a 8964.

homogéneo y paritario; y c) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor, añadiendo que la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración. Esta doctrina jurisprudencial exige que los Tribunales velen por la presencia en el litigio de todos los que puedan resultar afectados por la sentencia. Frente a la alegación de ausencia en el proceso de aquellos que debieron ejercer los controles de los actos u omisiones que dieron lugar a los pagos no justificados, considera la Sala que debe confirmarse lo establecido por la sentencia de instancia acerca de la falta de acreditación de las condiciones de inescindibilidad de la conducta del recurrente con la de los potenciales litisconsortes. Repasa la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que se desprende que el ordenamiento jurídico local habilita a los Ayuntamientos para utilizar de forma instrumental formas y técnicas privadas para la prestación, mediante gestión directa, de servicios públicos de su incumbencia y que no cabe reunificar, más allá de la identidad sustancial a efectos puramente procesales, las personalidades jurídicas de la Corporación Local y de las personas jurídico-privadas por ella creadas. Se refiere a la imposibilidad de traspasar la responsabilidad contable por actos u omisiones de los órganos societarios a los órganos rectores de las entidades locales o a sus funcionarios por daños ocasionados en el patrimonio propio de la sociedad, criterio adoptado por la jurisprudencia y por la propia doctrina de la Sala. En cuanto al fondo del asunto, confirma la declaración de responsabilidad directa del recurrente por el total importe dañado, rechazando la existencia de error o indebida apreciación del material probatorio, indicando que el recurrente no aporta en esta instancia, datos, hechos o elementos de convicción nuevos que pudieran llevar a esta Sala a un pronunciamiento favorable a su pretensión exoneratoria de responsabilidad, señalando que debe destacarse la doctrina de la propia Sala sobre la torcida utilización de determinados medios instrumentales, como la dación en pago, para saldar deudas municipales” (Sentencia de La Sala de Justicia, en 22.7.2014)

En el tema sobre el informe de la inspección que señala irregularidades en las operaciones de diversas empresas referido Tribunal de Cuentas señaló que:

Asunto: Recurso de apelación nº 11/11 Procedimiento de Reintegro nºA-66/06
Ramo: Entidades Locales (Ayuntamiento de Marbella.-Operaciones Diversas Empresas-Informe Fiscalización Tcu. Ej 2000 2001). Málaga.

Resumen doctrina: La Sala analiza la pretensión de nulidad de lo actuado en el procedimiento de reintegro por alcance desde el emplazamiento de una de las partes para personarse y concluye que del “inter procedimental” se desprende que el órgano jurisdiccional de instancia cumplió con los requisitos exigidos en los arts.155 y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber practicado diligencias de averiguación del domicilio del apelante y haber intentado su notificación sin éxito en este procedimientos y otros correspondientes también a sociedades del Ayuntamiento de Marbella, lo que dio lugar a su notificación mediante edictos. Recoge la Sala la doctrina mantenida en otras resoluciones sobre la interrupción de la prescripción por el inicio de un procedimiento fiscalizador y la aplicación del plazo previsto en la Disposición Adicional Tercera de la LFTCu, no siendo por tanto de aplicación el plazo de un año previsto en el art. 1968 del Código Civil, ni el previsto en el artículo 949 del Código de Comercio. También se remite la Sala a lo decidido en otros procesos relativos a esta misma Corporación local sobre la legitimación pasiva en los procesos contables de los administradores y gerentes de las sociedades mercantiles públicas y a la desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Sigue afirmando la Sala que no se han invadido las competencias de otros órganos jurisdiccionales y entiende que la acción ejercitada por la Administración perjudicada se fundamenta en el interés público por lo que siempre está legitimada para exigir el reintegro de los perjuicios que se hubieren causado por los administradores de las sociedades municipales, y ello con independencia de la presentación o no de las cuentas anuales en el Registro

Mercantil, algo que compete a los propios gestores de estas sociedades. La Sala desestima igualmente la alegación de incongruencia omisiva porque se refiere a cuestiones relativas a la válida constitución de la relación jurídico-procesal que ya fueron resueltas con carácter previo a la sentencia dictada en la instancia. Se confirma la declaración de alcance por la ausencia de justificación de determinados pagos realizados por las sociedades municipales a las empresas vinculadas a un arquitecto, ya que no se ha aportado prueba que acredite que los pliegos de condiciones no son idénticos en 14 proyectos, o que no se repiten en cinco de ellos los mismos estudios de seguridad, o que varios proyectos fueron redactados, dirigidos y ejecutados por estas empresas y que no se corresponden con actuaciones realizadas en localidades distintas al municipio de Marbella. Se analiza el concepto de alcance, el principio de carga de la prueba y se desestima la alegación de indefensión. Finalmente analiza la conducta de los miembros del Consejo de Administración y gerentes de las entidades mercantiles como constitutiva de responsabilidad contable directa, siendo indiferente a estos efectos que cesasen en sus cargos antes de la aprobación de las cuentas del ejercicio en que se cometieron las irregularidades, porque la responsabilidad que se les imputa no surge con la aprobación de las cuentas sino con su actuación omisiva en el desempeño de las funciones que tenían atribuidas. Asimismo, señala que el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias, y que su condición de responsables contables deriva no de su imputación o no en una causa penal, sino del incumplimiento de las funciones de gestores de fondos públicos que dio lugar a un daño en los fondos municipales” (Ponente; Excmo. Sr. D. Rafael María Corona Martín - Sala de justicia: D. Rafael María Corona Martín. - Presidente. D. Felipe García Ortiz.- Consejero e D. Javier Medina Guijarro.- Consejero. Sentencia de la Sala de Justicia, el 19.06.2012).

Se puede mencionar, a modo de ejemplo, los demás juzgados por el Tribunal de Cuentas de la Unión (Madrid), dictado por la Sala de Justicia en el AUTO nº 28, año 2012 (Recurso de Apelación nº 22/12 Procedimiento de reintegro nº 21/04 Rama de haciendas Locales Marbella. Pieza separada de Medidas Cautelares, el 17/07/2012); en AUTO N ° 26, Año 2012 (Recurso del Artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, N° 18/12, Actuaciones Previas N° 17/2009, del ramo de Entidades Locales, Ayuntamiento de Marbella, provincia de Málaga, el 17/07/2012); en el AUTO N° 6/2014 (Recurso nº 10/13 del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, interpuesto contra la providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, dictada en las Actuaciones Previas nº 37/09, Entidades Locales, Ayuntamiento de Marbella, Málaga, el 06/05/2014).

IV PROPUESTAS Y MEDIDAS DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1 CONSIDERACIONES INICIALES

Como se dijo anteriormente, la corrupción se considera un fenómeno que se manifiesta en todos los niveles, tanto horizontal como vertical de la administración pública, adquiriendo las más variadas formas, arrebañando personas, formando equipos, constituyendo cuadrillas, hasta alcanzar toda la estructura estatal, obstaculizando el pleno crecimiento social, económico y ambiental de una nación.

José Antônio Fernandez Aljenjo confirma que

La tendencia de las prácticas corruptas al secretis no ha llevado a afirmar que «si la corrupción pudiera ser medida, probablemente sería eliminada» (TANZI). Sin dejar de reconocer la parte de verdad que existe en estas palabras, en la última década las instituciones internacionales han desarrollado instrumentos de medición cada vez más precisos que nos permiten obtener una visión fiable de la magnitud de este problema (KAUFMANN, KRAAY y MASTRUZZI). Como se ha señalado, la corrupción pública es un fenómeno predominantemente clandestino y, por ello, no es posible su medición directa a través de mecanismos cuantitativos o cualitativos, por lo que para su evaluación debemos recurrir a criterios indirectos como las estimaciones estadísticas, o elementos indiciarios puestos de manifiesto por las instituciones que controlan o evalúan la gestión de las Administraciones Públicas. Los métodos indirectos de medición de la corrupción propuestos por diversas instituciones han sido numerosos, basándose todos ellos en el análisis de los rasgos institucionales y organizativos que favorecen la corrupción, las opiniones de grupos de interés o las encuestas basadas en cuestionarios realizadas por agencias especializadas.⁴⁵⁴

Se ha dicho a través de este trabajo de investigación que una de las varias formas utilizadas para las prácticas de corrupción en la Administración Pública – y Brasil no es una excepción a los esquemas de otros países- ha sido a través de las operaciones contractuales con la administración, precedidas o no de los procedimientos licitatorios, porque se revela el Estado como el mayor consumidor de bienes, servicios y obras de construcción, siendo esta una parcela importante en monto del producto interno bruto del país.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ ALJENJO, op. cit. p. 76-77.

⁴⁵⁵ Cita Solomão Ribas Junior que en una investigación pionera en Alemania “el estudio sistemático en obras públicas tuvo un comienzo muy importante en el Estado de Hessen, Alemania. Promovido por el Tribunal Regional, que ganó publicidad con la publicación del artículo en el Journal Kriminalist (edición ago./set. 1993). Este artículo fue firmado por el Sr. Udo Müller, Presidente del Tribunal de Cuentas de Hessen. En Seminario de Estudios Comparados de la actuación de los Tribunales de Cuentas, los autores del artículo "El papel de los Tribunales de Cuentas: la verdad en Brasil y Alemania", presentó el tema: Los conocimientos obtenidos con los trabajos cotidianos de investigación llevaron a la Corte de Hessen, como órgano supremo de control financiero, a discutir desde 1990, con más intensidad la problemática de la corrupción en el sector

Sin embargo, como se ha señalado, los mecanismos de control todavía son insuficientes para, en lo mínimo, reducir las prácticas corruptas, no porque los que existen sean inadecuadas, sino porque, en el caso del control interno, quienes operan estos sistemas son las propias autoridades o los servidores públicos, que en su mayoría se muestran sin preparación y/o se aprovechan de esta condición, para violar los mecanismos existentes.

En ese contexto, es importante verificar que el control externo, realizado por los legitimados, se realiza a posteriori, y todavía, principalmente cuenta con informaciones muchas veces indirectas, resultado distante de la observación de los lugares y de los hechos, lo que dificulta en gran medida la realización del control de todos los actos irregulares y plenos de corrupción.

La práctica corrupta, por lo tanto, es un mal que viene caminando con la existencia de los siglos, poniendo en menosprecio los actos de control establecidos en el sistema público, desarrollándose en todos los ambientes y altamente dinámica, en el usos de todos los medios posibles, dificultando, así, el reconocimiento de su espacio de actuación, bien como la promoción de la responsabilidad de los que comprometen la eficiencia de la administración pública.

Llamamos, nuevamente, al entendimiento de Gerson Lopes Fonteles para quien

la lucha contra la corrupción debe ser un proceso sin descanso y participativo, cuyos resultados positivos, seguros y sostenibles solo serán posibles de recoger si la sociedad fuera capaz de indignarse y movilizarse de manera coordinada entre las fuerzas de la ley y del orden, a fin de instaurar a los procedimientos disciplinarios y penales contra los implicados. Las formas tradicionales de prevención y sanción se revelan anticuadas y nada inhibitorias de la osadía de cuadrillas que se forman para despilfarrar el patrimonio público. Por lo tanto, merece una atención especial a la reformulación que sea implementada en forma de prevención y sanción penales.⁴⁵⁶ [También confirma que] Los órganos del Judiciario, de la administración jurisdiccional de la justicia en el cumplimiento de las leyes, así como la policía, como garantías del mantenimiento del orden público, son elementos clave en el repartimiento de responsabilidades añadidas a este objetivo general. Por lo tanto, estarán incluidos los órganos de soberanía, los partidos políticos, las instituciones públicas y privadas, las confesiones religiosas, líderes comunitarios y la sociedad en general, todos unidos a favor de este esfuerzo conjunto, para reducir los delitos de

de la construcción. Las experiencias se han convertido en un motivo de refuerzo en la labor de control en este sector. El aumento de los conocimientos sobre las prácticas de corrupción abre cada vez más sus estructuras que permitan una catalogación sistemática de fenómeno [...] Por lo tanto, 'entre los años 1991 y principios de 1993, cubrió el Tribunal de Cuentas de Hessen 70 casos de construcción de obras públicas en 11 circunscripciones estatales que llegan a cerca de 24 comunidades. En razón de intensificación de trabajos de supervisión se descubrieron otros casos de corrupción' (RIBAS JUNIOR, op. cit., p. 264).

⁴⁵⁶ FONTELES, Gerson Lopes. *El estado mínimo de friedrich august von hayek y el combate a la corrupción del estado democrático brasileño: Una propuesta para hacer retroceder a las fronteras del estado brasileño*. Salamanca, 2012. 524p. Tesis Doctoral (Derecho Administrativo) – Universidad de Salamanca. p.296.

corrupción que, ya que acabar con ellos es una tarea imposible. Con ese fin, es importante proceder a los cambios legislativos necesarios en la Administración Pública, particularmente en el área relacionada con las normas de procedimiento de los servicios burocráticos y administrativos, a fin de asegurar que la eficiencia de tales servicios no sea rehén de prácticas ilegales. Es imprescindible llevar a cabo inspecciones periódicas en todos estos niveles, como armas adicionales en la operación de este proceso.⁴⁵⁷

El profesor Pedro Thomas Nevado-Batalla Moreno, a tejer comentarios sobre la nueva cultura de la gestión pública ha confirmado que

Sucesos de mala gestión y de corrupción que han llegado a ascender sobre las proposiciones de reforma y cambios originariamente expuestos hasta lograr que la ‘buena práctica en la gestión pública’ y la lucha contra la corrupción sean dos componentes insoslayables de cualquier propuesta de reforma vinculada a la gestión pública y su organización.⁴⁵⁸

Y, además, este investigador citando a Rodríguez-Arana justifica y orienta de manera significativa la necesaria y permanente renovación de la Administración Pública, afirmando que

La práctica totalidad de los procesos de reforma y modernización administrativa se declaran dirigidos a conseguir una Administración pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano. De esta manera, se pone de manifiesto un dato de importancia capital: los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas. Éste es, en mi opinión, el *punctum dolens* de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa que tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano.⁴⁵⁹

Es oportuno traer otras observaciones de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, extraídos de su trabajo “*Direito Fundamental à Boa Administração*” específicamente como se describe en “*Boa Administração e Novas Políticas Públicas*”, diciendo que

el estado está experimentando un período de tráfico que viene prolongando el tiempo suficiente para considerar el cambio como algo permanente, y, en consecuencia, la capacidad de adaptarse a ella como una característica definitoria del estado moderno. De esos nuevos espacios políticos se puede decir que el futuro del ejercicio democrático implica necesariamente hacer de su capacidad para adaptarse al cambio una condición esencial de su propia existencia. Cambios que, por supuesto, deben partir de la posición central de los ciudadanos y de la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad solidaria de cada persona. [Y señala, además, que] La enorme tarea que deriva de este aspecto de la vida pública impone una profundización en la idea que la sustenta: para garantizar las libertades reales de las

⁴⁵⁷ FONTELES, op. cit., p. 297.

⁴⁵⁸ NEVADO-BATALLA-MORENO, Pedro Tomás. Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de gestión pública: propuestas y realidades en lucha contra la corrupción. In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 89.

⁴⁵⁹ RODRIGUES ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

persona. A partir de las nuevas políticas públicas, la administración pública aparece como un elemento clave para asegurar que las aspiraciones de los ciudadanos se hagan una realidad. Por lo tanto, el gobierno y la administración nunca pueden ser distanciados de la creatividad, o impidan, con cualquier tipo de esposas, como no pueden dejar a las personas - especialmente los más vulnerables - a la discreción de los intereses egoístas. La buena gobernabilidad o buen gobierno, se lleva a cabo sobre la base de la consideración abierta, plural, dinámica y complementaria a los intereses generales, el bienestar integral de los ciudadanos.⁴⁶⁰

En este sentido, un buen análisis de la legislación brasileña actual y de todo el procedimiento licitatorio, para la adquisición de bienes, servicios y obras de la administración pública, puede permitir proponer medidas adecuadas para hacer frente a las prácticas corruptas, sabiendo, sin embargo, a partir de ahora, que sin duda las mismas pueden ser suplantadas por el ingenio del crimen desarrollado tanto por las autoridades públicas y los agentes, como por los particulares, todos en la busca de nuevos medios para enriquecerse sin causa y provocar daño al erario público.

2 PROPUESTAS DE ALTERACIONES LEGISLATIVAS

La primera medida que se impone en la lucha contra la corrupción es verificar si la ley brasileña está facilitando la aplicación de mecanismos irregulares por parte de los delincuentes para obtener ventajas ilícitas en las relaciones comerciales entre el Estado y el sector privado.

La ley brasileña, en particular, a aquella que establece las directrices generales sobre licitaciones y contratos administrativos -Ley N° 8666 de 21 de junio de 1993- es considerada por el profesor Ricardo Rivero Ortega, de la Universidad de Salamanca, como un legado del Derecho Brasileño para prevenir la corrupción. Al comentar sobre lo dispuesto en el art. 3° de la citada Ley destaca que

En el artículo 3° de la Ley se encuentra toda una serie de cautelas orientadas a impedir la realización de comportamientos perturbadores de la limpieza de los procedimientos contractuales, como la introducción de cualquier tipo de cláusula o condición que pueda limitar la competencia o el carácter competitivo de las licitaciones o discriminar a las empresas por razón de su nacionalidad o sede comercial. Con el objeto de evitar las conductas corruptas, se llega en esta norma incluso a introducir tipos penales, como nos muestra sus artículos 89 (delito de dispensación ilegal de la licitación); 90 (defraudación del carácter competitivo de las licitaciones); 91 (beneficio a los intereses privados con perjuicio de la Administración) [...]. En fin, toda una panoplia penal al servicio de la buena gestión

⁴⁶⁰ RODRIGUES ARANA MUÑOZ, op. cit., p. 25-26.

de los contratos públicos. Puede decirse que en el panorama comparado el Derecho brasileño es uno llegado más lejos en sus instituciones específicamente pensadas para evitar la corrupción en este ámbito.⁴⁶¹

Aunque así considerada, todavía se verifica la posibilidad de que agentes corruptos se utilicen de sus lagunas para obtener ventajas indebidas con graves impactos al erario.

En un esfuerzo por llevar las innovaciones a la Ley de Licitaciones (Ley 8.666 / 93), Sergio Resende de Barros, desde el año de 1995, considerando las formalidades impuestas por la presente Ley y las lagunas que proporcionaron la desviación de los valores públicos en la adquisición de bienes, servicios y obras, propone tres alternativas de la siguiente manera: la primera – una solución radical – libertad de negociación del gerente para las adquisiciones; la segunda, menos atrevida – libertad de adquisición en la contratación de la sede – y el tercero - la contratación directa - libertad de buscar los precios más bajos y mejor producto. En su obra “Liberdade e Contrato: a crise da licitação” concluyó diciendo:

Estas tres soluciones, la radical, la creativa y la de perfeccionamiento, en la medida que disminuyen la audacia, no logran inhibir un formalismo inhibitorio: que inhibe la acción administrativista, causando ineficiencia y la imprudencia de los administradores, sin nada contribuir a la moral y la eficiencia económica de la administración pública, ni siquiera para la igualdad de trato de los ciudadanos, y mucho menos para satisfacer el interés público.

La formalidad resiste la medida en que la audacia se da por vencida. El problema del formalismo sigue siendo, la proporción que la osadía de la solución decrece. Algo es seguro, sin embargo: no importa por cual razón, es urgente combinar en la administración brasileña la libertad con el contrato, lo que debe resultar en libertad contratar con menos formalismo. En esta urgencia, cumpla las tres soluciones, aunque no con la misma rapidez y prestancia.

El extremismo de la solución es directamente proporcional al extremismo de la materia. La licitación impuesta como un principio general de los contratos públicos brasileños, converge con el orden constitucional de la ley general, la uniformidad de la jurisprudencia, la unanimidad de la el absolutismo de la exégesis. Por todo ello, revertir la inversión, sustituyendo el principio de hacer una oferta por la libre elección en todos estos cuadrantes jurídicos, es obra extrema. La solución radical requeriría toda la audacia.

Ya la solución creativa, por no cambiar el principio, no sería radical. No subvertiría al orbe de los contratos públicos. No implica cambios en la Constitución, pero solo en la legislación. Sin intranquilizar el conservadurismo, pero del mismo modo que hay falta de audacia, tendría el poder de unir la innovación con la tradición: el poder de negociar con el deber de hacer una oferta. Sería más fácilmente aceptable y realizable. Tanto que ya ha sido aceptado e implementado en Uruguay por “Reforma del Estado”, como resultado de un verdadero “Programa Nacional de Reducción de la burocracia”, cuyas normas - que innovan la Ley de Administración Financiera y Contabilidad, que llega al sistema de compras estatales - están consolidadas en el TOCAF, en el cual se introdujo la libertad de comercio de determinados regímenes especiales de contratación [...] Sin embargo, a pesar de tener un buen ejemplo extranjero, la solución creativa requeriría cierta audacia.

