

PAINEL III

GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS



# GLOBALIZACIÓN Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS\*

JUAN CARLOS CARDONA

## 1 A manera de introducción

En este primer acercamiento al tema “El impacto de la Globalización en los contratos administrativos” habré de referirme a dos situaciones de las cuales he tomado conocimiento por los medios, en el primero de los casos y por haber intervenido profesionalmente en el segundo. La primera de ellas es “Lamentable posibilidad de corrupción cuando las partes en una contratación administrativa internacional son el Estado o empresas del Estado” y “Dificultades prácticas en torno a la contratación de sistemas informáticos”.

La razón de ser de la elección de esta temática se encuentra en la preocupación permanente que todos los que transitamos los caminos del Derecho Administrativo debemos tener hacia la concreción del valor transparencia en todas las contrataciones administrativas y en nuestro caso especial las que tienen como partes a Estados o empresas del

---

\* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: “Globalização, direitos fundamentais e contratos administrativos”, a las 18h30 del día 23.02.2011, en la Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Estado. Por otra parte es nuestra obligación natural contribuir al éxito de esas contrataciones, máxime cuando las mismas son el producto de la colaboración de entidades financieras internacionales con estados que de otra manera se verían imposibilitados de concretar proyectos que guardan relación directa, en muchos casos, con su desarrollo como país.

## 2 Lamentable posibilidad de corrupción cuando las partes en una contratación administrativa internacional son el estado o empresas del Estado

Resulta innecesario recordar que cuando de contrataciones entre estados nacionales se trata, la primer consecuencia es dejar de lado los procedimientos de contratación administrativos, que habitualmente apuntan a concretar los principios de legalidad y razonabilidad, todo lo cual se logra asegurando la transparencia en la contratación y la seguridad que el Estado está comprando bien.

El ejemplo de contratación que hemos elegido precisamente porque no se cumplieron ni respetaron ninguno de los principios más arriba citados tiene como partes al ex Secretario de Transporte de la República Argentina y a una empresa española. El objeto de la contratación ha sido la compra de material ferroviario, vagones, locomotoras, etc. por un valor realmente importante para nuestros países.

No dudo en afirmar por lo que ha trascendido a la opinión pública que mi país ha comprado caro y mal. Esto es así porque gran parte del material comprado no sirve para la finalidad para la cual fue concebido y todo indica que habrían existido sobreprecios, pues los valores que se manejan se alejan de los reales de mercado, lo cual se potencia ante la inutilidad de gran parte del material adquirido.

El caso se encuentra hoy ante la justicia penal argentina. Ahora bien, ello indica que los funcionarios responsables están en camino de recibir su merecido, pero por otro lado el material se observa a través de la televisión como inservible dado que no se utiliza; simplemente se encuentra guardado en terrenos del ferrocarril y hasta —lo que luce paradójico— se han incendiado, ignorándose aún si se ha debido a la simple fatalidad o ha intervenido la mano del hombre.

En cualquier caso el material ha sido pagado por el Estado Argentino —caro por cierto— y no es utilizado, lo que indica que el perjuicio para el país ya se ha producido y no se advierte que ello tenga retorno.

Como hombres de Derecho, situaciones como la expuesta producen rabia e impotencia, a la vez que una especial sensación de

tristeza porque se da entre funcionarios de dos países que tienen historia, idioma, cultura y actitudes solidarias compartidas. Precisamente por ello, España hace el esfuerzo de viabilizar la compra de material usado que ya no le es útil pero que puede servirle a la Argentina, cuando de pronto la corrupción se hace presente para tirar todo por la borda.

¿Qué podemos sugerir o imaginar para que hechos de esta naturaleza no se produzcan más o que por lo menos se dificulten?

Lo primero que se me ocurre pensar es en los mecanismos de control propios de cada país, lo que me lleva a los de Argentina. La historia de nuestro país en torno al control ha sido lamentable; baste al respecto señalar dos casos que no dudo en calificar de históricos: me refiero al control de la actividad financiera y la de seguros. En ambos casos ha sido tan deficiente que no ha podido evitar el quiebre tanto de bancos como de compañías de seguros, con una consecuencia lamentable que ha sido común a ambos: la desesperación de miles de ahorristas y de personas que se consideraban aseguradas en sus personas y sus bienes y que, en un caso, terminaron perdiendo sus ahorros, para algunos de toda una vida, y, en otro ejemplo, respondiendo a título personal cuando el siniestro tuvo lugar.

A ello debe agregarse que como consecuencia de la profunda Reforma del Estado llevada a la práctica en la Argentina, los controles han pasado a ser mucho más laxos; baste mencionar al respecto el caso de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas que ha pasado a depender de quien debe controlar, a saber el Poder Ejecutivo, perdiendo así la independencia que la había caracterizado por años. Agregado a ello, nuestros gobiernos, sin distinción de banderías, son reacios al control. Se trata de instituciones deseadas y propiciadas cuando se es oposición y de igual manera molestas cuando se es gobierno.

La conclusión fluye con naturalidad: sensación de impunidad, que lleva a los funcionarios a sentirse libres de hacer cualquier cosa con los dineros públicos, olvidándose que su responsabilidad primaria es administrar con transparencia la res pública. Sí, la República Argentina tiene mucho para hacer en su ámbito acerca del funcionamiento de los organismos de control y tengo esperanza que así habrá de ocurrir.

Por otro lado, creo que este ámbito que hemos sabido crear aparece como ideal no para que discutamos en teoría si tal o cual naturaleza jurídica responde mejor a tal o cual instituto, sino para intercambiar experiencias, ideas y posibles soluciones a problemas como el que estoy planteando y que tienen tanto que ver con lo que todos nosotros hombres de Derecho soñamos en punto a mejorar el funcionamiento de nuestras administraciones públicas, lo que es decir, la calidad de vida

y el verdadero nivel al que tiene derecho a aspirar todo ciudadano en nuestros respectivos países.

