

Corrupción y administración pública en Brasil

di Daniel Wunder Hachem y Emerson Gabardo

Abstract: Corruption and public administration in Brazil – The paper begins by describing the legal regime that regulates the fight against corruption in Brazil based on an extensive list of statutes and norms applicable to the subject. Subsequently, it elaborates a historical and critical exposition of patrimonialism as the basis of the construction of public and private relations far from ethics based on the public interest. It also highlights, from a sociological point of view, the problems of the reality that trusts in a symbolic combat to the corruption, through an abusive behavior of the controlling agents, although strongly supported by the public opinion. Then, it provides an analysis of the organs and entities of the Brazilian Public Administration based on a critical vision of its action, however, emphasizing the existence of a common constitutional nucleus of principles of sanctioning law related to the illegal activities of public agents.

Keywords: State corruption; Public administration; Public ethics; Public agents; Administrative sanctions.

1. El ilícito de corrupción administrativa en el sistema jurídico brasileño

La literatura viene esforzándose para establecer modelos que expliquen el fenómeno de la corrupción en el mundo y en Brasil.¹ Popularmente, la corrupción corresponde a una serie de actos que pueden comprender: ganancias ilícitas, fraudes, falsificación, malversación de capitales públicos, soborno, clientelismo, y otros. Ante eso, se vuelve difícil elaborar un concepto único sobre corrupción. Hay una escala bastante expresiva cuando se empieza a observar los pequeños desvíos del cotidiano, como el simple incumplimiento del orden en una cola² hasta el crimen organizado (cuyo acto corrupto es penalizado de forma especial por los Estados modernos).³

En el intento de delimitar un criterio para definirse la corrupción, algunos autores afirman que, en un sistema jurídico, cabe a la ley decir qué es la corrupción. A su vez, el Derecho se basa en la observación de la realidad de su ambiente (la cultura,

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

² Sobre el asunto, véase el interesante trabajo de: SANTANO, Ana Claudia; LOPES, Ana Paula Veiga. A ética da fila e a mercantilização de bens e serviços públicos no Direito Brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson (Orgs.). *Direito, mercantilização e justiça*. Curitiba: Editora da UFPR, 2016, p. 15-56.

³ BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. *Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro*, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acceso el: 25 Jun. 2014.

las costumbres y los valores impregnados en un momento histórico específico de la sociedad). De este modo es que son clasificadas ciertas conductas como algunos ilícitos de naturaleza penal, civil o administrativa.⁴ Todo depende del contexto geográfico y cronológico en el que se inserta la cuestión. O, como prefieren los historiadores culturales: hay una dependencia de la esfera de las mentalidades.⁵

Se nota, por lo tanto, que la corrupción es un fenómeno complejo, pasible de análisis a partir de múltiples perspectivas. Independiente del hecho de no existir un concepto jurídico único sobre lo que es, efectivamente, la corrupción, parece haber un fuerte consenso de que ella es un acto portador de una gran nocividad. Se admite, incluso, que la corrupción es un fenómeno capaz de influir hasta en el desarrollo económico-social de todo un país.⁶ Ante eso, mejor que ofrecer un concepto cerrado y terminado, Ana Claudia Santano propone la identificación de algunos “elementos” que deben estar presentes en la corrupción política para que ella sea así caracterizada: 1. La presencia de una autoridad pública; 2. Interés personal directo o indirecto en la obtención de alguna ventaja para sí u otra persona; 3. Conciencia de la ilicitud o del carácter reprochable de la conducta.⁷

Al observar dicho panorama, atendiendo a los compromisos internacionales asumidos en las convenciones de las Naciones Unidas, OEA y, principalmente, de la OCDE, la República Federativa de Brasil, en agosto de 2013, aprobó la llamada ley anticorrupción empresarial (Ley n° 12.846/13). En el ámbito internacional, ya hace algún tiempo que existe un sistema de combate a la corrupción con diversas acciones en este sentido.⁸

A nivel nacional, la Ley 12.846/2013 impuso una serie de normas e institutos jurídicos, entre ellos la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas que se relacionan de forma irregular con la Administración Pública.⁹ De esta forma, el Poder Público brasileño está aún más habilitado jurídicamente a manejar los desvíos de conducta de los más distintos órdenes. Fueron conferidos al Estado mecanismos administrativos eficaces y céleres para responsabilizar, educar y obtener el

⁴ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. Disponible en: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2707>. Acceso el: 14 Jun. 2018.

⁵ CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

⁶ LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 89, p. 429-470, mar. 2011.

⁷ SANTANO, Ana Cláudia. O combate à corrupção política: algumas medidas importantes (e necessárias). In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson. *Eficiência e Ética no Direito Administrativo*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 32.

⁸ Sobre el asunto, es interesante la obra de Larissa Ramina: RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2003.

⁹ 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; GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña n° 12.846/2013. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

resarcimiento de recursos públicos ante los actos de corrupción y fraudes practicados por personas jurídicas y sus agentes, especialmente en las licitaciones públicas y en la ejecución de los contratos.¹⁰ A dichos mecanismos administrativos se agregan, todavía, otros de perfil judicial.

Cabe subrayar que, hasta la creación de dicha norma, todavía no había en Brasil ninguna ley que volviera posible la aplicación de sanciones a las personas jurídicas involucradas específicamente en sobornos extranjeros, lo que violaba directamente al art. 2º de la Convención de la OCDE sobre el combate al cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. El art. 3º de la Convención dispone que, en el caso de que no se aplique la responsabilidad criminal, bajo el sistema jurídico del Estado miembro, sobre las personas jurídicas deberán los países signatarios someterlas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.

En Brasil, había al menos tres leyes que podrían servir como posible base para imponer responsabilidad administrativa a las personas jurídicas involucradas en hechos de soborno extranjero: la Ley 8.666/93 (licitaciones); la Ley 6.385/76 (mercado de valores mobiliarios); y la Ley 8.884/94 (protección del orden económico). Sin embargo, según análisis expuesto en el informe sobre la aplicación de la convención sobre el combate al cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales y la recomendación revisada de 1997 sobre el combate al soborno en transacciones comerciales internacionales de la OCDE de diciembre de 2007, ninguna de dichas normas generaba la perspectiva de que una persona jurídica sería juzgada por el delito de cohecho extranjero.¹¹

Según el informe de la OCDE, la Ley 8.666/1993 no podría ser aplicada conforme los objetivos de la convención, pues está relacionada a las licitaciones públicas domésticas y deja de traer sanciones monetarias a las personas jurídicas. Ya con relación a la Ley 6.385/76, por pertenecer al ámbito enteramente doméstico,

¹⁰ ORTOLAN, Marcelo A. Biehl, ROCHA, Iggor Gomes, REIS, Felipe A. Pizzato. Combate à Corrupção Nas Licitações e Contratos Públicos - Questões Centrais Do Projeto de Lei nº6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.159-199; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016; FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016.

