

## **GOVERNANCE ET LA NOUVELLE LOI BRÉSILIEUNE D'APPEL OFFRE : UN DEBAT SUR UNE INHERENTE LIMITATION À LA CONCURRENCE**

*GOVERNANCE AND ITS RELATIONSHIP WITH THE NEWLAW FOR PUBLIC ACQUISITION IN BRAZIL: A DEBATE ON AN INHERENT LIMITATION ON COMPETITION*

*GOVERNANÇA E SUA RELAÇÃO COM A NOVA LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÃO PÚBLICA: UM DEBATE SOBRE UMA INERENTE LIMITAÇÃO À COMPETIÇÃO*

*Bruno Marques*<sup>1</sup>  
Centro Universitário de Brasília

*Grace Garbaccio*<sup>2</sup>  
Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento

*Sandro Dezan*<sup>3</sup>  
Universidade do Minho

### **Résumé:**

Cet article vise à démontrer comment le concept d'Administration Publique est en changement permanent face aux divers modèles d'État. En conséquence, le nouveau modèle d'État impose un objectif sur l'Administration Publique de ne pas permettre que quelque directive constitutionnelle soit déformée. Ainsi, une nouvelle discussion a été posée par l'académie brésilienne, avant et après la approbation de la loi sur l'acquisition des services et produits publics, notamment: l'exigence de la gouvernance par les fournisseurs d'État, de la même manière comme c'est déjà exigé aux entreprises privées. Ainsi, une exigence comme celle-ci ne pourra pas être considérée inexcusable? Pour répondre à cette question, cette étude présente les divers types d'Administration Publique et comme il est considéré inconcevable quelque exigence de gouvernance qui aboutisse à une restriction de la compétitivité. Ainsi, l'hypothèse à confirmer est qu'une exigence de gouvernance ne pourrait jamais résulter en une diminution de la compétitivité entre les fournisseurs publics. Il s'agit d'une étude dogmatique avec la méthodologie d'analyse des discours.

### **Mots-clés:**

Loi d'appel offre. Stéréotype d'administration. Limitation à la compétitivité. Directives Constitutionnelles obligatoires.

---

<sup>1</sup> Auditor Público Externo do TCE-MT, lotado na Secretaria de Obras e Serviços de Engenharia. Professor de Direito das Obrigações do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. Doutorando em Direito Uniceub. Mestre em Administração: Estratégia e Estudos das Organizações – Universidade Federal do Paraná. Especialista em Controladoria e Finanças e em Engenharia de Produção – PUC-PR. Especialista em Direito, Controle Externo e Administração Pública – FGV. Graduado em Engenharia Civil pela Unicamp e em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura.

<sup>2</sup> Doutorado em Direito pela *Université de Limoges*/França e devidamente reconhecimento pela UFSC em 2010. Professora do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional e do profissional em Administração Pública no Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Professora da Pós-Graduação da FIA em São Paulo e da ESPM em São Paulo e no Rio Grande do Sul.

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Direito de Vitória – FGV. Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga). Investigador Integrado (Professor Associado) do Centro de Investigação da Escola de Direito da Universidade do Minho e do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII/Braga). Professor no Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Polícia Federal do Brasil (Escola de Governo).

**Abstract:**

This article highlights changes in the archetypes of state administration. Thus, from a perspective of constitutional public administration, a recent discussion has taken place before and after the approval of the Bidding Law, given the demands of expected governance. In these terms, it has been debated whether an ISO certification related to governance could not be seen as an undue delegation of public powers and an indirect way of subverting free competition. Therefore, the present study starts from the main archetypes of state and state administration to show how the current administrative model results in a balance of transparency and governance and broad competition. The confirmable hypothesis would be that in the current model, any requirement of private certification prior to the contractual execution by the bidders would remain unfeasible. Therefore, the confirmable hypothesis would be that a certification could not be required of them before the contractual conclusion. The methodology adopted was discourse and content analysis of a dogmatic methodological study.

**Keywords:**

Public acquisition law. Administrative stereotypes. Limitations to competitiveness. Mandatory constitutional guidelines.

**Resumo:**

Este artigo evidencia as alterações nos arquétipos de administração estatal. Assim, sob uma perspectiva de administração pública constitucional, recente discussão tem sido travada antes e após a aprovação da Lei de Licitação haja vista as demandas de governanças previstas. Nestes termos, tem-se debatido se uma certificação ISO relacionada à governança não poderia ser vista como uma delegação indevida de poderes públicos e via indireta de subversão da livre concorrência. Portanto, o presente estudo parte dos principais arquétipos de estado e administração estatal para evidenciar como o atual modelo administrativo resulta em um equilíbrio de transparência e governança e ampla concorrência. A hipótese confirmável seria que no atual modelo, restar-se-ia incabível qualquer exigência de certificação privada prévia a celebração contratual por parte dos licitantes. Portanto, a hipótese confirmável seria que uma certificação não poderia ser exigida destes antes da celebração contratual. A metodologia adotada foi análise de discurso e de conteúdo de um estudo metodológico dogmático.