### 3 Dificultades prácticas en torno a la contratación de sistemas informáticos

El segundo tema que deseo compartir con Uds. refiere a contrataciones administrativas caracterizadas por un gran tecnicismo y que se realizan con recursos provenientes de organismos internacionales como puede ser el Banco Mundial y que por ello imponen sus propias normas a la contratación administrativa.

Dos aspectos merecerán nuestra atención, uno la trascendencia determinante que puede llegar a tener la opinión de un muchas veces único funcionario, a punto de minimizar la opinión y la propia presencia institucional de los organismos técnico jurídicos y de control. En segundo lugar las consecuencias negativas para el procedimiento de contratación que en determinados casos acarrearán las normas procedimentales del organismo financiero internacional.

La ciudad de Rosario es una de las tres ciudades más importantes de la República Argentina y en ella se han dado dos procedimientos administrativos de contratación que merecerán nuestro análisis por la trascendencia que los objetos motivo de las contrataciones tienen para el mejoramiento administrativo y de eficiencia en la percepción y administración de los recursos municipales.

Los casos que nos ocupan son aquellos que han tenido por objeto el desarrollo de un Sistema de Información Territorial para la Gestión de Catastro, Normativa Urbana y Administración Tributaria o el más reciente Desarrollo de un Sistema Integral de Administración Tributaria de la Municipalidad de Rosario.

En el primer caso se trata de una ambiciosa y costosa contratación que habría de llevarse a cabo merced a un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Como es de práctica en este tipo de contrataciones, primero se establece una lista de Proponentes precalificados que la realiza el propio Banco, integrada por empresas provenientes de países miembros del Banco que provean en el caso servicios de consultoría.

Debido a la complejidad de la contratación se utilizó el mecanismo de doble sobre; el primero destinado a analizar la viabilidad técnica de las propuestas y el segundo la conveniencia económica.

En la primera fase interviene una Comisión de Evaluación de las Propuestas de naturaleza técnica; lo cierto es que en el caso que nos

ocupa, dicha Comisión consideró que la propuesta presentada por un grupo de empresas, entre la cuales cabe destacar por su trayectoria internacional la canadiense TECSULT INTERNATIONAL LIMITÉE, no se ajustaba a lo requerido técnicamente. Tal como surge de los dichos de la propia Comisión, se realizó una evaluación en base a elementos de naturaleza estrictamente técnica, taxativamente explicitados en los Criterios de Evaluación, obrantes en los Documentos del Concurso.

Más aún y de manera contundente la Comisión considera que la propuesta técnica es inviable por no cumplir con el objeto del Concurso, reiterando que todos los fundamentos han sido técnicos y no económicos.

Dada la naturaleza de los puntos en los cuales discreparon la empresa y la Comisión de Evaluación, me limitaré a señalar los mismos: uno de ellos giró en torno a la solución Oracle Financials, ofrecida para cumplir con el objeto del concurso y su consideración de software o “paquete aplicativo” y no “de base”; a ello debe agregarse una discrepancia en torno a la arquitectura y su carácter de preliminar y no definitiva y la importancia que las licencias de uso tienen en la arquitectura del sistema.

Al respecto señala la Comisión lo que la industria en general entiende por “software de base” y que el mismo incluye a todos aquellos productos construidos con el objetivo de administrar los recursos de hardware de un sistema computarizado y a los productos orientados a la construcción de aplicaciones (ej: motores de base de datos, lenguajes).

Por el contrario la industria entiende que “software aplicativo” es todo producto desarrollado con el objeto de satisfacer la funcionalidad de un dominio específico del negocio.

Señala así la Comisión que la oferente demuestra una diferencia de criterio clasificatorio respecto del tipo de software con respecto al común de la industria, pues la propuesta presentada no encuentra sustento y/o fundamento alguno de su visión al respecto. Cabe poner de resalto que usa términos muy severos pues habla de una “visión arbitraria” que no se encuentra expresada de modo explícito y claro en la propuesta técnica ni tampoco en los intercambios de información que tuvieron lugar entre las partes.

Con respecto a la propuesta general de arquitectura y su carácter de preliminar y no definitiva, la Comisión también consigna que dicho carácter no puede esgrimirse como mitigante de la omisión de considerar las licencias de uso del aplicativo propuesto como parte fundamental de dicha arquitectura de sistemas.

Para la Comisión la provisión o no de las licencias de uso del aplicativo Oracle Financials no pueden ni deben ser omitidas ni por el consultor ni por el contratante, pues la omisión de un componente de

medular importancia condicionaría de modo significativo y substancial, la arquitectura definitiva respecto de la prevista en forma preliminar, hecho considerado inadmisibile en términos del propio espíritu del pliego licitatorio.

Para la empresa la solución de Oracle Financials aparece como una visión “preliminar” del Sistema y no como una solución “final”; considera así que ésta será el resultado de la Etapa 2 y deberá ser aprobada por la Municipalidad. Hay una diferencia substancial en cuanto a los momentos, pues para la empresa no existe definición en cuanto a utilizar el ya mencionado Oracle y tampoco necesita de licencias sugeridas para llevar adelante su propuesta.

No deja de subrayar la empresa que ella no tiene compromiso alguno con ningún proveedor de software o hardware y que los que eventualmente se adquieran serán los que mejor respondan a los intereses municipales, conforme al criterio de la propia Municipalidad.