De todos modos, el perfeccionamiento de la solución ni siquiera implica cambios en

⁴⁶¹ ORTEGA, Ricardo Rivero. Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana. In: GARCIA, Nicolás Rodríguez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 119.

la legislación. Solo el trabajo de los abogados: el trabajo de la exégesis. Una cosa es cierta: el buen uso de la contratación directa evita el mal uso de la licitación, el abuso del formalismo estéril y nocivo. Por lo tanto, la mejora de las formas de contratación directa, para que su uso sea más precisa y frecuente, evitando que sean, sustituidas incorrectamente a través de licitación, por lo que se estaría dando un nuevo impulso al sistema brasileño de los contratos públicos, por obra y por jurisprudencia, en el marco legislativo existente. Sin mucho alboroto, sino para mejorar lo que ya existe. Es lo menos que la gestión pública espera del Derecho Público. Es lo mínimo que la doctrina y la jurisprudencia no pueden negar el derecho. Solo actuar. La solución perfeccionadora no requeriría de cualquier audacia.⁴⁶²

A pesar de los argumentos anteriores presentados por ese autor, creemos que si con el formalismo no verifican las desviaciones de valores por cuenta de los procedimientos de licitación, ¿qué sería si dejamos por cuenta de la discreción de los funcionarios públicos, que con mayor frecuencia están desprovistos de conocimientos jurídicos y/o mal atendidos por servidores sin tal conocimiento!?

Es por esto que entendemos necesario introducir otros cambios, que consideramos importantes para inhibir la conducta irregular, especialmente los dirigidos a la concretización de los contratos, entre la administración pública y particulares, a través de los procedimientos de adquisición de bienes, servicios y obras de construcción.

2.1 Propuesta de Creación de Mecanismos que Cohíban el Sobreprecio

La ley brasileña señala que en todas las adquisiciones (bienes, servicios y construcción de obras o incluso cuando sea el caso de las ventas de bienes públicos) estos sean realizados conforme los precios de mercado, con el fin de evitar cualquier perjuicio a la Hacienda Pública.

Esta regla está, por ejemplo, en la Ley Federal N° 8.666/93, en particular, en la Sección V, cuando la disciplina “de compras”:

Art. 15. Las compras siempre que sean posibles, deberán:

[...].

V - balizar los precios que prevalecen en los organismos y entidades gubernamentales. (subrayado nuestro)

§ 1º. El precio de la inscripción será precedida por una amplia investigación de mercado. (subrayado nuestro).

Esta ley también hace idéntica referencia en la Sección V que regula el proceso y su juicio, diciendo:

Art. 43. La Licitación será procesada y juzgada en conformidad con los siguientes

⁴⁶² BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*, Piracicaba: Unimep, 1995, p.197-199

procedimientos:

[...].

IV - verificación del cumplimiento de cada propuesta con los requisitos de notificación y, en su caso, con los precios actuales del mercado o fijados por un organismo oficial competente, o con los que están en el sistema de registro de precios, los cuales se deben registrar correctamente en el acta del juicio, promovándose la descalificación de las propuestas no conformes o incompatibles. (subrayado nuestro).

El Tribunal de Cuentas de la Unión al respecto a las disposiciones legales, también ha anotado en sus decisiones:

Resumen: Determinación a la ELETROBRAS para que lleve en cuenta en la compra de bienes, la Decisión n° 431/1993-P, en lo que concierne a la realización de investigación de precios en al menos tres empresas que pertenecen a la rama del objeto subastado, con el fin de demostrar la compatibilidad de los precios ofrecidos con los del mercado, y que sea realizada la inclusión de la investigación de precios en los procedimientos de licitación (Ítem 9.2.10 TC-010 173 / 2004-9, la sentencia N°. 7049 / 2010-2ª Casa - Publicado en la Gaceta Oficial de la Unión el 02.12.2010, S. 1, p. 170) (subrayado nuestro).

Resumen: Alerta a la Gerencia Regional de Administración en Rondônia (CCS/RO) para que, antes de prorrogar cualquier contrato, realice detallada estimativa de los precios, con base en la investigación fundamentada en diversas informaciones de varias fuentes, propiamente evaluadas, como, por ejemplo, de análisis específicos con proveedores, contratos anteriores del propio organismo, contratos de otros organismos y, en especial, los valores registrados en precios practicados en el Sistema SIASG y en las actas de registro de precio de la Administración Pública Federal, con el fin de permitir la estimación más precisa posible, de acuerdo con las arts. 6º, inc. IX, “f”, y el 43, inc. IV, de la Ley N° 8.666/1993 (Ítem 1.5.2.5, TC-019 918 / 2007-6, la sentencia N°. 6110/2010-1ª Cámara. Publicado en el Diario Oficial el 06.10.2010, S. 1, p 117).

El mencionado Órgano de Cuentas ya consideró irregular la búsqueda realizada solo en el sistema Comprasnet⁴⁶³ o solo con proveedores:

[SENTENCIA]

9.3. determinar FFU que:

[...]

9.3.11. promover la realización de investigaciones de precio practicado en el mercado, no se limita únicamente al Sistema de Precios (SIASG), que no siempre presenta, necesariamente, el precio más bajo del mercado, sino el precio que se paga por una Unidad de Gestión en particular; (CA-1378-13 / 8.1 Sesión: 04.29.08 Grupo: II Clase: II Relator: Ministro AUGUSTO NARDES – Toma de precios y Responsabilidad - Iniciativa Propia)

El análisis del proceso de la subasta N° 27/2004 mostró fallas en el precio estimado

⁴⁶³ Comprasnet es un sistema electrónico de compras del sector público, se trata de una herramienta de gobierno electrónico que viene con la necesidad de generar eficiencia en la contratación pública, como es requerido por la administración pública gerencial. Varias medidas fueron tomadas por la Administración Pública Federal, siendo una de ellas la creación de la Gestión Integrada de Servicios Generales - SIASG. Este sistema se vuelve muy importante para las adquisiciones gubernamentales, en la medida que integra el portal de compras “Comprasnet”. Así, el SIASG-Comprasnet es el sistema electrónico de contratación pública utilizado en la Administración Pública Federal. Esto es confirmado por: SANTANA, Paulo Rodrigues. *Sistema eletrônico de compras governamentais: O desempenho do SIASG-Comprasnet e sua influência para o futuro das compras governamentais*. 2013.

de los servicios contratados. En el caso de los servicios de apoyo al usuario, cubiertos por el Acuerdo N ° 19/2005 y firmados con la empresa Montana, fue utilizada una sola fuente de un solo proveedor para calcular la cantidad a ser contratada. Para los servicios cubiertos por el Acuerdo N ° 20/2005, firmados con la compañía Poliedro el precio fue estimado únicamente con base en las propuestas de proveedores. No hemos encontrado pruebas de la utilización de otras fuentes, por ejemplo, los contratos de otros órganos y entidades de la APF y contratos previos del órgano. (subrayado nuestro)

Como se ve, la Ley de Licitaciones aplicada a todos los tipos de licitaciones, señala que los precios de los bienes, servicios y obras deben estar de acuerdo con los practicados en el mercado; fijado por un organismo oficial competente o con los que están en el sistema de registro de precios.

Ocurre que no todas las entidades de la Administración Pública de Brasil, recopilan los precios de los productos que compran para satisfacer su demanda. Además, se conoce que los responsables por los resultados del proceso de licitación siquiera realizan una búsqueda en los procedimientos anteriores para identificar cuál fue el último precio pagado por un bien particular, incluso, no llevan a cabo una investigación, mínimamente adecuada en el mercado. Todo está hecho de forma incipiente y es en este espacio que los servidores incautos y las autoridades públicas aprovechan para fijar los precios máximos, en los avisos de licitación, muy por encima de los que son, comercialmente, practicados en el mercado, siendo así responsable del sobreprecio.

Ahora, si ellos también están autorizados a aceptar las propuestas con precios más altos que los del mercado, por vía de consecuencia la administración pública sufre directamente la consecuencia, a través de los daños considerables causados a la hacienda pública. Es necesario, por tanto, que el servidor y la autoridad pública, responsable de la licitación tengan un parámetro, previamente establecido, del precio de los productos antes de que sean adquiridos.

La Unión Federal, a través del Departamento de Logística y Tecnología de la Información, que integra el Ministerio de Planificación y Presupuesto y Gestión, en 2002, publicó la Instrucción Normativa N° 01, de 08 de agosto de ese año⁴⁶⁴, que estableció, los procedimientos para el uso de módulos en el Sistema Integrado de Servicios Generales –

⁴⁶⁴ BRASIL. Instrucción Normativa n° 01, de 08 de agosto de 2002. Establece procedimientos para la operación de los módulos mencionados para la Administración de Servicios Integrados Generales - SIASG, en los órganos de la Presidencia, los Ministerios, en las Autarquías y en las Fundaciones que conforman el Sistema de Servicios Generales - SISG, así como otros órganos y organismos que utilizan el SIASG. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 de agosto de 2002.

SIASG, - en los órganos de la Presidencia de la República, en los Ministerios, los municipios y las Fundaciones.

Dicho sistema es compuesto por varios subsistemas que actúan de forma complementaria:

- a) Registro de Sistema de Proveedores Unificado – SICAF: encargado de habilitar personas y entidades jurídicas, registradas en el sistema, con la presentación de los documentos estipulados en la Ley de Licitaciones (artículos 27, 28, 29 y 31 de la Ley Federal N° 8.666 / 93).
- b) Catálogo de materiales – CATMAT: permite la catalogación de los materiales destinados a las actividades fin y las actividades medio de la Administración Pública Federal, en conformidad con los criterios adoptados en la “*Federal Supply Classification*” y la identificación de los elementos catalogados con los estándares deseados de rendimiento;
- c) Catálogo de servicios – CASTER: permite la catalogación de los servicios para las actividades fin y las actividades medio de la Administración Pública Federal, de conformidad con los criterios adoptados en el “*Federal Supply Classification*” y la identificación de los elementos catalogados con los estándares deseados de rendimiento;
- d) Sistema de Divulgación Electrónica de Compras – SIDEC: realiza el catastro de registro de compras y contrataciones celebradas por la Administración Pública Federal, en todo el territorio nacional, y el consiguiente envío electrónico de materiales relativos a los avisos y documentos de licitación, dispensa y exención y los resultados a la Prensa Nacional, ofreciendo, además, en el Portal de Compras del Gobierno Federal los avisos de licitación y los resultados de las licitaciones;
- e) Sistemas de Precios Practicados – SISPP: aquí se registran los valores practicados en los procesos de contratación con la Administrativa Pública, desglosados por unidad de medidas estándares legales y marcas, con el fin de apoyar al gestor, en cada proceso, en la estimación de la contratación y antes de la respectiva homologación, para confirmar si el precio que será contratado es compatible con el practicado por la Administración Pública Federal;
- f) Sistema de Gestión de Contratos – SICON: en este se realiza el registro de los extractos de los contratos firmados por la Administración Pública Federal y el envío electrónico para su publicación en la Prensa Nacional y el seguimiento de la ejecución del contrato, a través de su programa físico financiero.

Sucede que el Sistema Integrado de Administración de Servicios Generales – SIASG: está limitado a la aplicación a nivel Federal, no habiendo obligación de ser observado por los gobiernos estatales y locales.

Es cierto que el Brasil tiene dimensiones continentales y la adopción del mismo precio de los bienes, servicios y obras, e incluso la venta de activos públicos, en todos los 26 (veintiséis) Estados Federados y el Distrito Federal es una situación de gran dificultad y limitadora.

El precio de mercado, por lo tanto, debe ser el que opera al menos en la región donde se desarrolla el proceso de licitación, para, de esa forma aportar equilibrio para el evento.

Muchos factores influyen el ejercicio de estos precios, destacándose entre ellos los costos de transporte, para que uno u otro bien o servicio esté disponible para todos los organismos públicos repartidos en el territorio nacional. Deben, también ser incluidos, en esta cuestión, los distintos aranceles practicados por los Estados Federados.

En resumen, el precio de determinados bienes que opera en el estado de Rio Grande do Sul (sur de Brasil) no alcanza a ser el mismo que opere en el Estado de Amazonas (norte del país), entre los cuales hay una distancia aproximada de 4000 kilómetros.

En el estado de Paraná (sur de Brasil) la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Logística, a través de su autoridad llamada “Paraná Edificios”,⁴⁶⁵ hacer públicos los precios de los servicios realizados en las obras que se construyen para ese Estado Federado.

Consta en su sitio web lo siguiente:

El Departamento de Estado de Infraestructuras y Logística implementará y promoverá el BIM (*Building Information Modeling*) en los proyectos estatales. La intención es adoptar la tecnología para lograr una mayor transparencia en los proyectos, lo que aumenta el control sobre el gasto público y evita los residuos en las obras. [...] Formalizada el martes un acuerdo para capacitar a los profesionales paranaenses. El objetivo de la Secretaría es implementar el sistema BIM en futuros proyectos, permitiendo que el estado tenga un mayor control en todas las etapas de la construcción de una obra pública. Este tipo de sistema permitirá que el funcionario público controle las cantidades de materiales utilizados en la construcción de edificios [...].

El sistema permite que la ejecución del proyecto sea acompañado paso a paso. Con la gestión de la información, el gestor público supervisará todas las etapas del

⁴⁶⁵ La Paraná Edificaciones es una autarquía de integra la Administración Pública Indirecta del Estado del Paraná, con el objetivo de ejecución programático en nivel de dirección, de actuación, de asesoramiento, de dirección superior y de nivel de ejecución. Entre sus tareas se incluyen: I - La realización y el apoyo en la preparación de estudios de viabilidad y los términos de referencia, así como la adquisición y contratación de proyectos, obras de ingeniería y servicios de la administración directa y autárquica del estado del Paraná; II - la supervisión, control y recepción de los proyectos, obras y servicios de ingeniería administración directa y autárquica del estado del Paraná; III - la definición de los parámetros aceptables, con base en los lineamientos de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Logística para la composición de Bonificaciones y Gastos - BDI - con el fin de determinar los precios máximos de los proyectos, obras y servicios de ingeniería de órganos de la administración directa y autárquica del estado de Paraná; Otros IV.

trabajo, la topografía, la construcción del edificio.

Este tipo de programa define, en proyecto, la cantidad exacta de los materiales de construcción lo que permite establecer correctamente cuánto será el valor de la obra, con la consecuente reducción de las necesidades de los aditivos.⁴⁶⁶

No hay, por lo tanto, una estrategia segura, o una recomendación específica, que sea seguida por el gestor público, en relación al monto de los precios operados en el mercado. Cada estado de la federación tiene su manera, particular, de gestionar la investigación de precios, con el objetivo de cumplir con el comando central de la Ley Federal 8.666/93.

Como resultado, todo es muy vago, abriéndose enormes espacios de discrecionalidad, facilitando, sobremanera, la incidencia de los precios sobredimensionados y por consecuencia daños al Tesoro.

De ahí entonces, que se propone alterar las reglas generales de la licitación aplicadas en Brasil, incluyendo, en ellas, la consulta obligatoria para todos los organismos públicos, en el ámbito federal o regional, para que mantengan actualizado los precios de los bienes, servicios y obras. Así los sobrepagos pagados por la administración pública, sin duda, tenderían a disminuir, reduciendo, concomitantemente, los efectos negativos bien como permitirían el seguimiento de los precios practicados por los organismos públicos⁴⁶⁷.

Esta consulta podría constar de los avisos de licitación, para que las empresas que quieran participar en los eventos, tengan plena información de los precios ejercidos en el mercado y ninguno de ellos puede distanciarse, al menos, de los precios, como suele ocurrir.

Por lo tanto, a la disposición del art. 40, que trata sobre el aviso de licitaciones, se añadiría un inciso, para tratar, específicamente, de las márgenes de los valores unitarios, de los bienes globales, de los servicios y obras, conforme la situación, en escala territorial del estado patrocinador.

Art. 40. El aviso de licitación contendrá la exposición de motivos del número de orden en serie anual, el nombre de la división en cuestión y su industria, la modalidad, el régimen de aplicación y el tipo de licitación, la mención que será regida por la presente Ley, el lugar, fecha y hora de recepción de la documentación y propuesta, así como para el inicio de la apertura de los sobres, e indicará, necesariamente, lo siguiente:

[...] La mención de los precios unitarios y globales de bienes, servicios y obras

⁴⁶⁶ PARANÁ. *Infraestrutura e Logística*: Nova tecnologia vai permitir maior controle dos gastos em obras públicas. Curitiba: Secretaria de Estado da Comunicação Social – SECS, 1997.

⁴⁶⁷ El profesor Ricardo Rivero Ortega dice, que para mejorar “la política de adquisiciones de cualquier organización pasa por un mejor conocimiento (información más completa) de la situación del mercado. Para lograr este objetivo, podrían crearse oficinas de contratación que dispusieran de bases de datos de precios actualizados en todas las Administraciones públicas, garantizando que los precios a los que están comprando las Administraciones estén a disposición de cualquier ciudadano o empresario que deseara consultarlo y que esos datos se intercambien para que todas las Administraciones conozcan la situación real del mercado de los encargos públicos”. (Cf. ORTEGA, op. cit., p. 39).

ejercidos en el ámbito del mercado nacional, estatal, regional y local de los órganos públicos (propuesta de redacción).

Este cambio debe ser de observación obligatoria para todos los otros tipos y especies de licitaciones ejercidas en Brasil, en cualquiera de las áreas de gobierno, incluso con motivo de los contratos de aditivos se debe llevar a cabo esta consulta, evitando el sobreprecio, o como, también, conocido sobredimensionamiento de precio.

Por lo tanto, a la disposición del art. 65 de la Ley de Licitaciones N° 8666/93 se añadiría lo siguiente:

Art. 65. Los contratos regulados por esta Ley podrán ser modificados, con las pertinentes justificativas, en los siguientes casos:

[...].

§2º. Ninguna adición o supresión podrá superar los límites establecidos en el párrafo anterior, a menos que:

[...] En cualquier cambio contractual los precios de los bienes, productos y obras será obedecida la previa consulta de precios junto a los órganos públicos regionales y locales (propuesta de redacción).

2.2 Propuestas de Restricción de la Posibilidad de Añadidas Contractuales que Impliquen en Incrementos de Valores

Como se ha señalado antes, la legislación brasileña permite alteraciones en contratos administrativos, siempre debidamente motivadas, siendo posible la alteración unilateral o por acuerdo entre las partes.

En el primer caso, cuando haya un cambio en el proyecto o en las especificaciones, para una mejor adecuación técnica a sus metas y cuando se requiera la modificación de la cantidad contractual debido a la añadidura o reducción cuantitativa de su objeto en los límites permitidos (art. 65, I).

En el segundo caso, cuando conveniente al reemplazo de la garantía de ejecución; cuando se requiera la modificación del régimen de ejecución de trabajo o servicio y el modo de suministro en razón de verificaciones técnicas ante la inaplicabilidad de los términos contractuales originarias; cuando se requiera la modificación de pago, mediante la imposición de circunstancias nuevas no esperadas, guardado el valor inicial actualizado, prohibido el pago adelantado con respecto a la programación financiera sin la contraprestación correspondiente para el suministro de bienes o la ejecución de la obra o servicio y, para restaurar la relación que las partes acordaron inicialmente entre las obligaciones del contratista y la remuneración de la Administración para la justa remuneración de la obra, servicio o suministro, con el objetivo de mantener el equilibrio económico y financiero inicial

del contrato, en el caso de la existencia hechos imprevisibles de incalculables consecuencias, o predecibles pero con consecuencias incalculables, que pueden retrasar u obstaculizar lo ajustado, o incluso en caso de fuerza mayor, caso fortuito o de hecho del príncipe, configurando un evento extraordinario (art. 65, II).

La modificación del contrato se llama también de término de enmienda, o aditivo, siendo que a través de este, el contratado, en el primer caso (modificación unilateral) está obligado a aceptar las mismas condiciones, adiciones o supresiones que están en las obras, servicios o compras hasta en un 25% (veinticinco por ciento) del monto inicial del contrato, pero debidamente actualizados y en caso de reforma de edificio o equipamiento hasta el límite de 50% (cincuenta por ciento).

Se ha observado, también, que las empresas utilizan el mecanismo de atribuir precios más bajos por sus productos, servicios y obras, inicialmente, con el objetivo, de ganar los concursos y celebrar contratos con la Administración Pública, siendo los aditivos a los contratos, la estrategia, para alcanzar nuevos valores más altos que los del mercado, y que se opera luego a continuación.