**Palavras-chaves:**

Lei de licitação. Arquétipos administrativos. Limites à competitividade. Diretivas constitucionais obrigatórias.

## 1 INTRODUCTION

L'analyse du mode d'organisation des États a créé plusieurs positions et sources de pensées antagonistes dans le monde académique, sans que l'on puisse énumérer l'une comme la supérieure ou même la meilleure.

Cette discussion est importante, si l'on considère que le mode d'organisation de l'État peut refléter l'un ou l'autre stéréotype d'administration et sa façon se rapporter aux particuliers.

Dans ce contexte, l'adoption des démocraties modernes du modèle d'État régulateur peut inévitablement aboutir à divers conflits d'intérêt public contre ceux des particuliers.

Ce débat a déjà été, exhaustivement, discuté par plusieurs membres de l'académie, mais il vient d'être, une fois de plus, reconsidéré, à cause de la nouvelle pandémie et de quelques scandales liés à la hausse des prix dans certains contrats publics brésiliens, résultant en une inévitable soumission des intérêts collectifs face aux privés.

Dans ce contexte, il faut considérer que, si d'une perspective administrative réglementaire, il y aura certaines obligations qui doivent être inhérentes à l'Administration (comme la sauvegarde des intérêts collectifs), dans une autre perspective, il faut encore relever

l'hypothèse que certains groupes privilégiés puissent utiliser l'appareil public pour s'approprier des ressources collectives.

Cette idée a été déjà considérée par plusieurs auteurs de la théorie de l'agence, mais, récemment, elle a gagné des nouvelles répercussions à cause des scandales dans les contrats de santé brésilienne, spécialement, en ce qui concerne les acquisitions d'appareils de respiration pour les patients du Covid-19.

Dans ce contexte, une ancienne discussion académique revient d'être remise en question : comment pourrait-on garantir les intérêts de la société civile en permettant à l'État de s'engager librement avec les fournisseurs?

Ainsi cet article vise à rediscuter la relation existante entre le mode de préserver l'indépendance publique et une possible diminution de la compétitivité en dépit d'une inévitable exigence imposée par la Loi brésilienne d'appel d'offre, notamment, ce qui concerne l'exigence de gouvernance.

L'hypothèse mise en question est que certains certificats ISO (comme le ISO 37.000 liés à la gouvernance) possiblement exigés ne doivent pas être comme ceux qui sont fournis par l'administration elle-même.

Cet article commence ainsi avec un premier débat sur l'évolution des modes d'État et ses relations avec les sujets particuliers.

Le but est de démontrer que le nouveau stéréotype moderne d'États exigera un équilibre inévitable et inhérent entre l'exigence de gouvernance et un niveau minimum de concurrence entre les particuliers qui veulent signer un contrat avec le pouvoir public, deux idéologies opposées qui doivent être équilibrées par l'administration.

Dans cette partie de l'étude, les principales recherches sur le thème seront exposées.

Après la démonstration de la partie théorique, la Loi d'appel d'offre brésilien sera analysé d'un point de vue d'une possible limitation entre les concurrents.

La méthodologie utilisée est basée sur une analyse des discours et contenus sous une perspective dogmatique inductive: ce qui concerne l'adéquation entre les observations empiriques et les théories postulées.

Il faut, aussi, mettre en évidence la limitation de l'étude qui se résume à une analyse des possibles restrictions de la compétitivité dans la Loi brésilienne d'appel d'offre public. Ainsi, cette étude ne pourra pas être transportée aux autres systèmes juridiques sans une vive attention à cette question.

## 2 L'EVOLUTION DES MODES D'ÉTATS ET LEURS RAPPORTS AVEC LES PARTICULIERS

À l'origine, le concept d'État était lié à une relation de liberté des citoyens contre quelques contraintes qui venaient de l'ancien régime. Cette idée a été conçue par un certain groupe de chercheurs qui avaient perdu leurs propriétés à cause des actes du roi.

Cette première notion d'État libéral était conçue par la première génération des étudiants en droit constitutionnel et administratif (LOCKE, 2005, p. 380, HOBBS, 2008, p. 147; KANT, 2000, p. 26; HEGER, 2000, p XXVII). C'était le modèle orthodoxe d'État libéral.

Cette notion de gouvernement était liée à Rousseau (2005, p.160) qui soutenait le point de vue que les devoirs des États devaient se résumer à une perspective d'abstention gouvernementale sur les propriétés privées.

Cependant, cette conception a créé plusieurs gouffres sociaux à l'époque, entraînant ainsi, le besoin d'une nouvelle conception.

Sous cette perspective, plusieurs auteurs allemands, plutôt ceux de l'école de Frankfort, ont perfectionné ces premières idées en ce qui concerne les devoirs gouvernementaux à travers une perspective de besoin de rupture effective du *statut quo* précédent (SHUMPETER, 2020, p. 05).

Il a fallu un nouveau concept des devoirs gouvernementaux plus positifs, afin que les citoyens puissent bien profiter d'un État de bien-être social.

En même temps, l'École française discutait l'impossibilité d'idéaliser quelque conception d'État prévue dans une constitution qui était l'impossibilité de refléter la réalité sociale à laquelle elle prétendait (LASSALLE, 1998, p. 18).