¹¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO-OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos 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*. p. 63. Disponible en: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf> Acceso el: 01 Mar. 2018.

disponiendo solamente algunas penalidades para personas con cierta relación con la empresa y aplicándose sólo a las compañías abiertas, ella sería insuficiente para el cumplimiento de los arts. 2º y 3º de la Convención. Por fin, en lo que se refiere a la Ley 8.884/94, el informe afirma que se aplica específicamente al comportamiento contrario a la competencia, lo que podría indirectamente involucrar soborno extranjero, pero solamente si afectar el mercado brasileño, medida ésta también insuficiente considerando los objetivos de la Convención.

Teniendo en vista dicho panorama, la OCDE, después de analizar las medidas tomadas por Brasil en lo que se refiere al combate a la corrupción, recomendó una reforma legislativa para la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos de inmoralidad administrativa que involucren servidores públicos extranjeros.¹² Así, fue aprobado el Proyecto de Ley Ordinaria 6.826/2010, creando la llamada ley anticorrupción empresarial.

Dicha norma ingresó en el conocido “sistema legal de defensa de la moralidad”, compuesto por la Ley n° 8.429/1992 (Ley de combate a la improbidad administrativa), por la parte penal de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos (arts. 90 *et seq.* de la Ley n° 8.666/1993), por la Ley n° 12.529/2011 (Ley de defensa de la competencia), por la Ley Complementar n° 135/2010 (llamada de la Ley de la “Ficha Limpia”, que impide a que condenados en órganos colegiados concurren o se presenten a los cargos electivos), y por el art. 312 del Código Penal (que disciplina de forma específica los delitos practicados en contra de la Administración Pública).¹³

Luego, la llamada ley anticorrupción se constituye como la más reciente pieza añadida a la construcción iniciada en 2003 de un Sistema Brasileño Anticorrupción.¹⁴ Además, es sabida la influencia de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales – OCDE en la elaboración de la nueva ley anticorrupción empresarial, como también otros diplomas legales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,¹⁵ y de la Convención Interamericana contra la Corrupción,¹⁶ además de

¹² “En diciembre de 2007, Brasil todavía no había tomado las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por el cohecho de funcionario público extranjero, de acuerdo con sus principios legales. De la misma manera, los examinadores concluyeron que el actual régimen estatutario para la responsabilidad de personas jurídicas, en los términos de la legislación brasileña, es inconsistente con el Art. 2 de la Convención. Los Examinadores consideran dicha situación como un grave fallo de la ley que necesita ser urgentemente corregido”. Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos 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*. P.63. Disponible en: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acceso el: 01 Mar. 2018.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

¹⁴ HAGE, Jorge. *Avanço Irreversível*. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaop/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>> Acceso el: 26 fev. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto n° 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. DF, 1 fev. 2000.

la Convención de Palermo, que insertó la corrupción en el contexto de la criminalidad internacional.

Este amplio sistema de control de la Administración Pública tiene su potestad dispuesta tanto en la Constitución como en un enorme abanico legislativo. Con relación a eso, pueden ser identificadas otras leyes igualmente relevantes: (i) la Ley 4.898/65 (que establece la posibilidad de control popular); (ii) la Ley 8.429/92 (que reprime los actos de improbidad administrativa); (iii) la Ley 12.813/13 (que regula el conflicto de interés, imponiendo reglas especiales relativas a la ética pública en el Poder Ejecutivo Federal); (iv) el Decreto-ley 200/67 (que todavía sigue vigente en algunas de sus partes, aunque contenga un claro déficit constitucional); (v) el Decreto 201/67 (que establece los crímenes de responsabilidad de los alcaldes y concejales); (vi) la Ley Complementaria 64/90 (que define los casos de inelegibilidad de personas para cargos electivos); (vii) la Ley 10.180/01 (que instituye los Sistemas de Planeamiento y de Presupuesto Federal, de la Administración Financiera Federal, de Contabilidad Federal y de Control Interno del Poder Ejecutivo Federal); (x) la tradicional Ley n° 4.320/64 (que establece normas para control financiero); (xi) la Ley Complementaria 101/00 (que desarrolló un sistema rígido de responsabilidad fiscal al país). Y todavía merece que se aborde, aún, la Ley n° 4.717/65 (que instituye la Acción Popular¹⁷) y la Ley n° 12.527/11 (ley de acceso a la información).¹⁸

Esta es una pequeña muestra del complejo sistema normativo brasileño de control de la Administración Pública, que se agrega al Código Penal Brasileño (especialmente en su Título XI, que trata de los delitos contra la Administración Pública y al Código Electoral – cuya interpretación viene siendo cada vez más restrictiva en lo que se refiere a la conducta de los agentes que pretenden presentarse a los cargos electivos). Dichas normas son complementadas por un conjunto expresivo de decretos, disposiciones, resoluciones, instrucciones normativas, y toda suerte de actos normativos que objetivan fomentar la adecuada práctica de los actos administrativos por los agentes públicos. No faltan normas, por lo tanto, para la realización del combate a la corrupción. Desafortunadamente, el problema que surge a partir de este inmenso conjunto legal es la existencia de abusos por parte de los órganos de control, como también el menosprecio a estos diplomas normativos en el momento de la aplicación del juicio de los ilícitos y de la aplicación de las penas.

¹⁶ BRASIL. Decreto n° 4.411, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 out. 2002.

¹⁷ Tipo de demanda que está prevista en la legislación de algunos países, como Brasil y Colombia, y que tienen como objetivo la protección de bienes de uso público y para evitar daños contingentes de eso.

¹⁸ Sobre el tema en Brasil, véase: VALIM, Rafael. El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 169-181, jan./abr. 2016; PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 209-227, abr./jun. 2014; MARTINS, Ricardo Marcondes. Direito fundamental de acesso à informação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 127-146, abr./jun. 2014; FERREIRA, Alexsandro Fonseca; MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a colombiana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 177-194, jul./set. 2013.

2. El fenómeno de la corrupción en la Administración Pública brasileña

La independencia del país y la Constitución de 1824 no produjeron resultados efectivos en el sentido de alterar las relaciones público-privadas típicamente coloniales del período antecedente. Solamente a título ilustrativo, es importante subrayar que, en la época, había más de 85% de individuos totalmente analfabetos. Además, las elecciones eran, en general, espectáculos simbólicos (por veces, violentos).¹⁹

El “sentimiento de nacionalidad” se desarrolla en Brasil solamente a partir del final del siglo XIX – principalmente por cuenta de la proclamación de la República, en 1889. Hasta entonces, lo que se veía era un patriotismo personalista regional. Desde el punto de vista formal, la República fue un reflejo que consolida esta nueva mentalidad, una vez que las lealtades provinciales fueron siendo remplazadas ante la formación de una lealtad nacional. ²⁰ Sin embargo, las prácticas de mezclar lo público y lo privado continuaron, e incluso se intensificaron.

