

GOUVERNANCE ET NOUVELLE LOI D'APPEL D'OFFRE BRÉSILIENNE: LA POTENTIELLE LIMITATION DE LA CONCURRENCE EN DÉBAT

*GOVERNANCE AND THE NEW BRAZILIAN LAW ON PUBLIC BIDDING AND
CONTRACTS: THE POTENTIAL LIMITATION OF COMPETITION UNDER DEBATE*

*GOVERNANÇA E NOVA LEI BRASILEIRA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:
A POTENCIAL LIMITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA EM DEBATE*

*GOBERNANZA Y LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS: LA
POTENCIAL LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA EN DEBATE*

Julien Prieur¹

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Grace Ladeira Garbaccio²

Bruno Ribeiro Marques³

RÉSUMÉ

Contexte : Le nouveau modèle d'État, plutôt basé sur le stéréotype d'un État constitutionnel, impose un objectif de ne pas permettre que quelque directive constitutionnelle soit déformée par l'Administration Publique. Ainsi, une récente discussion a été posée par l'académie brésilienne, après la présentation par la nouvelle loi d'acquisition des services et produits publics, concernant la Loi n. 4.253/2020, déjà approuvé, notamment : l'exigence de la gouvernance par les fournisseurs de l'État, de la même manière comme c'est déjà exigée aux entreprises privées.

Objectifs : Cet article vise à démontrer comment le concept d'Administration Publique est en

¹Professor de Direito da Universidade Paris-1 e Paris-13; Professor da Université Catholique de Madagascar e do Institut d'Études Politiques Madagascar/IEP. Doutor e mestre em Direito pela Université de Limoges/França. E-mail: julien.prieur72@gmail.com

²Professora e advogada. Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP em Brasília. Professora do Programa Stricto Sensu do Mestrado Acadêmico em Direito e Mestrado Profissional em Administração Pública do IDP. Doutora e mestre em Direito pela Université de Limoges/França e devidamente reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC. E-mail: glgarbaccio@hotmail.com

³Doutorando em direito constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP em Brasília, mestre em Direito. E-mail: brunomarquesxxx@hotmail.com

changement permanent face aux divers modèles d'État adoptés. Ainsi, une exigence comme de la gouvernance par les fournisseurs de l'État ne pourra pas être considérée inexcusable, spécialement face au principe de la neutralité qui doit pénétrer toute l'Administration Publique.

Méthodologie : Il s'agit d'une étude dogmatique avec la méthodologie dialectique-inductive d'analyse des discours et des contenus fournis par la bibliographie disponible.

Résultat : Cette étude présente comme au XXI^e Siècle il est considéré inconcevable quelque exigence de gouvernance qui aboutisse à une restriction de la compétitivité. L'hypothèse d'une exigence de gouvernance, malgré sa compatibilité avec la transparence des contrats du siècle, ne pourrait jamais résulter en une diminution de la compétitivité entre les fournisseurs publics. Cette nouvelle loi doit vérifier que certain certificat de gouvernance ne pourrait être que celui qui est déjà fourni par l'Administration Publique elle-même, sauf si cette exigence est imposée après l'accord contractuel avec l'Administration.

Mots-clés : loi d'appel d'offre ; stéréotype d'administration ; limitation à la compétitivité ; directrices obligatoires constitutionnelles.

ABSTRACT

Contextualization: The new model of State, which is based more on the stereotype of a constitutional State, imposes an objective of not allowing any constitutional directive to be distorted by the Public Administration. Thus, a recent discussion has been raised among Brazilian academics, following the presentation by the new Law of Acquisition of Public Services and Products; Law 4.253/2020, already approved, which focuses on the requirement of governance by state suppliers, in the same way as is already required of private companies.

Objectives: This article aims to demonstrate how the concept of Public Administration is constantly changing in the face of the various state models adopted. Thus, a requirement such as governance by State suppliers cannot be considered inexcusable, especially in light of the principle of neutrality that should permeate the entire Public Administration.