Cette discussion spéculative a eu des partisans allemands farouche après la réédition de la Constitution allemande de 1919 — Constitution Allemande de Weimar (1919) — et ses diverses directives insérées dans le texte.

La question qui a été, longuement, débattue est sur l'hypothèse. Les dispositions contenues dans le texte pourraient-elles être conçues comme ayant des forces normatives?

La thèse plus acceptée était celle des Conrad Hesse et Canaris dont les idées affirmaient que toutes les dispositions inscrites dans la constitution allemande devaient être considérées obligatoires au pouvoir exécutif et même au législatif.

Alors, les devoirs énoncés dans le texte constitutionnel, bien que ceux liés à un niveau minimum d'éducation et santé devaient orienter les législateurs et le chef du pouvoir exécutif

de ne pas appliquer quelque attitude qui pourrait les tromper (HESSE, 1991, p. 03; CANARIS, 2002, p. 45).

Néanmoins, les grands endettements des États, notamment, ceux des pays d'Amérique Latine, ont entraîné un nouveau débat sur la question. Jusqu'à quand serait possible de financer les concessions des prestations positives gouvernementales ?

En Angleterre, par exemple, la question des déficits récurrents a annoncé les premières réformes gouvernementales afin que l'État puisse offrir des services publics de qualité supérieure. Il a donc fallu que l'État fournisse moins de services, mais avec de meilleures qualités. Cette idée a été bien développée dans le gouvernement de Margaret Thatcher — *la Dame de fer* —.

En effet, ce concept a été transmis à l'Amérique Latine où ce stéréotype a trouvé des partisans.

Aux États-Unis, ce stéréotype a poussé une alternative viable de réunir les intérêts privés et ceux de l'administration publique à travers la conception d'agences de régulation qui pouvaient intervenir dans les marchés quand il fallait bien le faire. Dès lors, ce modèle nord-américain influence tous les archétypes d'administration sud-américains.

Alors, plusieurs auteurs ont développé l'idée que les économies fragiles de l'Amérique Latine étaient incompatibles avec les demandes des marchands du XXI<sup>e</sup> Siècle, surtout, si l'on observait les exigences de l'administration publique pour acquérir des biens à travers un processus bureaucratique d'appel d'offre limitant, ainsi, toutes les entreprises publiques d'être compétitives contre celles du secteur privé (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 15 ; PIQUET CARNEIRO, 1995, p. 150). Ce modèle est plus connu comme l'idéologie du *New Public Management*<sup>4</sup> (NPM).

Cependant, ceci n'a pas été un modèle universellement accepté. Dans ces termes, des études empiriques liées au processus de privatisation en Amérique Latine ont démontré que, si d'un côté, il y avait des exemples d'augmentation de compétitivité après le processus de privatisation, comme ceux vus au Pérou, d'un autre côté il y en avait d'autres comme ceux du secteur mexicain où le processus de privatisation n'a pas eu les résultats positifs souhaités (ABRUCIO et LOUREIRO, 2018, p. 53).

Ces études ont démontré que si divers secteurs pouvaient captiver les intérêts privés, il y en avait d'autres qui devaient-rester sur le contrôle de l'État, comme ceux vus en Argentine

---

<sup>4</sup> NPM: un modelé de gouvernement qui décrivait la diminution de la taille d'État.

et en Bolivie comme dans le secteur d'eau (ABRUCIO et LOUREIRO, 2018, p.144; CHONG et LOPEZ DE SILANES, 2005, p. 200).

Ainsi, il y avait certaines activités publiques qui ne pouvaient pas être déléguées à l'initiative privée pour une question de conflit d'intérêts. C'est pourquoi le modèle autocratique est vu dans le pouvoir judiciaire et même dans les actes administratifs considérés comme obligatoires et inhérents au pouvoir exécutif (WEBER, 2010, p.74; FRUNK *et. at.*, 1984, p. 20, SCHUMPETER, 2020, p. 40).

Aussi, il y a nul doute que dans quelque démocratie modérée, il est impossible de déléguer certaines activités. Cependant, c'est aussi possible d'énumérer quelques-unes qui seront toujours incompatibles au secteur privé. D'ailleurs, Levitsky et Ziblatt (2019, p. 200) montrent qu'une délégation de certaines activités, inévitablement, entraînerait des dépurations des fondations sur lesquelles les systèmes de démocraties sont fondés.

Étant donné qu'il y a un cœur d'activités évidemment intouchable, les études récentes montrent encore une augmentation des canaux des plaintes disponibles aux citoyens afin d'éviter quelques abus de pouvoir privé, plutôt ceux qui viennent des secteurs concentrés et pour bien répondre à leurs plaintes.

Ainsi, toutes les agences de régulations ont augmenté les mécanismes de réclamations disponibles comme ceux qui sont vus dans les cas brésiliens des agences de santé et même de l'aviation civile (OLIVEIRA, 2009, p. 158; GUERRA e SALINAS, 2020, p. 10).