En la Primera República (1889 a 1930), la confusión práctica entre lo público y lo privado y la ausencia de un verdadero sentimiento de ciudadanía todavía seguían siendo la regla. La descentralización subsidiaria típica del período, resultado de una copia formal del sistema federativo estadounidense, promovió el fortalecimiento de elites locales. De eso viene que el período terminó siendo caracterizado por el fenómeno más destacado del patrimonialismo brasileño: el llamado “coronelismo”. Aunque se admitan sus distintas formas de manifestación, su núcleo estructurante puede ser entendido como una manifestación específica del poder privado, es decir, de un modelo autoritario que logró coexistir con un régimen político de base representativa. Por este motivo, el “coronelismo” es “sobre todo, un compromiso, un cambio de ventajas entre los poderes públicos, progresivamente fortalecidos, y la decadente influencia social de los jefes locales”. ²¹

Otro rasgo importante que demuestra una imbricación constante entre lo público y lo privado dentro de la misma mentalidad es la propia formación del espacio jurídico-burocrático en Brasil. Las formas de constitución burocrática siempre “dependen de un ethos específico” necesariamente involucrado con el respeto, muchas veces exagerado, por las reglas formales típicas de este paradigma administrativo.²² De esta forma, mucho más que un fenómeno de la esfera público-estatal (como comúnmente es retratada), la burocracia consistió en una característica sobresaliente de la sociedad brasileña (de la elite política imperial, pero no sólo de

¹⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 61.

²⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 81.

²¹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 40. Traducción libre.

²² BURKE, Peter. *História e teoria social*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Vanâncio Majer. São Paulo: Unesp, 2002, p. 128.

ella).²³

Sin embargo, dicha burocracia nada tiene que ver con su correspondiente modelo teórico weberiano. La formación de la tradición público-privada en Brasil denotó una fuerte praxis pseudo-burocrática, ya que es contraria a sus postulados fundamentales (centrados en la impersonalidad por principio).²⁴ La burocracia brasileña fue corrompida por el patrimonialismo.

La tradición histórica brasileña trae rasgos como: la elección de las personas que ocupan cargos públicos hecha por intermedio de relaciones de confianza personal, la falta de especialización de funciones y la ausencia de acciones para que fueran asegurados derechos a los ciudadanos. Todo eso impedía la formación de una verdadera burocracia pública, que solamente era observada en algunas situaciones excepcionales. Consecuentemente, “no era fácil a los ocupantes de las posiciones públicas de responsabilidad, formados por dicho ambiente, que entendieran la distinción fundamental entre los dominios de lo público y de lo privado”.²⁵

Está claro que el fenómeno puede ser observado también en otros países. En diversas sociedades, la burocracia sucumbió a un sistema de “solidaridad vertical”, es decir, los “ahijados” no se unen por una ideología común, ni siquiera por programas políticos semejantes, sino por su relación directa y personal entre sí. Como muy bien explica Peter Burke, el sistema burocrático es comúnmente deformado para un “régimen de apadrinamiento” cuyo resultado es la transformación de riqueza en poder político; de este modo, se construye una tela social constituida por “relacionamientos personales entre individuos desiguales, entre líderes (o padrinos) y sus seguidores (o ahijados). Cada parte tiene algo a ofrecer a la otra” – volviéndose muchos de ellos contratantes y compañeros privados de los agentes públicos. “Los ahijados proporcionan apoyo político a los padrinos, como también deferencia, expresada en distintas formas simbólicas (gestos de sumisión, lenguaje respetuoso, regalos, contrataciones espurias, y otras manifestaciones). Ya los padrinos ofrecen hospitalidad, empleos, contrataciones espurias, protección a los ahijados”,²⁶ como también son beneficiados por diferentes formas de ventajas inadmisibles a partir de una comprensión ética de interés público.²⁷

Los Poderes Públicos brasileños se han demostrado instituciones cuya legitimidad es fruto de la amalgama entre los tres tipos ideales weberianos (tradicional, carismático y legal). En Brasil, el sistema jurídico todavía permite que las autoridades estatales requieran cargos, ventajas remuneratorias o pensiones. Está reservada a los agentes públicos la política en un sentido impropio, y con ella cierto

²³ La burocracia estatal en el periodo imperial era compuesta de diversos niveles y sectores, distinguiéndose tanto verticalmente como horizontalmente. Cf.: CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 145.

²⁴ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 179.

²⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 24. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1992, p. 106.

²⁶ BURKE, Peter. *História e teoria social*. Op. cit., p. 104.

²⁷ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

irrespeto a la cosa pública. Además, aunque beneficiarios de un sinfín de ventajas, viven inmersos en su demagogia. Los discursos son siempre racionales, pero basados en el más banal de los moralismos (y eso se aplica indistintamente a los tres Poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial). Muchas veces, el procedimiento formal es observado, pero solamente para esconder un ulterior desvío de finalidad o de abuso de poder. Desafortunadamente, aunque con todo el sistema de control existente, se ha admitido dichos desvíos con el beneplácito del Poder Judicial – cuya selectividad en el combate a la corrupción y en la defensa de la ética pública es evidente.

Mientras tanto, Brasil se encuentra en una situación muy incómoda en los rankings internacionales de falta de transparencia y de mayor nivel de corrupción. Hay, incluso, una tendencia de rebajamiento continuo en los últimos años. En 2016, Brasil se ubicó, por ejemplo, en la 76° posición, entre 176 países listados, lo que ya no puede ser más considerado un resultado positivo.²⁸ Ya en 2017, hubo un empeoramiento en el cuadro, con el país cayendo a la 96° posición, considerándose 180 países.²⁹ Dicho índice es un demostrativo impactante, pese a que estos datos deben ser analizados con cuidado, una vez que el propio sistema de combate ostensivo (y mediático) actualmente utilizado por los órganos de control y, principalmente, por el Poder Judicial, fomenta una percepción exagerada y distante de la realidad del problema. Además, la utilización de listados comparativos para la medición de la corrupción en realidades globales tan distintas puede ser una forma adecuada de comprensión de la cuestión, así como los métodos de investigación usados, aunque necesiten ser aceptados con cuidado y espíritu crítico.³⁰

3. Moralidad administrativa y opinión pública en la actualidad

Formalmente legal, simbólicamente carismática y fácticamente tradicional, la legitimidad de los agentes públicos brasileños es un reflejo de una sociedad eclética y que tiene un agente conductor de su opinión: los medios institucionales (sean aquellos que pretensamente prestan un servicio público, o aquellos que desarrollan una actividad económica en sentido estricto). Se trata de la llamada “Gran Prensa”, que en Brasil es tradicionalmente la representante mayor de los intereses del capital estamental.³¹

La sociedad brasileña históricamente tiene demandas que, en general, no favorecen la existencia de un “sentimiento constitucional”. Según aclara Agassis

²⁸ SALOMÃO, Lucas. Brasil está em 79º lugar entre 176 países, aponta ranking da corrupção de 2016. *Portal G1*. 13 mar. 2017. Disponible en: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/brasil-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corrupcao-de-2016.ghtml>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

²⁹ MENDONÇA, Eloisa. Brasil piora 17 posições no ranking de corrupção da Transparência Internacional. *El país*. 21 fev. 2018. Disponible en: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/20/politica/1519152680_008147.html>. Acceso el 15 Mar. 2018.

