

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE BRASIL

IRENE PATRÍCIA NOHARA\*

Sumario. 1. Consideraciones Introdutorias. 2. Histórico de los 200 años de Brasil y la responsabilidad del Estado en las diversas Constituciones. 3. Sistema de responsabilidad del Estado en la Constitución de 1988. 4. Reparaciones de propiedades imprescriptibles. 5. Análisis de la responsabilidad de los agentes públicos: administración del miedo, apagón de bolígrafos y primacía de la realidad. 6. Procedimientos administrativos de diferentes alcances. 7. Sistema de irregularidades administrativas y anticorrupción. 8. Control judicial: fortalezas y debilidades en el sistema de justicia brasileño. 9. Conclusiones: perspectivas actuales para un sistema de responsabilidad funcional y justo.

### 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

**P**RIMERO, me gustaría resaltar lo que constituye para mí el inmenso honor de poder participar en el Segundo Volumen del *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo*, de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado del Gobierno de España, bajo la Dirección de Don Santiago Muñoz Machado y de Don Ricardo Rivero Ortega, Catedráticos de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense y de la Universidad de Salamanca, respectivamente, que reúne los estudios iberoamericanos sobre el sistema de responsabilidad de los diversos países americanos con raíces e influencias ibéricas.

---

\* Profesor Numerario con título obtenido en la Universidad de Sao Paulo. Profesora Doctora en Derecho del Estado por la Universidad de Sao Paulo, Profesora Doctora del Master/Maestría e Doctorado en Derecho Político y Económico en la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Email: irene.nohara@uol.com.br.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

Brasil posee unas características peculiares en su proceso de formación, durante el que se denomina el periodo colonial bajo la influencia de Portugal, y en líneas generales, ocurre con su Derecho Administrativo fundamentado sobre las bases de estructuración del Derecho Continental Europeo, habiendo sido influenciado en sus instituciones, desde su origen por las formulaciones derivadas de la jurisprudencia del Contencioso Administrativo francés, además de las doctrinas española, italiana y alemana. Cabe destacar que, a pesar de la absorción de un régimen exorbitante de la administración pública propio del desarrollo de las teorías formuladas en el contencioso administrativo por la aplicación del Derecho Administrativo brasileño, no haya existido en Brasil, desde 1891, a semejanza de Estados Unidos, la adopción de un contencioso administrativo, es decir, de una dualidad jurisdiccional, donde los procesos que envuelven al Estado sean juzgados en una única jurisdicción.

Brasil no ha adoptado aún el sistema del *Common Law*, el cual no profundiza la distinción entre el régimen público en comparación con el privado, y por ello aquí, se admite un régimen público diferenciado, y que generalmente se aplica a las demandas que envuelven a los entes de derecho público.

El sistema de unidad de jurisdicción fue, entonces, adoptado en Brasil por la influencia del derecho norteamericano, pero con una peculiaridad: No vino acompañado del papel de la jurisprudencia como principal fuente del derecho, como ocurre en el sistema del *Common Law*.

Mientras, aquellos países del sistema del *Common Law* se fundamentan principalmente en los precedentes jurisprudenciales, los cuales se ejercen con carácter vinculante en las decisiones futuras de los jueces y de los tribunales, y por ello estos países que han adoptado el sistema romano-germánico se caracterizan por ser más apegados a la aplicación de la ley.

Por todo ello, la fuente normativa primaria y obligatoria de producción jurídica está en la ley y en los actos normativos, y la jurisprudencia se constituye en una fuente secundaria. Solo hay una excepción donde la jurisprudencia se erige también de aplicación requerida en Brasil, y es aquella obligatoriedad de mantener la observancia tanto por la Administración Pública como por el Poder Judicial de las *Decisiones Normativas Vinculantes* emitidas por el Tribunal Supremo Federal de Brasil

Adicionalmente, se ha adoptado también en Brasil la no descartabilidad de la tutela jurisdiccional, conforme estipula el inciso XXXV del artículo 5.º de la actual Constitución: «la ley no excluirá de apreciación del Poder Judicial cualquier lesión o amenaza al derecho», lo que significa que incluso antes de concretizarse cualquier lesión al derecho provocada por un hecho amenazante del Estado, existe la posibilidad de solicitar auxilio judicial, sin resultar necesario un recurso previo ante las instancias administrativas.

Sin embargo, si el administrado lo pudiese considerar más conveniente, existe la posibilidad también del proceso administrativo para cuestionar directamente aquellas lesiones o amenazas al derecho de las Administraciones Públicas, lo que deriva a un derecho de petición, asegurándose constitucionalmente su gratuidad, pero, con carácter general, las decisiones administrativas podrán ser revisadas por un control judicial, debido a que es el Poder Judicial quien en última instancia, y por norma, posee la última palabra en un determinado asunto.

Al haberse adoptado el federalismo, muchos aspectos, como por ejemplo, el proceso administrativo y la disciplina de los estatutos de los funcionarios públicos, se regulan en leyes propias promulgadas en el ámbito de cada ente federa, bien sea

la Unión, el Estado, el Distrito Federal y los Municipios, no obstante, la Constitución se aplica de la misma forma en todos estos entes, contando con un capítulo específico para la Administración Pública, lo que garantiza una cierta sistematicidad en la materia del Derecho Administrativo, aunque no haya culminado en una codificación nacional.

De este modo y a diferencia, por ejemplo, de lo que acontece con el Derecho Penal y con el Derecho Civil, que resulta de la competencia exclusiva de la Unión en legislar para todo el territorio nacional, siendo objeto de codificaciones, el Derecho Administrativo, en cambio, tiende a ser bastante complejo por existir muchas leyes diferentes y también actos normativos sectoriales, cuya actividad regulatoria está dirigida a cada asunto disciplinado.

Recientemente, con la integración de numerosos documentos internacionales, principalmente destinados a la gobernanza, considerando las reformas inspiradas en la *new public management*, que incide en la Reforma Administrativa del final de la década de los noventa, y por las exigencias de *accountability*, se aprecia una fuerte tendencia en adoptarse algunos conceptos generalizados en los países del *Common Law*, como también, los Estados Unidos, con el cual Brasil comparte afinidades culturales, pero si cabe el intercambio resulta más acentuado con Argentina, por su mayor proximidad geográfica, y con México, que a pesar de no estar próximo a Brasil, es un país con el que existen relaciones estrechas, principalmente el área académica del Derecho Administrativo.

En el caso de España, existe una fuerte repercusión de avanzadas formulaciones doctrinales, siguiendo el ejemplo de las impactantes lecciones de García de Enterría, por los cuestionamientos efectuados al autoritarismo estatal y en la generalización de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, deviniendo que estas iniciativas relevantes, del presente Anuario, acaben siendo muy útiles para el conocimiento y el reconocimiento mutuo, además de estimularse la generación de vínculos cercanos por la generalización de la materia para el perfeccionamiento de los sistemas de responsabilidad del Estado entre las diferentes redes de investigadores generadas en los países iberoamericanos.

## **2. HISTORIAL DE LOS 200 AÑOS DE BRASIL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LAS DIVERSAS CONSTITUCIONES**

Cabe resaltar que en 2022, Brasil celebra los 200 años de su Independencia de Portugal, fecha conmemorativa y que sirve de inspiración para que el país pueda reflexionar sobre el tema de la «brasilidad» o de la idiosincrasia brasileña, es decir poder indagar sobre lo qué es o quien es «brasileiro» o brasileño. Se trata de una cuestión generalmente más presente en los países del «Nuevo Continente», teniendo en cuenta el hecho de que el «pueblo brasileño» está constituido por una diversidad de orígenes étnicos, religiosos y culturales, que proviene de los pueblos de las diversas naciones, que por muy diferentes motivos se instalaron aquí.

Por ello, la identidad es, en Brasil, un asunto permanentemente abierto, sujeto a revisiones y revisitas, por considerarse el mestizaje de los diversos pueblos que históricamente ha acaecido en Brasil, por ejemplo, el caso de los indígenas que ya

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

habitaban aquí antes de la llegada de los portugueses, pero que no eran propiamente autóctonos, por proceder de Asia y habiéndose desplazado en flujos migratorios desde hace más de diez mil años (1), atravesando el estrecho de Bering durante el periodo de las glaciaciones; o de las personas desplazadas del África subsahariana; bien como los inmigrantes que han ido constituyendo flujos migratorios constituidos principalmente por: portugueses, italianos, españoles, japoneses y alemanes, sumando estos últimos en total más de cuatro millones de personas que vinieron aquí a construir una vida y a formar la nación brasileña.

En la actualidad, Brasil, se constituye como un punto de destino de una amplia inmigración, principalmente de origen latinoamericano, que se erige como la mayoría de los inmigrantes que llegaron a Brasil. De acuerdo con las estadísticas, se ha registrado el acceso al país de 1.085.673 inmigrantes durante el periodo 2011-2019, siendo más de la mitad originarios de los siguientes países: Venezuela, Paraguay, Bolivia, Haití y Colombia. Brasil ha alcanzado los 213,3 millones de habitantes, una considerable cifra de población, de acuerdo con los datos obrantes del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

El Estado de São Paulo, es más poblado de Brasil, y cuenta con 46,65 millones de habitantes. Únicamente, São Paulo, que es uno de sus 26 Estados-miembros del país, posee más población que la de toda Argentina, considerado nuestro «país-hermano» del Mercosur.

Como curiosidad dentro del área jurídica, Brasil ostenta un mayor número de Facultades de Derecho que la suma de todas las facultades de derecho existentes en todas las naciones del mundo. Brasil alcanzó el número de 1.500 facultades de derecho en 2018, mientras se contabilizaban un poco más de 1.200 facultades de derecho en el resto de las naciones del mundo.

En consecuencia, Brasil posee el mayor número de abogados del mundo, contando en la actualidad con más de un millón de profesionales. Contando con el actual ritmo de formación y de aprobación en la OAB (Orden de los Abogados de Brasil), y si se mantiene la actual tendencia, se genera cerca de casi 200 nuevos profesionales al día. Se estima que Brasil alcance los 2 millones de abogados en 2032. Esta dimensión excesiva de profesionales del área jurídica genera una sobrecarga de las acciones en el sistema judicial.

---

(1) Existen diferentes teorías que cuestionan el origen amerindio de la población indígena. Existe una visión bastante divulgada del origen asiático de los indígenas que atravesaron en flujos migratorios el estrecho de Bering en el transcurso de las últimas glaciaciones. Destacan en Brasil, las investigaciones de Niède Guidon, quién postula que la llegada de los primeros hombres americanos acaeció hace quince mil años, incluso antes de las últimas glaciaciones, basado en las excavaciones efectuadas en el sur del Piauí, en los yacimientos arqueológicos de la Sierra de la Capivara donde se han encontrado restos humanos que por análisis de carbono se les asigna una antigüedad de 45 mil años. Debe destacarse que los indígenas no constituyen una sola nación o un Pueblo único. Brasil posee una de las más extensas diversidades indígenas, étnicas y lingüísticas, cohabitando más de doscientas sociedades indígenas y por lo menos, 180 lenguas pertenecientes a 30 familias lingüísticas diferentes. La Constitución de 1988 dedica un capítulo a los indígenas, donde se reconoce en su artículo 231: la organización social, las costumbres, las lenguas, las creencias, las tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que ocupan, considerando estas tierras como bienes de la Unión, recayendo sobre ella la competencia de su demarcación, desde que se asegure a los indígenas su posesión permanente y el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos, que en ellas yacen. Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Derecho Administrativo*. Atlas. São Paulo, 2022. 669.