Ciertamente, este artificio, cuenta con el beneplácito de los servidores y las autoridades públicas, algunos por ignorancia de los precios operados, y otros desean recibir beneficios indebidos, a sabiendas de que los órganos de control interno y externo no consiguen supervisar todas las compras.

Por lo tanto, entendemos que en los casos de modificaciones de los contratos, este no se podía realizar sin antes pasar por la agencia de control externo.

El control técnico ejercido por el Tribunal de Cuentas de la Unión, Estado o Municipios, o incluso por los órganos legislativos pertinentes, una vez que, éstos por atribuciones propias, tienen a cargo la supervisión de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y de otros organismos vinculados a ellos, ya sean directos o indirectos, sobre todo porque se trata de un control contable, financiero, presupuestario, técnico y operativo.

Con tal procedimiento aumentaría el control efectivo de las cantidades contratadas por entidades públicas y, por otro lado inhibiría a las empresas “aventureras” de participar en concursos, haciendo uso de artificios, desestimulando a las empresas que en realidad tienen las mejores condiciones para cumplir con lo establecido en el caso de la convocatoria.

Este control externo debería ser legalizado a través de cambios en la Ley Federal 8.666/93, con la inserción en la “Sección III”, en la parte “La alteración de los Contratos”.

2.3 Propuesta de Creación de Centrales de Compras con Cuadro Técnico Especialista

Se notó que las agencias públicas brasileñas, en general, no tienen una central de compras para satisfacer su demanda de bienes, servicios y obras.

Esto es más evidente en las administraciones municipales donde todas las Secretarías Municipales tienen legitimidad individual para el desarrollo de procedimientos de licitación, para la adquisición de productos.

A menudo, estas Secretarías siquiera se comunican entre sí para identificar los últimos precios pagados por ciertos bienes, o que fue objeto de adquisición por otro Departamento del municipio, esto hace posible la incidencia del sobredimensionamiento de los precios pagados por el mismo servicio.

Con esto, cada Secretaría tiene, en su composición, servidores para desarrollar el proceso de licitación, lo que desde luego grava en tiempo y costo, al mismo ente público, replicando la misma actividad, siendo que los servidores podrían realizar otras tareas de la administración pública.

En los municipios pequeños, donde la demanda es proporcional, a menudo con una población de menos de tres mil habitantes, ciertamente no tiene la misma complejidad que la de los grandes municipios, como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte y otros, que sin duda, requieren, para la adquisición de bienes, servicios y obras, grandes escalas y dimensiones, exigiendo un tratamiento especializado, es decir, una estructura compleja para satisfacer su demanda.

Pero, en los municipios pequeños, donde la demanda de bienes y servicios y las obras son pequeñas, es posible enumerar todos ellos durante un cierto período del año y por lo tanto resulta ser posible que las adquisiciones, sean realizadas por un Comité de Licitaciones Permanentes.

Las ventajas son inúmeras y de entre ellos se destaca la facilidad de su control por parte del funcionario público o los órganos de control interno, según determinado por la Constitución. Por otro lado, permite que a la propia Comisión pueda realizar un seguimiento de los precios ejercidos en el mercado y tenga en cuenta los últimos precios pagados en los productos idénticos previamente adquiridos por el propio municipio. Por último, permite al gestor público elegir al mejor servidor para componer el Comité de Licitaciones Permanentes. Por lo tanto, esta sería una forma más de control contra la corrupción, en la medida que la centralización de las compras permite una mayor supervisión de las adquisiciones de bienes y servicios y de obras.

En ese contexto, se recomienda, también, el cambio de reglas para regular los procesos de licitación y contratos de la Administración Pública, especialmente en la Ley N° 8.666/93, en la “Sección III”, la parte referente al “Alteración de los Contratos”, consignando que en los municipios, de menos de 80.000 habitantes, se instituya un Comité de Licitación Permanente, para operar la adquisición de cualquier producto, siendo compuesto, al menos por tres servidores entre los cuales dos de ellos son funcionarios titulares para el período que la propia Ley estipula un (1) año, prohibida la reconducción de su mayoría.⁴⁶⁸

2.4 Propuesta de Creación de Mecanismos que Estimulen a que Terceros Comuniquen Actos Corruptos de los Cuales Tengan Conocimientos

La legislación que establece las normas para el procedimiento de licitación y los contratos públicos, Ley Federal 8.666/93, en su Capítulo I, cuando se trata de disposiciones generales, atribuye a todos los que participan en las licitaciones, promovidas por organismos o entidades del Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, el derecho público subjetivo a la fiel observancia del proceso de licitación, siendo que cualquier ciudadano puede supervisar su desarrollo, desde que no interfiera, con el fin de perturbar o impedir la realización de los trabajos (art. 4°).

De hecho esta tarea tiene el objetivo de garantizar que la licitación siga el principio constitucional de la igualdad, la selección de la oferta más ventajosa para la administración y promoción del desarrollo nacional ambientalmente sustentable, siendo este procedimiento operado y juzgado en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, impersonalidad, la moral, la igualdad, publicidad, probidad administrativa, de vinculación al aviso de licitación, y del juicio objetivo.

⁴⁶⁸ El art. 51 de la Ley 8.666/93 tiene la siguiente redacción: "La habilitación preliminar, la inscripción en el registro catastral, su modificación o cancelación, así como las propuestas serán procesados y juzgados por una comisión permanente o especial, de por lo mínimo, tres (3) miembros, siendo por lo menos 2 (dos) de ellos servidores calificados pertenecientes a la plantilla permanente de los órganos administrativos encargados de la licitación § 1°. En el caso de invitación, la Comisión de licitación, excepcionalmente, las pequeñas unidades administrativas de la Comisión y en vista de la escasez de personal disponible, podrá ser sustituido por servidor designado formalmente por la autoridad competente. § 2° La Comisión para el juicio de los pedidos de inscripción en registro catastral, su alteración o cancelación, estará compuesto por profesionales legalmente calificados para obras, servicios o adquisición de equipos. § 3°. Los miembros de la Comisión de licitación responden solidariamente por todos los actos llevados a cabo por la Comisión, salvo posición individual divergente debidamente fundamentada y registrada en el acta elaborada en la reunión en la que se ha tomado la decisión. § 4° La investidura de los miembros de las comisiones permanentes no excederá de un (1) año, prohibió la renovación de la totalidad de sus miembros a la misma comisión en el período siguiente". (Cf. BRASIL, op. cit.)

Es, por tanto, un control popular, ejercido por cualquier persona, la cual incluso puede demandar, en la esfera judicial competente, como está reconocido en la Carta Magna, a través de la “acción popular” (art. 5º, LXXIII) para anular un acto lesivo al patrimonio público o entidad que participe del Estado, en lo que respecta a la moral administrativa, el medio ambiente y al patrimonio histórico o cultural.

Es cierto que la vía judicial es más eficaz, pero resulta ser extrema, ya que pone de relieve la acción de otro Poder de la República, para de esa forma, compeler a la Comisión de Licitación, a que utilice las herramientas adecuadas, determinadas por la Ley, para de ese modo no actuar perjudicialmente frente al Tesoro.

Sin embargo, creemos que puede ser ampliada esta disposición del control popular, de modo que se le permita, a través del dispositivo legal, el reclamo popular de irregularidad que se encuentra en el proceso de licitación, bien como admitir para que sean realizados expedientes investigativos, con la finalidad de comprobar la denuncia y la promoción de la responsabilidad.

La reclamación judicial, a través de la acción popular, exigiría la identificación de una persona con capacidad postuladora, con la finalidad de proponer la medida, es decir, un abogado con formación técnica para hacer peticionar en juicio, en tanto, no siempre hay disponible un técnico para contribuir en el deshacimiento de la irregularidad.

Incluso si se pudiera recurrir a los buenos oficios del defensor público, esto aún no está disponible para todos los brasileños, incluso algunos Estados de la Federación aún no han instalado esta institución, aunque la Constitución la establece desde 1988 (CF, art. 131 a 135).

Esto podría ocurrir a través de la creación de los teléfonos específicos, secciones o incluso cuerpos apropiadas presentes en todos los órganos de la Administración Pública, donde existan licitaciones para la contratación de bienes, servicios y obras, por medio de la recepción de la reclamación y el debido procesamiento, estando obligado a incluir el resultado de la investigación en el procedimiento respectivo. Incluso, aquellas reclamaciones que no prosperen, se tendrían que juntar, todo para mejorar la integridad, la honestidad y la transparencia de los procedimientos de adquisiciones y enajenaciones de activos.

Así, para que sean creados estos órganos, debe ser incluida una modificación en el dispositivos de la Ley de Licitaciones, Ley 8.666/93, más precisamente en el capítulo I, cuando se trata de las disposiciones generales y en la Sección I (artículos 1º a 5º).

2.5 Otras Propuestas de Alteraciones Legislativas Defendidas por el Ministerio Público Brasileño

El Ministerio Público de Brasil, en razón de las acciones contra los actos de corrupción, principalmente, identificados en la “Operación Lava Jato”, viene pugnando por numerosos cambios legislativos, entendiendo que estos, bien podrían atacar los actos de corrupción, abundantes en los órganos públicos del país. Siendo que algunas de estas propuestas están en sintonía con los objetivos de este trabajo.

Para tanto, la Fiscalía ha buscado el apoyo de la población⁴⁶⁹ a través de la presentación de un proyecto de ley de iniciativa popular, el cual puede ser llevado a la Cámara de los Diputados, y para tanto debe cumplir, entre otros, el requisito de admisibilidad de apoyo, consistente en firmas de electores, de por lo menos 1% (un por ciento) del electorado nacional, distribuido al menos, en cinco Estados de la Federación, con no menos de 3.10% (tres décimas por ciento) de los votantes en cada uno de ellos.⁴⁷⁰

Estos cambios legislativos, sin duda, caso aprobados, con o sin modificaciones en las cámaras legislativas pertinentes (Cámara de Representantes y luego el Senado) tendrá validez en todo el territorio nacional.

Estas propuestas son cambios significativos en las leyes ordinarias tanto penales, civiles e incluso en la Constitución Federal de Brasil, para una adecuada adaptación de medidas preventivas y represivas, con el claro objetivo, de eliminar la conducta ímproba, que tanto daña los valores sociales e individuales de la población y socava la gestión de la administración pública.

Con esas alteraciones, se permitirá inculcar en la administración pública su deber de atención total para promover adecuaciones legislativas específicas, tendiente a desarrollar los ajustes y las fiscalizaciones en las relaciones comerciales entre el sector público y privado. Cuidando, con las mejores técnicas, la correcta aplicación de los recursos a favor de beneficiarios de sus servicios, en definitiva, a comprender la dimensión ética estatal en el cuidado de los asuntos públicos.

⁴⁶⁹ Aparece en el sitio web del Procurador General de la Unión que "el Ministerio Público Federal (MPF) comenzó a recoger en todo Brasil, la firma de los ciudadanos que apoyan las diez medidas para mejorar la prevención y la lucha contra la corrupción y la impunidad. Las propuestas legislativas tratan de evitar el desvío de recursos públicos y garantizar una mayor transparencia, rapidez y eficacia a la labor de los fiscales brasileños con reflejo en el poder judicial [...] El MPF tiene como objetivo recoger 1,5 millones de firmas para presentar un proyecto de ley de iniciativa popular al Congreso". Cf. BRASIL. MPF coleta assinaturas para apoio a medidas de combate à corrupção e à impunidade. *Ministério Público Federal*. 2015.

⁴⁷⁰ Art. 61, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Op. cit.

Luiz Morell Acaña, tratando al respecto de la objetividad de la administración pública y de los componentes de la ética de la institución, afirma que

La Administración tiene que comprender la dimensión ética de su propia organización ya que, de ese modo, la ética de la institución viene a ser un elemento estructurador de la misma; proporcionándole un sentido al propio que hacer. Así, la Administración puede ser un espacio ético en el que exista un sentimiento servicial compartido por los elementos personales que la componen. Se podrá, entonces, distinguir con claridad una ética corporativa, propia de sus funcionarios y que aflora frecuentemente a través de los encuadramientos sindicales, y una ética de la institución en si misma considerada. En último término, esa ética de la institución, trazada sobre la tarea que le es propio, dota de un sentido precioso a la moral individual de sus funcionarios; de lo contrario, como tantas veces se observa, los elementos personales de la organización administrativa aparecerán *desmoralizados*, según la observación que realizara Ortega y Gasset: 'Un hombre desmoralizado es simplemente un hombre que no está en posesión de sí mismo, que está fuera de su radical autenticidad y por ello no vive su vida, y por ello no crea, ni fecunda, ni hinche su destino.'⁴⁷¹

2.5.1 Propuesta de Creación de Ley para Establecer Reglas de Responsabilidad en el Ámbito de los Tribunales Regionales Federales y Tribunales de Justicia de los Estados del Distrito Federal y Territorios y de los Respective Ministerios Públicos

Se trata de una propuesta legislativa para la creación de normas de responsabilidad en el ámbito de los Tribunales Regionales Federales de los Estados y del Distrito Federal y Territorios Federales y en sus respectivos Ministerios Públicos, a través de la cual se pretende que estén disponibles, públicamente, las estadísticas globales anuales, al respecto de acciones de malversación y acciones penales administrativas, por categoría, ajuiciadas en los tribunales y que han sido iniciados durante el año; número del proceso, categoría, fase procesal, así como el balance de casos pendientes.

En esta estadística se debía informar el tiempo del procedimiento y el intersticio temporal para obtener algún tipo de decisión judicial o de la manifestación o la promoción de cualquier tipo. Para aquellos casos en que el período vaya más allá de lo razonable, se identificarían los motivos y las medidas administrativas y disciplinarias aplicables.

Anualmente los tribunales antes mencionados deberían informar al Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público de las acciones civiles y penales pertinentes, y las razones que le llevaron, en el caso, a exceder, injustificadamente, los plazos

⁴⁷¹ OCAÑA, Luis Morell. La objetividad de la administración pública y otros componentes de la ética de la institución. In: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 110, abril-junio, Madrid: Civitas, 2001, p. 349.

razonables, una vez que son estos órganos los que realizan el control externo de la actividad judicial y ministerial, respectivamente.

De hecho, esta propuesta está de acuerdo, con una de las vías del combate a la corrupción, porque se fundamenta en el ejercicio del control externo para identificar irregularidades y dimensionar, adecuadamente, las acciones del poder judicial, en el cumplir y hacer cumplir la ley, así como en la demora en las decisiones para determinar la aplicación de las sanciones correspondientes en el tiempo y en debida forma. Vale la pena mencionar la expresión jurídica “justicia tardía es injusticia.”

Además, dado el lento ritmo de la resolución de las controversias atribuidas a la justicia brasileña, el delincuente realmente espera e incluso quiere que le sean imputadas las acusaciones por vía judicial, es decir, tiene conciencia, de que a partir del inicio de la demanda, puede estimar con certeza el lapso temporal para posibles sanciones o para conducir el proceso en dirección a la prescripción de la conducta.

Así, de modo a obtener la debida prestación jurisdiccional, el proyecto idealizado contiene lo siguiente:

Art. 1°. Esta Ley prevé el establecimiento de *responsabilidad en el ámbito de* los Tribunales Regionales Federales, los Tribunales de Justicia de los estados y el Distrito Federal y Territorios y sus fiscales.

Art. 2°. Los Tribunales Regionales Federales, los Tribunales de Justicia de los Estados y el Distrito Federal y Territorios y sus Fiscalías divulgarán, anualmente, las estadísticas generales para cada uno de los organismos y unidades que componen, para demostrar:

I - el número de acciones de conducta ímproba y acciones penales, por categoría, que entraron y fueron instaurados durante el ejercicio, el número de casos, por categoría, que fueron juzgados, archivados o que en todo caso tuvieron su salida realizada definitivamente, y el resto de los casos pendientes, por categoría;

II - el número de acciones de improbidad y las acciones penales, por categoría, que tramitan ante el Órgano o Unidad, con indicación de su respectivo tiempo de procesamiento y del intersticio gastado para obtener algún tipo de decisión judicial o promoción de cualquier tipo.

Art. 3°. En el caso de verificación, por medio de la estadística mencionada en el art. 2°, que las acciones de improbidad y las acciones penales fueron juzgadas en el plazo más allá de lo razonable, serán identificados los motivos y, si sea el caso, serán instauradas las medidas administrativas y disciplinarias aplicables.

Art. 4°. Aquellos que se refieren al art. 1 presentará el informe anual hasta el final del mes de febrero del año siguiente, el Consejo Nacional de Justicia o el Consejo Nacional del Ministerio Público, el cual contendrá las estadísticas que figuran en este artículo, las razones de los retrasos en cuanto a los actos de improbidad administrativa y a las criminales, las informaciones sobre las medidas administrativas y disciplinarias adoptadas y un desglose de las medidas administrativas adoptadas para tener la seguridad de una duración razonable del proceso.

Art. 5. El Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público, con base en el diagnóstico de problemas o propuestas recibidas, trabajarán, incluso, con la creación de comisiones específicas, en el sentido de que sean propuestas medidas legislativas tendientes a garantizar la duración razonable del proceso.

Art. 6°. Se considera, para los efectos de esta Ley, el tiempo de proceso razonable,

aquel que no exceda de dos (2) años, en la instancia original, y un (1) año en la instancia de apelación, a partir de la distribución de proceso.

Art. 7. El Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público, establecerán acto normativo propio, la forma, el contenido y la fecha de difusión de las estadísticas compiladas de diagnóstico de eficiencia en cuanto al procesamiento de actos de improbidad administrativa prevista en este artículo.

Art. 8. Se aplican las disposiciones de esta Ley, en lo que corresponde, a la Ley N° 12.846, 1° de agosto de 2013.⁴⁷²

2.5.2 Propuestas de Alteración de los §7°, 8°, 9° y 10 del art. 17 de la Ley N° 8.429, de 02 de Junio de 1992 para Agilizar la Tramitación de la Acción de Improbidad Administrativa

En buen momento viene la propuesta de modificación de las disposiciones de la Ley N° 8429, de 2 de junio de 1992, más popularmente conocida como “Ley de la improbidad Administrativa”, en particular en los párrafos 7°, 8°, 9° y 10 del artículo 17.

Esto permite restaurar las disposiciones de la Ley a la condición original, que permitía al juez determinar, en razón de una demanda vía acción civil pública, de responsabilidad por daños y perjuicios por un acto de improbidad, después de la finalización de la admisibilidad, que el requerido, dentro del plazo de 15 días, conteste sus términos.

Sucede que, debido a la Medida Provisional N° 2.225 / 2005, llevada por el Presidente de la República, al Congreso nacional, que se convirtió posteriormente en Ley, modificó la redacción original de la Ley de Improbidad, para determinar que el juez, después de recibir la acción civil pública por improbidad administrativa, el acusado de tal conducta tuviera la oportunidad de presentar la justificación previa de los hechos alegados, dentro de 15 días, y solo después es que se puede realizar el juicio sobre la admisibilidad de la acción y, en el caso de siendo positivo, el juez determinaría la citación del requerido para componer la demanda.

Este cambio en la Ley, aunque considerado una demanda a ser operada en el rito procesal común, permitió construir una percepción equivocada al respecto del procedimiento judicial, y permitió al imputado, tener, de derecho, dos momentos procesales que le otorgan la oportunidad de presentar defensa a los hechos.

Esta situación procesal, anormal, en el derecho brasileño, aún perdura y este cambio legislativo pretende alterar tal situación:

Art. 17. La acción principal, que contará con el rito ordinario, será propuesta por el fiscal o por la entidad interesada dentro de los treinta días siguientes de la efectuación de la medida cautelar.

[...]

⁴⁷² BRASIL. Ministério Público Federal. Op cit.

§ 7 – Estando la petición inicial en debida forma, el juez mandará actuarla y ordenará la notificación del acusado para ofrecer respuesta por escrito, que puede ir acompañada de los documentos y justificaciones, dentro de los quince (15) días.

§ 8. Recibida la manifestación, el juez, dentro de los treinta días, en decisión motivada, rechazará la acción, si convencido de la ausencia del acto de improbidad, da improcedencia de la acción o de la inadecuación de la vía elegida.

§ 9. Una vez recibida la petición, será el reo citado presentar contestación.

§ 10. De la decisión que reciba la petición, cabrá agravio de instrumento.

Es por eso que se argumenta que la propuesta presentada por el Ministerio Público restaura la igualdad de armas entre los litigantes en el pleito para la resolución de conflictos de improbidad.

Por otra parte, significa decir que con la aprobación de la modificación de la propuesta se estimula la agilidad de la tramitación de las reclamaciones civiles de responsabilidad por actos de improbidad, es decir, en menos tiempo habría la posibilidad de que se pudiera conseguir una sanción judicial por los actos ilegales cometidos por los funcionarios y autoridades públicas.