³⁰ SANTANO, Ana Claudia. A medição da corrupção como avaliação do desenvolvimento e eficácia de políticas públicas: alguns métodos disponíveis. In: GONÇALVES, Oksandro; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. (Org.). *Desenvolvimento e Sustentabilidade: Desafios e Perspectivas*. 1ed. Curitiba: Íthala, 2015, v. 1, p. 353-372.

³¹ ABRAMO, Perseu. *Padrões de Manipulação da Grande Imprensa*. 2 ed., São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

Almeida Filho: “entre nosotros, hay un sentimiento constitucional insuficiente como para crear una democracia constitucional debidamente legitimada, lo que no impide que dicho sentir sea despertado por una actuación constitucionalmente adecuada de los organismos estatales”.³² Es decir, “el ejercicio democrático de la democracia” mencionado por el autor ni siempre ocurre de forma espontánea, aunque siga siendo formalmente una realidad constitucional. Es al revés: por veces es la propia población que, democráticamente, actúa en contra de dicho ejercicio, sea en su actuación directa, por medio de una “autotutela de intereses”, sea por el apoyo (o no) a sus representantes electos, por motivaciones ni siempre legítimas desde el punto de vista ético-constitucional, aunque ciertamente fundamentados por el principio democrático.

Pese a que la doctrina no conceda mucha atención a la cuestión de la común incompatibilidad práctica entre la voluntad popular y el sentimiento constitucional, buscando siempre compatibilizar los elementos, el hecho es que hay una tendencia a la tensión entre la democracia y los derechos fundamentales en Brasil en el plan fáctico. Es decir, no se está tratando propiamente de una tensión en la teoría, sino en la práctica.

Después de las elecciones de 2014, Brasil pasó a vivir un momento de regreso de demandas sociales y de manifestaciones de interés que estaban ocultas (o fueron ocultas) durante los veinte años del periodo post-dictadura. Lo que estuvo en boga en este periodo fue la ampliación de la justicia social, de la participación popular,³³ de la alteridad, de la solidaridad, de la defensa del medio ambiente y del rechazo al prejuicio, como ideas-fuerza típicas de un imaginario constituido por la doctrina en el entorno de la Constitución de 1988. Se trata de una ciencia del Derecho que valoriza los derechos fundamentales y que fue, lentamente, recibida por la actuación judicial – una teoría no sólo de libertad e igualdad, sino de fraternidad. La actividad administrativa del Estado, así como la legislativa, con algunas barreras, terminó condicionándose a la doctrina y a la jurisprudencia (que pasó a ser llamada de neoconstitucional).

Sin embargo, dicha evolución fue facilitada por el surgimiento de importantes conquistas en términos económicos e institucionales. Después de una fase oscura pre-constitucional, las décadas de 1990 y 2000 se demostraron importantes en el

³² ALMEIDA FILHO, Agassis. Prefácio. In: VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. XVII. Traducción libre.

³³ BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015; BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015; BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017.

proceso de maduración de Brasil como un Estado en vías de desarrollo.³⁴ Más que eso: la concepción de un modelo de Estado social no subsidiario consagrado en 1988, pero con fuerte dificultad para volverse efectivo, pasó a conquistar la mente del establishment jurídico nacional. No obstante sus constantes reformas coyunturales e intentos de reformas estructurales vividos en un ambiente tendencialmente postmoderno, la Constitución brasileña aún resiste intentando implantar las conquistas de la modernidad.³⁵

La segunda década de este siglo, sin embargo, parece denotar un nuevo momento. Un momento en el que tres factores parecen conducir a una situación de desestabilización institucional y social: 1. La fuerte presencia del internet en la vida cotidiana de la población de clase alta y media; 2. El retroceso del país en términos de estabilidad económica; y 3. La transformación de la corrupción en un fenómeno mediático. Dichos factores ponen en evidencia que la medición de la voluntad popular depende de requisitos materiales, es decir, se hace necesaria una “democracia madura” en la que el ejercicio de la ciudadanía no se resume al voto periódico. La participación política demanda nuevas y más cualificadas formas de actuación colectiva en la arena pública, lo que es una exigencia compleja cuando se considera la tradición brasileña.³⁶

La falta de una noción republicana y de un espíritu de comunidad en la sociedad es un rasgo tradicional, es decir, hay en Brasil la carencia de la construcción de un espacio verdaderamente público.³⁷ Una situación que resulta en el mantenimiento de un fuerte espectro patrimonialista e individualista en las relaciones sociales que fomenta la corrupción no sólo por el Estado, sino también en toda la sociedad – espectro este que, a su vez, es reforzado por el retraso en el proceso de desarrollo económico y social (en términos de vivienda, educación, salud, saneamiento básico y transporte).

Estos elementos han propiciado distintas consecuencias en la sociedad actual. Por un lado, el pueblo brasileño es fuertemente cohesivo en lo que se refiere a un ideal nacionalista (en Brasil, los sujetos pertenecen, en primer lugar, a su país, después a su ciudad, y por último a su provincia). Por otro lado, hay una fragmentación oculta y que, por primera vez en la historia, está entrando en ebullición. Esto es un reflejo directo de la concreción de los derechos fundamentales posibilitada por la Constitución de 1988 y por el surgimiento de autoridades públicas comprometidas con su modelo de Estado y de la Administración Pública. Cabe subrayar que esta realidad nunca fue una demanda del mercado, ya que el alto

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³⁵ GABARDO, Emerson. Mecanismos de Intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014.

³⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

³⁷ Este asunto fue tratado con mayor profundidad en GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 123 e ss. Véase también: SALGADO, Eneida Desiree. Essay on the constitutional promises of democracy and republic. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 85-100, set./dez. 2017.

empresariado tiene una inercia refractaria a dicha pauta, aunque de ella obtenga ventajas cuando surgen oportunidades típicas del desarrollo.