El desplazamiento histórico de la frontera agraria del Viejo Continente hacia las tierras americanas, el trasplante intercontinental de mano de obra, la aparición de las líneas comerciales transoceánicas y otros episodios significativos, cuyo epicentro se localizó en Europa Occidental, constituyen el marco no solo cultural sino también de la propia formación de Brasil como un todo (2).

No obstante, cabe advertir que no todos los grupos sociales, de la tan rica diversidad brasileña, fueron incluidos con las mismas condiciones de igualdad, por lo que existen reivindicaciones propias de un Derecho Constitucional latinoamericano que posea el reconocimiento de la contribución de los diversos pueblos históricamente invisibilizados para la formación del tan rico caleidoscopio cultural, que es Brasil, debido a que no siempre se ha asegurado la expresión ni reconocido en la práctica, los mismos derechos a los numerosos grupos étnicos que históricamente han contribuido a la formación del pueblo brasileño.

Desde la Independencia de Brasil, el 7 de septiembre de 1822, hasta los días actuales, o sea, durante estos doscientos años, el país ha tenido 8 Constituciones:

(1) la imperial de 1824; (2) la republicana y federativa de 1891; (3) la de 1934, la primera en incorporar derechos sociales derivados de la Constitución de Weimar de 1919, la cual fue antecedida en el mundo por la Constitución de México, de 1917; (4) la de 1937, promulgada por Getulio Vargas y conocida como la polaca; (5) la de 1946, de la postguerra, que buscó retomar el sistema democrático; (6) la primera del periodo de la dictadura militar, promulgada en 1967; (7) la Enmienda Constitucional núm. 1, de 1969, que modificó tanto a la anterior, que se puede considerar una nueva Constitución; y, finalmente, (8) la Constitución de 1988, que puso fin a más de veinte años de autoritarismo e inauguró un Estado Democrático y de Derecho, vehiculizando un texto normativo en favor de la ciudadanía, del pluralismo, de los derechos humanos, y por lo tanto, poniendo en valor la dignidad humana.

La evolución de la responsabilidad del Estado en Brasil ha ido aparejada a las alteraciones estipuladas por sus Constituciones, así como por la legislación de rango inferior promulgada conforme a estas Constituciones.

Cabe decir que antes de la Independencia de Brasil, durante el periodo colonial, la irresponsabilidad del estado era una regla. Resultaba extraño, que los colonos consiguieran indemnizaciones por los daños ocasionados por los agentes de la Corona portuguesa (3). Pese a Brasil haber estado regido en el transcurso de su periodo colonial, por las Ordenanzas Portuguesas, floreció un derecho brasileño local, creado para resolver la cuestiones cotidianas, o sea, los problemas municipales, lo que era efectuado con el auxilio de las Cámaras Municipales, que estipulaban reglas de un derecho brasileño, instituido incluso antes de que Brasil se independizase de Portugal (4).

(2) FURTADO, Celso. *Cultura y desarrollo en época de crisis*. Paz y Tierra. São Paulo, 1984. 17.

(3) GASPARINI, Diogenes. *Derecho administrativo*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 981.

(4) Según DALMO DALLARI, durante el periodo colonial, Brasil se regía por la legislación portuguesa, con base a las Ordenanzas del Reino, sin embargo, los colonos debían improvisar soluciones a sus problemas locales, habiéndose erigido el Derecho Municipal brasileño, nacido en las Cámaras, como el primer Derecho nacional, dado que partía de la realidad necesaria de la ocupación del territorio y de la necesaria armonización de los intereses. Por todo ello, Dalmo consideraba que el primer

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

Otro punto diferenciado, es que inicialmente Brasil se erigió en una Monarquía en medio de las nacientes Repúblicas Latinoamericanas de sus procesos de Independencia, motivado por la invasión francesa de Portugal, que obligó al traslado de la familia real portuguesa de Lisboa a Rio de Janeiro, y al desplazamiento de toda la corte portuguesa a Brasil, en un episodio histórico muy peculiar y concreto, durante el cual también llegaron nobles, siervos, empleados domésticos, e incluso una biblioteca con millares de libros, haciendo de Brasil la nueva sede del reino de Portugal, entre 1808 y 1821.

Además, resulta peculiar en la historia brasileña que el descendiente de la Corte, Don Pedro I, príncipe regente que gobernaba por D. João VI, fue obligado a regresar a Portugal, se erigió en el responsable directo en proclamar la Independencia de Brasil, hace doscientos años, no obstante, habiendo sido instigado por uno de sus ministros, José Bonifácio, conocido como el Patriarca de la Independencia.

El día 7 de septiembre de 1822, Don Pedro I, en las orillas del río Ipiranga, que significa, en la lengua tupí (de los indígenas) «río rojo» (y significa río y *pirang* designa al color rojo), localizado en el centro de São Paulo, protagonizó la declaración de emancipación de Brasil de Portugal. Los historiadores están debatiendo hasta el día de hoy de cómo se desarrolló, de hecho, el grito del Ipiranga, pero la independencia fue oficialmente declarada y es conmemorada precisamente en esta fecha de 7 de septiembre.

Durante la época del Imperio, la Constitución promulgada de 1824 descarta la responsabilidad del Emperador, conforme se observa en su artículo 99: «la persona del Emperador es inviolable y Sagrada: Él está exento de cualquier responsabilidad», no obstante, el inciso XXIX del artículo 179 prevé la responsabilidad de los agentes públicos en los siguientes términos: «los funcionarios públicos son estrictamente responsables de los abusos y omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones, y por no responsabilizar efectivamente a sus subalternos». A pesar de sólo mencionarse la responsabilidad de los funcionarios públicos, algunas leyes específicas y decretos ya estipulaban la responsabilidad civil del Estado (5).

Cabe destacar que Brasil fue el último país independiente del continente americano en abolir la esclavitud, que se produjo el 13 de mayo de 1888, con la sanción de la ley que liberaba a los esclavos por la Princesa Isabel, hija mayor de Don Pedro II. La acción de la monarquía que proclamó la abolición de la esclavitud en Brasil desencadenó un movimiento de reacción, denominado Republicanos del 14 de mayo, donde los grandes terratenientes insatisfechos conspiraron en contra del régimen monárquico, no precisamente por el apego que tenían al ideario republicano, más bien por su insatisfacción ante la acción que abolió la esclavitud que resultaba contraria a sus intereses por mantenerla.

La abolición se llevó a cabo sin que el Gobierno estableciera medidas compensatorias dirigidas hacia los esclavos, en el sentido de que una vez se convirtieron en

---

Derecho efectivamente usado en Brasil ha sido el Derecho Municipal generado en la Colonia antes incluso del mismo Brasil independizarse. Cf. NOHARA, Irene Patrícia. Entrevista con o Dr. Dalmo de Abreu Dallari. Disponible en: <https://direitoadm.com.br/entrevista-dalmo-dallari/>. Accedido el 15 de agosto de 2022.

(5) De acuerdo con Edmir Netto de Araújo, son ejemplos: los Decretos 1930, de 26 de abril de 1857, sobre ferrocarriles; 3.453, de 20 de abril de 1865, sobre oficiales de registro; e 8 de enero de 1835, 1.º 12.1845, y de 22 de enero de 1847, sobre el tesoro público. Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de Derecho Administrativo*. Malheiros. São Paulo, 2008. 984.

libertos, tuviesen unas posibilidades y condiciones para poder (re)comenzar una vida, a diferencia, por ejemplo, como sí ocurrió en Estados Unidos, que destinó dinero o una parcela de tierra a los recién libertados.

De esta forma, en Brasil, los propietarios reunieron a sus ex esclavos y, finalizadas las fiestas por la celebración de su liberación, simplemente, se les despidió uno a uno para que se fuesen: sin tierra, sin comida, sin dinero, sin zapatos, iniciando muchos de ellos su libertad en la más absoluta miseria, portando tan solo ropa de algodón grueso que les había sobrado. Algunos, entonces, regresaron a África: a Togo, a Benín y a Nigeria, pero muchos crearon nuevos refugios o quilombos, o se fueron a vivir a la periferia de las ciudades.

Con la sustitución de la mano de obra esclava por la asalariada, y la diseminación de las influyentes ideas eugenésicas a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX, se adoptaron en Brasil unas políticas de inmigración tendientes a reclutar mano de obra europea, en particular de alemanes de religión protestante, y al fomento del estímulo de la inmigración de italianos, españoles y portugueses (6).

Cabe destacar, que el mismo escenario de presencia de la responsabilidad de los funcionarios en norma constitucional y complemento de la responsabilidad civil del Estado por las leyes ordinarias y por la jurisprudencia, se mantuvo en Brasil durante la época en que estaba en vigor la Constitución de 1891, que consolidó la República Federativa, y en cuyo artículo 82 determinaba lo siguiente: «los funcionarios públicos son estrictamente responsables por los abusos u omisiones en que incurrieran en el desempeño de sus cargos, siendo así como por la indulgencia, o negligencia en no responsabilizar efectivamente a sus subalternos».

Expone Yussef Cahali (7) que la obra clásica de Amaro Cavalcanti, denominada *Responsabilidad Civil del Estado*, cuya primera edición se fecha en 1905, es la expresión clara de que la responsabilidad del Estado fue reconocida por la jurisprudencia del inicio de la República. El artículo 13 de la Ley núm. 211, de 20 de noviembre de 1894, que regulaba procedimientos, establecía que: «los Jueces y los Tribunales Federales procesarán o juzgarán las causas que se fundamenten en la lesión de los derechos individuales por actos o decisiones de las autoridades administrativas de la Unión».

Bajo ese contexto que se produjo la enunciación del artículo 15 del Código Civil de 1916 (8), que se determinó en redacción del artículo 42 del Proyecto Clóvis Bevilácqua, que: «las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por los actos de sus representantes que, en esa calidad, causen daños a terceros, procediendo de forma contraria al Derecho, o faltando a deber prescrito por ley, salvando el derecho a la acción de regreso contra los causantes del daño».

Si cabe, no estaba presente todavía la positivación constitucional de la responsabilidad objetiva de Estado, con base a la teoría del riesgo, porque se consideraba que existía el determinante: «procediendo de modo contrario al derecho o faltando al deber prescrito», el Estado sólo respondería si hubiera la comprobación de la

(6) SANSONE, Livio. «Racismo sin etnicidad. Políticas públicas y discriminación racial en perspectiva comparada». *Dados*, 41 (4), 571-783.

(7) CAHALI, Yussef Said, «Responsabilidad civil del Estado». *Revista de los Tribunais*. São Paulo, 2007. 30.

(8) El Código Civil de 1916 estuvo en vigor desde 1 de enero de 1917 hasta el 11 de enero de 2003, cuando se substituyó por el actual Código Civil: Ley 10.406, de 10 de enero de 2002.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

*culpa* del funcionario. El cambio efectivo de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa, fundamentada en el riesgo, se produjo en Brasil a partir de la Constitución de 1946 (9).

Merece mencionar aquí un acontecimiento cultural significativo que se celebró al inicio del siglo XX, que tuvo por objetivo averiguar los aspectos identitarios de la nación, que se denominó *Semana de Arte Moderna*.