Nótese que la diferencia reside ni más ni menos que en el *objeto de la licitación* pues para la oferente desestimada, lo que se persigue a través del procedimiento de contratación es lograr una solución integral sin tener en cuenta para ello el software que habrá de viabilizarla y que pertenece a otra etapa posterior. La empresa asegura haber ofrecido una solución personalizada y una propuesta tecnológica preliminar para lograrla, lo cual requiere de una etapa posterior de negociación y complementación en la cual se dará forma a las soluciones que más convengan al interés público que la Municipalidad encarna.

Asegura así que lo que contractualmente asume como compromiso irrenunciable es brindar un sistema en funcionamiento a un cliente debidamente capacitado para utilizarlo, incluyendo todas las licencias necesarias que indiquen los parámetros operativos, administrativos, económicos y financieros definidos por el Comitente. Todo ello para la empresa es el resultado de la etapa de negociaciones que debe servir para perfeccionar la propuesta *final* que aparecerá así como el resultado de armonizar los requerimientos y posibilidades de las partes.

Por su parte la Municipalidad considera que la única solución propuesta para los subsistemas de Administración Tributaria descansa en el aplicativo Oracle Financials y que el derecho de uso de dicha solución no ha sido previsto por el proponente, lo que implica adquirir las licencias por proceso licitatorio posterior, todo lo que no se encuentra contemplado en los documentos del Concurso.

En este estado debemos detenernos en un concepto, cual es el de “integralidad” de la oferta; Para la empresa la integralidad de una oferta no puede discutirse en base a la inclusión o no de una licencia

de software que aún no está definido. Al no estar definido no puede hablarse de licencias.

Por su parte la Municipalidad considera que la no provisión de licencias de uso de los aplicativos propuestos por el consultor impiden el correcto funcionamiento de la solución propuesta para los sistemas de Administración Tributaria, determinando como inviable el logro de las etapas técnicas de Proyecto Piloto, Subsistema con implementación provisoria y Subsistema con aprobación definitiva.

Son tan distantes las posiciones de las partes que el Municipio llega a tres conclusiones gravísimas: 1) La declaración de la empresa de incluir las licencias necesarias para viabilizar el funcionamiento del sistema se entiende como una clara y substancial modificación de la propuesta original y 2) No puede hablarse de integralidad de la oferta cuando la misma no contempla un aspecto de tanta importancia; se refiere obviamente a las licencias del aplicativo propuesto; 3) La empresa no ofrece una solución total a satisfacción del comitente y que la declaración de la empresa “en todos los casos debe funcionar a satisfacción del contratante” es tomada como un mero esbozo de deseo y compromiso que no encuentra sustento documental alguno, ni en la propuesta, ni en todas y cada una de las comunicaciones entre contratante y proponente.

La respuesta empresarial es que la dureza, la falta total de flexibilidad en cuanto a la supuesta falta de integralidad no conciben con esta etapa licitatoria; las dudas en cuanto al número o inclusión de las licencias no pueden permitir calificar a la oferta como no ajustada de modo *substancial* a lo requerido por el Comitente. Introduce en este estado la empresa otro concepto: en rigor se la está descalificando por una cuestión económica y no técnica como corresponde en esta etapa.

Sin entrar a analizar a quien asiste la razón lo cierto es que como consecuencia de la descalificación de la empresa internacional y el procedimiento recursivo puesto en marcha, las actuaciones terminaron en el Banco Interamericano de Desarrollo en Washington, Estados Unidos de Norte América y habiendo pasado varios años nunca merecieron una resolución definitiva, todo lo que indica que la licitación de enorme significación para la Municipalidad de Rosario terminó en un fracaso total.

En el fondo uno queda un poco desorientado porque estamos hablando de una licitación internacional, donde interviene una institución financiera como la señalada, en la cual las empresas intervinientes son motivo de una rigurosa selección previa, para poder presentarse a la precalificación; en todos los casos se trata de empresas de enorme trascendencia internacional con aquilatada experiencia en contrataciones

como la que nos ocupa y se termina fracasando por una cuestión técnica. Es realmente difícil de entender y por ello estas reflexiones con el propósito de hacer un llamado de atención y evitar que una licitación de estas características no se pueda concretar por una cuestión técnica entre la empresa oferente y la Comisión Evaluadora, sin encontrar una solución que podría ser a través de un tercero imparcial de reconocida solvencia en un tema técnico tan especial.

Quedan así dos conclusiones para trabajar sobre ellas, en primer lugar el tratamiento a dar en el marco del procedimiento administrativo a cuestiones tan eminentemente técnicas y la necesidad de encontrar una salida que posibilite que la contratación no se frustre, pues y aquí aparece la segunda cuestión, cual es que toda impugnación que llega a un organismo financiero internacional posiblemente no se resuelva nunca, porque hasta con cierta naturalidad estos organismos rechazan los conflictos de derechos. Esto hace que todo el despliegue de años de trabajo, con costos importantes, sea tirado por la borda porque el procedimiento administrativo de contratación no ha sabido brindar la respuesta adecuada en el momento y etapa procedimental oportunos.

Veamos el siguiente ejemplo, el cual sin tener el despliegue internacional del anterior también mueve a la reflexión porque permite apreciar el funcionamiento de organismos técnicos en el tema de informática y su —a mi entender— falta de armonía con los técnico jurídicos y de control que terminan entorpeciendo o haciendo fracasar la licitación.

#### 4 Licitación adquisición de desarrollo del sistema integral de administración tributaria para la Municipalidad de Rosario

En primer lugar cabe poner de resalto la importancia de la licitación que nos ocupa, pues se trata ni más ni menos que del Sistema Integral de Administración Tributaria para el Municipio; asimismo es de destacar la importancia económica pues estamos hablando de una cifra cercana a los seiscientos mil dólares estadounidenses.