Methodology: This is a dogmatic study using the dialectical-inductive method of discourse analysis, and content provided by the availability bibliography.

Result: This study discusses how, in the 21st Century any governance requirement that results in a restriction of competitiveness it is considered inconceivable. The assumption of a governance requirement, despite its compatibility with the transparency of the contracts of the century, can never result in a reduction in competitiveness between public providers. This new law should ensure that a certain certificate of governance can only be one that is already provided by the Public Administration itself, unless this requirement is imposed after the contractual agreement with the Administration.

Keywords: new public acquisition projects; administrative stereotypes; limitations to competitiveness; mandatory constitutional guidelines.

RESUMO

Contextualização: O novo modelo de Estado, mais baseado no estereótipo de Estado constitucional, impõe um objetivo de não permitir que nenhuma diretriz constitucional seja distorcida pela Administração Pública. Assim, uma discussão recente foi levantada pela Academia Brasileira, após a apresentação – pela nova Lei de Licitações e Contratos Públicos –, referente à Lei n. 4.253/2020, já aprovada, a saber: a exigência de governança por fornecedores estaduais, da mesma forma que já é exigido das empresas privadas.

Objetivos: Este artigo tem como objetivo demonstrar como o conceito de Administração Pública está em constante mudança diante dos diversos modelos de Estado adotados. Assim, uma exigência como a governança por fornecedores do Estado não pode ser considerada indesculpável, especialmente diante do princípio da neutralidade que deve permear toda a Administração Pública.

Metodologia: Trata-se de um estudo dogmático com a metodologia dialético-indutiva de análise de discurso e conteúdo fornecido pela bibliografia disponível.

Resultado: Este estudo apresenta como, no século XXI, é considerado inconcebível qualquer exigência de governança que resulte em restrição de competitividade. A assunção de uma exigência de governança, apesar de sua compatibilidade com a transparência dos contratos do século, jamais poderia resultar em redução da competitividade entre os prestadores públicos. Esta nova lei deve verificar que determinado certificado de governança só poderá ser aquele que já é fornecido pela própria Administração Pública, salvo se tal exigência for imposta após o acordo contratual com a Administração.

Palavras-chave: novo projeto de aquisição pública; estereótipos administrativos; limitações à competitividade; diretrizes constitucionais obrigatórias.

RESUMEN

Contexto: El nuevo modelo de Estado, más bien basado en el estereotipo de Estado de derecho, impone el objetivo de no permitir que ninguna directriz constitucional sea desvirtuada por la Administración Pública. Así, una discusión reciente fue planteada por la Academia Brasileña, luego de la presentación de la nueva Ley de Adquisición de Servicios y Productos Públicos, en relación a la Ley n. 4.253/2020, ya aprobada, a saber: la exigencia de gobernanza por parte de los proveedores estatales, en la del mismo modo que ya se exige a las empresas privadas.

Objetivos: Este artículo pretende demostrar cómo el concepto de Administración Pública está en constante cambio frente a los diversos modelos de Estado adoptados. Así, una exigencia como la gobernanza por parte de los proveedores del Estado no puede considerarse inexcusable, más aún frente al principio de neutralidad que debe impregnar a toda la Administración Pública.

Metodología: Es un estudio dogmático con la metodología dialéctico-inductiva de análisis del discurso y contenido proporcionado por la bibliografía disponible.

Resultado: Este estudio presenta como en el siglo XXI se considera inconcebible cualquier exigencia de gobernanza que resulte en una restricción de la competitividad. La asunción de un

requisito de gobernanza, a pesar de su compatibilidad con la transparencia de los contratos del siglo, nunca podría redundar en una reducción de la competitividad entre los proveedores públicos. Esta nueva ley debe verificar que determinado certificado de buen gobierno sólo podrá ser el que ya esté facilitado por la propia Administración Pública, salvo que este requisito se imponga con posterioridad al acuerdo contractual con la Administración.