La semana acaecida en el Teatro Municipal de São Paulo, entre los días 13 a 18 de febrero de 1922, y que ha culminado su centenario en 2022, buscó romper con la amalgama de cultura originaria del yugo colonial brasileño, buscando promover, en contraposición a los movimientos eugenésicos todavía existentes en aquel periodo, el caleidoscopio de composiciones étnicas y culturales aquí formadas, y con el enfoque en enaltecer el componente mestizo del pueblo.

Como legado de las influencias transcurridas e intercambios producidos durante esa semana, se debe recordar que Tarsila do Amaral (10) pintó en 1928 su icónico cuadro *Abaporu*, un óleo sobre una tela (85x73), para regalar a, por aquel entonces, su marido Oswald de Andrade. *Abaporu* representa una alegoría fundacional del movimiento antropofágico, que intenta evitar la reproducción o simplemente la imitación del extranjero, pero si pretende su asimilación, en sentido figurado, engullendo las técnicas importadas, y una vez metabolizadas, se conlleva a la emersión de la originalidad del Pueblo, trayendo consigo la irreverente cuestión shakespeariana manifestada en la mezcla con el tupí indígena: «tupi, or not tupi».

El Manifiesto aglutina, la imagen del *Abaporu* (designación del tupí-guaraní: *aba*, el hombre; *puru*, que come), una metáfora del *habitante original* del país, aquel que estaba arraigado en Brasil antes de la llegada de los europeos, siendo un ideal de la antropofagia, práctica que nos remite a la idea de metabolizar buenas actitudes y características de las influencias engullidas, no obstante, sin subordinarse pasivamente a ellas.

*Antropofagia* se inspira en los relatos de Hans Staden, un mercenario y aventurero alemán que en el siglo XVI fue capturado y sometido bajo cautiverio durante nueve meses por los Tupinambás, en las proximidades de la ciudad de Ubatuba, en la costa norte de São Paulo, habiendo sido expuesto como trofeo de guerra con la intención de ser devorado por los indígenas.

En la costa de la región de la Capitanía de San Vicente habitaban diversas tribus indígenas que ya arrastraban conflictos anteriores al propio «descubrimiento», como por ejemplo los Tupiniquins que ya estaban enfrentados a los Tupinambás.

Después de haber conseguido huir del cautiverio con la ayuda de unos corsarios franceses, Staden escribió una obra que alcanzó un gran éxito en la que describió la tierra de unos salvajes, desnudos y caníbales despiadados, obra titulada *Duas Viagens ao Brasil (Dos viajes a Brasil)*, editada en Alemania en 1557.

El libro consiguió un gran éxito principalmente por contener ilustraciones de fauna y flora, y por la descripción de los rituales antropofágicos que contribuyeron a alimentar el imaginario colectivo europeo del siglo XVI, asociando el Brasil de entonces a una tierra de caníbales. Sin embargo, merece la pena destacar que el ritual antropofágico

---

(9) NOHARA, Irene Patricia. *Derecho Administrativo*. Atlas. São Paulo, 2022. 738.

(10) Que siguió desde Europa el acontecimiento de la semana, a través de las noticias enviadas por su amiga Anita. *Abaporu* hoy se encuentra en el Malba (Museo de Arte Latinoamericana de Buenos Aires).

que en sentido figurado apunta al «engullir» el extranjero no implica que nos remitamos a la «ojeriza al nativo», más bien se trata de una forma irreverente de expresar lo opuesto en el manifiesto antropofágico. La postura iconoclasta indica justamente la valorización del cuerpo del nativo como activamente capaz de absorber los nutrientes que constituyen su estructura, pero que no se deja dominar por lo externo.

Bajo esta perspectiva, los rituales antropofágicos indígenas de entonces mostraban que resultaba engullido el prisionero que se mostrara más fuerte, apto y valiente, para que tales características reverberasen en la tribu practicante de antropofagia.

De este modo, y de acuerdo con Adriano Bitarães Netto (11), la antropofagia se constituye en una doble óptica: una «para dentro» del país, que se preocupaba en rescatar el folclore, las comidas típicas, las variantes lingüísticas, además de querer llamar la atención del orden estructural del País, tales como su mestizaje, el sincretismo cultural y las enfermedades que asolaban el Brasil de entonces; la otra, instigada por los debates de las corrientes artísticas «de vanguardia europeas», con influencia dadaísta, cubista, surrealista, que pretende usar ese calado como sustrato para la reelaboración de un proyecto nacional.

El influjo de la antropofagia tuvo una inspiración historiográfica y científica, conforme a lo expuesto, diagnosticando y fotografiando el Brasil del descubrimiento hasta el inicio del siglo xx, siendo que según el movimiento resultante del impacto de la Semana de Arte Moderna era futurista y procuraba traer los aires de Modernidad para la nación brasileña y su proyecto.

Existía, según enfatiza Bitarães, una preocupación en Brasil ser, simultáneamente, «nacional y cosmopolita», lo que evidenciaba las grandes dicotomías a metabolizar o sintetizar en este proyecto, entre los conceptos de: matriarcado y modernización; nacional y extranjero; ruptura y tradición y copia y originalidad. De esta forma, el movimiento desencadenado por la osada Semana de Arte Moderna objetivó apoderarse de técnicas exógenas, haciendo del arte brasileño un reflejo de la realidad y de las características del país y de su pueblo.

Pronto aparecieron los pinitos más consistentes en el sentido de reflexionar sobre la dependencia cultural brasileña, para que las transformaciones anunciadas por la modernidad (tardía en Brasil) (12) no extinguiese lo que resulta más original en la cultura brasileña. Existió la preocupación en que la cultura brasileña no solo sea producto de un caleidoscopio de influjos derivadas de una imitación, es decir para que el cuerpo que absorbe las múltiples influencias sepa imprimir su energía vital, haciendo irrumpir de su pie arraigado en el suelo brasileño, conforme la fuerza ilustrada del gran pie del *Abaporu*, aquello que es lo más auténtico que existe y se manifiesta creativamente a partir y por el pueblo.

En 1922, Brasil todavía no vivía el impulso que provocó la transición de un capitalismo mercantil para un capitalismo industrial, el cual sentaba las bases para la aparición de una clase media apta para la reivindicación de derechos, lo que no ocurrió hasta la década de los años 30 del pasado siglo. Las crisis del café establecieron la gestación en Brasil de las condiciones necesarias para superar el enfoque

(11) BITARÃES NETTO, Adriano. *Antropofagia Oswaldiana*. Annablume. São Paulo, 2004. 16.

(12) Hay debates sobre la modernización brasileña, siendo que la palabra modernismo también posee múltiples sentidos, en función de cada contexto, aquí, en esta referencia, se pretende asociar el modernismo con un movimiento de industrialización de la producción económica que fue tardío en Brasil.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

exclusivo en la explotación de un monocultivo destinado a la exportación, siendo una práctica en este periodo en que las élites oligárquicas se plegaban a producir para proveer al mercado exterior productos primarios como el café, en una sumisión no solo política y económica, sino también cultural.

Consecuentemente, el vanguardismo de las ideas dimanantes de la Semana del Arte Moderna postuló una visión de dignidad hacia lo nacional. Se plantó como un marco para el nacimiento de la autoestima del brasileño, anticipando en actitud e intuición toda una reflexión sobre la cultura que encontraría, en décadas siguientes, la resonancia en los análisis de Celso Furtado, el cual llama la atención sobre el hecho de que la sumisión cultural, política y económica no desaparecerá mientras Brasil no regrese a una propuesta seria de desarrollo que provenga desde dentro «(hacia adentro)» (13).

No fue hasta la década de los años treinta del siglo pasado, donde en Brasil el Estado asume un papel más intervencionista y activo en la realización de un proyecto de desarrollo, que en poco más de 50 años provocó una transformación pasando de ser un país agrario exportador a un país urbano, industrializado y con una economía más compleja y diversificada.

Otro hecho cultural digno de mención fue que Ary Barroso, compositor de Minas Gerais, compuso, en 1939 la música *Aquarela do Brasil* «(Acuarela de Brasil)», estando considerada una de las canciones populares brasileñas más conocidas y reeditadas de todos los tiempos. Su aparición en el filme *Saludos Amigos de Disney* popularizó *Aquarela do Brasil*, alcanzando más de un millón de emisiones en las radios de Estados Unidos.

La película de Disney se puede considerar como un encargo con fines políticos por la entrada de Estados Unidos en la contienda de la Segunda Guerra Mundial, por lo que Walt Disney y un equipo de dibujantes visitó Brasil en 1942, enviados por Franklin Delano Roosevelt, con la intención de generar alianzas más próximas por la percepción de la existencia de focos de influencia fascista en Brasil, algo indeseable por Estados Unidos.

El objetivo de la película fue crear un producto cultural que estableciese lazos de Estados Unidos con América Latina, y, a partir del impacto de personajes como Mickey Mouse e Pato Donald, muy populares ya en toda América, producir una película con escenas en ciudades latinoamericanas y con personajes personalizados para cada localidad, y exaltar los intereses comunes. En *Saludos Amigos* aparece, por ejemplo, la introducción del personaje de Zé Carioca, quien enseña a bailar al Pato Donald el samba.

*Aquarela do Brasil*, es una canción que pretende identificar lo que hay de propio en la diversidad del país, siendo una de sus estrofas iniciales:

Brasil, meu Brasil brasileiro  
Brasil, mi Brasil brasileño  
Mulato inzoneiro

Mulato intrigante  
Vou cantar-te nos meus versos  
Te voy a cantar mis versos

---

(13) Lo que lleva a CEPAL a la configuración de la noción de «modelo de desarrollo hacia adentro».

Brasil, samba que dá  
 Brasil, samba que da,  
 Bamboleio que faz gingar  
 Bamboleio que hace bailar  
 O Brasil do meu amor  
 Brasil de mi amor  
 Terra de nosso Senhor  
 Tierra de nuestro Señor

Abre a cortinha do passado  
 Abre la cortina del pasado  
 Tira mãe preta do cerrado  
 Saca la mano negra del matorral  
 Bota o rei congo no congado  
 Pon el Rey Congo en el «Congado»(Fiesta Afro-Brasileña)  
 Cante de novo o trovador  
 Que cante de nuevo el trovador  
 A merencória luz da lua  
 La melancolía de la luz de la luna  
 Toda a canção do seu amor  
 Toda la canción de su amor

Se trata de una «samba exaltación», que busca excavar y extraer elementos de la formación de la identidad nacional en aspectos como la religiosidad, la contribución cultural de los africanos, y también, de elementos ibéricos, ejemplarizado en la canción del «trovador» y la asociación con los sentimientos de amor despertados por la canción.

En lo concerniente al régimen constitucional de responsabilidad del Estado, las Constituciones de 1934 y de 1937 (siendo la primera promulgada y la segunda otorgada por Getulio Vargas), en los artículos 171 y 158, respectivamente, enunciaban solo la responsabilidad subjetiva solidaria del Estado.