El texto del proyecto tiene la siguiente redacción:

Art. 1º. Los §§ 7º, 8º, 9º y 10 del Art. 17 de la Ley N° 8429, de 2 de junio de 1992, entrará en vigor con la siguiente redacción:

Art. 17. [...].

§ 7º. Estando la inicial en debida forma, el juez mandará procesarla y ordenará la citación del requerido para responder la acción y ofrecer contestación, en el plazo de quince días.

§ 8º Juntada la contestación el juez, en el plazo de treinta días, en una decisión fundamentada, rechazará la demanda, si convencido de la ausencia del acto de improbidad, de la no procedencia de la demanda o de la inadecuación de la vía elegida.

§ 9º. La decisión que determinar la continuidad de la demanda, cabe agravio detenido.

§ 10 Se presumen validas las intimaciones y notificaciones dirigidas a la dirección en la cual se citó al reo, cumpliendo a la parte actualizarla cada vez que haya una modificación temporal o permanente.⁴⁷³

2.5.3 Propuesta de Creación de Grupos, Cámaras y Jurisdicciones Especializadas para el Juicio de los Actos Relativos a la Improbidad Administrativa, en el Ámbito de los Tribunales Regionales y de los Tribunales de Justicia de los Estados y del Distrito Federal y Territorios

Con esta medida se propone la creación de cámaras y jurisdicciones especializadas para el juicio de las acciones relacionadas con actos de improbidad administrativa, en el

⁴⁷³ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

ámbito de los Tribunales Federales Regionales y Tribunales de Justicia de los estados y del Distrito Federal y Territorios.

Esta medida se debe a la morosidad de los jueces y miembros de los Tribunales para dar una respuesta satisfactoria en las acciones civiles y penales que buscan la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados en actos ilegales en contra de la Administración Pública.

La administración de la justicia en Brasil se ve envuelta con un gran número de acciones que tramitan tanto en la primera y como segunda instancia del poder judicial.

El Consejo Nacional de Justicia, como órgano de control externo, se viene dedicando intensamente, para solución de este problema, como, por ejemplo, a través del establecimiento de objetivos y metas para abreviar el tiempo de las demandas, pero no ha encontrado suficiente eco.

La Fiscalía Federal en la justificación contenida en la propuesta de creación de, cámaras y jurisdicciones especializadas, consigna que “Está claro, por tanto, que el problema de los retrasos en la tramitación de estas acciones no se resolverá únicamente con los esfuerzos concertados y priorización de los juicios. Por lo tanto, es necesario identificar los factores que realmente influyen en la dificultad de procesar estas acciones, y crear formas de tratarlos⁴⁷⁴”.

El órgano ministerial también se basó en la experiencia de la creación de la Jurisdicción Especializada en el área Penal para juzgar los delitos de lavado de dinero contra el sistema financiero nacional, con sede en Curitiba, lo que ha demostrado éxito en el procesamiento y la resolución de las demandas derivadas de la “Operación Lava Jato”.

Contenido del proyecto propuesto:

Art. 1°. Esta ley prevé la creación de cámaras y jurisdicciones especializadas para el juicio de las acciones relacionadas con actos de improbidad administrativa en el ámbito de los Tribunales Federales Regionales y Tribunales de Justicia de los estados y del Distrito Federal y Territorios.

Art. 2°. Los Tribunales Regionales Federales y los Tribunales de Justicia de los estados y el Distrito Federal y Territorios creará en su estructura, en un plazo de 180 (ciento ochenta) días, Grupos o Cámaras especializadas y transformará una o más jurisdicciones ubicadas en las respectivas capitales en Jurisdicciones Especializadas Tribunales para el juicio de las acciones previstas en la Ley N° 8.429, de 2 de junio de 1992, y la Ley N° 12846, 01 de agosto 2013.

Art. 3°. Las Jurisdicciones Especializadas que trata este artículo pueden acumular el poder de juzgar las acciones delictivas relacionadas con los actos de improbidad administrativa que figuran en la acción civil.

Art. 4°. Tendrán prioridad, de tramitación, en cualquier nivel, los procesos de que trata la presente Ley, incluso durante la ejecución de los actos y medidas y el

⁴⁷⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

cumplimiento de las órdenes judiciales.

Art. 5° El Superior Tribunal de Justicia puede editar un acto normativo para regular la creación del Grupo específica para los efectos de esta Ley.⁴⁷⁵

2.5.4 Propuesta para Añadir el art. 17-A a la Ley N° 8.429, de 2 de Junio de 1992, para Disciplinar el Acuerdo de Indulgencia

Dada la nueva Ley N° 12.846, 1° de agosto de 2013, que tiene reflejo en la Ley N° 8429 de 02 de junio 1992 es que se propone la modificación de esta última añadiendo otra disposición.

Este cambio se justifica porque siendo la Ley N° 8.429/92 uno de los más importantes instrumentos legales en la lucha contra la corrupción, hasta el momento, esta ley no tiene un acuerdo específico de indulgencia, que trate en la Ley de los beneficios legales para la investigación, que decide contribuir activamente con las autoridades competentes.

El Ministerio Público Federal, proponente de esta enmienda legislativa, asegura que

Dicha laguna termina generando una inconsistencia en el sistema, debido a que el mismo hecho puede generar un resultado sancionatorio en diferentes niveles y hay un cierto temor al potencial colaborador de entregar pruebas a cambio del beneficio en una instancia judicial y autoincriminarse en otra instancia, a cambio de ningún beneficio. [Y continúa explicando] Es evidente, que desde un microsistema anticorrupción, es posible extraer la autorización normativa para celebrar acuerdos de cooperación en el ámbito de la improbidad administrativa, pero la ausencia de una norma expresa termina inhibiendo la manifestación espontánea de la investigación o disminuyendo sustancialmente el número de acuerdos celebrados en este ámbito de responsabilidad. Por esta razón, es necesario la inclusión legislativa de acuerdo de indulgencia en la Ley de Improbidad Administrativa, con sus propias y expresas disposiciones en cuanto a los requisitos y beneficios a cambio de una colaboración eficaz.⁴⁷⁶

El contenido del proyecto propuesto dice:

Art. 1°. Se incluye el art. 17-A a la Ley N° 8429 de 2 de junio de 1992, como sigue:
 Art. 17-A. El Ministerio Público podrá celebrar acuerdo de indulgencia con las personas físicas y jurídicas responsables por la práctica de los actos de improbidad administrativa previstos en esta Ley que colaboren efectivamente con las investigaciones, con el proceso judicial, siempre que de tales colaboraciones resulte, acumulativamente:
 I - la identificación de los demás involucrados en la infracción, en su caso;
 II – la obtención rápida de informaciones y documentos que prueben el ilícito que se investiga;
 § 1°. El acuerdo que trata el *caput* solo se puede celebrarse si se completan, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

⁴⁷⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

⁴⁷⁶ Idem, ibidem.

I - se garantice la plena indemnización de los daños cuando se compruebe esta circunstancia;

II - que el interesado acepte someterse a, por lo menos, una de las acciones previstas en el art. 12 de la presente Ley, de acuerdo con la especie del acto de improbidad administrativa cometido;

III - el interesado cese por completo su participación en la infracción investigada desde la fecha de celebración del acuerdo;

IV - el interesado colabore completamente con las investigaciones y el proceso judicial, incluyendo su aparición, en su propio costo, previa solicitud, a todos los procedimientos hasta su cierre;

V - las características personales del interesado y las circunstancias del acto ímprobo indican que la solución adoptada es suficiente para la prevención y para la represión de la improbidad administrativa;

VI - el interesado no haya incumplido un acuerdo anterior en los últimos cinco años;

§ 1º El acuerdo de indulgencia no exime a la persona o entidad de la obligación de reparar completamente el daño.

§ 2º La reparación parcial y espontánea del daño al Tesoro no impide que el Estado adopte medidas compensatorias para alcanzar su compensación total.

§ 3º En las mismas hipótesis del *caput* y § 1º, la Fiscalía podrá dejar de proponer demanda de improbidad, o puede requerir el perdón judicial si el colaborador realice una colaboración efectiva en virtud de este artículo.

§ 4º. La ejecución del acuerdo de indulgencia interrumpe el plazo de prescripción, que solo vuelve a correr en caso de incumplimiento del pacto.

§ 5º. La falta de cumplimiento con el acuerdo aludido el *caput* implica en la presentación de la acción de improbidad administrativa, para la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 12 de la presente Ley, sin perjuicio de la ejecución inmediata del valor relacionado con la compensación por daños al patrimonio público y decurrentes de orden judicial por motivos de incumplimiento del pacto.

§ 6º El acuerdo de indulgencia estipulará por escrito las condiciones necesarias para garantizar la eficacia de la cooperación y el resultado fructífero del proceso y debe ser homologado judicialmente.

§ 7º Las negociaciones y la celebración del acuerdo correrán en sigilo, lo cual será retirado en el caso de la recepción de la acción civil de improbidad administrativa o por consentimiento del colaborador, debidamente asistido por su abogado.

§ 8º Ninguna sentencia será proferida con fundamento, solamente, en las se declaraciones del agente colaborador.

§ 9º No importará en el reconocimiento de la práctica del acto ilícito investigado la propuesta de acuerdo de indulgencia rechazada.⁴⁷⁷

2.5.5 Propuesta de Creación de Ley para Permitir la Prueba de Integridad de los Agentes Públicos

La prueba de integridad administrativa es otro de los mecanismos propuestos para la defensa de la moralidad administrativa, aunque la legislación brasileña no tiene este mecanismo, con el objetivo de verificar el nivel de honestidad de los agentes públicos, para que por esa vía sean prevenidos los actos de corrupción y conducta inapropiada en el servicio público.

⁴⁷⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

Se sugiere que esta prueba se haga, preferencialmente, en las fuerzas de policía y en los agentes de la administración pública en general (Estatal, Distrito Federal y Municipal) debiendo inculcar en los agentes evaluados que en todo momento sus acciones pueden y deben ser objeto de medidas, incluyendo, la seriedad hacia el órgano en el cual proporciona el servicio.

Deltan Dallagnol, uno de los Fiscales Federales y autor de la propuesta de modificación legislativa, describiendo sobre corrupción policial destaca que:

Las condiciones para la aparición de la corrupción en la policía pueden ser *externas* a la policía, como el nivel educativo, los bajos salarios, la falta de reglas claras, cultura institucional, la corrupción del medio en el que se inserta el policía, la impunidad, etc. - o *internas* - la incidencia de la corrupción depende, por ejemplo, de la propensión del individuo a asumir riesgos, de los valores y beneficios implicados en las conductas conforme y contraria a la ley.⁴⁷⁸

Para la aplicación de esta prueba no hay la necesidad de vislumbrar evidencias de que el agente está actuando deshonestamente, sino de darle la percepción de ser transparente en todas sus acciones durante la prestación del servicio público.

Este mecanismo se conoce y se ejerce en los Estados Unidos, Reino Unido y la región administrativa especial de Hong Kong, incluso, recomendado por las Organizaciones de las Naciones Unidas⁴⁷⁹ y Transparencia Internacional.⁴⁸⁰

Es cierto que esta prueba tiene que ser controlada, no se recomienda que sea realizada al capricho de la autoridad administrativa de cualquier de los órganos. Se sugiere que sea activada por Contralores, Defensores del Pueblo u otro organismo supervisor, manteniendo informada a la Fiscalía para el seguimiento de la actuación, de modo a evitar abusos en el desempeño de los organismos ejecutores.

Con este fin, se propone, que el mecanismo sea disciplinado por una ley donde estén especificados los órganos que la pueden realizar; la consistencia de las situaciones de simulación, el período de esta prueba y otras situaciones apropiadas.

⁴⁷⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Corrupção policial. In: SALGADO, Daniel de Resende. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. CHEKER, Monique (Orgs.). *Controle externo da atividade policial pelo ministério público*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 257.

⁴⁷⁹ Results have been positive: a number of intelligence-led integrity tests have resulted in prosecutions and convictions. The quality assurance checks programme has resulted in changes of policy of practice and procedures and additional training". Cf. UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime. *The Global Programme Against Corruption: an anti-corruption toolkit*. 3rd edition, Vienna, September 2004.

⁴⁸⁰ POPE, Jeremy. *Confronting corruption: the elements of a national integrity system*. Berlin: Transparency International, 2000.

El contenido del proyecto idealizado dice que:

Art. 1°. Esta ley crea la prueba de integridad de los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración Pública.

Art. 2°. La Administración podrá, y los órganos policiales deberán, someter a los agentes públicos a las pruebas de integridad aleatorias o dirigidas, cuyos resultados pueden ser utilizados con fines disciplinarios, así como para la instrucción de acciones civiles, incluso de improbidad administrativa y criminal.

Art. 3°. Las pruebas de integridad consisten en la simulación, sin el conocimiento del agente público, con el fin de poner a prueba su conducta moral y la predisposición a cometer ilícitos contra la Administración Pública.

Art. 4°. Las pruebas de integridad se realizarán, preferentemente, por Asuntos Internos, Contralor, Defensor del Pueblo u órgano congéneres de supervisión y control.

Art. 5°. Siempre que sea posible y útil a la consecución de pruebas de integridad, puede ser promovida su grabación audiovisual.

Art. 6°. Los órganos que vayan a ejecutar las pruebas de integridad darán ciencia previa a los fiscales de modo sigiloso y con antelación de quince (15) días, e informarán el alcance, el modo de ejecución y los criterios de selección del examinado, pudiendo el fiscal recomendar medidas complementarias.

Art. 7°. El órgano de supervisión y control anunciarán, cada año, las estadísticas relacionadas con la ejecución de las pruebas de integridad, y mantendrán por un período de cinco (5) años, toda la documentación relacionada con ellas, al que podrá acceder la Fiscalía.

Art. 8°. La Administración Pública no puede revelar la ejecución de las pruebas de integridad, o hacer mención a los agentes públicos averiguados.

Art. 9°. Las pruebas de integridad también pueden ser realizadas por la Fiscalía, o por los órganos policiales, con autorización judicial, en las investigaciones penales o que digan relación con la práctica de actos de improbidad administrativa.

Art. 10. La administración pública, durante la realización de las pruebas de integridad, podrá efectuar grabaciones audiovisuales o registrar, por otro método, lo que sucede en las reparticiones públicas o en los coches policiales y en los coches oficiales, respetando el derecho a la privacidad.

Art. 11. Se aplican las disposiciones de esta Ley, en su caso, a la Ley N° 12.846, 1° de agosto, 2013.⁴⁸¹

Dicho órgano ministerial justificó la creación de la prueba que se ha mencionado anteriormente en la medida en que “Prestigia bajo otro aspecto, el principio Republicano, de que todos los funcionarios públicos deben rendir cuentas de sus acciones y la administración pública debe garantizar la conducción correcta y proba de los asuntos públicos”.⁴⁸²

⁴⁸¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

⁴⁸² BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

2.5.6 Propuesta de Creación de Ley para la Aplicación de Porcentuales de Publicidad para las Acciones y Programas para el Establecimiento de Procedimientos y Rutinas a Fin de Prevenir la Práctica de Actos de Corrupción

El estado brasileño cuando tiene que informar a la población sobre la existencia de una enfermedad grave es ayudado por los medios de comunicación como radio, televisión, periódicos, materiales y programas de publicación, convocándola a buscar las clínicas de salud para recibir las vacunas sobre determinada enfermedad o incluso a tomar un cierto cuidado en la rutina de vida diaria. Así, importantes valores monetarios, de fondos líquidos, son destinados a poner en práctica estas medidas de salud para proporcionar el bienestar social.

Lo mismo, es cierto, sucede cuando se trata de concienciar al respecto de ciertas conductas de los que dirigen los vehículos en las carreteras y en principalmente en los centros urbanos, tales como el uso de cinturones de seguridad; al tráfico con la velocidad compatible; las señales de tránsito; etcétera.

En este sentido, también es importante que el Estado destine un porcentaje de sus recursos para las acciones de publicidad y programas del Gobierno Federal, los Estados, Distrito Federal y Municipios, con el objetivo de establecer procedimientos y rutinas destinadas a prevenir actos de corrupción.

Uno de los ejemplos más famosos de la lucha contra la corrupción es la experiencia vivida en la ciudad de Hong Kong en los años 60, que se basaba en tres pilares: el primero fue el desarrollo de la investigación y sanción de los infractores; el segundo y el tercer pilar se centró en la prevención y la educación, por medio de la campaña realizada en los medios de comunicación para involucrar al público en la lucha contra la corrupción pública y privada, pidiendo la denuncia de las acciones ilegales y tomando la conciencia de los daños sociales individuales que estos causan.

Esta experiencia llevó a la ciudad de Hong Kong a la posición 17 en el ranking mundial de la honestidad en Transparencia Internacional, que elabora índices de diagnósticos globales, con base en la Percepción de la Corrupción.

Silvia Cervellini, Directora de Planificación y Apoyo del Instituto Brasileño de Opinión y Servicios de Investigación (Ibope) responsable de la investigación del índice de percepción, que se ha mencionado anteriormente, dijo que

lo que se destacó fueron los altos niveles de los actos ilegales cometidos a diario por los brasileños. Vimos que 7 de cada 10 cometen algunos de estos actos, y cuando

proyectan para las personas conocidas, eso se vuelve casi un consenso: el 98% piensa que sus conocidos hacen algunos de estos actos, prácticamente todo el mundo.⁴⁸³

La propuesta en este tópico es la siguiente:

[...].

Art. 2º. Durante un período mínimo de 15 (quince) años, del total de recursos utilizados en la publicidad, un porcentaje no inferior el 15% (quince por ciento) por la Unión, el 10% (diez por ciento) de los Estados, Distrito Federal y Territorios y el 5% (cinco por ciento) de los municipios, se invertirá en las acciones y programas de marketing dirigidas a establecer una cultura intolerante con la corrupción.

§ 1º. Las acciones de marketing y programas mencionadas en el *caput* incluirán medidas relativas a la conciencia del daño individual y social causado por la corrupción, el apoyo público para la acción contra la corrupción, el incentivo para la presentación de noticias y denuncias relacionadas con la corrupción y el desaliento, en las esferas públicas y privadas, en este tipo de práctica.

§ 2º. La proporción establecida en el primer párrafo se debe mantener al tiempo de uso de radio, televisión y otros medios de comunicación de masas⁴⁸⁴.

En el proyecto aún se propone que:

[...].

§ 4º. En el plazo máximo de dos (2) años de la vigencia de este artículo, serán publicados carteles visibles en las carreteras federales y estatales, por lo menos a cada cincuenta (50) kilómetros y en ambos sentidos de la pista, que indique, al menos el número de teléfono, dirección del sitio web o el buzón de correo electrónico, por medio del cual se pueden reportar la corrupción de la policía de carreteras a la Fiscalía.

[...].

Art. 3º. Las Contralorías de la Administración Pública y en donde no exista, los cuerpos de fiscalización y control, al menos para los próximos quince (15) años se harán, al menos dos (2) capacitaciones anuales con relación a los procedimientos y rutinas que deben adoptarse en situaciones propicias para la incidencia de actos de conducta ímproba, entre los cuales el ofrecimiento o la promesa de sobornos.⁴⁸⁵

2.5.7 Propuesta de Alteración Constitucional para Asegurar el Sigilo de la Fuente de Información que Dio Origen a la Investigación Relacionada a la Práctica de Actos de Corrupción

Se trata de una iniciativa legislativa que pretende crear un nuevo mecanismo destinado a proteger la moral pública y la probidad administrativa, la regulación del sigilo de la fuente de información que da origen a la investigación relacionada con la práctica de actos de corrupción.

⁴⁸³ CERVELLINI, Silvia. 75% de los brasileños admiten que serían capaces de cometer irregularidades en cargos públicos. 2015.

⁴⁸⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

⁴⁸⁵ Idem.

En realidad la intención es de legitimar la figura del informante confidencial, distinguiendo el informante anónimo, éste desconocido.