A la licitación se presentan dos oferentes, siendo adjudicada a uno de ellos, el que cuenta con menos antecedentes y ha ofrecido el mayor precio. Esta afirmación es hecha por la restante empresa, aunque los antecedentes a mi entender parecen darle la razón.

#### Acto administrativo de adjudicación

La motivación es la siguiente: Dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, Informe Técnico suscripto por la Dirección

General de Informática, Toma de conocimiento por parte del Tribunal Municipal de Cuentas y Consejo vertido por la Junta de Compras.

Una vez más la discusión gira en torno a un aspecto estrictamente técnico, como ya veremos:

### Dictamen de la DGAJ

Se limita al análisis formal de la licitación y dice que “corresponde a las oficinas técnicas pertinentes evaluar la pertinencia de las propuestas técnicas y económicas de las mismas”.

La decisión de adjudicar es entonces *absolutamente técnica*.

### Tribunal de Cuentas

Se trata del órgano de Control creado por Ordenanza emanada del Honorable Concejo Municipal de la ciudad de Rosario. También se limitó al aspecto formal, sin opinar acerca de la cuestión técnica. En casos como éste el Tribunal, cumpliendo con el control de legalidad que le es propio, se limita a decir que no ha encontrado observaciones que formular. Cabe destacar que ante una diferencia de orden técnico como la que nos ocupa, este órgano no cuenta con personal idóneo para realizar su propio análisis.

Al respecto debo decir que no es razonable pensar que un órgano de control deba contar con personal especializado en todas las áreas, pero sí sería bueno imaginarlo liderando una especie de pericial técnica contratando a personal especializado cuando el tema, por razones de formación profesional, lo supera.

### Junta de compras

Se trata de un organismo integrado por funcionarios municipales que interviene en las contrataciones municipales. Al igual que las opiniones anteriores se limita a decir que la elección se encuentra sustentada en el informe de la Dirección General de Informática y como no hay otro tipo de observaciones ello resulta suficiente.

De manera similar a lo dicho en el primer caso: nos encontramos frente a una adjudicación que depende pura y exclusivamente del Informe de la Dirección General de Informática.

En este procedimiento se produjo un hecho bastante curioso, pues la Dirección de Informática posibilitó que la empresa que iba a resultar perdidosa tuviera conocimiento del informe antes de emitirse el acto administrativo de adjudicación. Pues bien, el informe de Informática fue rebatido en forma minuciosa y a mi entender muy fundadamente, pero el rechazo de la oferta no pudo ser evitado. Nótese que no fue una

impugnación formal y que incluso hubiera procedido su desglose, pero de alguna manera habilitó la discusión técnica.

Veamos algunos de los aspectos técnicos en discusión

Dice la Dirección de Informática que “Del análisis se desprende que cotizan un producto existente denominado GLMSuit, no es un desarrollo concebido a medida para la Municipalidad, que el mismo se adaptará, y que la tecnología utilizada acuerda con la Alternativa 2 del Anexo 5, que preveía un desarrollo con generadores de código Java”.

Esto es lo que se llama un producto enlatado; la Municipalidad peticiona uno especial y entiende que el que se le entrega es enlatado, a lo que la empresa responde que en ningún momento se ha ofertado un sistema existente; mas aún afirma la empresa que no existe un producto GLMSuit para Municipalidades.

Otro aspecto pasa por el tema de los costos, pues de acuerdo al razonamiento municipal no puede evaluarse si existen otros costos adicionales a la oferta económica, lo cual es grave porque directamente hace aparecer a la oferta como incompleta. Pues la empresa se limita a responder que no hay costos de usos de licencias de Usuarios del producto GLMSuit, porque la propietaria del software a desarrollar será la Municipalidad de Rosario. Destaco que como en el primer ejemplo se vuelve a presentar el caso de las licencias de usuarios como conflictivo.

Con respecto a los costos afirma la empresa que lo que está vendiendo es un producto llave en mano. Debo subrayar esto porque en lo que existe discrepancia es en el objeto de la licitación.

Por otro lado la Municipalidad afirma que no se cumple con lo requerido bajo el título “Tecnología de Desarrollo”, afirmación que también se encarga de rebatir la empresa.

Otra arista que debemos mencionar tiene que ver con el conocimiento de la tecnología propuesta; ello está relacionado con la utilización de “webservices”. Sólo los menciono porque ello escapa a mis conocimientos pero, y con la intención de destacar el desencuentro tecnológico entre las partes, quiero decir que la empresa dice que quienes efectuaron el análisis de la propuesta desconocen la tecnología presentada por ella o la propuesta no ha sido analizada en profundidad, porque por ejemplo la utilización de webservices es un componente estándar en el mercado informático, utilizado en entornos web como el solicitado por la Municipalidad.

Cuando uno lee estas expresiones referidas a cuestiones que se escapan a nuestros conocimientos es como si sintiéramos impotencia para opinar, a la vez que nos damos cuenta de la necesidad imperiosa de que alguien imparcial intervenga y aclare todas las dudas para llegar a la verdad.

Otro ejemplo, la Municipalidad afirma que la propuesta no cumple con los requerimientos solicitados en el Pliego y la empresa afirma exactamente lo contrario.

Hasta existen dudas con respecto a tareas propias de la empresa y de personal de la municipalidad para que el sistema funcione, pero creo que resulta innecesario extenderse más porque la cuestión técnica está planteada hasta en exceso.

La pregunta es: ante la desestimación de la propuesta, ¿qué puede hacer la empresa?

Por supuesto que corresponde que presente el pertinente Recurso de Reconsideración, el cual por todo lo expresado hasta el momento tiene un solo destino: será rechazado.

A todo esto, el procedimiento licitatorio continuara a toda marcha y la empresa entrará en estado de desesperación para que de alguna manera se paralice y le permita así defenderse, como cree que en Derecho le corresponde.