El artículo 171 de la Constitución de 1934 dispuso que los funcionarios públicos serían responsables solidariamente con la Hacienda Nacional, Estatal o Municipal por cualesquiera perjuicios derivados de negligencia, omisión o abuso en el ejercicio de sus cargos, siendo expuestos en los párrafos primero y segundo, respectivamente, que: « en la acción propuesta contra la Hacienda Pública, y fundamentada en lesión practicada por funcionario, este será siempre citado como litis-consorte» y «ejecutada la sentencia contra la Hacienda, esta promoverá la ejecución contra el funcionario culpado». La redacción del *caput* del artículo 171 de la Constitución de 1934 fue repetida en el artículo 158 de la Constitución de 1937.

Fue a partir de la Constitución de 1946, no obstante, que Brasil expresamente adoptó la responsabilidad objetiva del Estado. El artículo 194 de la Constitución de 1946 reguló la responsabilidad objetiva del Estado con los siguientes términos: «las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por los daños que sus funcionarios, en esa calidad, causaren a terceros», resultando que el párrafo único del artículo determinaba que:» Les cabrá la acción de regreso contra los funcionarios causantes del daño, cuando hubiera habido culpa de ellos».

A partir de entonces, la idea de solidaridad fue sustituida por la de la responsabilidad objetiva o independiente de la culpa del Estado, y de la acción regresiva para determinar la responsabilidad subjetiva, es decir, en base del agente causante

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

del daño. Cabe interpretarse que la salvedad de la culpa presente en el párrafo único del mencionado artículo se dirigió apenas a los funcionarios causantes del daño, nada siendo mencionado respecto al Estado, que, por lo tanto, respondería independientemente de su culpabilidad.

De esta forma, las Constituciones posteriores mantuvieron la responsabilidad objetiva, añadiendo solo algunos aspectos. La Constitución de 1967 introdujo, en el párrafo único del artículo 105, que la acción de regreso ocurrirá también delante de dolo, alteración que fue repetida en el artículo 107 de la Enmienda núm. 1, de 1969, siendo el sistema de responsabilidad del Estado, después, previsto en el artículo 37, § 6.º, de la actual Constitución, que es la Constitución de 1988.

### 3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

La Constitución de 1988, representó en Brasil un punto de inflexión, o sea, un giro hacia la estructuración del un Estado Democrático de Derecho, que significó el punto final del periodo de veintiún años de la dictadura militar, que duró de 1964 a 1985, a través de un documento que se apodó como Constitución Ciudadana.

Se trata de una Constitución que congregó la participación de numerosos sectores de la sociedad, para su elaboración, siendo que su Asamblea Naciones Constituyente se extendió desde 1987 hasta su finalización el 5 de octubre de 1988, fecha de su promulgación oficial. La constitución de 1988 fortaleció las instituciones, intensificó los controles y estableció que todo poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de sus representantes electos o directamente, en los términos fijados por la Constitución, en conformidad al párrafo único de su primer artículo.

Esta Constitución estructura una unión indisoluble entre los Estados, Municipios y el Distrito Federal, resultando el federalismo una cláusula pétrea. En la actualidad, existen en Brasil: una Unión, 26 Estados miembros; 1 Distrito Federal y 5.570 Municipios. La Carta Magna estructura Brasil como un Estado Democrático de Derecho enmarcado en los fundamentos de soberanía; ciudadanía; dignidad del ser humano; valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; y pluralismo político.

La previsión de la responsabilidad del Estado, a su vez, fue disciplinada en su artículo 37, § 6.º, de la Constitución con los siguientes términos: «las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causaran a terceros, asegurando el derecho a la acción de regreso contra el responsable en los casos de dolo o culpa».

Cuando se habla de la responsabilidad en el Derecho Administrativo brasileño, resulta importante atenerse al hecho de que el régimen de responsabilización generalmente recae sobre el Estado y no sobre la Administración Pública, genéricamente considerada, que también está compuesta de organismos sin personalidad jurídica.

De esta forma, apenas el Estado, estructurado en la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, y las personas jurídicas públicas, como entes y fundaciones, incluso las privadas que desarrollen áreas con atribuciones estatales, por

ejemplo, las empresas estatales, concesionarias y permisionarias que presten servicios públicos, las cuales poseen personalidad jurídica y son titulares de derechos y obligaciones, responderán objetivamente por los daños que ocasionaren.

Por consiguiente, tienen personalidad jurídica y son capaces las entidades sean de la Administración Directa o Indirecta. No obstante, y, por otro lado, los órganos de esas personas jurídicas no poseen responsabilidad propia para responder de forma autónoma por los daños.

O sea, si un funcionario de un Ministerio o de una Secretaría ocasiona un daño en el ejercicio de sus atribuciones a un particular, este debe accionar el Ente Federativo, sea él, la Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Municipio, que posee personalidad jurídica. También tienen personalidad jurídica propia para responder por sus actos las entidades de la Administración Indirecta, que, en Brasil, son: entes, fundaciones, empresas públicas, sociedades de economía mixta y consorcios públicos.

La responsabilidad del Estado disciplinada en el artículo 37, § 6.º, de la Constitución de 1988 es una responsabilidad extracontractual, que, por lo tanto, deriva de la acción u omisión estatal, lícita o ilícita, que causa un daño a alguien; diferenciándose de la responsabilidad contractual que deriva, por ejemplo, de un contrato administrativo.

Conforme lo expuesto, se adoptó la sistemática desde 1946 de la responsabilidad objetiva, en que no se cogita sobre el funcionamiento irregular de un servicio, puesto que la culpa se abandona en la configuración de la responsabilidad del Estado, bastando con que haya una acción estatal, un daño y el nexo causal entre ellos para la configuración de la responsabilidad.

Según Hely Lopes Meirelles (14), la teoría del riesgo origina la responsabilidad objetiva del Estado y efectúa la distinción entre la teoría del riesgo administrativo y del riesgo integral. En Brasil se adoptó la teoría del riesgo administrativo, que admite causas excluyentes de responsabilidad, como la culpa exclusiva de la víctima, la culpa de terceros y de fuerza mayor.

Sin embargo, cabe resaltar que en el caso de la responsabilidad por un daño nuclear existen peculiaridades propias del régimen de responsabilización derivadas de la participación de Brasil en tratados y convenciones internacionales firmados sobre el asunto, siendo que las excluyentes no son tan amplias como las tradicionalmente adoptadas en el riesgo administrativo, puesto que cabe la posibilidad de una limitación del importe de la indemnización a pagar; existencia de una cobertura de seguro o financiera para garantizar el pago de las indemnizaciones; y también la responsabilidad subsidiaria del Estado (o incluso directa, en algunos casos) por los daños que no resultaran cubiertos por el seguro contratado.

Excepto la hipótesis acabada de mencionar, son consideradas excluyentes de responsabilización las circunstancias que apartan la responsabilidad del Estado por la inconsistencia del nexo de causalidad, ante las cuales se constata que no se provocó el daño acaecido, y son: (a) la culpa exclusiva de la víctima; (b) la culpa de terceros; y (c) el caso fortuito o de fuerza mayor.

---

(14) MEIRELLES, Hely Lopes. *Derecho administrativo brasileño*. Malheiros. São Paulo, 2009. 657.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

La culpa exclusiva de la víctima es la circunstancia donde se constata que la persona que sufrió el daño fue íntegramente quien provocó la causa de su acaecimiento (15).

Ella se caracteriza, por ejemplo, cuando un particular de forma inesperada se lanza frente a un vehículo oficial en movimiento con el objetivo de suicidarse y la familia, a posteriori, entra con una acción contra el Estado reclamando una indemnización por pretender imputar la responsabilidad contra el Estado.

Sin embargo, si la víctima no fuera exclusivamente culpable por el suceso del hecho lesivo, y el Estado también concurrir en su encausamiento, se produce la situación denominada de culpa concurrente de la víctima, que no provoca la exclusión de la responsabilidad del Estado, pero es un atenuante de su responsabilidad. Significa decir que responsabilidad será repartida en la proporción en que cada uno concurrió en el daño acaecido.

Existe la discusión que cuando existe el análisis del grado de concurrencia de la víctima ese debate en la práctica sacaría a la luz también el grado de culpa del Estado, lo que generaría también una indagación de la responsabilidad subjetiva. Sin embargo, como la víctima también concurrió en el evento lesivo, en este supuesto, es común que en la jurisprudencia sea verificada la culpa concurrente del Estado, o sea, su grado de negligencia, imprudencia, e impericia para la fijación más justa de un *quantum* indemnizatorio en función del grado de comprometimiento de la conducta estatal, ya que no fue el Estado el único que causó la situación de riesgo que produjo el hecho lesivo.

Se trata de la constatación ya efectuada antaño por Charles Eisenmann (16), que la responsabilidad extracontractual del Estado puede parecer a primera vista un asunto extremadamente sencillo, el alcance de un daño sufrido, la obligación de subsanar, mediante una compensación pecuniaria relativa al daño, no obstante tal simplicidad resulta ilusoria, pues existen muchos matices envueltos cuando se contraponen el riesgo y la culpa, y aún, en los complejos niveles de repercusiones prácticas diferentes en función de las características de cada caso concreto.

La culpa exclusiva de terceros, a su vez, es la circunstancia que quiebra el nexo causal debido a que el comportamiento del Estado no fue la causa del daño a la víctima, más bien, únicamente la acción de otras personas ajenas que no son sus funcionarios.

Fuerza mayor y caso fortuito, a su vez, comprenden, por lo expuesto en el artículo 393, párrafo único, del Código Civil, «hecho necesario, cuyos efectos no era posible evitar o impedir», no existiendo el consenso sobre la diferenciación de los conceptos a efectos de abarcar hechos provocados por la acción humana o por la fuerza de la naturaleza.

Uno de los temas más polémicos sobre la responsabilidad contractual del Estado en Brasil es lo concerniente a lo que dice a respecto de la responsabilidad por omisión del Estado. No existe consenso sobre si la responsabilidad por omisión del Estado configuraría, así como en la responsabilidad por la acción, un régimen objetivo, o si en verdad, sería un régimen subjetivo, que verificaría la culpa del servicio (*faute du*

---

(15) NOHARA, Irene Patrícia. *Derecho Administrativo*. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 751.

(16) EISENMANN, Charles. *Cours de droit administrative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencias. Paris, 1983. 798.

*service*), que comprendería tres circunstancias: el no funcionamiento, el mal funcionamiento o funcionamiento tardío del servicio que causa los daños.

De los doctrinadores nacionales, Hely Lopes Meirelles (17) defendía que la responsabilidad, mismo por la omisión del Estado, sería objetiva sobre todo cuando la Administración Pública asume el compromiso de celar por la integridad física de la persona y ésta viene a sufrir un daño derivado de la omisión del funcionario público en aquel deber de vigilancia.

No obstante, el doctrinador responsable por la diseminación de la responsabilidad subjetiva en la omisión estatal ha sido Celso Antônio Bandeira de Mello (18). Según defiende, cuando el daño fue originario de la omisión del Estado (el servicio no funcionó, funcionó tardía o ineficientemente) se debe aplicar la teoría de la responsabilidad subjetiva por la culpa del servicio. De esta forma, si el Estado no actuó, no puede ser responsabilizado como autor del daño, a no ser que tenga la obligación legal de impedirlo.

Dentro de la visión defendida, el Estado no puede ser erigido a la categoría de asegurador universal de todos los eventos lesivos ocurridos con las personas, principalmente de cara a la acción de terceros, como en asaltos en vías públicas, inundaciones o agresiones.