La legislación brasileña aborrece al informante anónimo. El Superior Tribunal de Justicia no da la menor credibilidad a los denunciadores anónimos. Esto queda claro en la sentencia cuyo resumen se transcribe a continuación:

La declaración anónima no es evidencia de la autoría delictiva, aunque inicial, pero genera noticias dirigidas por personas que no tienen compromiso con la verdad del contenido de la información, teniendo en cuenta que la falta de identificación hace que sea imposible, inclusive, su responsabilidad por la práctica de denuncia calumniosa (art. 339 del Código Penal).⁴⁸⁶

El Supremo Tribunal Federal, en decisión similar y plenaria, ratificó ese entendimiento expuesto:

Se indaga cuál la *ratio legis* de las disposiciones del artículo 144 de la Ley N° 8.112/90. La razón de la ley es la siguiente: evitar el denunciar irresponsable. Uno que irresponsablemente denuncia, debe ser responsable de su acto, responder ante los tribunales por los daños causados al honor subjetivo. El procurador Antonio Carlos Alencar Carvalho, en trabajo sobre el tema [...] escribe: “El precepto del art. 144 de la Ley 8.112/90, tiene el alcance de preservar la dignidad de la función pública y es un derecho subjetivo de los servidores frente a las denuncias vacías, sin fundamento, de persecución política, de ataques contra el honor, perpetrados por enemigos o personas de mala fe con el fin de evitar que, bajo el manto del anonimato, terceros irresponsables vengan a difamar la imagen y el honor de los ciudadanos que se preocupan en servir a la cosa pública, [...]. Sin reglas, individuos sin escrúpulos se utilizarían del anonimato y de la impunidad, para todos los tipos de difamación y calumnia, sin al menos la oportunidad de defensa para el ofendido, que sufren la vergüenza de la apertura de investigaciones y procedimientos administrativos disciplinarios, cuyo contenido se termina por reflejar públicamente, en el ámbito de la repartición pública, con el irreparable gravamen al funcionario acusado ilegalmente. Perfecto este entendimiento.”⁴⁸⁷

Es necesario, entonces, que la identidad del informante confidencial sea conocida, pero no revelada por razones importantes de interés público. El objetivo principal de la regla, justifica la Fiscalía, es “crear un ambiente en el cual los ciudadanos que tienen conocimiento de actos de corrupción informen acerca de la práctica ilegal, aun cuando temen un riesgo para su integridad física o la de alguien cercano, que es muy común”.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Decisión en el Agravio Regimental en el Recurso Especial n° 295155/TJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justicia/Brasília-DF, siendo relator el Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça em 05 de agosto de 2002, p. 347.

⁴⁸⁷ Ver decisión en el Mandamus n° 24.405-4 Distrito Federal/DF, de fecha de 03/12/2003, relator Min. Carlos Veloso, impetrante Eculides Duncan Janot de Matos e impetrado Presidente del Tribunal de Cuentas de la Unión. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça em 23.4.2004

⁴⁸⁸ Se verifica que “En la experiencia de la región administrativa especial de Hong Kong, el lema central de la primera fase del proceso de cambio cultural, a partir de la década de 1970, fue el “informe la corrupción”. (Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.).

La propuesta en este punto es la siguiente:

Art. 1°. Esta Ley disciplina, en conformidad con el art. 5°, XIV de la Constitución Federal, el sigilo de la fuente de la información que da lugar a la investigación relacionada con la práctica de actos de corrupción.

Art. 2°. En las esferas administrativas, civiles y penales, puede la Fiscalía resguardar el sigilo de la fuente de información que dio origen a la investigación relacionada con la práctica de actos de corrupción, cuando tratarse de medida esencial para acceder a los datos o la seguridad del informante o por otra razón de interés público, debidamente aclarada en procedimiento de investigación.

Párrafo único. La Fiscalía podrá nominar agente público, incluso policial, para declarar sobre el carácter y la confiabilidad del informante confidencial, que deberá resguardar la identidad de estos últimos, bajo pena de responsabilidad.

Art. 3°. Nadie puede ser condenado únicamente en base a testimonio de informante confidencial.

Art. 4°. En el caso del conocimiento de la identidad del informante confidencial ser esencial para el caso concreto, el juez o tribunal, a lo largo de la instrucción o después de nivel de recurso, podrá ordenar a la Fiscalía que opte entre la divulgación de la identidad de ese o pierda el valor probatorio de las pruebas presentadas, a excepción de la validez de las demás pruebas producidas en el proceso.

Art. 5°. Comprobada la falsedad deliberada de la acusación formulada por el informante confidencial, será revelada su identidad y podrá responder por los delitos de denuncia calumniosa o falso testimonio, sin perjuicio de las acciones civiles aplicables.

Art. 6°. Se aplican las disposiciones de esta Ley, en lo que cabe a la Ley 12.846, 1° de agosto, 2013.⁴⁸⁹

2.5.8 Propuesta para la Criminalización del Enriquecimiento Ilícito de Agentes Públicos

Actualmente no es penalmente castigada por la legislación brasileña la conducta de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Esta conducta, sin embargo, es punible en el ámbito civil, como un acto de improbidad, sujeto a la pérdida de los bienes o valores ilegalmente añadidos a su patrimonio; indemnización integral de los daños, si los haya; pérdida de la función pública; suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años; multa civil de hasta tres veces el valor del aumento de capital y la prohibición para contratar con el gobierno o recibir beneficios o incentivos fiscales o de crédito, directa o indirectamente, incluso a través de entidad jurídica de la que es el accionista mayoritario por un período de diez años (art. 12, inciso I de la Ley 8429/92), cuyos detalles las conductas se enumeraron en el capítulo II de esta tesis, cuando se trató de la responsabilidad civil de los funcionarios y autoridades públicas.

⁴⁸⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

Por ello, es de suma importancia que la conducta, que promueve el enriquecimiento ilícito, también sea criminalizada, una vez que esto significa otro refuerzo en las medidas adoptadas para luchar contra la corrupción.

La Fiscalía Federal propone la penalización del enriquecimiento ilícito y justifica la medida diciendo que “el enriquecimiento ilícito, además de ser una prueba indirecta de la corrupción, es en sí misma desvalorada socialmente, una vez que revela un acto inmoral e ilegal de los funcionarios públicos, de los cuales se espera un compromiso más de acuerdo con la ley, de lo que se espera del ciudadano medio. Aquí es una sanción con respecto a la disparidad patrimonial, comúnmente ocultada o disfrazada del funcionario público, sujeto siempre a las reglas de escrutinio, transparencia y la buena fe.”⁴⁹⁰

Y siguiendo, se llama la atención sobre los tratados internacionales firmados por Brasil sobre la penalización del enriquecimiento ilícito:

Objeto de los tratados internacionales firmados por Brasil, la penalización del enriquecimiento ilícito se muestra como instrumento adecuado para proteger la lisura de la administración pública y la equidad social. No se puede ignorar el patrimonio incompatible acumulado con ingresos lícitos obtenidos por los funcionarios públicos, es la evidencia de que hubo una práctica de antecedente crimen contra la administración pública. Cabe destacar que la corrupción y la malversación de fondos se muestran trayectorias probables para este enriquecimiento injusto. Riqueza sin causa aparente se muestra, por lo tanto, la evidencia que permite el establecimiento de procedimientos formales de investigación, para verificar que no había ninguna adquisición patrimonial ilícita. No hay inversión de la carga de la prueba, incumbiendo a la acusación, en la instrucción procesal, la demostración de la incompatibilidad de los bienes con los salarios, activos, recibos o negociaciones legales del servidor público. No hay que olvidar que el servidor público transita en un ambiente en el cual la transparencia debe prevalecer, a diferencia de lo que sucede en el mundo de la vida privada, que no reciben recursos de la sociedad. Obligaciones por tanto, como la presentación de la declaración de bienes, a ejemplo del control interno institucional y por el Tribunal de Cuentas. El delito de enriquecimiento ilícito, específicamente en la corrupción administrativa, en la cual el corruptor y el corrupto mantienen un interés mutuo en el sigilo de los hechos, da señales de política criminal apropiada, buscando consecuencias y no primordios (como la recepción y el blanqueo de dinero). Es criminalización secundaria, perfectamente admitido en nuestro derecho. Tiene el objetivo de obstaculizar la inmensa y desastrosa tradición de la corrupción administrativa, que de acuerdo con los índices de percepción social, nunca se detiene.⁴⁹¹

La propuesta tiene la siguiente redacción agregando el art. 312-A al Código Penal para que sea crimen el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos.

⁴⁹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

⁴⁹¹ Idem.

I - CÓDIGO PENAL

1. Crimen de enriquecimiento ilícito.

Art. 312-A. Aumento.

1.1. Propuesto de la adición del art. 312-A.

Enriquecimiento ilícito:

Art. 312-A. Adquirir, vender, prestar, alquilar, recibir, asignar, poseer, usar o disfrutar, de modo no eventual de bienes, derechos o valores cuyo valor sea incompatible con los ingresos percibidos por el funcionario público o la persona a él equiparada, debido a su cargo, empleo, servicio o cargo público electivo, o obtenidos por otros medios legales:

Pena – prisión de 3 (tres) a 8 (ocho), y la confiscación de bienes, si el hecho no constituye un elemento del delito más grave.

§ 1º Se caracteriza enriquecimiento ilícito, incluso si, observadas las condiciones del *caput*, haya amortización o extinción de deudas del agente público, o de quien a él equiparado, incluso por tercera persona.

§ 2º Las penas serán incrementadas en la mitad a dos tercios si la propiedad o posesión de los bienes y activos sea atribuida, de manera fraudulenta, a terceros.⁴⁹²

2.5.9 Propuesta de Modificación de las Disposiciones del Código Penal para Aumentar las Penas de los Delitos Previstos en los arts. 312 (Malversación) y §1º (Malversación Culposa), 313-A, 316, 316 §2º, 317 y 333 y Volverlas Hediondas en la Forma Más Onerosa

Los cambios propuestos aquí apuntan a la corrupción en el sentido más amplio del término, en el sentido de una conducta de alto riesgo contra las autoridades públicas.

Las sanciones aplicadas, actualmente, por la ley brasileña no son proporcionales a la conducta practicada por el infractor, eso, con el fin de disuadirlo de la iniciativa para practicarla o incluso repetirla.

Las condenaciones verificadas, hasta el momento, en dicha conducta, en general quedan cerca del mínimo legal, es decir, dos (2) años, en la medida en que constituye un derecho de ser condenado a ese tiempo, especialmente, cuando se trata de un delincuente primario.

El juez, al aplicar la pena a un caso concreto corrupción, tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 59 del Código Penal, que prescribe así:

Art. 59. El juez, teniendo en cuenta la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del agente, las razones, circunstancias y consecuencias del delito y la conducta de la víctima, establecerá, según sea necesario y suficiente para la reprensión y prevención del delito:

I - las penas aplicables entre los conminados;

II – la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos;

⁴⁹² BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

- III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena de privación de libertad;
- IV - la sustitución de la pena de privación de libertad aplicada para otro tipo de condena, aplicable.

Y en la secuencia tendrá que obedecer el parámetro, establecido en el art. 68, que dice “Art. 68 La pena base será fijada con los criterios del art. 59 de este Código”, así, luego después serán consideradas las circunstancias atenuantes y agravantes, y por último, las causas de disminución y de aumento.

Teniendo en cuenta estas disposiciones legales, es evidente que el derecho penal brasileño ha adoptado la denominada metodología de trifásica para la individualización judicial de la pena, ya que, primero, tenemos en cuenta las circunstancias jurídicas; después de las circunstancias atenuantes y agravantes legales; y, por último, las causas generales y específicos de reducción y aumento de la pena, en ese orden.

Los Tribunales brasileños, incluyendo la Suprema Corte reconoce la legalidad de la sentencia del mínimo legal, como se verifica a seguir:

Habeas Corpus. El tráfico de narcóticos. REDUCTOR PENAL. REO PRIMARIO ACUSADO Y PENA DE FIJACIÓN EN EL MÍNIMO LEGAL. COACCIÓN ILEGAL. ORDEN CONCEDIDA. 1. Si el agente es primario y las penas son fijadas en el mínimo legal, caracteriza a la coacción ilegal a la aplicación de los reductos de penas previsto en el artículo 33, párrafo 4º, de la Ley Nº 11.343/2006 en el piso mínimo, sin la debida fundamentación. 2. Orden concedida, para reducir las condenas a un año y ocho meses de prisión y el pago de ciento sesenta y ocho multas diarias “(STJ - HC N º 118762 MG 2008 / 0230547-9).

Por otra parte la Fiscalía Federal justifica la modificación de las sanciones penales porque:

El aumento de la pena mínima de los crímenes más graves contra la administración pública, para cuatro años significa que incluso los infractores por primarios, y acusados de cuello blanco, normalmente, son primarios cuando practican el crimen. Siendo que tendrán sus penas reemplazadas por multas que restringen los derechos y comenzarán el cumplimiento de la pena, como mucho, en régimen semiabierto. Nadie que practica la corrupción puede iniciar con un régimen abierto, que en muchos casos, por falta de lugar adecuado, en la práctica, significa sin penalización. A esto se añade la sentencia mínima, actualmente vigente en dos años, y la cual se aplica con frecuencia en casos de este tipo de delitos, debido a la metodología que se utiliza para fijar la pena en nuestro sistema, hecho ese que termina atrayendo la prescripción en tan solo 4 años, eso es lo que sucede, como regla, en casos de crímenes cuello blanco. Una pena mayor, permitiría un plazo más dilatado de investigación y persecución del delito, probablemente, sin tantas prescripciones, tiempo ese necesario debido a ser, generalmente, una investigación compleja y los delitos cometidos en de forma silenciosa.”⁴⁹³

⁴⁹³ Verificar las diez medidas contra la corrupción propuestas por el Ministerio Público Federal de Brasil. Op. cit.

Consta en el proyecto idealizado que:

I - CÓDIGO PENAL

1. Modificación de las penas de los crímenes más dañinos contra la administración pública.

Arts. 312 y §1º, 313-A, 316, 316 §2º, 317 y 333. Enmienda.

1. a.i. Redacción actual del arte. 312:

Malversación

Art. 312. [...].

Pena - reclusión de dos a doce años y multa.

[...].

1. a.ii. Propuesta de redacción.

Malversación

Art. 312. [...].

Pena - reclusión de cuatro a doce años y multa.

[...].

1. b.i. Redacción actual del art. 313-A:

“Introducción de datos falsos en el sistema de información

Art. 313. [...].

Pena - reclusión de dos a doce años y multa.

[...].

1. b.ii. Propuesta de redacción.

“Introducción de datos falsos en información del sistema

Art. 313. [...].

Pena - reclusión de cuatro a doce años y multa.

[...].

1. c.i. Redacción actual del art. 316:

Concusión

Art. 316. [...].

Pena - reclusión de dos a ocho años y multa.

Exceso de exacción

[...].

§ 2º...

Pena - reclusión de dos a doce años y multa.

1. c.ii. Propuesta de redacción.

Concusión

Art. 316. [...].

Pena - reclusión de cuatro a doce años y multa.

Exceso de exacción

[...].

§ 2º...

Pena - reclusión de cuatro a doce años y multa.

1. d.i. Redacción actual del arte. 317:

Corrupción pasiva

Art. 317. [...].

Pena - reclusión de dos (2) a doce (12) años y multa.

[...].

1. d.ii. Propuesta de redacción.

Corrupción pasiva

Art. 317. [...].

Pena - reclusión de cuatro (4) a doce (12) años y multa.

[...].

1. e.i. Redacción actual del art. 333:

Corrupción activa

Art. 333. [...].

Pena - reclusión de dos (2) a doce (12) años y multa.

[...].

1. e.ii. Propuesta de redacción.

Corrupción activa

Art. 333. [...].

Pena - reclusión de cuatro (4) a doce (12) años y multa.

[...].

2. *Gradación de las penas de los delitos más dañinos contra la administración pública, de acuerdo con la ventaja o el daño económico causado.*

Artes. 327-A. Aumentar.

2. i. Propuesta de inclusión del art. 327-A.

Art. 327-A. Las penas de los delitos de arts. 312 y §1º, 313-A, 316, 316 §2º, 317 y 333 serán las siguientes:

I - pena de prisión de siete a quince años si la ventaja o perjuicio es mayor o igual a cien salarios mínimos vigentes al tiempo del hecho;

II - pena de prisión de 10 a dieciocho años, si la ventaja o perjuicio es igual o mayor a mil salarios mínimos vigentes al tiempo del hecho;

III – reclusión de doce a veinticinco años, si la ventaja o perjuicio es igual o superior a diez mil salarios mínimos vigentes al tiempo del hecho.

§ 1º - El párrafo anterior no excluye la aplicación de un aumento de causas o la disminución de la pena, en virtud de la parte general o especial de este Código.

§ 2º La progresión del régimen de cumplimiento de la pena, la concesión de la libertad condicional y la conversión de la privación en restricción de los derechos, en su caso, están condicionadas a la restitución de los beneficios indebidamente obtenidos o su equivalente y plena indemnización de los daños.

3. Alteración y graduación de las penas del crimen de malversación de fondos, especialmente cuando se da contra la Administración Pública, de acuerdo con la ventaja o el daño económico causado.

Art. 171. La alteración y adición.

3. i. Redacción actual del art. 171, §3º:

Art. 171. [...].

Pena - reclusión de uno a cinco años y multa de quinientos mil reis a diez contos de reis.

[...].

§3º - Los pena sube a un tercio si el delito se comete en detrimento de la entidad de derecho público o de instituto de economía popular, asistencia social o beneficencia.

3. ii Propuesta de redacción.

Art. 171. [...].

Pena - reclusión de dos a ocho años y multa.

[...].

§3º - La pena aumenta hasta un tercio si el delito se comete en detrimento de instituto de economía popular o beneficencia.

§4º - Si el crimen es cometido en detrimento del erario o de instituto de asistencia social, la pena será de:

I - pena de prisión de cuatro a diez años si la ventaja o perjuicio es mayor o igual a cien salarios mínimos, vigentes al tiempo del hecho;

II - pena de prisión de seis a doce años si la ventaja o perjuicio es mayor o igual a mil salarios mínimos, vigentes al tiempo del hecho;

III - prisión de ocho a catorce años si la ventaja o perjuicio es igual o superior a diez mil salarios mínimo, vigentes al tiempo del hecho.

§5º - El párrafo anterior no excluye el uso de las causas de aumento o disminución de la pena, en virtud de la parte general o especial de este Código.

§ 6º. En los casos previstos en el §4º, la progresión de régimen de cumplimiento de la pena, la libertad condicional y la conversión de la pena de privación en restricción de derechos, cuando admisibles en su caso, quedan condicionados a la restitución de las ventajas indebidamente obtenidas o de su equivalente y resarcimiento integral de los daños.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ Verificar las diez medidas contra la corrupción propuestas por el Ministerio Público Federal del Brasil. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

2.5.10 Otras Propuestas de Alteraciones de Orden Criminal

La Fiscalía Federal propuso también otros cambios de orden criminal, que solamente registramos una vez que su contenido no es específico al tema de tesis que aquí se desarrolla, esto, con el objetivo de ilustrar, la amplia demanda de cambios estructurales, necesarios en Brasil, para hacer frente a la corrupción.

- a) Modificar el Decreto-Ley N°. 3689, de 3 de octubre, 1941 - Código de Proceso Penal - el art. 580-A, para disciplinar en definitiva los recursos manifiestamente dilatorios;
- b) Modifica el Decreto-Ley N°. 3689, de 3 de octubre, 1941 - Código de Proceso Penal - el art. 578-A, para disciplinar los pedidos de vistas dentro de los tribunales.
- c) Cambios en el art. 600, párrafo 4°, 609, 613, 620, 647, 652, 664, todos del Código de Proceso Penal - y agrega el art. 638-A también al Código de Proceso Penal con el fin de mejorar la eficiencia de Justicia en la revisión de los recursos.
- d) Modifica el artículo 96 para incluir el párrafo único y agrega §4° al artículo 102 y al artículo 105-A de la Constitución Federal.
- e) Incluye el art. 91-A al Código Penal para hacer posible el decomiso ampliado y crea una ley específica para disciplinar la acción para extinción de dominio.
- f) Cambia los arts. 563-573 del Código de Proceso Penal para revisar la hipótesis de nulidad.
- g) Cambios en los arts. 110, 112, 116, 117, todos del Código Penal, incluye el §2° al art. 337-B también del Código Penal, que tienen que ver con la prescripción en ley penal.
- h) Altera la Ley 9.096/95 para incluir la responsabilidad de los partidos políticos por actos de corrupción y similares.⁴⁹⁵

⁴⁹⁵ Verificar las diez medidas contra la corrupción propuestas por el Ministerio Público Federal del Brasil.. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Op. cit.

3 MEDIDAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Como se señaló anteriormente, la Carta Magna de la Nación estableció un nuevo perfil a los fiscales brasileños, que hasta entonces se ocupaban solamente con la responsabilidad penal de quienes infringían la norma penal.

En esta nueva concepción de *institución permanente y esencial para la función jurisdiccional del Estado*, teniendo como principios institucionales la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional, está incumbida de la defensa de orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales (CF, art. 127 párrafo único).

Entre las muchas funciones institucionales, en el aspecto que se refiere a este trabajo, le encargó de

velar por el efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública para los derechos garantizados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias para su garantía (CF, 127 II) y promover la demanda civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos (CF, 127, III) y promover la acción de inconstitucionalidad o la petición para la intervención de la Unión y de los Estados, en los casos previstos en esta Constitución (CF, art. 127, IV).