El fenómeno de la corrupción, a su vez, creó una única gran unanimidad nacional, haciendo que el pueblo, radicalmente, pasara a tener una gran simpatía por el ambiente de “caza a las brujas” que se dio inicio.³⁸ Después de un periodo de fuerte expansión formal y material, los derechos humanos asumieron una representación paradójicamente negativa en el imaginario popular. Para los medios, lo que importa es el combate a la corrupción – ya que dicho adagio tiene una increíble capacidad de anestesiar a la gente en relación con todos los otros problemas. En realidad, el énfasis en este asunto no pasa de una estrategia de las grandes corporaciones de los medios, como también de las elites beneficiarias, para la conquista y mantenimiento del poder.³⁹ Esto no significa que la corrupción sea un problema menor, sino que está lejos de ser el único. Además, no parece ser lógico combatir la corrupción mediante la aceptación de abusos antiéticos y metajurídicos de los órganos de control.⁴⁰

4. Sistemas de control de los actos administrativos

La más importante e impactante forma de control de los actos administrativos en Brasil es el control judicial (una forma de control externo), una vez que, a partir de la proclamación de la República en el final del siglo XIX fue abolido el contencioso administrativo (inspirado en el modelo francés) y adoptada la jurisdicción única (inspirada en el modelo anglosajón americano). La actual Constitución brasileña prescribe en su art. 5º, inciso XXXV, que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. Actualmente, debido a la influencia del paradigma neoconstitucional y del fenómeno del neoconstitucionalismo, dicho control se ha vuelto cada vez más poderoso e interviniente en las actividades legislativas y ejecutivas, causando un desequilibrio en el sistema y poniendo en jaque la doctrina tradicional respecto del tema – la actuación del Poder Judicial ocurre con el objetivo de ser hecha justicia en el caso concreto, entre otras formas, por medio de la anulación de actos, por intermedio de las obligaciones de hacer impuestas en la esfera de las políticas públicas, y en los casos de aplicación de penas propiamente dichas, por improbidad o por la práctica de delitos, muchas veces sin el debido amparo legal.

Desde el punto de vista de los demás controles, en general, la doctrina brasileña lista cinco principios a ser observados, visando a la calidad de la

³⁸ Es interesante observar como el pueblo no distingue el fenómeno de la corrupción de su combate. Según la Transparencia Internacional, para más de 78% de los brasileños, la corrupción aumentó en 2016 con relación al periodo anterior. Si eso fuera realmente verdad, significa decir que los mecanismos radicales de combate a la corrupción aplicados por el Poder Judicial en los últimos años están teniendo un miserable resultado. Cf.: FUJITA, Gabriela; MARCHAO, Talita. 78% dos brasileiros dizem sentir aumento da corrupção, diz Transparência Internacional. *UOL Notícias*. Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/10/09/78-dos-brasileiros-dizem-sentir-aumento-da-corrupcao-diz-transparencia-internacional.htm>. Aceso el 09 Out. 2017.

³⁹ La referencia a Maquiavelo aquí es obvia. Ver: SKINNER, Quentin. *Maquiavel*. Tradução de Maria Lucia Montes. São Paulo: Brasiliense, 1988.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

fiscalización: principio de las relaciones intersectoriales (que exigen la desvinculación de los sujetos controladores y de los controlados), principio de la independencia técnico-funcional (que exige condiciones autónomas para el ejercicio de la potestad que le es atribuida), el principio de la relación coste-beneficio (que obliga a una evaluación de las compensaciones resultantes de la intervención controladora, para que no se provoque una consecuencia peor de lo que si no existiera), el principio de la cualificación adecuada (que requiere a los integrantes del cuerpo de controladores una expertise específica, a partir del objeto a ser controlado) y el principio de la adherencia a las directrices y normas (que exige un respeto al ordenamiento positivo sin vinculación a la literalidad de la ley, sino también sin la sustitución del administrador – este sí el responsable de encontrar la opción óptima).⁴¹

Dichos principios deben incidir sobre la actuación de los órganos y entidades responsables del control de la actividad pública. En Brasil, generalmente es utilizada una clasificación orgánica respecto del sistema de control de la Administración Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello, refiriéndose al control interno y externo, los difiere a partir del criterio de ser o no realizado por los propios órganos que ejecutan la administración activa. El autor también propone que el control de la administración descentralizada hecho por la administración central puede ser incluido en este espectro, y, a partir de eso, es llamado de control “interno exterior”.⁴²

Sin embargo, existen los controles administrativos propiamente dichos. Es interesante destacar la actividad de “control fiscalizador” ejercido por los Tribunales de Cuentas (órganos de control por excelencia) y por la Fiscalía, en Brasil llamada de Ministerio Público, cuya importancia ha crecido mucho en los últimos veinte y cinco años. Ambos son verdaderos Poderes, en la medida que, desde un punto de vista orgánico, Poderes nada más son de que estructuras fundamentales del Estado, según la Constitución de la República de 1988, considerando su autonomía estructural, financiera y funcional (aunque no consten en el art. 2º de la Constitución con dicha denominación).⁴³

La Fiscalía, a su vez, es controlada administrativamente y financieramente por un organismo central llamado Consejo Nacional del Ministerio Público (abreviatura en portugués, CNMP). El CNMP es un órgano análogo al Consejo Nacional de Justicia,⁴⁴ que fue creado para el control administrativo del Poder Judicial y que tiene como objetivo “perfeccionar el trabajo del sistema judicial brasileño, principalmente en lo que se refiere al control y a la transparencia administrativa y procesal”.⁴⁵

El Poder Ejecutivo es compuesto por distintas entidades de control interno y externo. Como control de las actividades externas, merecen mención las agencias

⁴¹ CASTRO, Rodrigo Aguirre Pironti. *Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 99 y ss.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 963.

⁴³ El art. 2º de la Constitución brasileña establece: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁴⁴ El CNJ fue creado por la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004 e instalado el 14 de junio de 2005 (art. 103-B de la Constitución Federal).

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quem somos*. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

reguladoras, que son autarquías especiales (que tienen, por lo tanto, personalidad jurídica propia). Las agencias tienen la función de regular sectores económicos privados (como es el caso de la ANP – Agencia Nacional de Petróleo, y el BACEN – Banco Central de Brasil), o tiene como función regular sectores específicos de prestación de servicios públicos (como la ANEEL – Agencia Nacional de Energía Eléctrica, y la ANATEL – Agencia Nacional de Telecomunicaciones). 46

Fuera del espectro de las agencias, la Contraloría General de la Unión – CGU es un órgano interno de la Unión (sin personalidad jurídica) con importante poder de fiscalización de las actividades inherentes al Poder Ejecutivo federal y de los convenios con las demás entidades federativas.⁴⁷ También es de responsabilidad de la Contraloría la adopción de programas de simplificación de los procedimientos administrativos. Recientemente fue editado, por ejemplo, el Decreto 9.094/17, que trata sobre la simplificación del atendimento prestado a los usuarios de los servicios públicos e instituye la “Carta de Servicios al Usuario” – un documento importante en la búsqueda por la mejora de la actividad administrativa no solamente en lo que se refiere a los aspectos éticos, sino también de la eficiencia.