Le but de cette idée est d'améliorer les modes avec lesquels les citoyens peuvent exiger leurs droits contre certains abus de la part du secteur privé. En effet, la délégation de certaines activités publiques ne peut pas entraîner une servitude, une dépendance, de la population aux profits exorbitants de certaines entreprises.

Ainsi, l'abstinence des états en promouvant un effectif contrôle sur les marchés concentrés peut résulter en sa propre responsabilité de ne pas garantir un équilibre entre les consommateurs et les intérêts des entreprises, puisque la responsabilité civile de l'État, soit aquilienne, soit contractuelle, est garantie à tout le monde qui vient de subir une faute, un manque des droits constitutionnellement garantis (*Schuld*).

C'est pourquoi quelques discussions de culpabilité restent dispensables quand on vérifie un abus de la part de ceux qui ont le pouvoir économique (DULLIGER, 2020, p. 16, SIRENA, 2019, p. 545; WERRO, 2017, p. 45) et même ceux qui signent un contrat avec le pouvoir public.

Dans ces cas, la culpabilité d'état est présumée, parce que quelque permission d'abus par la partie plus forte montre une inefficacité de la part de l'État en promouvant la paix sociale et en laissant ses citoyens dans la main de petits groupes privés.

Enfin, s'il est possible d'annoncer une diminution des devoirs de l'État en conséquence du nouveau modèle d'administration, c'est encore possible de le responsabiliser pour soumettre la population aux intérêts des grandes entreprises. Le mode de l'État régulateur montre ainsi un devoir imposé à l'État de promouvoir un marché efficace et vraiment compétitif. Dans ce cas, un modèle d'État régulateur impose un devoir de réguler, effectivement, les relations déséquilibrées comme celles qui concernent les consommateurs — *Staatsrecht von Saarlandes und Schuld von der Stadt* —.

Cette idée est vue, non seulement, dans le système brésilien, mais dans tous les autres qui ont l'origine romaine (HLAWON et JAILLET, 2016, p. 123; WERRO, 2017, p. 45; KELLER, WEBER ET CHAPPUIS 2018, p. 214; SIRENA, 2019, p. 545; LACROIX, 2012, p. 39; 2013, p. 453).

Spécifiquement dans les études de la responsabilité de l'État, plusieurs auteurs démontrent une inhérente renaissance et unification de la responsabilité aquilienne et contractuelle dans un seul type: en conséquence du fondement de la responsabilité sur la faute, soit celle qui vient des relations contractuelles, soit celle qui vient des obligations imposées aux citoyens et aux entreprises, théorie qui a été déjà prévue par les anciens auteurs comme Caio Mario da Silva Pereira et Pontes de Miranda (EHRHARDT JR., 2011, p. 177; 2017, p. 182; SILVA PEREIRA, 2016, p. 110; ROSENVALD, FARIAS et BRAGA NETTO, 2016, p. 559; DIAZ, 1998, p. 5).

Ces études sont, évidemment, influencées par la thèse française de Lois Huguency (1904, p. 120) dont les résultats montrent que la responsabilité civile doit être imposée comme une conséquence de la faute, peu importe de quelle origine elle vienne.

Alors, étant donné que même dans le mode d'état moderne, il y aura toujours certaines activités qui ne pourront être jamais déléguées, même avec le mode d'État néolibéral, cette idée résultera inévitablement en un nouveau mode de concevoir le droit administratif et dès lors la forme avec laquelle l'Administration Publique interagit avec ses propres fournisseurs, discussion qui sera l'objet du prochain chapitre.

Ainsi, l'administration publique récente et régulatrice est, par définition, chargée de vérifier le niveau de gouvernance de ses fournisseurs en conséquence de ses propres devoirs de sauvegarde des droits des citoyens qui la financent.

### **3 LE MODERNE ARCHETYPE D'ADMINISTRATION ET SA RELATION AVEC LES EXIGENCES DES TRANSPARENCES PAR LEURS FOURNISSEURS: UN NOUVEAU MODE DE VUE DU DROIT ADMINISTRATIF CONTEMPORAIN**

Au début, les relations qui existaient entre l'état et les citoyens ressemblaient à l'ancien régime. Les actes de l'administration étaient dotés d'une certaine supériorité qui lui permettait de les imposer aux citoyens contre leur volonté sans aucune opportunité de se manifester dans les processus (SILVA, 2003, p. 64).

Cependant, aujourd'hui, ces premières idées ont été, dramatiquement, changées par la conception du droit administratif comme une forme d'expression de la position des états concernant les désirs et les devoirs imposés par la population et contre lesquels il ne peut jamais l'affronter.

Alors, un acte administratif devra être considéré nul, non seulement dans les cas de ne pas atteindre son objectif direct — la concrétisation des désirs de la population — mais aussi dans le cas de ne pas observer l'obligation de donner l'opportunité à tous les citoyens touchés de se manifester.

Il faut, donc, observer que dans un état de droit, l'administration devra, toujours, observer le contradictoire à tous ceux qui pourront être touchés par les conséquences de ses actes.

Par conséquent, les idées des actes d'État supérieur ne sont plus compatibles avec la notion plus développée des obligations étatiques.