Con esos cargos la Fiscalía también realiza el control externo de la administración pública cuando se promueve la acción civil pública junto al poder judicial por daños y perjuicios al Tesoro; para la declaración de los actos de improbidad administrativa de los agentes y de las autoridades públicas por la violación de los principios rectores de la administración pública (legalidad, la moralidad, la impersonalidad, la publicidad y la eficiencia) o incluso cuando se ingresa con demanda para la declaración de inconstitucionalidad de Ley que pueda comprometer la promoción del interés público y social.

Sin embargo, a pesar de que en todos las Comarcas⁴⁹⁶ haya un representante del Ministerio Público, no todas tienen un representante específico para tratar de los controles de los actos administrativos, especialmente para aquellos actos más perjudiciales para el Tesoro, realizados por procedimientos de licitación, en regla deficientes.

⁴⁹⁶ Bajo la ley brasileña un distrito judicial puede consistir en uno o más municipios en los que el Poder Judicial decide disputas existentes, como ejemplo en el Estado de Paraná, distrito judicial de Maringá comprende los municipios de Maringá, Paçandu, Floresta, Ivatuba y Doutor Camargo. Cf. BRASIL. Lei nº 14.277, de 30 de dezembro de 2003 do Estado do Paraná, *Diário Oficial do Estado do Paraná nº 6636 [da] República Federativa do Brasil*, Curitiba, de 30 de dezembro de 2003.

Pese a lo mucho que se ha trabajado en Brasil y de lo realizado por la Fiscalía, todavía hay una demanda significativa para conducir a la administración pública, en una senda anti corrupción solida y eficiente.

Es por eso que se piensa, que mismo con la actuación destacada de la institución siguen habiendo numerosos servidores incrustados en la Administración Pública, que continúan desviando fondos públicos para intereses privados, generalmente, para finalidades diversas de lo que debe ser el destino normal.

Por lo tanto, dada la legitimidad y la laboriosidad con que la Fiscalía es reconocida en la sociedad brasileña, especialmente en el trato de la malversación de los fondos públicos, a menudo debido a un proceso de licitación y contratos irregulares, se impone un estudio en su forma de actuar.

En esta senda, ya sabe que se vuelve necesaria la regionalización de sus actividades en defensa de los bienes públicos, porque no se puede olvidar el tamaño de cualquiera de los Estados de la Federación.

Por cierto, el estado de Paraná, que no es uno de los mayores Estados de la Federación en dimensiones territoriales tiene similares a las de los territorios de países como España, Francia o Italia y muchos otros de la Unión Europea.

Esta regionalización implica en la creación de órganos regionales dotados de un número suficiente de Fiscales, con los asistentes, y expertos capacitados para el examen de los actos de la administración pública, en particular, los que tratan de la aplicación de los fondos públicos para la compra de bienes, servicios y obras, así como para los que implican violaciones a los principios de legalidad, la moralidad, la impersonalidad, la publicidad y eficiencia.

Para eso, es necesario que sean realizados cambios en sus leyes orgánicas, incluso cambios administrativos, especialmente, aquellos que rigen a los Fiscales estatales, una vez que es en ese ámbito que se realizan las mayores cantidades de actos ilegales cometidos en las administraciones públicas estatales y locales.

Entendemos, por tanto, que con esta actividad regionalizada, especialmente ejercida por los representantes de la Fiscalía de los estados de la Federación, presente en los 26 Estados Federales, se podría seguir, con más proximidad los procedimientos licitatorios, y controlar la regularidad de los actos de la administración pública y brindar una mayor certeza en la aplicación de los fondos públicos, para garantizar, la eficiencia en el logro de los objetivos propuestos por las entidades públicas, cuyo objetivo final es la promoción del bien común.

4 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS A SER IMPLEMENTADAS POR LOS ÓRGANOS PÚBLICOS

Se denota a lo largo de esta investigación que los órganos de la Administración Pública se resisten a cumplir con algunos comandos legales, que en caso de aplicarse podrían tener un impacto satisfactorio en la lucha contra el sistema de la corrupción. En ese contexto existen cuatro puntos que merecen destaque.

El primero de ellos es resultante de la disposición constitucional de que todos los poderes de la República Federativa de Brasil tiene un control interno de una manera integradora para evaluar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el plan plurianual, la implementación de los programas de gobierno y el presupuesto de la Unión, Estados Distrito Federal y los municipios.

Tal mecanismo objetiva verificar la legalidad y la evaluación de los resultados, en cuanto a la eficacia y eficiencia de la aplicación presupuestaria, la gestión financiera y patrimonial de los organismos y entidades del gobierno Federal, Estatal, del Distrito Federal y de los Municipios, así como el uso de los recursos públicos por parte de entidades privadas, ejerciéndose, por ese medio, también el control de préstamos, garantías, así como los derechos y haberes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, y para apoyar, de esa forma, el control externo en el ejercicio de la misión institucional.

Como se mencionó anteriormente, los mecanismos de control (capítulo IV) en los municipios (ejecutivo y legislativo) son escasos, raros son los municipios que mantienen un personal específico, con la tarea de desarrollar el control interno y de forma sistemática y cuando lo posee generalmente es para mantener las apariencias, una vez que los responsables tienen cargos comisionados, es decir, de libre nombramiento y cese del responsable del Poder Ejecutivo o Legislativo y, por lo tanto, no realiza la tarea requerida con la estabilidad, independencia e impersonalidad mínima necesaria.

Por lo tanto, para la aplicación de este control interno, eficiente, es necesario, que los agentes públicos sean admitidos por concursos públicos y tengan posiciones efectivas, en los que exista la garantía mínima de la estabilidad en la función de servidor público.

El segundo se refiere al hecho de la necesidad de mantener a los miembros de la Comisión de Licitaciones (que anteriormente recomendamos que sean permanentes) instruidos para tal objetivo, con la realización de cursos de perfeccionamiento periódicos, a fin de desempeñar mejor la función de seleccionar las propuestas más ventajosas de las empresas, siempre desde la perspectiva de que la Administración Pública es la mayor

consumidora de bienes, servicios y obras de construcción, lo que requiere, por tanto, la mejor capacidad para procesar estas adquisiciones.

Este perfeccionamiento puede ser de iniciativa del órgano donde la Comisión de Licitación actúa, o de orientación emanada de los Tribunales de Cuentas a que están sujetos las entidades respectivas para la rendición de cuentas.

El tercer aspecto, sería el requisito de que todos los servidores y las autoridades públicas proporcionasen, periódicamente las declaraciones anuales de sus bienes y valores que constituyen su patrimonio en particular, en obediencia a la Ley Federal N° 8.429, de 2 de junio de 1992, en los términos que están a seguir:

Art. 13. La pose y el ejercicio del agente público están condicionados a la presentación de la declaración de bienes y valores que constituyen su capital privado con el fin de ser presentada en el Servicio de Personal competente.

§1° - La declaración debe contener bienes inmuebles, muebles, semovientes, dinero, bonos, acciones y cualquier otro tipo de bienes y valores, que se encuentra en el país o en el extranjero, y en su caso, se referirá a los bienes y valores de los activos del cónyuge o pareja, los hijos y otras personas que viven bajo la dependencia económica del declarante, excluidos solo los objetos y utensilios para el hogar.

§2° - La declaración de bienes será anualmente actualizada y en la fecha en que el funcionario público deje el ejercicio del mandato, cargo, empleo o función.

Dicha ley contiene disposiciones que incluyen la pena de despido, de interés del servicio público, sin perjuicio de otras sanciones, para aquel funcionario público que se niega a declarar los bienes en el plazo especificado, o que prestar falsa declaración (§ 3°).

Sin embargo, raros son los órganos de gobierno, en particular los órganos de los municipios brasileños, que atienden el comando de dicha disposición y, por tanto, la brecha para que el delincuente cometa actos ilegales, especialmente, los orientados a obtener beneficios económicos ilícitos para engordar sus activos privados.

Sin temor a equivocarnos, si fuese efectiva la exigencia de tener que presentar, una prueba anual de los activos y valores de capital privado de los servidores y las autoridades públicas, como se prevé en la Ley mencionada, sin duda habría un menor enriquecimiento ilícito a expensas del erario. Por tanto, es este un medio, eficaz, aunque nada utilizado, en la lucha contra la corrupción de servidores y de la autoridad pública.

La cuarta medida administrativa aseguraría la obediencia al cumplimiento de toda la Administración Pública brasileña de la Ley de Transparencia (Ley N ° 12.527, de 18 de noviembre de 2011), es decir, establece los procedimientos que deben ser observados en el ámbito Federal, Estatal, Distrito Federal y Municipios, con el fin de garantizar el acceso a la información, incluso con la divulgación por todos los medios, incluidos los electrónicos, de

todos los gastos e ingresos públicos, para que todos los brasileños puedan acompañar el desarrollo de estos en el cumplimiento de metas y la promoción del bien colectivo.

Como se ha señalado, esta ley, aunque tardíamente, está en vigor desde noviembre de 2011 y no tiene una aplicación efectiva en todos los órganos de gobierno.

En el preámbulo de la Ley de Transparencia y acceso a la información pública y del buen gobierno de España se consigna que:

La Ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica. Igualmente, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último, se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía.⁴⁹⁷

Vale la pena traer las recomendaciones sobre los principios extraídos de Tell Nolan, cuyo origen está en la petición del primer ministro británico para el establecimiento de las normas de conducta en la vida pública, lo que podrá inspirar la actuación de los políticos y funcionarios públicos, mencionado por Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno:

- a) Desinterés: los que ocupan cargos públicos deberían tomar decisiones solo con arreglo al interés público.
- b) Integridad: los que ocupan cargos públicos no deberían colocarse bajo ninguna obligación financiera o de otro tipo con terceros u organizaciones que puedan influirles en el ejercicio de sus responsabilidades oficiales.
- c) Objetividad: al resolver sobre asuntos públicos, incluidos los nombramientos públicos, la contratación pública o la recomendación de individuos para recompensas y beneficios, los que ocupan cargos públicos deberían elegir por razones de mérito.
- d) Responsabilidad: los que ocupan cargos públicos son responsables de sus decisiones y acciones ante el público y deberían someterse a procedimientos de control que fueran apropiados para su cargo.
- e) Transparencia: los que ocupan cargos públicos deberían obrar en la forma más abierta posible en todas las decisiones que toman y limitar la información solo en el caso de que eso sea lo más necesario para el interés público.
- f) Honestidad: los que ocupan cargos públicos tienen la obligación de declarar todos los intereses privados relacionados con sus responsabilidades públicas y de tomar medidas para solucionar cualquier conflicto que surja de tal forma que proteja el interés público.

⁴⁹⁷ ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Op cit.

g) Liderazgo: los que ocupan cargos públicos deberían fomentar y apoyar estos principios con liderazgo y ejemplaridad.⁴⁹⁸

Ciertamente, con la implementación del requisito previsto en esta Ley y siguiendo los principios anteriores, aumentaría el cumplimiento de la probidad administrativa, en la medida que se convertiría en una prestación de cuentas continuo a la población.

5 PROPUESTA DE INSERTAR EN LOS CURRÍCULOS ESCOLARES LA ASIGNATURA DE ÉTICA CON VISTAS A LA DIVULGACIÓN Y AL EJERCICIO DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA

La escuela, en cualquiera de sus niveles acompañará los anhelos de la sociedad, ya sea a través de la investigación del cotidiano o incluso por su propia observación diurna del propio ambiente escolar.

Tiene ella un rol extremadamente fundamental en la formación del carácter de los ciudadanos del futuro, pues es con base en esta formación que se obtendrá el representante del pueblo en las diversas instituciones públicas o privadas para conducir a la nación a niveles mayores y a proporcionar mejores condiciones de vida para todos los miembros del País.

Por consiguiente, debe a todo momento revisar su currículo escolar para impartir la mejor formación a aquel que busca como alumno servil para, en complemento con las enseñanzas de la familia, transformarlo y prepararlo para enfrentar las dificultades que seguramente surgirán.

De esta convicción se entiende que, delante de tantos ejemplos de conductas irregulares, deshonestas, ímprobos y perjudiciales a la cosa pública, muchas de las cuales cometidas por aquellos que poseen títulos de grado o de posgrado, que ocupan los cargos públicos más altos⁴⁹⁹, se hace necesario rever el currículo escolar para que se pueda, a través de la educación, inculcar en este nuevo hombre, nuevo alumno o en aquel que todavía le busca, consolidar conceptos y valores de obediencia a las Leyes, a las buenas normas de conducta; a la vida proba, honesta, moral, servil, de respeto al derecho del próximo, y en

⁴⁹⁸ NEVADO-BATALLA-MORENO, op. cit., p. 105.

⁴⁹⁹ Importante la citación de José Antônio Martins diciendo que “Las acciones corruptas de los titulares de la función pública pueden entenderse de tres maneras. Algunos de ellos deliberadamente esperan llegar a un cargo público para obtener ventajas con eso. Otros no tienen conocimiento del poder que comportan los cargos públicos y cuando llegan al poder, disfrutan de él. Este término se utiliza a menudo para lo que realmente sucede a muchas personas que llegan al poder: quedan realmente enloquecidos con él y lo utilizan para su propio enriquecimiento. También hay el caso de aquellos que ni siquiera se dan cuenta del poder, ni se dan cuenta que están cometiendo actos de corrupción” (MARTINS, op. cit., p. 41).

especial el de cuidar la cosa pública como siendo un bien de todos y no solamente suyo y para su patrimonio.

Aunque se editen las normas y éstas, incluso, puedan ganar *status* de leyes, el hombre, si no tenga el control de su “yo” bastante consolidado por valores que pueden ser ejercitados en la escuela, en su mejor tiempo de aprendizaje, no estará en condiciones de respetar los valores sociales. ¡A eso se deben las barbaries divulgadas en los medios de comunicaciones!

Por lo tanto, entendemos que la inserción de la asignatura de ética en los currículos escolares, con vistas a divulgar el ejercicio de la probidad administrativa y los estudios de casos concretos, no deja de ser una gran inversión para los futuros representantes de las instituciones públicas y privadas, colaborando, de esta manera, para cohibir el fenómeno de la corrupción, que diuturnamente asola la Nación brasileña.

Esta alteración curricular debe ser preocupación de los gobiernos de los entes federados brasileños que cuentan con el Ministerio de la Educación, Secretaría Estatales y Municipales de Educación, con legitimidad y autonomía curricular para ello.

Recientemente, esto es, el año pasado (2015), el gobierno del Estado de Acre (en la parte norte de Brasil)⁵⁰⁰, solitariamente - estando a la delantera - cuando en realidad debería ser una preocupación de la Unión Federal estimulando a otros estados de la federación, dio vigencia a una Ley Provincial nº 3095/2015 determinándose la inclusión en los planes de estudio de todas las escuelas de la enseñanza fundamental y medio de una asignatura con contenido de estudio de la historia de la política, sus perjuicios con la política y la formación de la sociedad contemporánea frente a la corrupción.

Sin duda, es de alabar este comportamiento hasta que se sepa que el mejor momento para desplegar el conocimiento y la asimilación opera a una edad temprana, es decir, de cero a seis años.

Dicho sea de paso, de los estudios de Amauri Bartoszeck y Flavio Kulevievz Bartoszeck que describiendo sobre “la neurociencia de los primeros seis años - implicaciones educativas” muestran que:

⁵⁰⁰ El estado de Acre se encuentra en el extremo sudoeste de la Amazonia, equivale al 4% de la región amazónica de Brasil y el 1,9% del territorio nacional. Con una superficie de 164,123 km² y una población de 776,463 habitantes en 2013 (Acre - en números 2013), hace fronteras internacionales con Perú y Bolivia y nacional con los estados de Amazonas y Rondônia. El estado se compone de veintidós condados y se divide en dos regiones geográficas - el Acre Valle y Vale do Juruá - y en 5 regiones de desarrollo - Alto Acre, Baja Acre, Purús, Tarauacá / Envira y Juruá - que siguen la distribución de las cuencas de los principales ríos de Acre. En la actualidad, el 76,56% de la población se concentra en las zonas urbanas, especialmente en la capital de Rio Branco, aproximadamente el sesenta por ciento de la población del estado.

La fusión de los hallazgos de la neurociencia moderna para el estudio del desarrollo biológico humano incrementó significativamente nuestra comprensión de lo fundamental que son los seis (6) primeros años de vida del niño. Está empezando a ser desentrañada la relación entre cómo se desarrolla el cerebro humano, los circuitos neuronales y mecanismos biológicos que afectan el aprendizaje, el lenguaje, el comportamiento y la salud del individuo durante toda su vida. Los nuevos resultados son la culminación de la importancia del cuidado materno diligente ejercido por instinto durante siglos. Los padres siempre han sabido intuitivamente, que los recién nacidos y los niños pequeños precisan de afecto y cuidado. Lo fascinante de la nueva comprensión del desarrollo del cerebro, es lo que este órgano frágil y complejo nos dice acerca de cómo una buena nutrición y el cuidado de la salud en el período prenatal y los primeros años, crean bases para las etapas posteriores.

[...].

La capacidad del cerebro para responder a los estímulos estresantes está fuertemente influenciado desde su desarrollo en los primeros años. Por el contrario, la capacidad de respuesta a estímulos influye en la calidad del razonamiento y la regulación de las funciones corporales. La calidad de la estimulación sensorial temprano en la vida del niño ayuda a esculpir neuroendocrino y circuitos cerebrales Neuroinmunes. La relación entre el complejo “psiconeuro-endoinmune” fijado al comienzo de la vida y las maneras de hacer frente a los acontecimientos, el aprendizaje y el comportamiento influencia en los próximos años (Lekander, 2002). Cada individuo percibe e interpreta la forma particular de la información sobre el entorno externo. El sistema inmunitario influye en la función cerebral refleja en las manifestaciones de la conducta, como el miedo, la ira, el amor y la risa. Estudios realizados con animales y observación de niños en situación de laboratorio, desde los primeros años, muestran que los cuidados maternos engatillan programas que inducen el eje hipotálamo-pituitario-adrenal, para responder de manera equilibrada a las situaciones estresantes a lo largo del ciclo de vida (Ledoux, 1996, Johnston, 1999).⁵⁰¹

A continuación explican cómo aprende el cerebro, diciendo que

una de las cosas más fascinantes para el niño es darse cuenta de que siempre está aprendiendo. La importancia de desarrollar el concepto de “aprendizaje” implica que el niño es consciente de cómo el cerebro recibe continuamente información a través de los órganos sensoriales. Los niños del “jardín de infancia” (educación infantil, I, II, III) es importante para empezar a entender cómo aprenden sin darse cuenta exactamente cómo sucede esto (ECM, 1994). Es importante destacar que para el educador la nueva información se “ancla” en aquella que ya existe en algún lugar en el cerebro del niño.⁵⁰²

Mauro Neri aporta la información de un seminario organizado por la Fundación Getulio Vargas (Río de Janeiro), a través de su Escuela de Graduados en Economía, con el apoyo del Centro de Políticas Sociales / IBRE, que reunirá un grupo nacional e internacional de sobresaliente investigadores entre ellos James Heckman, que abrió el evento con conferencia Magna. Confirma que

⁵⁰¹ BARTOSZECK, Amauri Betini; BARTOSZECK, Flávio Kulevicz. *Neurociência dos seus primeiro anos- implicações educacionais*. Disponible en: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/projeto_estrategico/argumentos_neurologicos_neurociencia_6_prim_anos_bartoszeck.pdf. Accedido el 10.02.2016.

⁵⁰² Idem.

Heckman presentará su más reciente investigación que muestra la importancia de la educación inicial. El profesor Heckman muestra que los niños que han asistido al equivalente a las guarderías (0-3 años de edad) y preescolar (de 4 a 6 años) tenían en la edad adulta mayores ingresos y menores probabilidades de prisión, de embarazo precoz y de depender de los programas de transferencia de ingresos del estado en el futuro. Según él, la educación de la primera infancia es probablemente la mejor inversión social existente y cuanto más baja la edad de la inversión en educación, mas alto es el beneficio del individuo y de la sociedad.⁵⁰³

La realización de esta inversión ha ido ganando adeptos. Rusia considera que la lucha contra la corrupción debe comenzar desde la infancia. En ese país la lucha comenzó en 2014 con los cursos de “respuesta a la corrupción” como materia obligatoria. En las escuelas secundarias, el tema entra en el curso de historia y en los establecimientos de enseñanza superior se impartirá como curso especial⁵⁰⁴.

Además, vale mencionar que la Constitución Federal de Brasil asegura que la “educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida y fomentada con la colaboración de la sociedad, con miras al pleno desarrollo de la persona, a su preparo para el ejercicio de la ciudadanía y a su calificación para el trabajo” (CF: art. 205).

Hace parte también de la premisa constitucional que “las universidades tienen la autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión financiera y patrimonial y obedecerán al principio de la indisociabilidad entre enseñanza, investigación y extensión” (CF: art. 207).