Dentro de la CGU, cabe mencionar, aún, en portugués, la “Ouvidoria Pública”, como una especie de órgano vigilante que recibe y procesa denuncias, quejas y elogios relativos a las acciones de los agentes públicos.⁴⁸ A nivel federal, por lo tanto, existen diversos mecanismos que posibilitan la participación de los ciudadanos en el proceso de decisión administrativa de las autoridades. Y la idea de la legislación vigente es fomentar que, poco a poco, dichas herramientas sean diseminadas en todos los Estados federados y municipios del país. De hecho, en los Estados federados y en los municipios, existen las contralorías locales y sus propias “ouvidorias”, aunque su creación no sea obligatoria en los términos de la Ley 13.460/17, que fue la primera de la historia a crear un código del usuario del servicio público.⁴⁹

Es posible, así, afirmar que en Brasil no faltan normas ni entes u órganos de control de la Administración Pública. Y realmente es necesario que existan órganos de control, para que sea recompuesto el orden público cuando violado (y para la prevención también). Se comparte de la posición de Mauricio Zockun, que entiende que es “necesario que el ordenamiento jurídico siempre contemple, en su núcleo, prescripciones destinadas al restablecimiento de la desarmonía causada por la desobediencia a uno de sus comandos normativos”.⁵⁰ Por otro lado, es problemático cuando la pluralidad de entes y de órganos responsables de la recomposición es exagerada, incluso se sobreponiendo a sus fines.

⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 237 y ss.

⁴⁷ MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Site*. Disponible en: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

⁴⁸ ROMÃO, José Eduardo Elias. A efetividade da ouvidoria-geral da União. In: MENEZES, Ronald do Amaral; CARDOSO, Antonio Semeraro Rito (Orgs.). *Ouvidoria Pública Brasileira: reflexes, avanços e desafios*. Brasília: IPEA, 2016, p. 187.

⁴⁹ GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. *Direito do Estado: Colunistas*. Año 17, n. 367. Disponible en: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-lei-13-460-17>>. Acceso el: 15 Mar. 2018.

⁵⁰ ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31.

Sin embargo, ¿cuáles han sido las consecuencias de este enredado tan grande de reglas y órganos encargados de fiscalizar la actividad administrativa? ¿Más eficiencia? ¿Más calidad de decisión? Es muy plausible afirmarse que no.

En Brasil, no ha habido una real desvinculación entre los sujetos controlador y controlado; ni siempre se hacen presentes las condiciones de autonomía mínimas para el ejercicio de la potestad en carácter primario; muchas veces la acción de control provoca un resultado peor al interés público de lo que la propia acción controlada (aunque irregular); es común el agente controlador no tener expertise, ni general y tampoco específica, sobre el asunto que les corresponde, y la actividad controladora ha promovido una verdadera sustitución del controlado por su controlador.

Ejemplo de eso es el más reciente éxito de la tesis del “control activo”.⁵¹ Ha sido común en la doctrina defender que el control de la legitimidad debe corresponder a un “control de gestión”, es decir, que exige un “análisis de resultados”. En estos términos, el control incluiría la “apreciación de la justicia y del coste-beneficio” de las acciones administrativas ante el atendimiento a las demandas sociales.⁵² El enfoque aquí es el control originado de la prevención constitucional del art. 70 de la Constitución de la República, que se reporta tanto al sistema interno como al externo.⁵³ El control interno (destacándose el realizado por los órganos autónomos, como las “ouvidorias”, las inspecciones, las contralorías, etc.) cada vez más ha sido considerado como un efectivo instrumento de gestión – a partir de una sustitución de la noción clásica de administración por la contemporánea de gobernanza.⁵⁴ En este ámbito, cabe subrayar la figura del compliance.⁵⁵

Sin embargo, quien más ha ejercido en la práctica dicha potestad fueron los Tribunales de Cuentas.⁵⁶ Algunos autores defienden que la fiscalización de dichos tribunales debe verificar si la acción administrativa atendió al “bien común”, que sería representado por un análisis de la atención a los principios y fines de la norma jurídica (otra vez más, aquí, se puede observar una vinculación a la legalidad en sentido amplísimo). Con todo, dicha defensa va más allá, una vez que menciona

⁵¹ BULIGON, Diego; OLIVEIRA, Antônio Gonçalves. Controle interno na administração pública como instrumento de governança e governabilidade na gestão pública. In: *VIII Congresso Nacional de Excelência em Gestão*. Disponible en: <http://www.excelenciaemgestao.org/portals/2/documents/cneg8/anais/t12_0499_2988.pdf>. Acceso el: 2 Ago. 2017.

⁵² KABBAS, Adriana Pigotto. *A atuação dos Tribunais de Contas frente aos direitos sociais prestacionais*. Porto Alegre, 2008. 36 f. Monografía (Especialização em gestão pública e controle externo) – Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurema do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

⁵³ “La fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión y de las entidades de la administración directa e indirecta, en lo que se refiere a la legalidad, legitimidad, economicidad, aplicación de las subvenciones y renuncia de ingreso, será ejercida por el Congreso Nacional, mediante control externo, y por el sistema de control interno de cada Poder”. Traducción libre.

⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 23 y ss.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Un resumen de las atribuciones de los Tribunales de Cuentas puede ser conferido en: BLANCHET, Luiz Alberto. *Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável*. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

expresamente la adecuación de la incidencia en el control externo de proposiciones venidas desde instituciones internacionales de acreditación y de estandarización.⁵⁷ En este sentido, dicha visión merece una reflexión más profunda y crítica.

Se verifica que parte de la doctrina brasileña sufre influencia de entendimientos de control venidos desde áreas distintas a la jurídica (como la económica y de la administración privada), así como de realidades normativas que no son compatibles con la sistemática brasileña.⁵⁸ Esto termina por resultar interpretaciones equivocadas. Parece más correcto entender la verificación de los Tribunales de Cuentas solamente a partir de un control formal (de legalidad y economicidad). Sin embargo, en la práctica, ha prevalecido un análisis material (de mérito político), principalmente en los Estados federados y municipios.⁵⁹ Consecuentemente, es común la reprobación de cuentas por actos que no son directamente imputables al jefe del Ejecutivo (confundiéndolos con los de sus subordinados) – lo que ciertamente es algo contrario a la lógica del sistema (una lógica que obliga, incluso, a penas de carácter personal al agente público).⁶⁰

5. Sanciones aplicables a los agentes públicos

El ejercicio de las funciones ordinarias por parte de los agentes públicos, en general (principalmente en los municipios) ha sido difícil en Brasil. La tensión viene desde la dificultad en saber cuál es la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico en un ambiente jurisprudencial muy inestable. Es común existir posiciones jurídicas diversas (por veces contradictorias) entre los propios agentes de control – con las comunes divergencias entre la Fiscalía (Ministerio Público) y los Tribunales de Cuentas. Esto tiene resultado en un conservadurismo por parte de la Administración Pública.

⁵⁷ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. *Do controle da legalidade às auditorias operacionais: os Tribunais de Contas e o Controle financeiro da administração pública brasileira*. São Paulo, 2012, 75 f. Dissertação (Mestrado em Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV.