En esta perspectiva, es mejor averiguar la negligencia, la imprudencia o la impericia, o incluso el dolo, de la inacción estatal, que genera la responsabilidad del Estado, lo que puede ocurrir en los casos en que hubo un asalto delante de agentes de policía descuidados o cuando existió una alerta a tiempo de evitar el daño, o incluso si las consecuencias de una inundación hubieran sido evitadas si el sistema de recogida de aguas pluviales y de saneamiento no estuviera obturado, lo que envuelve la indagación sobre la verificación (subjetiva) de la culpabilidad.

De acuerdo con Sergio Cavalieri Filho (19), se deben diferenciar las hipótesis de omisión genérica del Estado en contrapunto con la omisión específica. Así, la responsabilidad objetiva será configurada si existiese una omisión específica, o sea, cuando la inercia del Estado frente a un deber particularizado de actuar causa directa o indirectamente el no impedimento del evento dañino (nexo causal), como ocurre en la muerte de un preso en la penitenciaría o el accidente de un alumno de enseñanza pública durante el periodo lectivo.

#### 4. REPARACIONES DE PROPIEDADES IMPRESCRIPTIBLES

Normalmente el plazo de prescripción para entrar en juicio con una acción de reparación contra el Estado es quinquenal, en base al artículo 1.º del Decreto núm. 20.910/32, que establece que:» las deudas pasivas de la Unión, de los Estados y Municipios, además de todo y cualquier derecho de acción contra la Hacienda

---

(17) MEIRELLES, Hely Lopes. *Derecho Administrativo Brasileño*. Malheiros. São Paulo, 2009. 662.

(18) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de derecho administrativo*. Malheiros. São Paulo, 2008. 997.

(19) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidad civil*. Malheiros. São Paulo, 2000. 196.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

federal, estatal o municipal, sea cual fuere su naturaleza, prescriben en 5 (cinco) años, contados desde la fecha de acto o hecho que las originasen».

La prescripción quinquenal está de acuerdo a la redacción del artículo 1.º C, añadida a la ley núm. 9.494, de 10 de septiembre de 1997, y queda claro que la prescripción quinquenal también se aplica a las personas jurídicas de derecho privado prestadoras de servicios públicos, de acuerdo al mecanismo que determina que: «prescribirá en cinco años el derecho de obtener indemnización por los daños causados por funcionarios de persona jurídica de derecho público y de las personas jurídicas de derecho privado prestadoras de servicios públicos».

La reparación de los daños causados al Erario Público se consideraba imprescriptible en función de la interpretación del artículo 37, § 5.º, de la Constitución, el cual dispone que: «la ley establecerá los plazos de prescripción para la práctica de actos ilícitos efectuados por cualquier funcionario, servidor o no, que causen perjuicios al Erario Público, advertidas las respectivas acciones de resarcimiento».

A pesar de que, el día 3 de febrero de 2016, hubo una decisión del Supremo Tribunal Federal, en el Recurso Extraordinario 669.069, al cual se le atribuyen efectos de repercusión general, en el sentido de considerar las acciones de resarcimiento al Erario Público derivadas de actos ilícitos civiles, por parte de servidores, como sometidas a prescripción.

Cabe destacar, que posteriormente hubo un juicio del Recurso Extraordinario 852.457, en el cual, el Supremo Tribunal Federal consideró, todavía, imprescriptible el resarcimiento de los daños al Erario Público provocado por improbidad administrativa.

Una materia que se somete a la reparación imprescriptible es el daño causado por la tortura en la dictadura militar brasileña. Se trata de la tesis fijada en el Superior Tribunal de Justicia, (20) que es el tribunal brasileño responsable por uniformizar la interpretación de las leyes federales en el territorio nacional, en el sentido de que: «las acciones indemnizatorias derivadas de la violación de los derechos fundamentales ocurrida durante el régimen militar son imprescriptibles, no aplicándose el plazo quinquenal previsto en el artículo 1.º de Decreto núm. 20.910/1932».

Fue exiguo el plazo quinquenal concedido por los tribunales en general a las víctimas de tortura y persecución por la dictadura militar para enfrentar de nuevo todo, lo que física y simbólicamente las traumatizó, es decir, el Estado, pues existía todavía el espantoso y verosímil temor, de que mismo exponiendo sus cicatrices, se pudieren encontrar con una respuesta fría y distante de la impunidad y el olvido, lo que representaría una verdadera retraumatización.

Existía la tendencia de parte de los miembros del Poder Judicial en Brasil de negar a los perseguidos y torturados en los sótanos de la dictadura brasileña, que no enjuiciaban sus acciones en el plazo exiguo de cinco años a partir de la apertura política, por la debida indemnización por los daños sufridos, situación que después se revertía en los Tribunales Superiores.

---

(20) NOHARA, Irene Patrícia. Tesis: Las acciones indemnizatorias derivadas de la violación de derechos fundamentales ocurrida durante el régimen militar son imprescriptibles, no aplicándose el plazo quinquenal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Tesis Jurídicas de los Tribunales Superiores: Derecho Administrativo III*. Revista de los Tribunales. São Paulo, 2017. 261-268.

Pocos tuvieron condiciones de entrar con acciones en aquel plazo, debido a que aún estaban marcados fuertemente por las cicatrices abiertas por la permanente vigilancia a la que fueron sometidos por parte de los órganos de represión, debido a que la Ley de Amnistía brasileña (Ley núm. 6.683, de 28 de agosto de 1979) fue negociada por los militares en un «lento, gradual y seguro» proceso de transición democrática.

Así, el discurso de la amnistía en Brasil fue impositivo y arbitrario, ya que tuvo como objetivo contemplar a «ambos lados», es decir, tanto a los condenados por crímenes políticos, a los proscritos, a los exiliados y perseguidos por la dictadura militar, que son los favorecidos por las amnistías, como también a los agentes públicos que usaron de forma abusiva los órganos represivos y que cometieron crímenes de lesa humanidad.

Mientras tanto y a pesar del reconocimiento encomiable de la imprescriptibilidad de la reparación de los daños, no ha habido en Brasil, a diferencia de Argentina y Chile, la apertura de la acción de regreso para apurar la culpabilidad de los funcionarios envueltos en la tortura y muerte de personas, pues el Supremo Tribunal Federal, en la ADPF 153, juzgada en 2010, alejó tal posibilidad, manteniendo en la extensión de la amnistía también a los agentes públicos responsables, entre otros crímenes, por la práctica de homicidio, desaparición forzosa, abuso de autoridad, lesiones corporales y agresiones sexuales contra los opositores al régimen militar.

Esta misma cuestión fue afrontada en Argentina mediante procedimiento judicial y el 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Justicia mediante una decisión histórica, declaró la inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final y de la Obediencia Debida, que impedía la punición de los crímenes contra la humanidad cometidos por el Estado entre 1975 y 1983 (21).

La ONU constató mediante un informe efectuado sobre Brasil, la omisión en la investigación oficial o la responsabilidad directa por las graves violaciones de derechos humanos cometidos por la dictadura militar, habiendo sugerido, además, la exclusión de cualquier cargo público a los violadores, así como la apertura de los archivos mantenidos como secreto por actos sin fuerza de ley. siendo esta última acción potencializada después por la Ley de Acceso a la Información en Brasil (Ley núm. 12.527/2011).

Por último, otro motivo de indemnización que tiende a la imprescriptibilidad es la reparación por daños ambientales causados por cualquier persona, sea pública o privada.

El medio ambiente ecológicamente equilibrado es un interés difundido y por ello no se trata de un bien disponible, siendo la prescripción un mecanismo que se destina a los derechos patrimoniales disponibles. Bajo esta perspectiva, Nelson Nery Júnior e Rosa María Andrade Nery clarifican lo siguiente: «No se aplica a la pretensión de indemnización del daño ambiental el régimen de prescripción relativa al derecho de propiedad» (22).

---

(21) GUEMBE, María José, «Reapertura de los procesos por los crímenes de la dictadura militar argentina». *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 3, año 2, 2005, 121. Uno de los jueces que dio su voto favorable a la punición fue Eugenio Raúl Zaffaroni, que entiende que la cuestión es jurídica, además, de respeto a los tratados internacionales.

(22) NERY JÚNIOR, N.; NERY, F. M. B. B. «La responsabilidad civil, medio ambiente y acción colectiva ambiental». Benjamin, A. H. V. (Coord.). «*Daño ambiental: prevención, reparación y repre-*

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

Los efectos del daño ambiental normalmente se dilatan en el tiempo, no siendo posible establecer el inicio para la cuenta del plazo de prescriptivo, que coincidiría con el término de un daño indefinidamente continuado, una vez que el medio ambiente es un bien difuso donde la ausencia de preservación afecta a las generaciones futuras. Por ello, de acuerdo con lo establecido por el artículo 225 de la Constitución: «todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para la mejora de su calidad de vida, obligándose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y de preservarlo para las presentes y futuras generaciones».

A pesar de que Brasil posee una de las legislaciones más avanzadas en términos de protección del medio ambiente, destacando la Política Nacional del Medio Ambiente en 1981, y la Constitución Federal de 1988, que dedica un capítulo a la materia, limitándose el daño ambiental a distintas esferas de responsabilidad, sea administrativa, civil o penal, en los últimos años se redujo el presupuesto del IBAMA, ente responsable por la inspección y la aplicación de sanciones para las infracciones ambientales, siendo también preocupante el aumento expresivo de la deforestación de la región de la Amazonía, de modo que el país considerado punto de referencia en la protección del medio ambiente, últimamente está siendo visto como un villano (23).

### 5. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS: ADMINISTRACIÓN DEL MIEDO, APAGÓN DE BOLÍGRAFOS Y PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Conforme se ha sido expuesto, la responsabilidad del Estado por daños causados a terceros es objetiva, siendo que el Estado debe entrar con una acción de regreso contra el funcionario público para que éste responda, en la medida de su dolo y culpabilidad por el daño provocado. Así, el Estado responde objetivamente y el funcionario responde en la medida de su culpabilidad (subjétivamente).

Lo que ocurre es que el lado de la responsabilización civil (o extracontractual) del agente público es apenas una de las clases de responsabilidad. O sea, el funcionario público puede, en Brasil, por el mismo acto, responder ante numerosas instancias. Significa decir, que por un mismo acto puede haber: (1) repercusiones administrativas, implicando la posibilidad de instauración de un proceso administrativo disciplinario; (2) repercusiones civiles, dada la posibilidad de acción de regreso por los daños causados a terceros, después de configurarse la responsabilidad del Estado, bien como también de procesos en que el agente venga a causar daños directamente al Estado; (3) Repercusiones penales, si existiese crimen contra la Administración, habiendo varios delitos propios que están enfocados especí-

---

sión». *Revista de los Tribunales*, São Paulo, 1993, 291.

(23) GARCIA, Mariana, De referencia a villano. Disponible en: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/cop-26/noticia/2021/11/02/de-referencia-a-vilao-como-o-brasil-tratou-o-meio-ambiente-nos-ultimos-40-anos.ghtml>. Acceso en 10 de agosto de 2022.

ficamente a los funcionarios públicos; y (4) por improbidad administrativa, que, según parte de la doctrina (24), no tiene propiamente naturaleza penal.

Considerando esta infinidad de posibilidades de responsabilización, que puede incluso conllevar la imputación por distintos órganos, es lo que se debate en Brasil, el fenómeno de la «administración del miedo».