⁵⁰³ NERI, Marcelo (Coord.). Educação da primeira infância: evidências brasileiras. *Sumário Executivo*, FGV. Disponible en: http://www.cps.fgv.br/simulador/infantil/apresenta%C3%A7%C3%A3o/Quali_SumarioPreEscola.pdf. Accedido el 10.02.2016.

⁵⁰⁴ Tatiana Tabu Nova, en una noticia publicada en la radio Voz de Rusia divulgó que “el presidente del Comité Nacional de Lucha contra la Corrupción, Kirill Kabanov dijo” es que muchas personas no entienden lo que es la corrupción. A menudo este fenómeno se asocia solo con el soborno pero en realidad, la corrupción es obtener ventajas materiales o no materiales, usando el cargo. Por ejemplo, llamamos a alguien y hablamos. ‘Ponga a mi hijo en una institución de educación superior y yo le ayudaré en otra cosa’. Estos compromisos son también la corrupción. Es por lo tanto útil el programa de enseñanza. Es necesario explicar a la gente de las consecuencias destructivas de la corrupción, la amenaza de la corrupción para los ciudadanos y su seguridad personal. Yo propuse cursos especiales en los establecimientos de la enseñanza superior. Muchos estudiantes no entienden que la corrupción es peligroso para ellos personalmente, ya que viola el principio de la movilidad social. Ella no funciona debido a que, a la conmovición y el amiguismo, la carrera de los jóvenes a menudo no depende de sus conocimientos”. Afirmó además que ‘El Presidente de la Federación de Rusia, Vladimir Putin, aprobó el plan nacional de reacción a la corrupción’ (TABUNOVA, Tatiana. *Luta contra corrupção na Rússia começa na infância*. Disponible en: http://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/news/2014_05_24/luta-contra-corrupcao-na-russia-comeca-da-infancia-9802/?print=1. Accedido el 10.02.2016.

CONCLUSIÓN

Esta tesis doctoral ha permitido evaluar las normas que rigen los procedimientos de licitación que resultan en la adjudicación de contratos públicos de la Administración Pública de Brasil, así como los mecanismos de control del fenómeno de la corrupción tanto en la fase de prevención como de represión.

En el desarrollo de la misma, fue posible verificar la existencia de numerosas debilidades en el sistema de control, tanto, a partir de las diferencias derivadas de las leyes que rigen las distintas formas de procedimientos de licitación y contratos, como las derivadas de las actividades individuales o de grupos de agentes y de las autoridades públicas, en su mayor parte, alimentados por las negociaciones irregulares entre los funcionarios y representantes de empresas privadas, para cometimiento de conductas desviadas, lesionando directa o indirectamente al erario público, esto, muchas veces como estrategia destinada a satisfacer anhelos ímprobos comunes.

La tesis ha permitido demostrar que estas conductas son comunes en todos los órganos del gobierno y el ejemplo de la “Operación Lava Jato” es emblemático, alcanzando efectos políticos, sociales y económicos de dimensiones transnacionales. Incluso alterando, circunstancialmente, el movimiento económico y financiero del Estado, exponiendo, la profunda crisis de los valores éticos de la sociedad brasileña, hasta el punto de recomendar una profunda revisión legislativa y política, que alcanza incluso al ambiente escolar. Así, resultan de estas premisas comprobadas las propuestas y las medidas sugeridas a continuación:

1. Cambio de la Ley N° 8666 de 21 de junio de 1993 - que en la actualidad establece Normas Generales de Licitación y Contratos de la Administración Pública, específicamente en lo que respecta a los sobrepuestos, insertando en la descripción del aviso de licitación la siguiente redacción (art. 40, artículo XVII.):

Art. 40. El aviso de licitación contendrá la exposición de motivos del número de orden en serie anual, el nombre de la división en cuestión y su industria, la modalidad, el régimen de aplicación y el tipo de licitación, la mención que será regida por la presente Ley, el lugar, fecha y hora de recepción de la documentación y propuesta, así como para el inicio de la apertura de los sobres, e indicará, necesariamente, lo siguiente:
[...].

XVII - La mención de los precios unitarios y globales de bienes, servicios y obras ejercidos en el ámbito del mercado nacional, estatal, regional y local de los órganos públicos (propuesta de redacción).

Además, en los cambios contractuales pertinentes, aunque debidamente justificada, deben obedecer a los precios ejercientes en el mercado y por lo tanto debe insertar cambio en la redacción del art. 65 de la citada Ley:

Art. 65. Los contratos regulados por esta Ley podrán ser modificados, con las pertinentes justificativas, en los siguientes casos:
[...].
§2°. Ninguna adición o supresión podrá superar los límites establecidos en el párrafo anterior, a menos que:
[...] En cualquier cambio contractual los precios de los bienes, servicios y obras será obedecida la previa consulta de precios junto a los órganos públicos regionales y locales (propuesta de redacción).

Con estos cambios el Administrador Público no se alienaría a los precios de los bienes, servicios y obras operados en el mercado local o de su región, teniendo en cuenta la dimensión geográfica de Brasil, donde hay cambios en los precios, como se explica en la propuesta 2.1 del capítulo IV del trabajo de frenar incluso el número de disputas judiciales a este respecto;

2. Cambio de la Ley N° 8666 de 21 de junio de 1993 - que, como hemos dicho antes, el establecimiento de Normas Generales de Concursos y Contratos de la Administración Pública, que en cuanto a la posibilidad de modificación contractual por acuerdo entre las partes o incluso unilateralmente por la dirección pública, que se traducen en incrementos en los valores y la forma de producirse daños en la tesorería, insertar en la descripción del art. 65, que trata sobre “El Cambio de Contratos” para enviar este cambio a un control externo técnico del Tribunal de Cuentas y el control político de la legislatura de que pertenezca la agencia postor/adjudicador:

Art. 65. Los contratos regulados por esta Ley podrán ser modificados, con el apoyo a razones, en los siguientes casos:
[...]
IV - cualquier alteración contractual que importe en incremento patrimonial inicialmente pactado deberán previamente obedecer al control técnico del Tribunal de Cuentas y/o al control político del Poder Legislativo a que esté sometido el órgano.

Como explanado en la propuesta 2.2 del capítulo IV de esta tesis, se aumentaría el poder de fiscalización sobre las modificaciones introducidas por las autoridades públicas que inhiben las conductas de servidores y empresarios con el objetivo de utilizar este mecanismo del sobreprecio para causar daño al erario público.

3. la creación de centrales de Compras, compuestas por un experto técnico, en todos los organismos públicos que están sujetos a los procesos de licitación, de compras de bienes,

servicios y obras (federal, estatal y municipal), considerando las facilidades de control del gestor público o mismo por el órgano de control interno establecido en la Constitución Federal (art. 74) para cualquiera de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, especialmente, porque se trata de un instrumento preventivo, de control de la legalidad y de la evaluación de los resultados, en cuanto a la eficacia y la eficiencia, de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de los órganos públicos, así como el mejor uso de los recursos;

4. Creación de Mecanismo en todos los organismos públicos para fomentar a terceros a informar los actos de corrupción en la administración pública, en particular, los verificados en la licitación para la adquisición de bienes, servicios y obras, donde haya daños a la tesorería y/o violación de principios constitucionales de legalidad, imparcialidad, moralidad, integridad de la selección de eventos y la propuesta más ventajosa o incluso la violación de la convocatoria de oferta y juicio objetivo, tales como oidorías u órganos similares, a ser dispuesto en la misma Ley de Licitaciones (Ley 8666 de 21 junio de 1993), sugiriendo que sea en su capítulo I, cuando trata del contrato “Disposiciones Generales, Sección I (artículos 1° a 5°);

5. Aprobación del proyecto de ley que se establecen normas de responsabilidad, en el ámbito de los Tribunales Federales Regionales y Tribunales de Justicia de los Estados de la Federación y el Distrito Federal y Territorios y de la Fiscalía Federal y de los Estados, para divulgar el número de acciones que traten de actos de improbidad, tanto acciones administrativas, como civiles y penales derivadas de tales actos, que entraron y fueron abiertas, anualmente, para vigilancia de la población, siendo disciplinado por el Consejo Nacional de la Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público, en conformidad con sus competencias, como analizado en la sección 2.5.1 del Capítulo IV de la Tesis;

6. Aprobación del proyecto de ley para modificar la Ley 8429 de 2 de junio de 1992, relativa a las sanciones aplicables a los funcionarios públicos en casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio del mandato, cargo, empleo o de la función en la administración pública directa, indirecta o fundacional, insertando que tan pronto como sea presentada la acción civil pública por los legitimados (Ministerio Público y Otros) donde el juez, al final del juicio de admisión de la acción propuesta pueda *citar a los acusados para responder a los términos de la acción* y siguiendo los demás trámites del proceso sin que haya que volver oportuna una pre etapa procesal donde se le ofrecía la oportunidad al demandado de contraponer el objeto de la acción, sin significar la formación de la relación procesal, de acuerdo con las discusiones desarrolladas en el apartado 2.5.2 del Capítulo IV de esta Tesis;

7. Aprobación del proyecto de ley para la creación de las Cámaras y Jurisdicciones Especializadas para el juicio de los actos de improbidad administrativa en la jurisdicción de los Tribunales Regionales Federales y de los Tribunales de los Estados de la federación y del Distrito Federal y Territorios, para, adecuadamente, realizar el análisis del mérito de los casos, emitiendo una respuesta judicial, altamente cualificada en el tiempo eficaz, que permita la aplicación de las sanciones contra el culpable, así debatido en el punto 2.5.3 del Capítulo IV de esta Tesis;

8. Cambio en la Ley N° 8429, de 2 de junio, 1992, que disciplina el acuerdo de indulgencia a ser firmado también por la Fiscalía Federal o Estatal, ya que el instituto no tiene tal disposición expresa, conforme expreso en el punto 2.5. 4 del Capítulo IV de esta Tesis;

9. Creación de la Ley para permitir la prueba de integridad de los agentes, dado que las existentes normas penales no permiten este uso, que se hará en las fuerzas de policía y los funcionarios públicos de modo general con el fin de prevenir los actos de corrupción y comportamientos inadecuados en el servicio público, como tratado en el punto 2.5.5 del Capítulo IV de la Tesis;

10. Creación de la Ley para la aplicación del porcentaje de publicidad para las acciones y los programas de prevención de las prácticas de los actos de corrupción en la Administración Pública, señalando que los órganos públicos gastan demasadamente en otras divulgaciones que no son destinados a difundir informaciones de interés público, según está en el ítem 2.5.6 del Capítulo IV de esta Tesis;

11. Alteración constitucional para garantizar la confidencialidad de la fuente de información que de origen a la investigación relacionada con la práctica de actos de corrupción, una vez que el entendimiento jurisprudencial, de la Corte Suprema, exige la identificación del informante, como visto en la sección 2.5.57 del Capítulo IV de esta Tesis;

12. Creación de la Ley para criminalizar las conductas de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, ya que actualmente estas conductas solo son responsabilizadas en el contexto civil, conforme detallado en el punto 2.5.8 del Capítulo IV de esta Tesis;

13. Modificación del Código Penal, Decreto-Ley N ° 2848 de 7 de diciembre, 1940, aumentando las penas de los delitos de malversación de fondos (art. 312) y malversación culposa (art. 312, §1°) y 313-A (Inserción de datos falsos en el sistema de información), 316 (concusión), 316, §2° (exceso de exacción) y 333 (corrupción activa), volviéndolos crímenes hediondos, teniendo en cuenta que las sanciones actuales no desalienta al agente público para nuevos comportamientos de improbidad, como analizado en el punto 2.5.9 del Capítulo IV del Trabajo;

14. Implementación de Medidas para perfeccionar la actuación de la Fiscalía en el combate de la corrupción en la Administración Pública, mediante la regionalización de sus actividades especiales en defensa del patrimonio público, con la aplicación de un número suficiente de representantes y expertos en el trato con la materia, promoviendo cambios en las disposiciones de sus leyes orgánicas, según desarrollado en el punto 3 del Capítulo IV de esta Tesis;

15. Implantación de Medidas Administrativas en los organismos públicos para el funcionamiento eficaz del control interno, principalmente, por medio de los servidores públicos concursados (y no los admitidos a través de indicación para cargos comisionados), entre los que más se destacan en las actividades fiscalizadoras, en la forma tratada en el punto 4 del capítulo IV y por último;

16. Inserción en los currículos de todos niveles escolares, inclusive en el de grado superior, la asignatura de ética con vistas a la divulgación de la probidad administrativa, sugiriendo que sea a través de la nomenclatura de “Organización Social y Política Brasileira” o “Estudio de Problemas Brasileños”.

Es cierto que el fenómeno de la corrupción no se hace menor frente a los mecanismos que le hacen frente, pero como se dijo al principio de esta Tesis, uno no puede dejar de atacarla, ya que es con la sistemática persistencia y con el conocimiento científico crítico que, al menos la llevaremos, a menores niveles que no comprometan el desarrollo integral de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMO, Cláudio Weber. Corrupção e Responsabilidade Pública. *Transparência Brasil: Associada à transparency international*. Disponible en:

www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/texto_Claudio_Abramo.pdf. Accedido el 28/01/2008.

ACKERMAN, Susan Rose. La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

AGUIAR, Leonel Azevedo de. *O jornalismo investigativo e seus critérios de noticiabilidade: notas introdutórias*. Disponible en: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n13_Aguiar.pdf. Accedido el 22.01.2016.

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. Licitações nas Parcerias Público-Privadas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10563 Accedido el 09.02.2016.

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. Disposições finais, comentários aos artigos 22 a 31. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCHET, Gustavo. *Direito Administrativo*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008.

BARDAJÍ, Joaquín de Fuentes. Parecer, 04 de abril de 2006. *Ministério de Justicia*, Madrid, 2006.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei no. 9.613/1998*. 2. ed. rev., atualizada. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BARROS, Sérgio Resende de. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Unimep, 1995.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. *Responsabilidade civil por danos causados pela imprensa*. Disponible en: <http://br.monografias.com/trabalhos909/responsabilidade-civil-imprensa/responsabilidade-civil-imprensa.shtml>. Accedido el 25.01.2016.

BARROS, Wellington Pacheco. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARTOSZECK, Amauri Betini; BARTOSZECK, Flávio Kulevicz. *Neurociência dos seus primeiro anos-implicações educacionais*. Disponible en: http://www.educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/projeto_estrategico/argumentos_neurologicos_neurociencia_6_prim_anos_bartoszeck.pdf. Accedido el 10.02.2016.

BERTONCINI, Mateus. *Atos de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei n.º 8666/93 e as regras estabelecidas pelo banco mundial – BIRD*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Resolución n. 12240, de 14 de marzo de 2001. Aprobada por la comisión mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación al informe de fiscalización del ayuntamiento de Marbella (Málaga) y Sociedades mercantiles participadas (ejercicios 1990 a 1999). *Ministério de la Presidência*, Madrid, 25 de junio de 2001. Suplemento del n. 151, año CCCXLI.

BORGES, José Souto Maior. Breves considerações sobre anistia e sonegação fiscais. In: PARISI, Fernanda Drumond; MELO, José Eduardo Soares de (Coords). *Estudos de Direito Tributário, em homenagem ao professor Roque Antonio Carraza*. São Paulo: Malheiros, 2014, v. 3.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia sócia*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.133-134.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Regularização de bens não declarados no exterior: escândalo ou solução?* Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/direito-defesa-regularizar-bens-nao-declarados-exterior-escandalo-ou-solucao>. Accedido el 04.11.2015.

BRAGON, Ranier. Dar pastas ao PMDB não vai resolver problema no congresso, diz Cunha. In: *Folha UOL*. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1685883-dar-pastas-ao-pmdb-nao-vai-resolver-problema-no-congresso-diz-cunha.shtml>. Accedido el 24/09/2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União [da] Republica Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 de outubro de 1988.

_____. MPF coleta assinaturas para apoio a medidas de combate à corrupção e à impunidade. *Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://corrupcaoao.mpf.mp.br/>

[noticias/mpf-coleta-assinaturas-para-apoio-a-medidas-de-combate-a-corrupcao-e-a-impunidade](#). Accedido el 26/10/2015.

_____. PL 1446/1991, de 16 de agosto de 1991. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idproposicao=192235>. Accedido el 09 de novembro de 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça Brasileira. *Pesquisa realizada assessorad pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias e através da Universidade Itauna*, sob a Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assegra de Almeida et al. Brasília: CNJ, 2015. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf> - Accedido el 14.08.2015.

BRAZ, Petronio. *Processo administrativo disciplinar*. Campinas-SP: Servanda, 2007.

BREMBATTI, Kátia; KOHLBACH, Karlos ALBERTI, James; TABATCHEIK, Gabriel. Assembléia Legislativa admite existência de atos secretos: Pelo menos 158 decisões tomadas pela Casa entre 2003 e 2009 não foram devidamente publicadas em impressos oficiais. *Jornal Gazeta do Povo*. Disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/diarios-secretos/assembleia-legislativa-admite-existencia-de-atos-secretos-dz8b0jzg68mf4kwsbtod0i2xa>. Accedido el 25.01.2016.

BRONZATO, Thiago. Uma aventura na África. Documentos Secretos do Itamarati revela que Lula fez lobby para a Odebrecht em licitação na Guiné e usou o nome de Dilma Roussef junto a presidentes africanos. *Revista Época*, São Paulo; Editora Globo, 05/10/2015.

CALANZANI, José João. Lei de Responsabilidade fiscal – anistia de multa e juros – renúncia de receita – regra do art. 14 – alcance da norma. In: *Revista Brasileira de Direito Municipal*, ano 4, n. 7, jan/mar 2003.

CAMPELO, Valmir. Controle social da gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará*. Edição Comemorativa do Cinquentenario, n.º 16, Fortaleza, Ceará, 2004.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado) In: GARCIA, Nicolás Rodrigues; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*: Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*: Salamanca: Ratio Legis, 2004.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. A abrangência da declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV, da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública (LEI 8.666/93). *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 21 nov. 2012. Disponible en: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40720&seo=1>. Accedido el: 07 jan. 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. Lei da Ficha Limpa após as eleições de 2012: como podemos avançar? In: CAGGIANO, Monica Herman (Coord.). *Ficha Limpa - Impacto nos tribunais: tensões e confrontos*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 99-105.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual., até a Lei nº 15.587, de 3-1-2012, São Paulo: Atlas, 2012.

CERVELLINI, Silvia. *75% dos brasileiros admitem que seriam capazes de cometer irregularidades em cargos públicos*. Disponible en: <http://noticias.uol.com.br/uolnews/brasil/entrevistas/2006/03/28/ult2614u454.jhtm>. Accedido el 21/10/2015.

COSTA, Antônio França da. Fiscal de contratos administrativos: atribuições. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3653, 2 jul. 2013. Disponible en: <<http://jus.com.br/artigos/24855>>. Accedido el: 14 ago. 2015.

COSTA, José Armanda da. *Controle judicial do ato disciplinar*. 2ª ed. São Paulo, 2009.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Corrupção policial*. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Orgs.). *Controle externo da atividade policial pelo ministério público*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DECOIMAN, Pedro Roberto. *Tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DIAMOND, Larry ¿Puede el mundo entero ser democrático? Democracia, desarrollo y factores internacionales. *Revista Española de Ciencias Política*, nº 9, octubre 2003, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2003

DINIZ, Claudio Smirne. Do Processo administrativo de responsabilização, comentários aos artigos 8º a 15. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DROMI, Roberto, *Modernización del control público, Madrid-México*: Editorial Hispania Libros, 2005

DURÃO, Pedro. *Licitación pública, parametro y supranacionalidad*. Curitiba: Juruá, 2015.

ESPAÑA. Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Da transparência do acceso a la información pública y buen gobierno. *Boletín Oficial del Estado de Espanha*, Madrid, 10 de diciembre de 2013.

_____. Ley 7/1985, de 2 de abril. Regula las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial Estado*, núm. 80, de 3 de abril de 1985, p. 8945 a 8964.

_____. BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. Resolución n. 12240, de 14 de marzo de 2001. Aprobada por la comisión mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas em relación al informe de fiscalización del ayuntamiento de Marbella (Málaga) y Sociedades mercantiles participadas (ejercicios 1990 a 1999). *Ministério de la Presidência*, Madrid, 25 de junio de 2001. Suplemento del n. 151, año CCCXLI.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudencia*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Camila Padilha. A responsabilidade do fiscal de contrato administrativo. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 30 out. 2014. Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50404&seo=1>>. Accedido el: 15 ago. 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações, In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (coord). *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 169-170.

_____; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; MACIEL FILHO, Fernando Paulo da Silva. *A funcionalização das licitações e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbed40c0d920b9>, Accedido: 09.09.2015.