⁵⁸ Una de las normas frecuentemente utilizadas llega a afirmar la importancia de la verificación de la “voluntad del legislador”, además de la defensa ampliada tanto de la eficiencia como de la efectividad de la acción pública. Cf: “*The form of public management employed will necessarily influence priorities in performance auditing. In countries where public management is mainly concerned with means and less involved with ends, audits also tend to focus on whether rules have been observed and enforced rather than whether the rules serve or are seen to serve their intended purpose. In countries that have acknowledged management by objectives and results, the audit focus is different. Public sector management generally displays a combination of these philosophies. As mentioned above, management by objectives and results tends to promote interest in auditing efficiency and effectiveness. As a result, the auditor might not have to confront a traditional, rule-bound government administration but an administration whose mandate has been widened considerably in terms of how the intentions of the legislature should be put into operation and which means should be employed in order to achieve them.*” ISSAI 3000. *Standards and guidelines for performance auditing based on INTOSAI's Auditing Standards*. INTOSAI Professional Standards Committee. Copenhagen, 2004, p. 20. Disponible en: <http://www.issai.org/media/13224/issai_3000_e.pdf>. Acceso el: 2 Mar. 2018.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 972.

⁶⁰ Rodrigo Valgas dos Santos abre una divergencia con relación a la posición de Celso Antônio Bandeira de Mello, siendo aún más radical al rechazar la posibilidad de constar en el informe previo los actos personalmente imputables que sobrepasen a los de ejecución presupuestaria, estos sí típicos de “cuentas anuales”. Cf.: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 90.

Cada vez más son exigidas respuestas innovadoras por parte de los agentes públicos (innovación en términos de respuestas sustanciales a los problemas, no innovación jurídica, que es una potestad de la función legislativa). Dicha innovación, sin embargo, tiene un serio riesgo de resultar en una responsabilidad civil, penal y administrativa del agente público, y por esa razón pasa a ser evitada.⁶¹

La multiplicidad de interpretaciones vuelve difícil la toma de decisiones, pues los agentes necesitan atentarse a un conjunto significativo de normas (muchas de ellas de carácter técnico), que vienen desde distintos Poderes, entes y órganos. Dichos sujetos controladores pueden actuar mediante demandas administrativas comunes, especiales, demandas judiciales civiles ordinarias, especiales, y acciones criminales.

En Brasil, la adopción de un entendimiento radical del principio de separación de las instancias ha resultado en una penalización en *bis in idem* que puede generar no sólo la reparación del daño, sino una multiplicidad cumulativa de multas, además de sanciones como suspensión de los derechos políticos, pérdida del cargo y prohibiciones de ejercicio de derechos.⁶² Este es un resultado muy malo originado a partir de esta realidad. Sin embargo, hay otro lado también muy interesante que merece ser comentado.

Hay que reconocerse la existencia de un sistema común sancionador a los agentes públicos, fruto de la constitucionalización del tema – que condiciona las más distintas normas reguladoras y entes fiscalizadores. Temas que, en otros países, son existentes solamente en la ley infra-constitucional y en reglamentos fueron elevados a una categoría normativa jerárquicamente superior en Brasil.⁶³ Dicha sistemática, como ya se ha dicho, tiene sus puntos positivos y negativos.

Cuando el art. 5º, inciso XLVI, de la Constitución dispone: “la ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad; b) pérdida de bienes; c) multa, d) prestación social alternativa, e) suspensión o interdicción de derechos”, el dispositivo no establece que su contenido se limita a los delitos, es decir, no dice que este texto es de Derecho Penal, es de Derecho Administrativo o de Civil. Existen disposiciones penales que imponen obligaciones como la multa, que suspenden derechos como la prohibición de participar en licitaciones, que extinguen relaciones jurídicas, o, todavía, que excluyen derechos – como es el caso de la dimisión (pérdida del cargo público). De todas formas, son todas penas y, por lo tanto, es difícil ser alejada la proposición de que existe un Derecho Constitucional Penal o un Derecho Constitucional Sancionador, que requiere un régimen jurídico o un Derecho público de intervención, que es el núcleo común del Derecho Penal, del Derecho Administrativo o, incluso, del Derecho

⁶¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

⁶² Hubo oportunidad de manifestarse con mayor detalle respecto del asunto en trabajo anterior. Cf.: GABARDO, Emerson. A nova lei anticorrupção brasileira: aspectos controvertidos e os mecanismos de responsabilização das pessoas jurídicas. *Nuove Autonomie*, n. 03, jul./set. 2014, p. 421 e ss.

⁶³ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

Civil.⁶⁴

Daniel Ferreira es uno de los autores que destaca dicha situación, reconociendo la existencia de una “Teoría General de la Infracción”, que termina por aplicar principios de Derecho Penal (o criminal) en otras áreas y, particularmente, el Derecho Administrativo. Cabe resaltar, por lo tanto, la existencia de elementos que sobrepasan estas ramas del Derecho, como son didácticamente establecidas, a partir de una derivación directa del Derecho Constitucional.⁶⁵ A nivel constitucional se debe pensar en una noción de unidad en la responsabilidad y sanción de los agentes públicos.

El exministro del Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, afirma que la Constitución es un todo orgánico, donde “todo es uno”. Dicha expresión casi que poética es oportuna para el análisis de este tema, ya que se está tratando básicamente de derechos fundamentales contenidos en la Constitución. ¿Será posible compartimentar estos derechos y decir que ellos tienen naturaleza y efectos de derechos fundamentales para el Derecho Penal, pero no para el Derecho Administrativo? ¿Sería posible crear estas diferencias sin que ellas tengan origen constitucional? ¿Podría la ley instituir realmente una discrepancia de esta naturaleza? Parece que no, pues “dichos principios del régimen jurídico punitivo resultan de la opción constitucional por un Estado de Derecho”, en razón de que “ni mismo carecían de previsión directa en el texto constitucional”.⁶⁶

El análisis de la inmoralidad, bajo los puntos de vista del control de los actos y de su posible anulación (o incluso de su convalidación) y del ángulo sancionador (ya sea el sancionador criminal en sentido estricto, sea el sancionador administrativo, o, más precisamente, el sancionador de la ley de improbidad), exige un estándar homogéneo de interpretación jurídica. Y cabe observar que, en realidad, dicha perspectiva, en cierta medida, es aceptada por los tribunales, incluso por el Superior Tribunal de Justicia.⁶⁷

Es debido a ello que parece razonable imaginar que, efectivamente, el art. 5º, XLV y XLVI, de la Constitución, que disponen sobre la individualización de la pena y establecen que ninguna pena pasará de la persona del condenado,⁶⁸ así como el

⁶⁴ “Ontológicamente los ilícitos penal, administrativo y civil son iguales; hacen parte de un instituto jurídico determinado: los ilícitos jurídicos. Las diferencias existentes entre los ilícitos penal, administrativo y civil constituyen manifestaciones de un mismo concepto, que no es propio de esta o de aquella disciplina, antes comprenden todos los tipos de ilícitos del ordenamiento.”, cf.: VITTA, Heraldo García. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30. Traducción libre.