Administración pública del miedo indica la situación, en que, frente la proliferación de oportunidades de responsabilización del administrador, este comienza a tener miedo de manejar las oportunidades de actuar, en virtud de la posibilidad de ser imputado por una responsabilidad y de ser condenado, mismo y cuando actuó de la mejor forma frente a los obstáculos existentes y al contexto de la realidad confrontada.

Existe en Brasil, todavía, una sobreposición de diversos organismos de control, como el control interno, el control del Tribunal de Cuentas y el control del Ministerio Público, o Ministerio Fiscal, los cuales ni siempre consiguen estar de acuerdo en el sentido de garantizar alguna uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho Administrativo, lo que tal estado de las cosas pueda provocar otro fenómeno indeseado que ha sido denominado como «apagón de los bolígrafos».

Por «apagón de los bolígrafos» (25), se describe la actitud de la paralización de las decisiones ante el temor de la responsabilización, puesto que a pesar de los funcionarios sean diligentes temen decidir y ser responsabilizados de cara a una decisión que, no obstante, siendo justa, puede ser interpretada como incorrecta desde la óptica de las orientaciones cambiantes de los distintos órganos de control.

Los Tribunales de Cuentas son órganos independientes y auxiliares del Poder Legislativo, dotados de competencias constitucionales específica, con atribución para inspeccionar los gastos públicos. Representan una institución responsable para el control externo de la Administración Pública, en el sentido que orienta a inspeccionar cualesquiera personas, físicas o jurídicas, pública o privadas, que gestionen bienes y caudales públicos.

A lo largo de las décadas de la vigencia de la actual Constitución, el Tribunal de Cuentas ha sido una institución que ha adquirido un gran protagonismo, y ha tenido una expansión acentuada de su actuación. El hecho de que la Constitución le haya concedido múltiples competencias le ha permitido ejercer la jurisdicción sobre las personas sujetas a su control, no habiéndose esclarecido las posibilidades reales y los límites de este Tribunal, lo que ha fomentado el surgimiento de lecturas sobre sus competencias y atribuciones, que, bajo la óptica del Derecho, podrían ser consideradas como ampliativas.

Bajo esta perspectiva y teniendo en cuenta toda la importancia que tanto los Tribunales de Cuentas como el Ministerio Fiscal poseen, ya que son instituciones relevantes en el control de la cosa pública, existen todavía en el país, críticas a los excesos cometidos por determinadas acciones de tales órganos (26) cuando tratan

(24) MORAES, Alexandre de, *Derecho constitucional administrativo*. Atlas. São Paulo, 2002. 320.

(25) MOTTA, Fabrício, y NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB en Derecho Público*. Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2019. 24.

(26) Se destaca la siguiente producción más actual, crítica a los poderes concentrados por los Tribunales de Cuentas: DUTRA, Pedro, y REIS, Thiago, *El soberano de la regulación: el TCU y la infraestructura*. Singular. São Paulo, 2020. SANTOS, Rodrigo Valgas de los, *Derecho administrativo del miedo*. Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2020. JORDÃO, Eduardo, *Estudios antirrománticos sobre el*

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

de detectar exclusivamente fallos o errores sin considerar y comprender los obstáculos y las dificultades que enfrenta la gestión pública para el cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales.

Por cuenta de este diagnóstico que es objeto de indagaciones más recientes en relación con las disfunciones del control que recae sobre la Administración Pública, por lo que ha habido en los últimos años dos actos legislativos creados para combatir esta situación, que son: (1) el cambio de la LINDB (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), por medio de la publicación de la Ley 13.655/2018; y (2) la reciente reforma de la Ley de Improbidad Administrativa, llevada a cabo por la Ley núm. 14.230/2021, cuyo ámbito está siendo objeto de debate en la actualidad en el Supremo Tribunal Federal.

El cambio llevado a cabo por la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño efectuado por la Ley núm. 13.655/2018, que tuvo por objetivo hacer ostensible una interpretación que considere la «primacía de la realidad», enfatizando en la necesidad de interpretar el texto normativo y las exigencias de la gestión pública bajo la perspectiva de las dificultades reales que enfrenta el gestor, así como las exigencias de las políticas públicas a su cargo, y siendo comprobadas las circunstancias prácticas que se han dado que limitan o condicionan la acción del agente, en el momento de regularizar la situación.

Se trata del contenido explicitado en el artículo 22 de la LINDB, con la inserción efectuadas por la Ley núm. 13.655/2018, en el sentido que: «en la interpretación de las normas sobre la gestión pública, serán considerados los obstáculos y las dificultades reales del gestor y las exigencias de las políticas públicas a su cargo, sin perjuicio de los derechos de los administrados».

Hubo una preocupación legal por plasmar criterios que indiquen una actitud consecuente del intérprete, siendo enfatizada la necesidad de ponderar las consecuencias prácticas de la decisión, exigiéndose por lo tanto que la motivación de una decisión de invalidación de un acto, un contrato, un ajuste, un proceso o norma administrativa, exponga de modo expreso, sus consecuencias jurídicas y administrativas.

El artículo 28 de la LINDB, con redacción de la Ley núm. 13.655/2018, determinó entonces que: «el servidor público responderá personalmente por sus decisiones u opiniones técnicas en el caso de dolo o error grosero». Se trata de un asunto también disciplinado en el artículo 14 del Decreto núm. 9.830/2018, según el cual, establece que: «en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, el derecho de regreso previsto en el § 6.º del artículo 37 de la Constitución, solamente será ejercido bajo la hipótesis de que el funcionario público haya actuado con dolo o error grosero en sus decisiones u opiniones técnicas, en los términos dispuestos por el artículo 28 del Decreto-Ley núm. 4.657, de 1942, y manteniendo la observancia de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad».

Sin embargo, para los fines de sanciones previstas en normas disciplinarias, el artículo 17 del Decreto núm. 9.830/2019 determina que existe la posibilidad de responsabilización del funcionario público incluso en los casos de acción u omisión culposa de naturaleza leve, que son sancionadas de forma más reducida, todo y que no de forma importante pero que alerta al servidor público del cumplimiento

---

*control de la administración pública*. Juspodivm. São Paulo, 2022. CABRAL, Flávio Garcia, «Los activismos de las cuentas del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU)», *Revista de Derecho Administrativo e Infraestructura*. v. 5, 2021. 1-48.

de sus deberes. Por este motivo el artículo 12, § 8.º, del Decreto núm. 9.830, que reglamenta la LINDB, establece que la previsión de dolo o equivocación «no exime al servidor público de actuar de forma diligente y eficiente acorde al cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales».

El artículo 30 de la LINDB, con redacción dada por la Ley núm. 13.655/2018, establece que las autoridades públicas deben actuar para aumentar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas, incluso, por medio de reglamentos, sumarios administrativos y respuestas a las consultas, en definitiva, expedientes aptos para perfeccionar la previsibilidad por parte del control.

## 6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE DIFERENTES ALCANCES

Mientras en muchos países se han elaborado sus codificaciones y leyes del proceso administrativo hace ya bastante tiempo, la Ley General del Proceso Administrativo en Brasil es de 1999, en otros países se publicaron leyes sobre la materia hace mucho más tiempo, por ejemplo: En Estados Unidos, en 1946; en Argentina, que publicó la ley sobre el asunto en 1976; en Alemania, en 1976; en Italia, en 1990; en Portugal, en 1991, y en España, en 1992 (27).

La creación, en Brasil, de la Ley General del Proceso Administrativo al final década de los 90 del siglo pasado fue tardía. Además, se trata de una ley federal, puesto el proceso administrativo es una materia de competencia de cada ente federativo, no habiéndose aceptado una codificación única para todos los entes. Siendo así, se creó en 1999, la Ley General del Proceso Administrativo (Ley núm. 9.784), en el ámbito federal, que reguló la protección de los derechos de los administrados, y el mejor cumplimiento de los fines de la administración.

Existen también las leyes de los Estados y las leyes municipales del proceso administrativo, dado que se trata de un asunto que es competencia de cada ente federativo funcionar con autonomía en relación con los demás. No obstante, ya ha ocurrido que el Superior Tribunal de Justicia haya aplicado, en la ausencia de la ley procesal administrativa propia, el reglamento federal a otro ente federativo por analogía. De acuerdo con este punto de vista, el Sumario 633 del Superior Tribunal de Justicia establece que: «la Ley núm. 9784/99, especialmente en lo que se refiere al plazo de decaimiento para la revisión de actos administrativos en el ámbito de la Administración Pública Federal, puede ser aplicado, de forma subsidiaria, a los Estados y Municipios, si no existiese la norma local y específica que regule la materia».

Las leyes de proceso administrativo se aplican subsidiariamente a los procesos específicos (cf. art. 69 de la Ley núm. 9.784/99), o sea, incluso con la publicación posterior de la ley básica sobre el proceso administrativo, prevalecen las leyes específicas sobre, por ejemplo, licitaciones, proceso disciplinario y proceso administrativo tributario.

---

(27) NOHARA, Irene Patrícia, y MARRARA, Thiago. *Proceso administrativo*. Thomson Reuters Brasil. São Paulo, 2018. 49.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

Lo cual significa que existen diversas leyes específicas que regulan diferentes procesos que poseen disciplina propia. De esta forma, el proceso administrativo de licitaciones y contratos está regido por la Ley núm. 14.133/2021, el proceso de demolición está disciplinado por el Decreto núm. 25/1937; la licencia ambiental se regula por la Ley núm. 6.938/1981; siendo la ley general del proceso administrativo aplicable tan solo de forma subsidiaria en cuanto los procedimientos regidos por leyes específicas.

La Ley núm. 9.784/99 previó expresamente derechos de los administrados, para ser tratados con respeto por la autoridades y servidores, quienes deberán facilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; de tener conocimiento de la tramitación de los procesos administrativos en los que tengan la condición de interesados; de formular alegaciones y de presentar los documentos antes de la decisión, los cuales resultarán de consideración por el organismo competente; de poder ser asistidos, potestativamente, por abogados, salvo en los casos de ser obligatorio por fuerza de ley. También se asegura con carácter facultativo la participación comunitaria para la realización de consultas y audiencias públicas.

Desde hace poco, hubo una preocupación para hacer viable el proceso administrativo electrónico. Inicialmente, con la publicación del Decreto núm. 8.539/2015, y después con la publicación de la Ley núm. 14.063/2020, la cual dispone sobre el uso de las firmas electrónicas en la interacción con los organismos públicos, y para aportar eficiencia y seguridad a los servicios públicos prestados en el ambiente electrónico, siendo que la Ley del Gobierno Digital (Ley núm. 14.129/2021), dispone sobre los principios, reglas e instrumentos para el incremento de la eficiencia de la administración pública, especialmente por medio de la desburocratización, de la innovación, de la transformación digital y de la participación del ciudadano.

Hay un proyecto en trámite en el Senado Federal, que ya ha realizado audiencias públicas con sugerencias de la comunidad científica y de la sociedad en general, para perfeccionar el proceso administrativo y el proceso tributario, con discusión conjunta.

Además de estas determinaciones normativas, existe una tarea pública de la realización de la regulación. La regulación la desempeña principalmente por las agencias reguladoras, que asumieron en Brasil, a partir de la década de los noventa del pasado siglo el protagonismo en el papel de regular las concesiones de servicios públicos en determinados sectores, como el petróleo, transportes y energía eléctrica. Las agencias reguladoras editan resoluciones que tienen impacto en la prestación de numerosos servicios públicos concesionados.