Ainsi, si dans le passé on pouvait observer les actes administratifs comme une émanation du pouvoir du roi, maintenant, ces idées sont toutes tombées par terre, car l'argumentation d'un état démocratique, par sa propre définition, met en question l'obligation d'écouter les arguments qui viennent de ceux qui seront touchés, soit directement, soit indirectement (SILVA, 2003, p. 445-569; ROMANI, 1912, p. 179, p. 190). Cet archétype est vu encore dans tous les systèmes de lois qui viennent d'une base italienne (ZANOBINI, 1949, p. 46.).

Dans un futur proche, plusieurs choses concernant les droits collectifs comme la neutralité face au réseau — internet — et même l'obligation de conférer des prestations positives comme un développement durable et l'accès à tous les citoyens aux ressources informatiques seront effectivement exigées.

Dans ce but, le principe de la neutralité qui, auparavant, était suffisant pour ne pas permettre l'absorption des intérêts publics par ceux des commerces privés, aujourd'hui, il commence à demander une posture plus active de l'administration publique.

Sous ce prétexte, au Brésil, la nouvelle Loi d'appel d'offres a été élaborée et publiée en avril 2021.

De telle manière, quelques questions qui concernaient, purement, le secteur privé comme des obligations de gouvernance commencent, déjà, à être obligatoires même dans le secteur public.

Ces concepts des plus grandes ouvertures de transparence par l'Administration Publique sont fondés sur l'idée que l'administration doit promouvoir aux citoyens des meilleurs services possibles et de sorte que les contrats administratifs soient plus transparents, en évitant quelque distorsion de ses fondamentaux.

Il faut, donc, observer que si un niveau de gouvernance est déjà exigé des entreprises qui traitent avec les ressources boursières, comme un mode d'éviter une mauvaise utilisation de leurs capitaux pour la haute administration, cette demande devra, ainsi, être imposée même dans les acquisitions publiques.

C'est-à-dire, si ces obligations sont imposées dans le secteur privé, on ne peut jamais tolérer que les intérêts de l'Administration Publique, qui gère les ressources collectives, soient appropriés par des groupes privés.

De cette façon, pour mieux expliquer comment **la nouvelle loi** traitera ce cas, il faut d'abord, démontrer certains concepts qui concernent la gouvernance et ses relations avec le nouveau modèle d'administration plus transparente, thème du prochain chapitre.

#### **4 LA GOUVERNANCE: UN VIEUX MODELE QUI EXIGE ACTUELLEMENT DE NOUVEAUX STEREOTYPES D'ADMINISTRATION PUBLIQUE**

Le concept de gouvernance a été développé dans le secteur privé étant lié aux scandales de corruption impétrant l'entreprise Enron qui a manipulé ses données de comptabilité résultant en une perte pour ses actionnaires.

La manipulation des données a suivi d'une nouvelle loi — Loi Sabanes-Oxley (SOX) — qui demandait un rigoureux contrôle par administrateurs d'entreprise afin que les données ne viennent pas à être une fois de plus maquillées.

Dans ce contexte, les relations existantes sur le marché boursier sont directement connectées à la confiance que les investisseurs ont sur la haute administration tel que les résultats ne refléteront que la vérité.

Ce concept est plutôt lié surtout: a) à l'obligation imposée aux entreprises d'avoir un audit indépendant qui confirmerait la fiabilité des données; b) une mobilisation de tous les

*stakeholders*<sup>5</sup> pour une augmentation de transparence dans les contrats; e même c) de secteurs indépendants chargés de la *compliance* et de la gouvernance et qui doivent informer à la haute administration quelques détournements entre la posture exigée de l'entreprise et celle qui est effectivement vérifiée (TARANTINO, 2006. p. 335).

Cette situation est, aujourd'hui, imposée à toutes les entreprises qui veulent négocier leurs actions aux marchés internationaux. Cependant, la doctrine sépare la notion de gouvernance de celle de la *compliance*.

Selon la doctrine récente, la notion de compliance est dirigée à une conformité entre les pratiques des entreprises et celles imposées par la loi. Toutefois, une discussion de gouvernance demandera inévitablement, non seulement, une conformation avec les demandes de la loi, mais surtout, une position de toute l'entreprise pour adopter les meilleures pratiques sociales et environnementales.

Ainsi, aujourd'hui, les nouvelles frontières concernant la gouvernance montrent plusieurs exigences. Ce sont, ce qui montre les résultats des études plus récentes françaises (LAHLOU, 2008, p.15).

En ce qui concerne le Brésil, les règles de gouvernance sont dictées par une agence gouvernementale — CVM<sup>6</sup> —. Il y a aussi un Institut qui publie, de temps en temps, les meilleures règles de gouvernance sociales et environnementales (Institut Brésilien de Gouvernance Corporative)<sup>7</sup>.

Dans ce contexte il y a des auteurs qui voient des valeurs fondamentales dans tous les systèmes de droit positif et même comme une inhérente conséquence du texte constitutionnel imposé aux tous types d'administrations, par exemple: la bonne foi et l'enrichissement injuste (DEZAN, 2017, p. 5). C'est ainsi, impensable que certaines commandes légales qui veulent sauvegarder un contrat résultent en un détournement des archétypes et valeurs qui sont vus comme plus que normatifs.