⁶⁵ Son muy ilustrativas las palabras del autor, que afirma que “el Derecho Administrativo Sancionador necesita adelantar el paso, para que no nazca ya con déficit de validez. Y el motor propulsor de este pretendido avance debe ser la construcción y efectiva adopción de una ‘Teoría General de la Infracción’ – tanto por la Administración Pública, como por la doctrina y por la jurisprudencia – obviamente basada en todo lo que se extrae de la Constitución de 1988 y del sistema jurídico vigente.” Cf.: FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72. Traducción libre.

⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104.

⁶⁷ En el Recurso Especial 926.772/MA, los ministros reconocen categóricamente que en la acción de improbidad son aplicables los principios de Derecho Penal (REsp nº 926.772 – MA, Rel.: Min. Teori A. Zavascki, Primeira Turma, J. 28/04/09).

⁶⁸ Art. 5º, XLV: “ninguna pena trascenderá de la persona del condenado, pudiendo

principio de no bis in idem, tienen que ser aplicados. Eso hace reflexionar un poco incluso sobre el art. 12 de la Ley de Improbidad Administrativa, una vez que dicho dispositivo dispone que “independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas, previstas en la legislación específica, está el responsable del acto de improbidad sujeto a las siguientes conminaciones (...)”, es decir, según la interpretación directa de la norma, el sistema brasileño termina por tener cuatro posibilidades: las penales, las civiles, las administrativas y “las de improbidad”. Aparentemente, o bien dicho dispositivo legal tiene una mala redacción, o bien se trata de previsión inconstitucional, con el riesgo de herir el principio de no bis in idem que es, incluso, reconocido por tratados internacionales.

¿Y el principio de la mínima intervención? ¿Pertenece solamente al Derecho Penal? Parece que no. Dicho carácter subsidiario del Derecho Penal también se impone a las acciones de improbidad administrativa, que no son para cualquier tipo de objeto que se encuadre genéricamente en sus “tipos infraccionales” extremadamente abiertos tipos, siendo incluso polémico reconocerse una efectiva existencia de “tipos infraccionales” en el caput de cada uno de aquellos incisos de la ley de improbidad. Y en realidad eso ha sido reconocido por la doctrina, a punto de reconocerse que la ley de improbidad “sirve para el administrador deshonesto, no para el inhábil”.⁶⁹

La idea supra retrata justamente la noción de la mínima intervención o intervención subsidiaria, una noción general a partir de la que se combinan otros principios importantes, como el de irretroactividad de la ley más gravosa o el de proporcionalidad (prohibición de exceso). La acción civil de improbidad administrativa debe ser adecuada y necesaria, refiriéndose específicamente a la gravedad de la conducta. En el mismo sentido camina el tradicional principio de culpabilidad. La sanción no debe ser retributiva; ella no sirve como una venganza, una vez que tiene un carácter predominantemente preventivo. De eso resulta un análisis efectivamente del perfil subjetivo de las conductas, que ha sido reconocido como un conjunto mayor o menor de excepciones. Finalmente, se hace necesario destacar que todo este raciocinio está perfectamente consonante al principio de debido proceso legal.

Son todos principios que suelen conectarse fuertemente al Derecho Penal, en el sentido de un Derecho Criminal. Sin embargo, son normas que no se restringen al Derecho Penal. Se tratan de principios constitucionales de un Derecho sancionador general y que, por lo tanto, deben aplicarse a los procesos administrativos sancionadores y también a las acciones de improbidad, porque esta es la perspectiva de un Estado de Derecho; esta es la visión de un Estado que reconoce derechos fundamentales que no pueden sufrir una interpretación restrictiva. Por lo tanto, el principio de tipicidad tiene que ser aplicado al Derecho Administrativo, incluso en los

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”. Art. 5º, XLVI: “la ley regulará la individualización de la pena (...)”.

⁶⁹ “El objetivo de la Ley de Improbidad es punir el administrador público deshonesto o inhábil”. Cf.: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 4. Vide también, e.g., MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 675.

casos referentes a la improbidad, teniendo dicho principio una doble función: una de instituir previsibilidad de las acciones, y otra de limitar la discrecionalidad en la aplicación de sanciones a los agentes públicos.

Profesores como Romeu Felipe Bacellar Filho vienen defendiendo mucho esta tesis, proponiendo expresamente la necesidad de previsión legal, en el Derecho Administrativo, de los límites de la discrecionalidad tanto de los tipos como de las penas (es decir, las bases de la aplicación legal también tienen que constar en la ley). Y más que eso, dicha tipicidad no puede ser solamente una de perfil formal, ella también tiene que ser material.⁷⁰

Y no es sólo la doctrina que hace esta defensa. Existen decisiones interesantes que pueden ser utilizadas para fundamentar esta posición. Hay una importante decisión de la Suprema Corte brasileña en Habeas Corpus en el que son instituidos algunos criterios o características de lo que sería una atipicidad material de las conductas; es decir, aunque la conducta fáctica se encuadre formalmente al tipo, aun así, no habría tipicidad desde el punto de vista material: a) mínima ofensividad de la conducta; b) ninguna periculosidad social en la acción; c) reducidísimo grado de reprobabilidad de la acción; d) inexpresividad de la lesión jurídica ante el sistema.⁷¹ Estos elementos típicos listados en el fallo y que serían fuente de atipicidad material pueden resolver diversos problemas en lo que se refiere al tema.

Existen leyes antiguas en Brasil que efectivamente entienden que no es necesario haber tipicidad. Es el caso de la Ley 6.385/76, que disciplina la CVM – Comisión de Valores Mobiliarios; y la Ley 4.595/64, que regula la potestad del Consejo Monetario Nacional. Son leyes que reconocen cierta atipicidad de las conductas y que no son más compatibles con la actual perspectiva del Derecho Constitucional, dentro de la que el principio de tipicidad tiene que ser fuertemente reconocido en el Derecho Administrativo. En el Derecho sancionador de los agentes públicos deben ser evitadas, por lo tanto, las “normas en blanco”, es decir, reglas que contemplen conceptos jurídicos indeterminados o dispositivos que, por falta de especificidad, tienen dificultades de aplicación concreta. Desafortunadamente, todavía hay normas de esta naturaleza, pero la tendencia es que sea aplicado un rigor cada vez mayor en el cumplimiento de los principios constitucionales por la legislación infra-constitucional. El problema es cuando el Poder Judicial, en el contramano de la historia, termina por no aplicar las leyes o la Constitución.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 240-246.

⁷¹ STF, HC 94.439 – RS, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, J. 03/03/09.