De esta forma también, cada sector se somete a las leyes y a los procesos administrativos específicos. Por ejemplo, el sector de las telecomunicaciones en Brasil, se somete a la Ley núm. 9.472/1997, conocida como Ley General de las Telecomunicaciones, que sufrió unas alteraciones significativas por la Ley núm. 13.879/2019, siendo ANATEL (Agencia Nacional de Telecomunicaciones) quien efectúa la actividad regulatoria, y estando los procesos de concesión o de autorización en el sector de las telecomunicaciones regidos, por lo tanto, regidos por ley específica.

Las agencias reguladoras están consideradas como entes con régimen específico, poseen autonomía funcional, decisoria y administrativa, estando estructuradas con una dirección colegial compuesta por miembros por designación fija. La Ley núm. 13.848/2019 regula la gobernanza de las agencias reguladoras, abarcando las prácticas de gestión de riesgos y de control interno, y de elaborar y divulgar un

programa de integridad y éticas públicas, con el objetivo de promover la adopción de medidas y acciones institucionales destinadas a la prevención, detección, la punición y la evitación de fraudes y actos de corrupción.

## 7. SISTEMA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS Y ANTICORRUPCIÓN

Brasil ha venido siguiendo las determinaciones internacionales y ajustando su legislación para ajustar un sistema de gobernanza, y de *compliance* para, por medio del control preventivo, concomitante y sancionador, evitar o subsanar la comisión de fraudes y de desvíos del cumplimiento de las reglas y de los principios administrativos.

Tales orientaciones estuvieron además intensificadas por la pauta anticorrupción que se estableció con mayor intensidad por el efecto de la adhesión del país a los acuerdos internacionales comprometidos con el combate contra la corrupción, destacando la Convención sobre el Combate contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

Como un compromiso paulatinamente asumido por Brasil, con el ámbito internacional se produjo, en 2013, la aprobación de la Ley Anticorrupción Empresarial. La Ley núm. 12.846/2013 surgió por la percepción de que, para controlar la corrupción, resultaría necesario aunar esfuerzos no solo por el gobierno, sino también por las empresas, promoviendo un ambiente de integridad que abarcara la relación de la esfera públicas con la esfera particular.

La Ley núm. 12.846/2013, desarrollada por el Decreto núm. 8.420/2015, atiende a las exigencias del combate contra la corrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), disponiendo sobre la responsabilización objetiva, administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la Administración Pública, nacional o extranjera, sin perjuicio de otras sanciones ya existente en el sistema.

Existe la responsabilidad objetiva administrativa de la empresa, configurada independientemente de la responsabilización individual de las personas naturales envueltas, pero los dirigentes y administradores solamente podrán ser responsabilizados por actos ilícitos en la medida de su culpabilidad, o sea, subjetivamente.

Constituyen actos lesivos a la Administración Pública todos los practicados por las personas jurídicas que atenten contra el patrimonio público, nacional o extranjero, contra principios de la Administración o contra los compromisos internacionales asumidos por Brasil, definidos como: prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida a un funcionario público, o a una tercera persona con él relacionada; comprobadamente, financiar, costear, patrocinar o cualquier forma de subvencionar la práctica de actos ilícitos previstos en la ley: comprobadamente, utilizar un testamento, persona física o jurídica, para ocultar o disimular sus intereses reales o la identidad de los beneficiarios de los actos practicados; diversas medidas que tienen por objetivo cometer fraude en licitaciones y contratos; y dificultar la actividad de investigación o de control a organismos, entidades o funcionarios públicos, o interferir en su actuación.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

Las empresas consideradas responsables por los actos lesivos están sujetas, después de reglamentarse el proceso administrativo e independientemente de la obligación de subsanar integralmente el daño causado, a sanciones: (1) de multa, en el valor de un décimo por ciento al 20% de la facturación bruta del último ejercicio anterior al de la instauración del expediente administrativo, que no podrá nunca ser inferior al de la ventaja obtenida, cuando sea posible su estimación; y (2) publicación extraordinaria de la resolución de sanción.

La publicación extraordinaria de la resolución de sanción tendrá lugar en forma de extracto de sentencia, e irá a expensas de la persona jurídica, en medios de comunicación de gran difusión en el área donde se ha cometido la infracción y donde actúa la persona jurídica, o en su falta, en publicación de medio de comunicación de ámbito nacional, o bien por medio de la fijación de un oficio, por el plazo mínimo de 30 días, en el propio establecimiento o en el local del ejercicio de la actividad, de forma visible al público, y en el portal electrónico en la red mundial de ordenadores.

Conforme el artículo 7.º de la ley, deben ser tenidos en consideración, en la aplicación de la sanción: (1) la gravedad de la infracción; (2) la ventaja conseguida o pretendida por el infractor; (3) la consumación o no de la infracción; (4) el grado de lesión o el peligro de lesión; (5) el efecto negativo provocado por la infracción; (6) la situación económica del infractor; (7) la cooperación de la persona jurídica para la apuración de las infracciones; (8) la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, de auditoría, de incentivo a la denuncia de las irregularidades y la aplicación efectiva del código ético y de conducta en el ámbito de la persona jurídica; y (9) el valor de los contratos firmados con el organismo o entidad pública lesionados.

Los parámetros de los mecanismos y procedimientos de integridad, auditoría y de incentivo a la denuncia de las irregularidades y la aplicación efectiva del código ético y de conducta en la persona jurídica son actualmente regulados por el Decreto núm. 11.129, de 11 de julio de 2022.

Por ello, la Ley de Anticorrupción Empresarial intensificó un movimiento por parte de las organizaciones que se relacionan con el gobierno, en desarrollar sus programas de integridad efectivos, por constituir factores considerados para poder mitigar la aplicación de fuertes sanciones establecidas por la ley. Además, por impacto directo del caso de la «Lava Jato» se produjo, en 2016, la creación de la Ley de las Estatales (Ley núm. 13.303), que aporta parámetros más rigurosos de control e inspección en las empresas estatales, y también, una sistemática propia de licitaciones y contratos.

La operación «Lava Jato» represento una de las mayores investigaciones sobre corrupción llevadas a cabo en Brasil. Se inició en 2014, en el Estado miembro del Paraná, con la realización de investigaciones que recayeron en gasolineras y lavaderos de coches (lava jatos) de Brasilia, que se usaban como empresas pantalla para el desvío de recursos públicos. Posteriormente, la investigación se centró en un esquema de corrupción en la empresa pública Petrobrás, y que envolvía a agentes políticos y contratistas.

Se descubrieron numerosos fraudes e irregularidades en adjudicaciones a diversos contratistas. Además, ejecutivos de la alta dirección de la empresa Petrobrás cobraron «propinas» o dádivas (sobornos) de los contratistas, por realizar contratos de adjudicación con importes sobrevalorados. Algunos contratos ni tan

siquiera se llegaron a formalizar, mientras a otros se les añadían adendas con el objetivo que el valor final de las obras superase con creces el coste de adjudicación planificado inicialmente.

Los recursos recaudados a través de este esquema se desviaban a agentes de cambio de dólares USA, quienes usaban empresas pantalla, cuentas bancarias en el exterior, y operaciones fantasmas de importación de mercancías, para transferir los recursos a los agentes políticos, destinándose gran cantidad de ese desvío a la creación de una caja B para las financiaciones de las futuras campañas políticas. Por este motivo existía un aparato político en las empresas públicas, en puestos jerárquicos superiores que daba las indicaciones a las personas que colaboraban en esa dinámica.

Los partidos políticos participaban en el nombramiento de los directivos de Petrobrás, y los cuales participaban luego en el esquema alimentado de dádivas y mordidas, que se ofrecían a los agentes políticos. De acuerdos a las confesiones de los acuerdos de delación premiada, los citados esquemas no ocurrieron sólo en el ámbito de Petrobrás sino también en el sector eléctrico, en la central nuclear de Angra 3, en Belo Monte, en las obras de la Copa del Mundo de Fútbol, en los transportes en general y en el metro en particular.

Las repercusiones de la operación Lava Jato fueron los móviles que inspiraron al legislador a dar una respuesta más precisa en cuanto a la necesidad de reglas más rígidas en los parámetros de la gobernanza corporativa y de control en las empresas públicas, debido a que el esquema tuvo como hilo conductor los desvíos realizados en las empresas públicas.

Cabe recalcar también, que em la actualidad, la interpretación dada a la Operación Lava Jato tiene división de opiniones en Brasil. En el mundo jurídico, existen críticas por el protagonismo de miembros del sistema judicial que actuaron en la Lava Jato y que, posteriormente, saltaron al mundo de la política, y también por la disminución más reciente en las medidas de combate a la corrupción en Brasil, de acuerdo con la denuncia de Transparencia Internacional a la OCDE.

De acuerdo con Walfrido Warde, en la obra *El Espectáculo de la Corrupción* (28), el combate contra la corrupción constituye una pauta importante y necesaria, pero no se puede convertir en un espectáculo en que sectores enteros de la economía de un país sean arrasados. Es decir, cuando un cuerpo está enfermo es necesario tratar la enfermedad sin destruir el cuerpo bajo el pretexto del combate contra el mal identificado.

## 8. CONTROL JUDICIAL: FORTALEZAS Y DEBILIDADES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA BRASILEÑO

El control judicial de la Administración Pública pasó por varias fases. Durante las dos primeras décadas de la vigencia de la Constitución de 1988, se caracterizó

---

(28) Transparencia Internacional denuncia al Comité de la OCDE retrocesos en el combate contra la corrupción en Brasil. Disponible en: <https://transparenciainternacional.org.br/posts/transparencia-internacional-denuncia-a-comite-da-ocde-retrocessos-no-combate-a-corrupcao-no-brasil/>. Acceso el 16 de agosto de 2022.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

por un fortalecimiento de las instituciones como el Ministerio Fiscal y el incremento del control de la Administración Pública, habiendo una mayor restricción a la discrecionalidad administrativa y un aumento significativo de la judicialización, en una fase de la celebración de un neoconstitucionalismo.

La doctrina, en general era conmemorativa(29) en relación con la posibilidad de la restricción de la discrecionalidad administrativa por principios de expectativa plausible y además, resaltaba la importancia del protagonismo que el Poder Judicial, que con más poder, podía exigir a los demás poderes (Legislativo y Ejecutivo) que cumplieran con sus funciones constitucionales.

Sin embargo, la utilización indiscriminada de un conjunto de principios repletos de conceptos indeterminados pronto generó una reacción frente al fenómeno que se denominó de «Pan-principiologismo», en que los principios fundamentaban las decisiones judiciales que, de tan imprevisibles, acabaron siendo vehículos de decisionismo subjetivo para los juzgadores.

Por consiguiente, empezaron a aparecer trabajos y discusiones más críticas a la postura activista del Poder Judicial (30), con el punto de mira en el exacerbado poder concentrado en sobre todo en el Supremo Tribunal Federal, cuando se adentraba en la discrecionalidad administrativa y se sustituían decisiones que se consideraban de conveniencia para la Administración Pública.