Alors, dans l'Administration Publique, le thème est plutôt développé par diverses études.

Entre eux, un travail, particulièrement, se démarque: celui de Vieira e Barreto (2019, p. 50) qui décrivent la gouvernance publique comme un devoir lié aux engagements de tous les acteurs autour de l'organisation.

---

<sup>5</sup> *Stakeholders*: les acteurs qui ont quelques relations avec l'entreprise: soit employé, soit propriétaire, soit fournisseur.

<sup>6</sup> CVM: Commission de valeurs mobilières.

<sup>7</sup> Disponible sur le site: <https://www.ibgc.org.br/>.

Les auteurs démontrent que la gouvernance doit être vue comme une structure physique et même psychologique par l'organisation avec le but d'augmenter les valeurs de ses clients. D'une perspective de l'administration publique, la gouvernance doit ainsi être imaginée comme une espèce de réciprocité mutuelle.

La complexité dans la gouvernance publique est limitée par le fait que le prix de ses produits n'est jamais vu comme un mécanisme efficace de réglementation de la compétitivité à cause de son seul consommateur – le pouvoir exécutif -.

Par conséquent, la question d'une absence de gouvernance dans le secteur public est considérée plus dangereuse parce que c'est possible de nuire à toute une population qui, indirectement, le finance et inévitablement sera affectée.

En ce contexte, la Cour de Comptes Brésilienne a déjà développé l'idée que la gouvernance doit intégrer non seulement la propre Administration comme tous ses contrats.

La Cour défend le concept que le gouvernement fédéral doit, en conséquence, établir des règles générales de gouvernance à être adoptées par toutes les administrations publiques, soit fédérales, soit municipales, soit régionales.

En revanche, si la gouvernance pouvait être vue comme conséquence d'une meilleure transparence, exigée à l'Administration Publique, il faut, aussi, considérer que cette exigence ne pourrait atteindre un tel niveau qui la rende impossible d'atteindre la meilleure compétition entre ses fournisseurs. D'une façon plus facile: les exigences de gouvernances ne pourraient pas résulter en un déséquilibre de telle manière à restreindre la participation de toutes les entreprises qui veulent signer un contrat avec l'Administration.

De l'autre côté, il y a une autre question très délicate qui, récemment, a gagné des discussions particulières: la possibilité d'exiger un certificat privé ISO 37.000 de gouvernance aux fournisseurs qui veulent signer un contrat avec l'Administration Publique.

Cette question n'avait pas été très débattue jusqu'à ce moment, mais a gagné des nouvelles répercutions à cause de la nouvelle Loi brésilienne d'acquisition de produits et services publics, surtout, par l'imposition de gouvernance.

Cependant, la doctrine a commencé à questionner la possibilité que cette exigence soit vue comme une certaine limitation indirecte à la libre compétition qui devait pénétrer toutes les Administrations Publiques. De la même façon, un autre point de vue questionné est la possibilité d'une exigence de certificats internationaux, comme ceux fournis par l'entreprise ISO, internationalement connue.

Dans cette discussion, certains auteurs ont commencé à indiquer que certaines attestations doivent être fournis par la propre administration publique étant donné que le projet fédéral existant offre déjà ce type de qualification.

Dans cette discussion, certains auteurs ont commencé à indiquer un inévitable équilibre qui doit être ajusté par l'Administration d'Etat de telle manière que certains certificats doivent être fournis par la propre administration elle-même, plutôt, puisque l'actuel projet fédéral brésilien du contrôle interne – *pro ética* – déjà permet d'offrir ce type de certificat à un coût plus raisonnables que ceux internationaux.

La question posée est qu'une exigence de certificat privé peut être vue comme une influence indirecte des intérêts privés au détriment de ceux de la collectivité diffusément protégée.

Ce débat était paralysé jusqu'à ce moment, mais, vient récemment d'être rediscuté à cause du nouveau projet et ses exigences de gouvernance prévues.

Afin de répondre à cette question, cette étude vise à analyser la nouvelle loi brésilienne d'appel d'offre et quelques restrictions inscrites. L'analyse est dogmatique avec la méthodologie de l'analyse des discours et des contenus (MARIANI e ORLANDI, 2000, p. 213; MONEBHURRUN, p. 5; VARELLA, p. 423) qui visent à une adéquation entre la théorie et la réalité présentée.

## **5 L'ANALYSE DE LA NOUVELLE LOI BRÉSILIENNE D'APPEL D'OFFRE: EST-ELLE RESTRICTIVE A LA COMPETITIONS, OU PAS?**

Les États, comme toutes les autres personnes juridiques, interviennent dans l'économie en achetant divers produits et services sous prétexte d'acquérir leurs propres ressources dont ils en ont besoin.

L'ancienne Loi d'acquisition, n° 8.999, vient de 1993, datent de plus de 20 ans. Puis, à condition de connecter les acquisitions publiques à celles du système privé, une nouvelle Loi d'acquisition a été approuvée au parlement brésilien (la Loi fédérale n° 14 133, de 01 avril de 2021).