Adquiere así una trascendencia vital el tema de las medidas cautelares que en el caso pasará por la suspensión de los efectos del acto. Sabido es que puede pedirse en sede administrativa pero también es conocida la respuesta; en especial si se trata de un procedimiento licitatorio, el cual por lo general moviliza a todo el mundo en la administración para que se termine cuanto antes.

Nos queda el camino de la cautelar autónoma pero sabido es que su obtención se da solo en contadas ocasiones.

Aunque tuviéramos la suerte de lograr la anhelada suspensión, estoy seguro que la Municipalidad reaccionaría en forma inmediata y peticionaria se deje sin efectos por razones de interés público. Ante cualquier duda dirá que es solvente y ofrecerá el eventual pago de los daños y perjuicios.

La empresa se ve así ante un camino muy duro de transitar: un largo pleito con los costos que conlleva y la posibilidad de obtener un resultado favorable cuando el objeto por el cual se llamó a licitación ya se ha cumplido y se está aplicando en el Municipio.

La situación es preocupante, en un caso por el fracaso de una licitación millonaria, con asistencia financiera otorgada, que ha causado, a no dudar, serios perjuicios al Municipio y en el segundo la posición de un particular que se siente lesionado en sus derechos pero que se da cuenta que la verdadera Justicia es casi imposible de lograr a un costo razonable. Por otro lado si logra salir airoso la que sufrirá las consecuencias será la contratación administrativa pues afrontará serios riesgos de frustrarse.

Y hemos llegado a esto por cuestiones técnicas que deben merecer otro tratamiento. Como hombres preparados para el ejercicio del Derecho nos sentimos con la impotencia de no saber a quien asiste la razón; quizás deba pensarse en el Tribunal Municipal de Cuentas como el órgano que aglutine a las partes y gestione de un tercero verdaderamente imparcial el informe técnico que analice con minuciosidad las dos posturas y arroje así un poco de luz sobre un tipo de contratación administrativa que debe merecer de nuestra parte una preocupación especial.

Si bien el ejemplo citado tuvo a la Municipalidad de Rosario como protagonista en una licitación que tuvo alcance nacional, considero que por tratarse de un municipio de gran envergadura que habitualmente recurre a la contratación internacional como lo acredita el ejemplo detallado mas arriba, resulta positivo a los fines de este estudio destacar también este aspecto negativo que plantean contrataciones de nivel técnico complejo, en cuanto a que precisamente esa complejidad saca de contexto a los organismos naturales de asesoramiento jurídico y de control para que el lugar prioritario lo ocupe una oficina de asesoramiento técnico. De ninguna manera se pretende desmerecer el relevante papel a cumplir por este tipo de organismos; en lo que si debemos trabajar es clarificar cómo cada organismo dentro de la esfera de su competencia, sin superponerse con los otros, cumple la función de asesoramiento que le es propia y contribuye tal como la Administración lo necesita a llevar a final feliz contrataciones administrativas de altísimo costo, años de esfuerzo y decisiva importancia para la organización administrativa y el eficaz funcionamiento del municipio en orden a temas tan sensibles como la recaudación tributaria.

Como se advertirá en los ejemplos citados se han dado todos elementos disvaliosos, la posibilidad de licitaciones corruptas, la descalificación técnica que hace caer el procedimiento licitatorio por los efectos que tiene en los órganos financieros internacionales y la imposibilidad que tienen a veces los órganos técnico jurídicos y de control del Estado para poder materializar el rol que les es propio cuando el grado de tecnicismo en la contratación es elevado y proclive a generar opiniones encontradas.

---

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDONA, Juan Carlos. Globalización y contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 151-162. ISBN 978-85-7700-501-7.

# LA CONSTITUCIÓN DOLIENTE. UN DERECHO CONSTITUCIONAL- ADMINISTRATIVO PARA LOS TIEMPOS DE LA CRISIS\*

ANTONELLO TARZIA

## 1 Premisa: ¿La globalización como paradigma?

En su último ensayo, Amartya Sen<sup>1</sup> sostiene sin reserva que la promoción de los derechos humanos es un proceso continuo e interactivo que en el mundo de la tecnología de la información debe ser fomentado por el debate público y la sensibilización acerca del fundamento ético de una teoría de los derechos humanos.

Estamos persuadidos que esta postura promete alcanzar una estimación primordial en el mundo globalizado. Debido a lo anterior, antes de cualquier argumentación y de todo razonamiento acerca del impacto de la globalización sobre los sistemas constitucionales y administrativos, nos parece indispensable reflexionar acerca del fenómeno a la búsqueda de sus significados.

---

\* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Globalização, direitos fundamentais e contratos administrativos", a las 18h30 del día 23.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

<sup>1</sup> SEN, A. *The Idea of Justice*. London: Penguins Books, 2010. Edición italiana: SEN, A. *L'idea di giustizia*. Milano: Mondadori, 2010, p. 391.

En efecto, el fenómeno de la globalización a menudo es objeto de trivialización, y se considera como un dato objetivo que no necesita ahondamiento con relación a sus significaciones sino solo a sus manifestaciones, con varios lugares comunes acerca de la velocidad de circulación del capital y de una soberanía próxima a la muerte. Ahora bien, no cabe duda que «la globalización está inextricablemente ligada a los mecanismos de circulación global del capital» y que su característica más importante es la dificultad en controlar las finanzas globales.<sup>2</sup> De acuerdo con este enfoque, los mercados financieros ya no están delimitados territorialmente y esto parece desmoronar paulatinamente el edificio de la soberanía, en paralelo con la aniquilación de todas distancias espaciales y temporales. Por consiguiente, gran parte de la doctrina valora las manifestaciones jurídicas, culturales, sociales y tecnológicas de la globalización como elementos secundarios y derivados de un capitalismo electrónico y des-territorializado carente de alternativas; en estas circunstancias, algunos han diagnosticado y certificado<sup>3</sup> la muerte del Estado como fórmula de organización del poder político.