Palabras clave: nuevo proyecto de adquisición pública; estereotipos administrativos; limitaciones a la competitividad; lineamientos constitucionales de obligado cumplimiento.

INTRODUCTION

L'analyse du mode d'organisation des États a créé plusieurs positions rassemblées autour de pensées antagonistes dans le monde académique, sans toutefois que l'une fasse consensus.

Cette observation est importante, si l'on considère que le mode d'organisation de l'État peut relever de l'une ou de l'autre position ce qui va influencer son approche des administrés.

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

Ce débat a déjà été de manière exhaustive initié par plusieurs scientifiques, mais il vient d'être relancé dans le cadre de la pandémie du Covid 19 et à travers certains scandales liés à la hausse des prix dans des contrats publics brésiliens.

Dans ce contexte, il faut considérer qu'il y a certaines obligations qui doivent être inhérentes à l'Administration (comme la sauvegarde des intérêts collectifs), mais également, sous un autre aspect 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 crédibilité 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, un ancien débat ressurgit : comment pourrait-on garantir les intérêts de la société civile en permettant à l'État de s'engager librement avec les fournisseurs ?

Cet article vise à revoir la relation existante entre le mode de préservation de l'indépendance publique et une possible diminution de la compétitivité imposée par la nouvelle loi brésilienne d'appel d'offre à travers l'exigence des certificats ISOs.

L'hypothèse mise en question est que certains certificats ISO potentiellement exigés ne doivent pas être identiques à ceux fournis par l'administration elle-même.

Cet article appréhende ainsi un premier débat sur l'évolution des modes d'administration d'État et de ses relations avec les administrés. Il s'agit de démontrer que le nouveau stéréotype d'État exige un équilibre inévitable entre l'exigence de gouvernance et un niveau minimum de concurrence entre les particuliers qui veulent signer un contrat avec une administration. Il y a un équilibre à trouver.

Dans cette partie de l'étude, les principales recherches actuelles sur le thème seront exposées. Ainsi, après la démonstration de la partie théorique, la nouvelle loi d'appel d'offre brésilienne sera analysée au regard des possibles moyens de limiter la concurrence entre les individus. 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 les limites de l'étude qui se résume à une analyse des possibles restrictions de la compétitivité entre individus appréhendée par la nouvelle loi d'appel d'offre public.

1. L'ÉVOLUTION DES MODES D'ADMINISTRATION DE L'ÉTAT ET DE LEURS RAPPORTS AVEC LES PARTICULIERS

À l'origine, le concept d'État était lié à une relation de liberté des citoyens en échange de quelques contraintes qui venaient de l'ancien régime. Cette idée a été conçue par certains 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 (LOKE, 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 l'idée que les États ne devaient pas empiéter sur la propriété privée individuelle.

Cependant, cette conception a été largement critiquée, entraînant ainsi une remise en cause de cette notion.

Sous cette perspective, plusieurs auteurs allemands, ceux de l'école de Frankfort, ont perfectionné ces premières idées à travers une perspective de besoin de rupture effective du *statut quo* précédent (SHUMPETER, 2020, p. 05). Il a fallu un nouveau concept d'État, plus positif, afin que les citoyens puissent bien profiter d'un État Providence. En même temps, l'École française appréhendait l'impossibilité de sa mise en œuvre (LASSALE, 1998, p. 18). Cette discussion riche a eu des partisans allemands farouche après la réédition de la Constitution allemande de 1919 — Constitution Allemande de Weimar (1919) — et de ses diverses directives insérées dans le texte.

La question qui a été débattue reste sur cette ambiguïté. Les dispositions contenues dans le texte pourraient-elles être conçues comme ayant des forces normatives ?

La thèse la plus acceptée était celle des Conrad Hesse et Canaris qui affirmaient que toutes les dispositions inscrites dans la constitution allemande devaient être considérées comme obligatoires envers les pouvoirs exécutifs et législatifs.