Cabe enfatizar, que, en Brasil, el Poder Judicial puede realizar el control de los actos administrativos, incluso si son discrecionales, desde que se identifique en ellos alguna ilegalidad, no obstante, el control judicial efectuado debe ser limitado (*self-restraint*), una vez que la Judicatura tiene acotado entrar en el mérito y substituir a la Administración Pública por motivos de conveniencia y de oportunidad, por el riesgo de transgredir el principio de la separación de Poderes.

Por consiguiente, cuando los Poderes Legislativo y Ejecutivo optan por una política pública que está dentro del proyecto constitucional, el Poder Judicial no puede invalidar toda una estructura de acciones y procedimientos que tienen por objetivo alcanzar fines de interés general. En este sentido, define Eliva da Silva Ramo el activismo judicial como «el ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento que concierne, institucionalmente, al Poder Judicial hacerlo actuar» (31).

Luís Roberto Barroso, a su vez, diferencia el concepto de judicialización, que sería una circunstancia derivada del modelo constitucional adoptado en Brasil de la noción activismo judicial, considerándolo como una instancia de legitimidad menor. En palabras de Barroso: el activismo judicial se asocia «a una participación más amplia e intensa de la Judicatura en la concretización de los valores y fines constitucionales, con mayor interferencia en el espacio de actuación de los otros dos Poderes» (32).

---

(29) Destaca en esta postura, la tesis de titularidad de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: discrecionalidad en las Constituciones de 1988. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidad administrativa en la Constitución de 1988*. Atlas. São Paulo, 2001.

(30) Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Activismo Judicial: parámetros dogmáticos*. Saraiva. São Paulo, 2010.

(31) RAMOS, Elival da Silva. *Activismo judicial: parámetros dogmáticos*. Saraiva. São Paulo, 2010. 308.

(32) BARROSO, Luís Roberto. «Judicialización, activismo judicial y legitimidad democrática». *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. 23.

Lo opuesto del activismo judicial, para Barroso, es la «autocontención» judicial, conducta por la cual la Judicatura procura reducir su interferencia en las acciones de los otros Poderes.

Según asevera, en la categoría de activismo mediante la imposición de conductas o de abstenciones al Poder Público, especialmente en los que respecta a las políticas Públicas, el «ejemplo más notorio probablemente es el de la distribución de medicamentos y la determinación de terapias mediante decisión judicial» (33).

En lo concerniente a los límites de la actuación de la Judicatura, no se puede negar que la última palabra sea del Sistema Judicial, pero, expone Barroso, «esa primacía no significa, sin embargo, que toda o cualquier deba decidirse en un Tribunal» (34).

Existen riesgos sistémicos de la utilización del activismo, pues, a pesar de que el Juez puede realizar justicia de un caso concreto, debe existir cautela por parte de la Judicatura, pues ni siempre es posible evaluar el impacto de determinadas decisiones, proferidas en procesos individuales, sobre las políticas públicas. Es en el campo de los medicamentos que Barroso estructura su advertencia sobre la necesidad de autocontención (*self-restraint*) de los jueces, conforme identifica en el siguiente pasaje de su análisis:

Al lado de las intervenciones necesarias y meritorias, ha habido una profusión de decisiones extravagantes o emocionales en materia de medicamentos y terapias que ponen en riesgo la propia continuidad de las políticas públicas de salud, desorganizando la actividad administrativa y comprometiendo la asignación de los escasos recursos públicos. En definitiva, la Judicatura casi siempre puede, pero no siempre debe interferir. Efectuar una evaluación con criterio de la propia capacidad institucional de optar por no ejercer el poder, con autolimitación espontánea, antes aumenta en vez de disminuir (35).

Por todo ello, el juez debe reflexionar si sus decisiones conllevan el riesgo de impactar de manera perjudicial la racionalidad de las políticas públicas de los demás Poderes, y en el caso de encontrarse con la discrecionalidad administrativa, debe practicar la autocontención (*self-restraint*). Por otro lado, si existiera un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico, lo que depende del análisis de las particularidades del caso concreto, del que un individuo o grupo social sea beneficiario, pero que no esté siendo prestado por los demás Poderes, sí será el Poder Judicial la instancia apta para garantizar el reconocimiento de la pretensión del demandante.

Cabe percibir, por lo tanto, que la fuerza de la Judicatura es la ampliación que recibió con base en el «Post-positivismo», en que los principios ganarán fuerza normativa, siendo ampliadas las cuestiones a Ella sometidas, no obstante, la flaqueza del sistema de justicia puede derivar en una ausencia de previsibilidad mayor en el juicio de las cuestiones proveniente del activismo a veces abrazado por algunos miembros del Poder Judicial.

---

(33) BARROSO, Luís Roberto. «Judicialización, activismo judicial y legitimidad democrática». *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. 27.

(34) BARROSO, Luís Roberto. «Judicialización, activismo judicial y legitimidad democrática». *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. 30.

(35) BARROSO, Luís Roberto. «Judicialización, activismo judicial y legitimidad democrática». *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. 30.

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

También resulta importante poner énfasis que los litigios que afectan al Estado de Brasil constituyen una parte considerable de las demandas accionadas en el Poder Judicial. Entre los mayores litigantes en Brasil, conforme la estadística divulgada por el Consejo Nacional de Justicia, están los organismos públicos y los bancos tanto públicos como privados, además, en la condición de demandados aparecen en primer lugar: la Caixa (institución financiera que es empresa pública), el Instituto Nacional del Seguro Social (ente federal), el Bradesco (banco privado), la Abogacía General de la Unión (AGU), que representa jurídicamente al Gobierno Federal, y el Ministerio de Economía.

También encabezan los números de las partes actoras, es decir, de aquellos que accionan un mayor número de procedimientos ante la justicia: el Ministerio de Economía, el Distrito Federal, la Caixa, el Bradesco (banco privado) y el Ministerio Fiscal conforme datos de 2022 (36).

Para evitar la sobrecarga del Poder Judicial, existe en Brasil, el estímulo a la adopción de medios alternativos para la solución de controversias, como la mediación y el arbitraje, incluso en los contratos administrativos, conforme la previsión expresamente incluida en el § 1.º de artículo 1.º de la Ley del Arbitraje (Ley núm. 9.307/1996) por la Ley núm. 13.129/2015, que prevé la posibilidad que la administración pública directa o indirectamente se valga del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles.

### 9. CONCLUSIONES: PERSPECTIVAS ACTUALES PARA UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD FUNCIONAL Y JUSTO

Así como las celebraciones de los 200 años de la independencia de Brasil, nos remiten en este 2022, a reflexionar sobre la idiosincrasia brasileña o «brasilidad» en el proceso del lavado de la propia imagen, a partir del rescate de aquella diversidad que fue suprimida en el proceso oficial de la construcción de la identidad nacional, y es el momento oportuno para que Brasil se mire a partir de nuevos ojos, más incluyentes, no solo encumbrando el patriotismo, sino también problematizando sobre sus cuestiones, incluidas las institucionales, y también el Derecho Administrativo brasileño, que a su vez en relación con el tema de la responsabilidad, está en un proceso actual de transformación, reflexión y de reconstitución.

Es como si la responsabilidad y el control de la administración pública fuesen temas que están «sentados en el diván», con la crisis de la media edad, reflexionando y digiriendo sus errores y aciertos, sus lagunas y sus excesos.

De este modo, se aprecia que, históricamente, la responsabilidad objetiva del Estado fue un régimen previsto a partir de la Constitución de 1946, repitiéndose en todas las Constituciones siguiente.

La Constitución de 1988, que completará el próximo 5 de octubre de 2022, 34 años en vigor, empoderó las instituciones, previó principios constitucionales de la Admi-

---

(36) CNJ divulga la clasificación con los mayores litigantes en la Justicia. Disponible en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2022-08/cnj-divulga-lista-com-os-maiores-litigantes-da-justica>. Acceso en 16 de agosto de 2022.

nistración e intensificó sobremanera los controles, habiendo sido responsable por el movimiento intensivo de la judicialización de numerosas cuestiones.

La Judicatura ha ido ensalzando la panacea, desde entonces y durante mucho tiempo, para exigir de los demás Poderes el cumplimiento de sus numerosas tareas constitucionales. A pesar de que los excesos derivados del activismo jurídico hicieron emerger un movimiento a favor de la autocontención judicial (*self-restraint*), delante del fenómeno de la Administración Pública del Miedo, del apagón de los bolígrafos y de la necesidad de considerarse los obstáculos y las tareas concretas que los gestores públicos deben enfrentar.

Añadir que el combate contra la corrupción, que vehicula una pretensión relevante para el desarrollo de las instituciones, ha sido utilizado en Brasil de vez en cuando, como un trampolín para provocar un espectáculo de auto promoción de ciertas agrupaciones políticas con el fin de desterrar a otros grupos del escenario político, mucho más que para asegurar una política de Estado permanente, lo que ha provocado bastante recientemente, que Transparencia Internacional haya alertado a la OCDE de retrocesos institucionales en la promoción de las medidas de anticorrupción en Brasil.

El País, dispone aún de una legislación avanzada, y por lo general, de sólidas instituciones, no obstante, ha interrumpido la adopción de medidas recomendadas por la OCDE, y el discurso laudable del combate contra la corrupción ya no cuenta tanto con el apoyo de las personas del mundo jurídico debido a los excesos que se cometieron bajo el pretexto de buscar alcanzar los fines legítimos.

Conforme a lo expuesto, uno de los principales retos que el País enfrenta en el tema del control de la Administración es alcanzar un sistema de responsabilización de los servidores públicos que sea más equilibrado, dada la posibilidad de que el agente tenga que responder ante numerosas instancias, sea por responsabilidad administrativa, civil, penal o por improbidad administrativa, lo que ni siempre ocurre con una justa ponderación del grado de sanción adecuada a la comisión de determinada infracción.

Así, muchas leyes más recientes, por ejemplo, la Ley núm. 13.655/2018, enfatizan sobre la necesidad del control equilibrado, con una motivación para demostrar la necesidad adecuada de la medida impuesta, siendo ponderadas las consecuencias jurídicas y administrativas, evitándose, entonces, la imposición a los sujetos afectados cargas o pérdidas que sean anormales o excesivas.

Al lado de aquel clamor por la eficacia de las medidas de control, también existe una preocupación creciente con respecto a las garantías constitucionales y legales, para que las decisiones que imputan responsabilidades sean ponderadas en función la prioridad de la realidad y de la adecuación a la gravedad de la infracción cometidas.

Em este sentido, entre la omisión o el exceso, el grado de reflexión del procedimiento sancionador del Derecho Administrativo y la imputación de la justa responsabilidad llevan a la necesidad de una madurez y de una mejor articulación por parte de la actuación de las numerosas instituciones de control, lo que en Brasil, se fomenta por la pujante doctrina que discute con profundidad el tema en Congresos y en centenas de eventos anuales, promovidos por los diferentes Institutos de Derecho Administrativo, tanto el Brasileño, fundado en 1975, como de varios Estados de la Federación, por el Instituto de Derecho Administrativo Sancionador, por los Profesores-Investigadores en el área de las Universidades, por

## II. CAMBIOS Y NUEVAS PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO...

las Asociaciones de Fiscales, por las Escuelas Judiciales, por las Escuelas de Cuentas, por las Escuelas de la Abogacías Públicas, por las Comisiones del Derecho Administrativo de las Órdenes de los Abogados de Brasil y demás asociaciones que se reúnen periódicamente con el fin de contribuir al debate y perfeccionamiento del tema.