Après diverses modifications, le texte qui a été accordé entre les deux chambres parlementaires, impose, dans l'article n. 11, que la haute administration, municipale, fédérale et régionale, de tous les pouvoirs, seront directement responsables pour implémenter une gestion de risques et même des contrôles externes afin d'évaluer, diriger et améliorer les processus d'acquisition publique et leurs contrats subséquents de sorte que les premières lignes

défensives contre quelques mauvaises utilisations des ressources soient celles des employés et fonctionnaires publics chargés de la gouvernance.

Dans ce but, une question est mise en discussion: est-il possible d'exiger un certificat de bonne gouvernance comme celui d'ISO 37.000 internationalement connu comme une attestation de bonne gouvernance?

Cependant, en permettant ce type d'exigence, la compétitivité entre les fournisseurs sera indirectement affectée et diminuée, surtout, si l'on considère que ces certificats devront être payés en dollar, de telle manière que seulement un petit groupe de grands producteurs pourra les acquérir.

Étant donné les principes de neutralité qui doit orienter toutes les administrations, entre eux, ceux de la meilleure compétitivité et neutralité entre les entreprises, il est possible de conclure que la propre administration doit fournir ces certificats ou même qu'il est possible d'exiger aux privés – comme les ISOs -, mais, seulement, après la célébration du contrat.

Ainsi, malgré diverses voix contraires, il est possible de soutenir la thèse que l'exigence de gouvernance ne doit pas déformer les principes constitutionnels en ce qui concerne l'administration publique qui doit les observer.

D'ailleurs, les nouvelles doctrines, comme on a déjà démontré réaffirment que les impositions des directives constitutionnelles sont dotées d'efficacité pleine.

Ainsi, par une simple question de définition, l'Administration Publique doit être engagée sur l'application effective des directrices constitutionnelles, entre elles, le principe de la plus grande compétitivité entre les fournisseurs.

Il faut, donc, admettre que si d'un côté un niveau de gouvernance doit être exigible, notamment, face aux diverses mauvaises utilisations vues avec les ressources des investisseurs après le cas Enron aux États-Unis. D'un autre côté, cette exigence ne pourrait jamais confronter une directrice constitutionnelle comme celle qui impose la meilleure compétitivité entre les fournisseurs publics de sorte que les programmes déjà existants dans le gouvernement fédéral, comme le *pro éthique*, pourront être utilisés comme une forme alternative de promouvoir et garantir, en même temps, un haut niveau de compétitivité avec un minimum raisonnable de gouvernance exigée aux entreprises du XXI<sup>e</sup> Siècle, surtout, à celles qui veulent signer un contrat avec le secteur public.

L'hypothèse initiale a donc été confirmée par les principales études montrées dans la première partie de cet article et aussi par la posture de la doctrine majoritaire.

Ainsi, quelques obligations qui concernent le certificat de gouvernance doivent être: a) ou celui que la propre administration publique déjà fourni – comme celui du projet suivant -

Pro-éthique (*Pro- ética*) du gouvernement fédéral – ou b) même celui privés - ISOs – mais, exigible, seulement, après l'effective signature du contrat public, en évitant quelque restriction à la grande compétitivité qui est constitutionnellement protégée.

## 6 CONCLUSION

Dans cette étude, il a été démontré que le développement des stéréotypes d'Administration Publique vient d'être modifié jusqu'aux premiers modèles, notamment, liés au libéralisme, mais, a récemment trouvé ses principales sources de légitimité dans les devoirs constitutionnellement prévus.

C'est pourquoi les modes d'Administration Publique sont toujours en constante évolution, de telle manière que dans le contexte actuel la majorité des auteurs considèrent la concrétisation des directives constitutionnelles comme les principaux buts de l'Administration Publique.

Par conséquent, étant donné que le principe de neutralité et de la plus grande compétitivité entre les fournisseurs sont explicitement prévus dans le texte constitutionnel, il faut, donc, observer que certaines impositions dans un nouveau modèle d'acquisition des produits et services publics ne pourront jamais déformer une directrice constitutionnelle.

Ainsi, quelques obligations qui concernent au contrôle de gouvernance doivent être: a) ou celui que la propre administration publique a déjà fourni – comme celui du projet suivant - Pro-éthique (*Pro- ética*) du gouvernement fédéral – ou b) même celui de des privés - ISOs – exigible seulement après l'effective signature du contrat public, en évitant quelque restriction à la grande compétitivité qui est constitutionnellement protégée.

## BIBLIOGRAPHIE

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. **Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira**. São Paulo: IPEA, 2018. Disponible en: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8560/1/Burocracia.pdf>. Accédé: 12/08/2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 1, ano 47, p. 7-39, jan./abr. 1996.

CANARIS, Wilhelm Claus. **Systemdenke nun systemdenken in der Jurisprudenz**. 2. Ed. Berlin: Dünken und Humblot, 2002.

CHONG, Alberto; LÓPES DE SILANES, Florêncio. **Privatization in Latin America: Myths and reality**. Washington: Stanford University Press, 2005.