Evidentemente no estamos en absoluto de acuerdo con este planteamiento, que estimamos como una falsedad ideológica, a menudo ni siquiera alegada, incongruente con los datos empíricos que señalan un crecimiento constante del número de Estados a lo largo de los siglos XX y XXI.

Otro ajuste teórico,<sup>4</sup> con el cual coincidimos, ha señalado como la migración de personas en todo el mundo ha originado no tan sólo el nacimiento de enclaves, sino también el surgimiento de ramas étnicas globales («*Global ethnoscapes*»), de nuevas identidades minoritarias globalizadas, diferentes de las del País de origen y hasta ahora desconocidas.

Sin embargo, procede preguntarnos, con carácter preliminar, si la globalización constituye un paradigma en el sentido dado por Thomas Kuhn, como metanarrativo de un cambio histórico que nos indica un recorrido unívoco e irreversible. El problema entonces va más allá de una evolución “interna” del capitalismo.

<sup>2</sup> APPADURAI, A. (ed.). *Globalization*. Durham: Duke U.P., 2001, p. 4.

<sup>3</sup> Ex multis, MILWARD, A.S. *The European Rescue of the Nation State*. London: Routledge, 1992; sobre el tema ver también MANN, M. *Nation-states in Europe and Other Continents: Diversifying, Developing, not Dying*, 122 *Daedalus* 115 [1993].

<sup>4</sup> APPADURAI, A. *Global Ethnoscapes: Notes and Queries for a Transnational Anthropology*. In: Fox, R. (ed.). *Interventions: Anthropologies of the Present*. Santa Fe: School of American Research, 1991, p. 191-210.

La respuesta al dilema es tan fundamental en cuanto se considere que otros paradigmas predominantes en las ciencias sociales a lo largo de los años sesenta y setenta del siglo XX, como la modernización, el marxismo, la escuela de los annales, la política identitaria, se detuvieron en los ochenta/noventa y hoy en día son supuestamente<sup>5</sup> anacrónicos en la perspectiva de la historia cultural.<sup>6</sup>

De manera similar, en un enfoque de teoría general del derecho, por cierto lo actual no encuentra completo acomodo en el dimensión de la estatalidad, ni tampoco del positivismo jurídico; utilizando la terminología kuhniana, entonces, cabe preguntarnos si se haya determinado un cambio (¿revolucionario?) cabal de las estructuras conceptuales de análisis del derecho, de la soberanía y del Estado, por un lado; del individuo y sus derechos, por otro lado.

Estamos convencidos de que la respuesta a todos los dilemas anteriores debe ser negativa, ya que la globalización como fenómeno no nos indica un destino claro e irreversible, ni tampoco tiene una dimensión ética idónea a dirigir el desarrollo de nuevas categorías jurídicas destinadas a permanecer por siglos. Por el contrario, entendemos que el discurso jurídico no pueda prescindir de la dimensión social de la persona y de lo cultural como fundamento del significado.

A este último respecto, el verdadero problema es que nos enfrentamos con una realidad de lo que es “social” bastante diferente de las concepciones que hemos heredado de la Ilustración.<sup>7</sup> En aquel tiempo, la sociedad como dimensión del vivir, intermedia entre el individuo y su familia y el Estado, implicaba el concepto de Estado-Nación fundamentado en el mito de la ley y de la codificación como manifestaciones de su voluntad soberana. A partir de entonces, la legitimación del Estado habría sido condicionada por la garantía constitucional de los derechos humanos, que según Emile Durkheim se convirtieron en verdadera religión civil. Estado, ley y territorio se volvieron a involucrar enteramente a la sociedad.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ver HUNT, L. *La storia culturale nell'età globale*. Pisa: Edizioni ETS, 2010, p. 11 y ss.

<sup>6</sup> Cabe puntualizar que la historia cultural intenta realizar un metanarrativo, una interpretación del camino histórico, bajo determinados paradigmas entendidos como: 1) una jerarquía de elementos que determinan el significado; 2) una agenda de la investigación. Ver Hunt, L. *La storia culturale*, Ob. cit., p. 11-12.

<sup>7</sup> Al respecto, K. Baker señala que «la Ilustración inventó la sociedad como representación simbólica de la existencia humana», de conformidad con la definición de “social” dada por la *Encyclopédie de Diderot y D'Alambert*. BAKER, K. *Enlightenment and the Institution of Society: Notes for a conceptual history*. In: KAVIRAJ, S.; KHILNANI, S. (eds.). *Civil society: History and Possibilities*. Cambridge: Cambridge U.P., 2001, p. 84-85.

<sup>8</sup> Al respecto, ver. GROSSI, P. *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*. In: *Il Foro italiano*, 2002, fasc. 5, pt. 5, p. 151 y ss.; FERRAJOLI, L. *Per un costituzionalismo di diritto privato*. In: *Rivista critica del diritto privato*, 2004, p. 11 y ss.