Les devoirs énoncés dans le texte constitutionnel, bien que ceux-ci soient liés à un niveau minimum d'éducation et de santé devaient orienter le législateur et le chef du pouvoir exécutif de ne pas faire faux bond sans les appliquer (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-il possible de financer les politiques sociales des États ?

En Angleterre, par exemple, la question des déficits récurrents a amorcé 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 d'Etat libéral a été transmis à l'Amérique Latine où celui-ci a trouvé des partisans.

Aux États-Unis, l'Etat libéral a conduit à proposer une alternative viable visant à réunir les intérêts privés et ceux de l'administration publique à travers l'émergence 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 modes d'administration sud-américains.

On observe alors que plusieurs auteurs ont développé l'idée que les économies fragiles de l'Amérique Latine étaient incompatibles avec les demandes des marchands du XXI^e Siècle. Et surtout, ce système va aboutir à imposer des appels d'offre afin de permettre à l'État d'acquérir des biens, en imposant ainsi à toutes les entreprises publiques d'être compétitives à l'instar de celles du secteur privé (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 15; PIQUET CARNEIRO, 1993, p. 150). Ce modèle est plus connu comme l'idéologie du *New Public Management*⁴ (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 au Mexique où le processus de privatisation n'a pas eu les résultats positifs souhaités (ABRUCIO et LOUREIRO, 2018, p. 53).

Ces études ont démontré également que certains autres devaient rester sous le contrôle de

⁴NPM : un modèle de gouvernement qui décrivait la diminution de la taille d'État.

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

On note que certaines activités publiques 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).

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 avec le 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 organisation 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 d'activités publiques ne peut pas entraîner une servitude, une dépendance, de la population aux profits exorbitants de certaines entreprises.

Ainsi, les états en promouvant un contrôle effectif sur les marchés concentrés peut résulter de sa propre responsabilité de ne pas garantir un équilibre entre les consommateurs et les intérêts des entreprises, puisque la responsabilité civile de l'État, est garantie à toutes les personnes qui ont vu un de leurs droits constitutionnellement garantis violés (*Schuld*).

C'est pourquoi le respect de la constitution doit être garanti par ceux qui ont le pouvoir économique (DULLIGER, 2020, p. 16, SIRENA, 2019, p. 545; WERRO, 2017, p. 45) et par 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* .

C'est idée est vue, non seulement, dans le système brésilien, mais dans tous les autres qui reposent sur le droit romain (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 Louis Huguency (1904) 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.

2. L'ARCHÉTYPE MODERNE DE L'ADMINISTRATION : QUELLE EXIGENCE EN MATIÈRE DE TRANSPARENCE PAR SES FOURNISSEURS ?

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 même contre leur volonté et sans aucune possibilité de les contester (SILVA, 2003, p. 64).

Cependant, aujourd'hui, ces idées ont été évoluées avec l'émergence du droit administratif

comme forme d'expression de la position des états concernant les désirs et les devoirs imposés par la population.

Ainsi un acte administratif devra être considéré comme nul, non seulement dans le cas où il n'atteint pas son objectif direct — la concrétisation des désirs de la population — mais aussi dans le cas où il ne permet pas à la population de s'exprimer.

Il faut donc observer que dans un état de droit, l'administration devra, toujours, respecter le contradictoire à tous ceux qui pourront être concernés 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 considérer les actes administratifs comme une émanation du pouvoir du roi, ces idées sont aujourd'hui dépassées, car l'existence 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 ; ROMANI, 1912, p. 179, p. 190). Cet archétype est vu encore dans tous les systèmes de lois qui proviennent d'une base italienne (ZANOBINI, 1949, p. 46).

Dans un futur proche, plusieurs 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 réclame une posture plus active de l'administration publique.

Sous ce prétexte, au Brésil, la nouvelle loi d'appel d'offres vient d'être élaborée et publiée en décembre 2020.

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 traite 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.