DEZAN. **O conteúdo valorativo da norma jurídica**: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da administração pública. 2017. Thèse (Thèse de Doctorat en Droit) – Universidade Federal de Vitória, Vitória ES, 2017.

DIAZ, Alberto Júlio. *Responsabilidade Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DULLIGER, Silvia. **Bürgerliches Recht. Band Zwei. Schuldrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Austria, Springer-Verlag/Wien, 2020.

EHRHARDT JR. Marcos Augusto de. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé (Tese de Doutorado em Direito)**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil pelo inadimplemento de boa-fé*. 2. ed. São Paulo, Fórum, 2017.

GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natahsa Schmitt Caccia. Revolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. **Revista de Direito FGV**. São Paulo, vol. 16, n. 1, p. 1949 -242, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81689/77909>. Accédé en: 13 ago. 2020.

HLAWON, Martin. JAILLET, Laura. Staatsrecht in Grundzügen. Staatsecht in Grundzügen/Droit constitutionnel. Sarre, Deutschland. **Étude juridique franco-allemande**, v. 12, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.cjfa.eu>. Accédé en: 14/08/2018.

HEGER, Georg Wilhelm Friedrich. **Grundlinien der Philosophie des Rechts**. 4. Ed. Berlin: Berliner Ausgabe, 2017.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUGUENEY, Lois. **L'idée de peine privée en droit contemporain**. 345 f. Thèse (Doctorat en Droit) – Université de Dijon, Dijon-France, 1904.

FRUNK, Albrecht *et. al.* **Verrechtlichung und verdrängung**: die Bürokratie und ihre Klientel. Frankfurt: Verlag für Sozialwissenschaften, 1984.

KANT, Immanuel. **A paz eterna e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2000.

KELLER, Alfred. WEBER, Stephan, CHAPPUIS, GUY. **Disposition de responsabilité civile**. 14. ed. Berna, Ausgereicht: Stämpflis Editions SA, 2018.

LACROIX, Mariève. Le fait générateur de responsabilités civiles extracontractuelles: L'illicéité à la faute simple au regard de l'article «457 Code civil de Québec. [SI], **Revue juridique Thémis**, v. 46, n. 1, pp. 39–54, 2012. Disponível em: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4837-le-fait-generateur-de-responsabilite-civile->

extracontractuelle-personnelle-continuum-de-lrllliceite-a-la-faute-simple-au-regard-de-lrarticle-1457-c-c-q-.html. Accédé en: 14/08/2020.

\_\_\_\_\_. La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et Québécois. **McGill's law journal - Revue de droit de McGill**. Montréal, vol. 52, n. 02, p. 425-474, 2013.

LAHLOU, Névine. **Vers la fin de la vie privée ?** Les données personnelles à l'ère des Big datèrent. Paris. Université de Sorbonne. 2008. Dissertation (Mateur em droit) — Université de Sorbonne, Paris, France, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 2008.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, DANIEL. **How democracies die**. 1. ed. Nova York: Broadway Books, 2019.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARIANI, Bethania; ORLANDI, Eni Puccinelli. Análise de discurso-princípios e procedimentos. **Revista Anapoll**, [S.l.], v. 1, n. 08, p 213-219, jan./jun. 2000. **Disponível em:** <https://revistadaanpoll.emnuvens.com.br/revista>. Accédé en: 07 set. 2020.

MONEBHURRUN, Nitishi. **Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. VARELLA, Marcelo. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.l.], vol. 3, n 02, p. 423-443, jul. dez. 2013. **Disponível em:** <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/>. Accédé en: 16/08/2020.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte Americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n 47, p. 157 -176, 2009.

PIQUET CARNEIRO, Carlos César (1994). As demandas de formação de Administradores públicos frente ao novo perfil do Estado. **Revista do Serviço público**, Rio de Janeiro, ano 46, vol. 119, n. 1. jan. 1995.

ROMANI, Santi. **Principii di diritto amministrativo italiano**. Milano: Società Editrice, 1912.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Lisboa: Almedina, 2003.

SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO da. **Responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2016.

SIRENA, Pietro. **Il concetto di danni**: Rassegna di diritto civile, Napoli, n. 2, p 453-565, 2019.

TARANTINO, Anthony. **Manager Guide to Compliance: Sarbanes-Oxley, Coso, ERM, COBIT, IFRS, BASEL II, OMBA-123, ASX-10, OECD principles, Turnbull Guidance, Best Practice, and Cases Studies**. United States: John Wiley& Sons, Inc. 2006.

SCHUMPETER, Joseph Joseph Aloïis. **Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie**. 10. ed. Stuttgart: Atelier Reichert, 2020.

VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, Gestão de Riscos e Integridade**. Brasília: Enap, 2019.

WEBER, Maximilian Carl Emil. **Die Protestantische Ethik und der Geits des Kapitalismus**. Frankfurt: Campus Verlaf GmbH, 2010.

WERRO, Franz. **La responsabilité civile**. 3. ed. Berna: Stämpflis Editions S.A, 2017.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**: principi generali. Volume Primo. Quinta Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1949.

**Submissão: 23/09/2020. Aprovação: 14/07/2023**