FERREIRA, Dimas Enéias Soares. *Mecanismos de controle sobre o processo de orçamentação pública*. Disponible en: <http://www.achegas.net/numero/vinteetres/dimas_ferreira_23.htm>. Accedido el 26.09.2015.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acessado el 09.11.2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Marcelo, *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONTES, Paulo Augusto Guedes. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONTELES, Gerson Lopes. *El estado mínimo de friedrich august von hayek y el combate a la corrupción del estado democrático brasileño: Una propuesta para hacer retroceder a las fronteras del estado brasileño*. Salamanca, 2012. 524p. Tesis Doctoral (Derecho Administrativo) – Universidad de Salamanca.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 3º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREIRE, Luiz André. Considerações acerca dos tipos de licitação ‘melhor técnica e ‘técnica e preço’, Estudos dirigidos de gestão pública na América latina/Coordenadores: Raquel Dias da Silveira; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p.17-18).

FROTA, Marcel. *Janot denuncia eduardo cunha no stf por recebimento de propina de US\$ 5 milhões - política – ig* - Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2015-08-20/janot-denuncia-eduardo-cunha-no-stf-por-recebimento-de-propina-de-r-5-milhoes.html>. Acessado el 04.10.2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A & C – Revista de Direito Administrativo & constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr/jun. 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995,

_____. *Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Hugo. *Governo espanhol dissolve câmara de Marbella devido a corrupção*. Disponível em http://dn.sapo.pt/2006/04/05/internacional/governo_espanhol_dissolve_camara_mar.html. Acessado el 23/02/2008.

GRANZIERA, Maria Luiz Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (coord.), 3ª ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. Comentários aos artigos 1º a 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

GUIMARÃES, Edgar. Diagnóstico e perspectivas do controle das licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 29, maio 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=8941>>. Acessado el: 6 ago. 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Da responsabilização administrativa, comentários aos artigos 6º e 7º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

HAUETE, Miguel Angel Sanches. Medidas tributarias anticrisis de España, análisis específico de la amnistía fiscal. *Revista de Derecho*, vol XXVI – nº 1 – Julio 2013, p. 95-117. También, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n1/art05.pdf>. Acessado el 15.01.2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentarios ao código penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. IX.

JusBRASIL. Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. *Folha Política*, 2014. Disponível em: <http://folhapolitica.jusbrasil.com.br/noticias/114414697/entenda-a-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras>. Acessado el 04.10.2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Municípios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

JIMÉNEZ, Fernando; CAÍNZOS, Miguel. La repercusión electoral de los escándalos políticos. Alcance y condiciones. *Revista Española de Ciencias Política*, nº 10, abril 2004, Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2004.

KALACHE, Maurício. *Crimes tributários*, Curitiba: Juruá, 2006.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *Reflexo do acordo de leniência no processo penal: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014.

LASO, Enrique Sayagués. *La licitación pública*. Buenos Aires: Euros Editores, 2005.

LIMA, Venício A. de. *A ilusão do quarto poder*. Disponível em: <http://www.teoriaedebate.org.br/colunas/midia/ilusao-do-quarto-poder>. Acessado el 22.01.2016.

LJD – Law Justice and Development. *Boas Praticas América Latina e Região do Caribe: sinais de alerta de corrupção e fraude em processos licitatórios*. Trad. Márcio Antônio Rocha. Washington DC, 2014. Disponível em: http://globalforumljd.org/docs/pubs/corruption_warning_signs.pdf. Acessado el 08.11.2015

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Direito Penal: parte geral*. 4ª ed. Campinas: Millenium, 2003.

MARTINS, José Antonio. *Corrupção*. São Paulo: Globo: 2008

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo ministério público*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MASSAGÃO, Mario. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1977.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo*. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Licitação e contratos administrativo*, 12ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Celia Marisa Prendes e Maria Lucia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 10ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A licitação na Constituição de 1988. 2008. Disponible en: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>. Accedido el 29/05/2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORALES, Laura. ¿Existe una crisis participativa? La evolución de la participación política y el asociacionismo en España. *Revista Española de Ciencias Política*, nº. 13, octubre 2005. P. 51-87

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERI, Marcelo (Coord.). Educação da primeira infância: evidências brasileiras. *Sumário Executivo FGV*. Disponible en: http://www.cps.fgv.br/simulador/infantil/apresenta%C3%A7%C3%A3o/Quali_SumarioPreEscola.pdf. Accedido el 10.02.2016.

NERY Natuza; CRUZ Valdo. Governo teme ação de Cunha para viabilizar impeachment; Folha de São Paulo; São Paulo, 04/10/2015. *Caderno Política*, p. A-6. [online].

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás. Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de gestión pública: propuestas y realidades en lucha contra la corrupción. In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

NÓBREGA, Fábio George Cruz da. Corrupção e seus impactos econômicos, sociais, culturais e institucionais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, Paraná, ano 2, nº 2, ago./2015.

NOGALES, Inês Olaizola. *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia: Tirant Monografías, 2014.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Relatório*. Sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionário estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf. Acessado el 31 outubro de 2015.

OCAÑA, Luis Morell. La objetividad de la administración pública y otros componentes de la ética de la institución. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 110, abril-junio, Madrid: Civitas, 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, Acir de et. Al. Manual de Perícias de Engenharia, Cálculo de Superfaturamento e Outros Danos ao Erário, *XXX Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília-DF, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessão e terceiro setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015.

ORTEGA, Ricardo Rivero. Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latina americana. In: GARCIA, Nicolás Rodrigues; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

_____. É necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España? *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 121, enero-marzo, Madrid: Civitas, 2004, p. 38-39.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PARANÁ. *Infraestrutura e Logística: Nova tecnologia vai permitir maior controle dos gastos em obras públicas*. Curitiba: Secretaria de Estado da Comunicação Social – SECS, 1997. Disponível em: <http://www.paranaedificacoes.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=2851&blid=9&tit=Nova-tecnologia-vai-permitir-maior-controle-dos-gastos-em-obras-publicas>. Acessado el 20.10.2015.

PATINO, Maria Victoria Muriel. Aproximación Macroeconómica al fenómeno de la corrupción. In: GARCIA, Nicolás Rodrigues; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. São Paulo: NDJ, 2009.

POPE, Jeremy. *Confronting corruption: the elements of a national integrity system*. Berlin: Transparency International, 2000. Disponible en: <http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>. Accedido el: 21/10/2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Ficha limpa: impactos nos tribunais; tensões e confrontos*. CAGGIANO, Monica Herman (coord.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REIG, Carlos Padrós. Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 135, julio-septiembre 2007, Madrid: Civitas, 2007.

RIBAS JUNIOR, Salomão. *Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2014

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal do Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIBEIROS, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROCCARO, Isabel. *Medidas anticrisis en Argentina: La regularización impositiva, promoción y protección del empleo registrado y La exteriorización y repatriación de capitales*. Disponible en: http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/5/38375/roccaro_blanqueo_de_capitales.pdf. Accedido el 15.01.2016.

ROCHA, Mauro Sérgio. Da responsabilização administrativa, comentários aos artigos 18 a 21. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fabio A. (Coords.); BERTONCINI, Mateus (Org.). *Lei anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

RODRIGUES, Randolfe. *Resgate de contas secretas no exterior anulária tesourada no PAC*. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/07/16/resgate-de-contas-secretas-no-externo-anularia-tesourada-no-pac.htm>. Accedido el: 04.11.2015.

RODRIGUES ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 13 ed. rev. e atual. com as novas Súmulas do STF e do STJ. São Paulo: Malheiros, 2006.

SADDY, André. Licitações internacionais regidas pela lei brasileira e o posicionamento atual do TCU. In: *Boletim de Licitações e Contratos*, dezembro/2012, São Paulo, NDJ, 2012,

SANTOS JUNIOR, Belisário dos; PARDINI, Isabela Leal e. *Lei anticorrupção gera incerteza, mas consolida a necessidade do compliance*. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance/>. Acessado el 31/10.2015.

SANTOS, José Anacleto Abuch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTANA, Herick Santos. Controle externo da administração pública. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, nº 3894, 28 fev., 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26798>>. Acessado el: 23 set. 2015.

SANTANA, Paulo Rodrigues. *Sistema eletrônico de compras governamentais: O desempenho do SIASG-Comprasnet e sua influência para o futuro das compras governamentais*. Disponível em: <http://www.negociospublicos.com.br/congresso2013/anexos/Artigo-TCC-PauloRSantana.pdf>. Acessado el 10.11.2015.

SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. Interesse Público. *Revista de Doutrina e Jurisprudencia*, Belo Horizonte, ano 17, nº 91, maio/jun, 2015.

SILVA, Jorge Andrade da. *Código dos contratos públicos anotado e comentado*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

SKOL, Michael. Apresentação. In: GARCIA, Nicolás Rodrigues; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. *Atos administrativos inválidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TABUNOVA, Tatiana. *Luta contra corrupção na Rússia começa na infância*. Disponible en: http://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/news/2014_05_24/luta-contracorrupcao-na-russia-comeca-da-infancia-9802/?print=1. Accedido el 10.02.2016.

TANAKA, Sonia Yurico Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131-132.

UNITED NATIONS Office on Drugs and Crime. *The Global Programme Against Corruption: un anti-corruption toolkit*. 3nd edition, Vienna, September 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/toolkit/corruption_un_anti_corruption_toolkit_se_p04.pdf. Accedido el: 21.10.2015.

URUGUAI. *Ley n° 18.381, 17 de octubre de 2.008*. Regulamenta lo derecho de acceso a la información pública. Disponible en: http://www.parlamento.gub.uy/leyes/acceso_textoley.asp?ley=18381&anchor=. Accedido el 10.11.2.15.

WAMBIER Luiz Rodrigues et. Alii. *Curso Avançado de processo civil*. 2^a ed. São Paulo: RT, 1999.

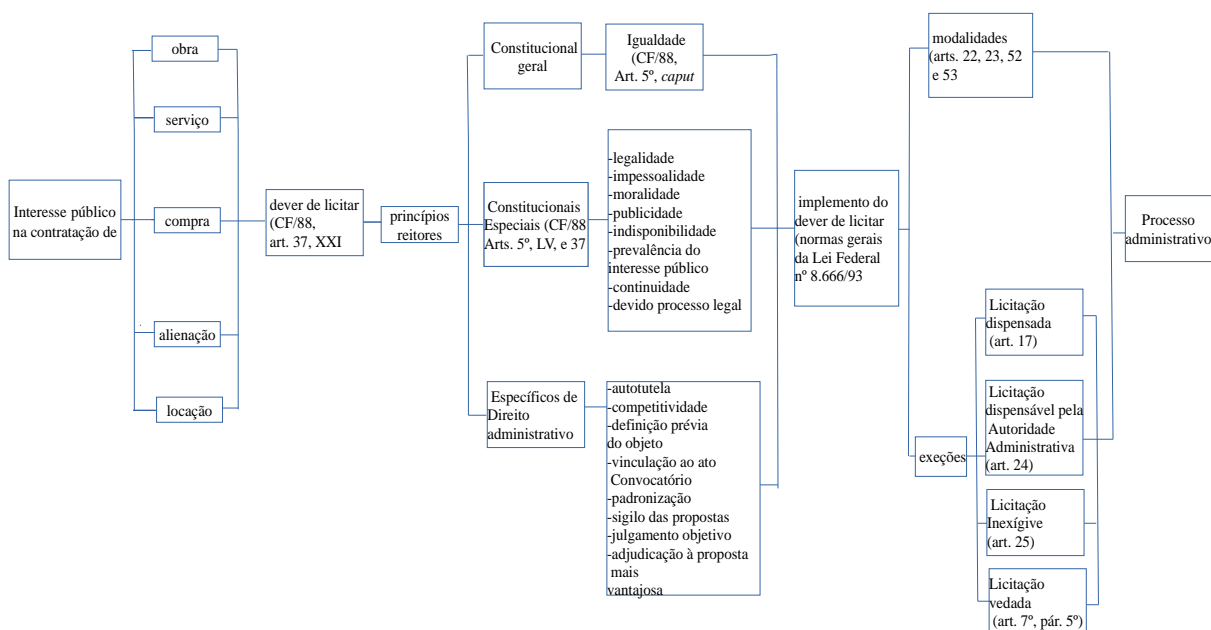
ZYMLER, Benjamim. *Direito administrativo e controle*. 2^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANEXOS

ANEXO I – FLUXOGRAMAS REFERENTES AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE DECORRE DA LEI 8.666/93

Fluxograma 1

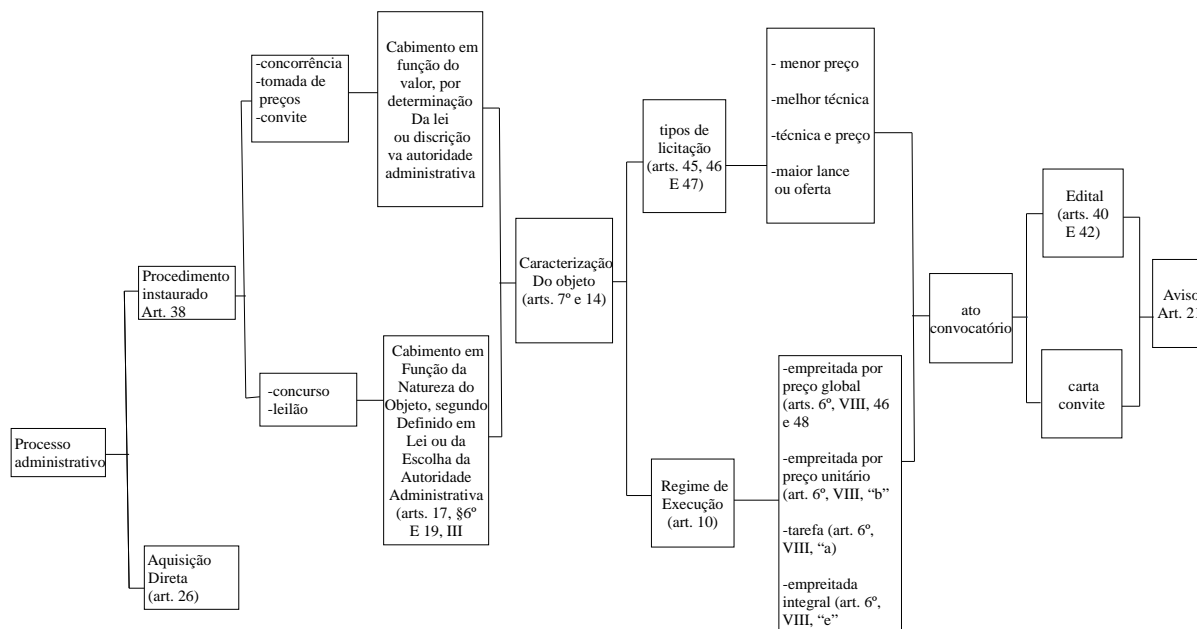
Demonstra o embasamento principiológico e constitucional que descortina perante a Administração Pública em tendo a necessidade de contratar bens, serviços e obras:



Fonte: Extraída da Obra de Jessé Torres Pereira Junior. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4.

Fluxograma 2

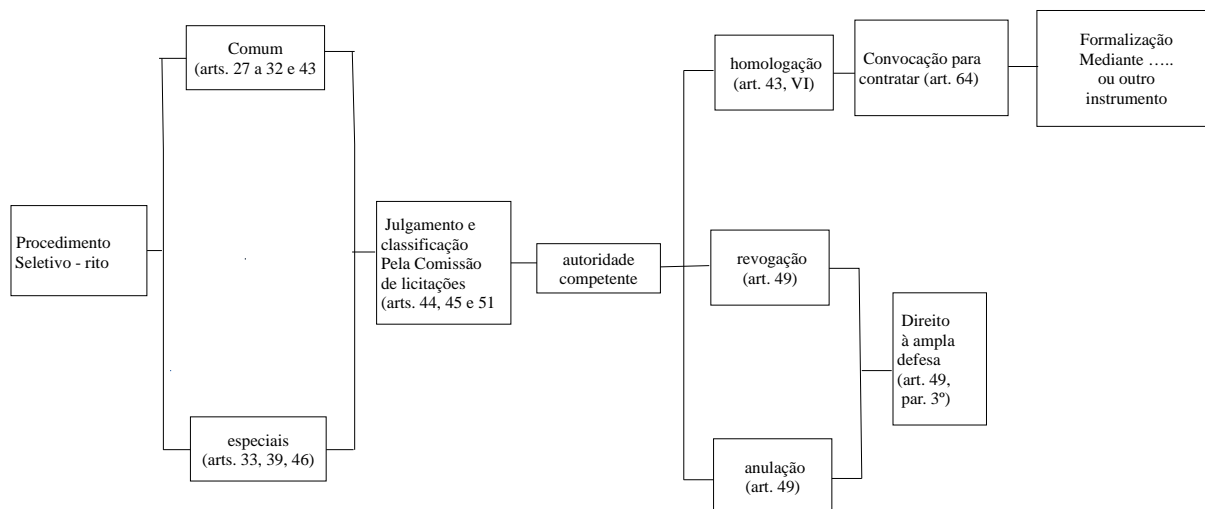
Demonstra a fase preparatória (interna) do Procedimento licitatório para aquisição de bens serviços e obras previsto na Lei n. 8.666/93:



Fonte: Extraída da Obra de Jessé Torres Pereira Junior. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6

Fluxograma 3

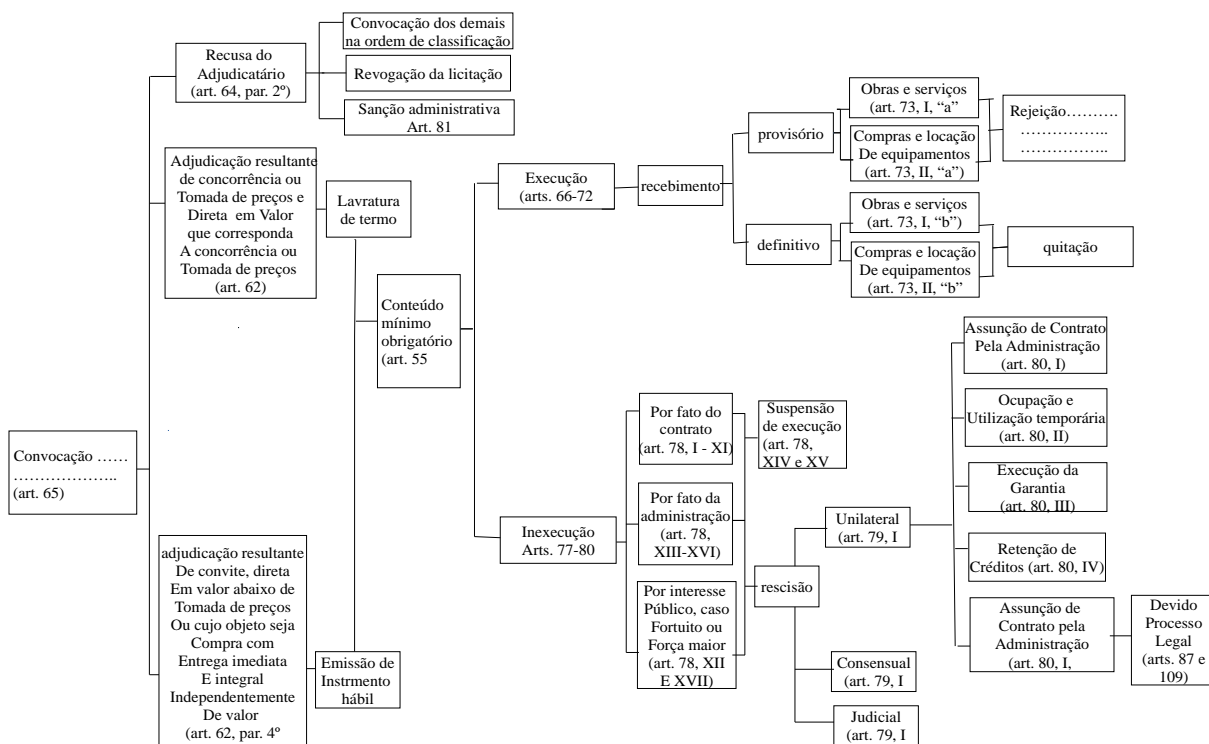
Configuração da última fase do processo licitatório previsto na Lei nº 8.666/93:



Fonte: Extraída da Obra de Jessé Torres Pereira Junior. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8

Fluxograma 4

Demonstra o panorama da relação jurídico-administrativo que se estabelece a partir da convocação do adjudicatário para contratar com a Administração Pública, que se extrai da interpretação da Lei nº 8.666/93.



Fonte: Extraída da Obra de Jessé Torres Pereira Junior. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10