3. LA GOUVERNANCE : UN VIEUX MODÈLE QUI EXIGE DE NOUVEAUX STÉRÉOTYPES D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Le concept de gouvernance a été développé par le secteur privé étant lié aux scandales de corruption impétrant l'entreprise Enron qui a manipulé ses données de comptabilité résultante 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*⁵ 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. 44).

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, 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.

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

Ainsi, aujourd'hui, les nouvelles frontières concernant la gouvernance nécessitent plusieurs exigences, conformément aux 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, CVM⁶. Il y a aussi un Institut qui publie, de temps en temps, les meilleures pratiques de gouvernance sociale et environnementale (Institut Brésilien de Gouvernance Corporative)⁷.

Dans ce contexte, certains auteurs 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, 2007, 2020). 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) qui décrivent la gouvernance publique comme un devoir lié aux engagements de tous les acteurs autour de l'organisation.

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 comme 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

⁶CVM : Commission de valeurs mobilières.

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

pourrait atteindre un tel niveau qui la rendre 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, a gagné en débats : la possibilité d'exiger un certificat privé 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 répercussions à cause de la nouvelle loi d'acquisition de produits et services publics, surtout, par l'imposition des certificats 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 réside dans 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 certains certificats doivent être fournis par la propre administration publique étant donné que la loi fédérale existante offre déjà ce type de qualification.

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 protégée.

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

Afin de répondre à cette question, cette étude vise à analyser la nouvelle loi et quelques restrictions inscrites. L'analyse est dogmatique avec la méthodologie de l'analyse des discours et des contenus (MARIANI et ORLANDI, 2000) qui visent à une adéquation entre la théorie et la réalité présentée.

4. L'ANALYSE DE LA NOUVELLE LOI D'APPEL D'OFFRE : EST-ELLE RESTRICTIVE À LA COMPÉTITION, 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 ont besoin.

L'ancienne loi d'acquisition, n. 8.999, date de 1993, et donc date 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.

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 débat : est-il possible d'exiger un certificat de bonne gouvernance comme celui d'ISO 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.

Toutefois, 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^e 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.

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 le certificat 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. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8560/1/Burocracia.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

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

CANARIS, Wilhelm Claus. **Systemdenke nun systemdenken in der Jurisprudenz**. 2. ed. Berlin: Dunken und Humbolt, 2002.

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

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

DEZAN, Sandro Lucio. O Que é jusnaturalismo? Um olhar pela ótica da administração pública. In: **Revista de direitos fundamentais e democráticos**, [S.l.], v. 25, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. **O conteúdo valorativo da norma jurídica: a fenomenologia do direito e os valores axiomáticos para uma juridicidade concretista da administração pública**. 2017. Tese (Tese de Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Vitória, Vitória ES, 2017.

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

EHHARDT 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. In: **Revista de Direito FGV**. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1949 -242, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81689/77909>. Acesso em: 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>. Acesso em: 14 ago. 2020.

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. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUGUENEY, Lois. **L'idée de peine privée en droit contemporain**. 345 f. Tese (Doutorado em Direito) – 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. **Dispositions 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, p. 39–54, 2012. Disponível em: <https://ssl.editionsthemis.com/revue/article-4837-le-fait-generateur-de-responsabilite-civile-extracontractuelle-personnelle-continuum-de-lrilliceite-a-la-faute-simple-au-regard-de-lrarticle-1457-c-c-q-.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile — analyse comparée des systèmes germanique, canadien et *Québécois*. In: **McGill's law journal - Revue de droit de McGill**. Montréal, v. 52, n. 2, 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**. 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. *In: Revista Anapoll*, [S.l.], v. 1, n. 8, p. 213-219, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://revistadaanpoll.emnuvens.com.br/revista>. Acesso em: 7 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. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 423-443, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/>. Acesso em: 16 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte Americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. *In: 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. *In: Revista do Serviço Público*. Rio de Janeiro, ano 46, v. 119, 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 Alois. **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.



Recebido em: 14/11/2021

Aprovado em: 12/04/2022