Hoy en día, por cierto la globalización determina la ruptura del monopolio y del control estatal sobre la creación del derecho que no es nada más geométrico, lógico y dotado de rigidez sistémica. Sin embargo, las finanzas globales necesitan de flexibilidad contractual y de una justicia más rápida y eficaz respecto a la estatal. Supuestamente, ha nacido un nuevo derecho privado desterritorializado creado por sujetos privados cuyo principal propósito es recobrar su supremacía sobre otras ramas del Derecho y cuyo principal planteamiento no es la validez, si bien la efectividad de las normas,<sup>9</sup> hasta el punto que la ley y los derechos pierden su significado normativo y quedan sometidos a un cálculo coste/beneficio que implica su desvaloración ética y cuasi una comercialización como bienes privados.<sup>10</sup>

Tal nueva *lex mercatoria*<sup>11</sup> suscita al constitucional-comparatista varios interrogantes sobre: 1) su compatibilidad con la garantía de los derechos fundamentales de la persona y con las exigencias de tutela medioambiental, es decir con los pilares del Estado constitucional; y 2) la oportunidad de continuar a pensar en el derecho administrativo como al derecho constitucional concretizado, según la nota formula de Fritz Werner;<sup>12</sup> 3) la compatibilidad entre culturas y tradiciones jurídicas heterogéneas.<sup>13</sup>

En cuanto al primer problema, cabe señalar que si por un lado se han ido multiplicando las Cartas o Declaraciones internacionales de derechos humanos y las cláusulas constitucionales internas que incorporan tales instrumentos, tal vez en el bloque de constitucionalidad, por otro lado, no cabe duda que la desigualdad social y económica entre varias partes del Planeta se ha alargado de manera éticamente inadmisibile.

En cuanto al segundo interrogante, me propongo demostrar que la fórmula de Fritz Werner puede continuar a ser considerada válida, aunque con unas adaptaciones y siempre que los constitucionalistas adviertan la necesidad de reflexionar sobre el tema de la globalización dejando de lado los varios lugares comunes que la acompañan.

<sup>9</sup> GROSSI, P. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica, Ob. cit.

<sup>10</sup> Ver sobre el punto, HEYLDEBRAND, W. From Globalization of Law to Law under Globalization. In: NELKEN, D.; FEEST, J. (eds.). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 131.

<sup>11</sup> Cfr. GALGANO, F. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.

<sup>12</sup> WERNER, F. *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, S. 527 bis 533.

<sup>13</sup> Bajo tal perspectiva, es fundamental la obra de GLENN, H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in Law*. Oxford: Oxford U.P., 2000.

Con respecto a la tercera cuestión, globalización no es aniquilación, ni tampoco nada mas colonización, sino mas bien interdependencia, que opera también en el ámbito jurídico entre sistemas cuyo camino histórico ha sido *ab immemorabili* separado y que ahora encuentra varias encrucijadas, en sentido no solo horizontal sino también vertical, y no solo desde el supranacional hacia el estatal, sino también al revés.

## 2 Derecho administrativo y *lex mercatoria*.

Pocos asuntos son tal falsos como la idea de la abdicación del derecho administrativo a la nueva *lex mercatoria*.

- a) Primer asunto: es inventada la desaparición de normas de derecho público. En Europa, a pesar de que el proceso de integración comunitaria se ha acompañado con el nacimiento de un verdadero derecho administrativo comunitario, los sistemas administrativos nacionales han sufrido profundas transformaciones inducidas por normas europeas, que han impulsado mutaciones en las estructuras, en los procedimientos y en el derecho administrativo sustancial.

En materia de servicios públicos, por ejemplo, está vigente una normativa que ha sido objeto de una estrecha y al mismo tiempo creativa interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, demasiado limitativa en cuanto a la posibilidad de remplazar la licitación pública con la libertad contractual de la Administración. Por el contrario, son propiamente la preservación de la competencia en el mercado y la ineludible necesidad de cumplir con varias obligaciones a realizar intereses públicos a exigir normas de derecho público.

Verbigracia, en sectores fuertemente liberalizados como el de telecomunicaciones, en Europa existe una red de Administraciones independientes con atribuciones muy penetrantes en cuanto a la regulación, también asimétrica, de los mercados: nada menos la misma Administración está autorizada para determinar el contenido de los contratos de acceso a la red del ex monopolista si este último se negó a negociar con sus competidores o no lo hizo de buena fe. En este sector, evidentemente, se denuncia el riesgo de una hiper-regulación.

- b) Segundo asunto: *se ha desarrollado una regulación administrativa supranacional que impacta sobre la nacional y contemporáneamente está condicionada por ésta.*<sup>14</sup> En 2006, el Panel de la Organización

<sup>14</sup> Cfr. sobre el tema CASSESE, S. Il diritto amministrativo globale: una introduzione. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 2005, p. 331 y ss.; BATTINI, S. Le due anime del

Mundial del Comercio sancionó a Italia por causa de un decreto del Gobierno del año 2000 que limitaba la posibilidad de comercializar maíz modificado genéticamente, así violando las normas del *Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias* que habilitan a la Administración a limitar la circulación de un producto alimentario únicamente si la medida en cuestión es estrechamente y racionalmente consiguiente a una valoración del riesgo que el producto conlleva a la salud. Durante la fase instructoria el Instituto Italiano de Sanidad había aclarado que los OGM en cuestión no conllevaban riesgos para la salud humana o animal; por tanto, el Panel del OMC ha considerado ilegítima la medida administrativa por los mismos motivos que condujeron al juez administrativo italiano a idéntica solución: la incongruencia de la resolución administrativa con las evidencias de la fase instructoria. Cabalmente, lo que en Italia llamamos “*principio di ragionevolezza*”.

Frecuentemente, mucha regulación, comúnmente denominada *soft law*, surge de sistemas regulatorios supranacionales de los cuales varios poderes estatales son integrantes y que funcionan típicamente según aquel *interest representation model*<sup>15</sup> que incorpora el principio de la participación de los sujetos interesados y afectados por la regulación. Al contrario, en el caso mencionado del maíz modificado genéticamente un principio jurídico se difunde desde arriba del nivel supranacional, no obstante su formulación original es el fundamento de la edificación de los sistemas administrativos nacionales.

- c) Tercer asunto: *el derecho administrativo nacional puede implicar consecuencias extraterritoriales*. Casos como lo de las limitaciones a la comercialización de los OGM apenas ilustrado, tienen impacto extraterritorial en cuanto condicionan a los poderes económicos en sus decisiones de inversión.

El dilema real, entonces, se plantea sobre como pasar de una *global administrative regulation* a unas formas de derecho administrativo global, de suerte que a la mencionada intensa actividad de regulación se acompañen formas de tutela para los sujetos a quienes tal *soft law* está destinada. A tal respecto, es una condición preliminar la plena toma de conciencia de la transformación en la relación histórica y lógica entre Estado, derecho administrativo y sociedad.

---

diritto amministrativo globale. In: AA.VV., Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese. Milano: Giuffrè, 2010, 1 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. sobre el tema TARZIA, A. Il principio europeo di continuità dei contratti come (primo) argine alle politiche di prezzo in contesti di structural regulation. In: Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2005, p. 387 y ss.

El derecho administrativo moderno nació como instrumento del Estado-Nación para englobar y disciplinar sociedades muchas veces homogéneas, y garantizar los derechos y las libertades proclamadas en los tiempos de las Revoluciones.<sup>16</sup>

Hoy en día el derecho administrativo va mudando esencialmente siguiendo un itinerario inverso: la nueva regulación global se va formando en gran parte para disciplinar fenómenos muy particulares y bajo impulso de porciones de sociedad, como banqueros, pescadores, agricultores, ecologistas, etc., cuyas instancias generan principios y estándares globales que a su vez impactan a los sistemas administrativos nacionales. Hasta cierto punto, podríamos decir que la sociedad se está tomando revancha en contra el poder estatal. De tal suerte, todavía, el derecho administrativo sufre una cierta flexibilización y muchos institutos de garantías se muestran anacrónicos o inexistentes. Por eso, opinamos que la crisis de los últimos años no se vio causada por una total falta de normas; al revés es nuestra opinión que faltaron buenas reglas, congruentes con la aludida transformación de la relación entre Estado y sociedad, tradicionalmente atendida por un derecho administrativo “nacional”. Por otra parte, “la crisis de la soberanía” como causa de la crisis financiera es solo una pantalla de humo para disimular las responsabilidades de los Gobiernos nacionales.<sup>17</sup>

¿Cuál es entonces la solución? Por cierto no es la nueva *lex mercatoria* y la abdicación del derecho público. Nuestra propuesta no es tan original para que se puedan escribir volúmenes con títulos oscuros y enigmáticos, y alguien podrá considerarla como el huevo de Colón. La convicción que nos anima es que el constitucionalista deba asumir sus responsabilidades con resguardo a la globalización, puesto que únicamente el derecho constitucional puede manejar las aludidas transformaciones en la relación entre Estado y sociedad (aclarado que el mercado no es *locus naturalis*) y restablecer condiciones esenciales de razonabilidad sistémica funcionando como “pestillo” en tal constante e inexorable pasaje desde el nivel nacional-local hacia el supranacional-global y viceversa.

<sup>16</sup> En tal sentido, TORCHIA, L. Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa. In: AA.VV. Il diritto amministrativo oltre i confini, cit., 45 y ss., esp. p. 50.

<sup>17</sup> En tal sentido, LUCIANI, M. Costituzione, integrazione europea, globalizzazione. In: Questione giustizia, n. 6, 2008, 65 y ss, esp. p. 70.

### 3 Constitución, globalización y pluralismo sostenible

En el enfoque que nos orienta, no cabe duda que la Constitución, a partir de 1787, ha sido considerada como la máxima manifestación del proceso de creación de una comunidad política, significando soberanía desde entonces. Ahora bien, es claro que los fenómenos que hemos ilustrado han erosionado un poco la soberanía estatal ya que las fronteras geográficas y económicas se van hundiendo. En cambio, vale destacar que en otras ocasiones los Estados han accedido a limitaciones voluntarias de soberanía como en el caso de la Unión Económica y Monetaria Europea (UEM), que manifiestamente se fundamenta en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros.

En estas circunstancias, el constitucionalismo ha sido el baluarte en oposición a las lesiones de los derechos de la persona en contra al poder público de matriz estatal; mejor dicho,<sup>18</sup> ha desplegado su fuerza y eficacia para disciplinar y englobar el primer capitalismo y el primer liberalismo por un lado, para cumplir con los fines de interés general por el otro. La falta de un “constitucionalismo supra- o extra-estatal” al tiempo del capitalismo electrónico se pone como problema crucial ya que la desterritorialización no impide y no puede enfrentar con la tutela medioambiental o la escasez de medicamentos esenciales para millones de personas.

La verdad es que la desigualdad se ha alargado. Por lo tanto es un deber para el constitucionalista no ceder a la tentación de escrutar los efectos de la globalización como economista diletante.

En Europa, dos asuntos entre otros de gran transcendencia constitucional nos ocupan al momento: la problemática del constitucionalismo multinivel y la cuestión del pluralismo sostenible, ambas íntimamente imbricadas con la globalización.

En cuanto al constitucionalismo multinivel, en los últimos años en Italia se ha confiado en él cuasi acríticamente; sin embargo, se ha convertido cuasi en una moda exaltar sus virtudes. Todavía, la idea de que, confiando en la obra creativa de los jueces, los derechos humanos puedan quedar desenganchados de una consagración constitucional y encontrar tutela suficiente sólo por su multiplicación y positivización en Declaraciones y Cartas internacionales resulta encantadora pero muchas veces engañosa. A continuación damos dos ejemplos:

<sup>18</sup> Como en las conjeturas de Johann Fichte o Max Weber.

- 1) Por largo tiempo el derecho administrativo italiano ha legitimado un instituto de dudosa constitucionalidad llamado “acesión invertida”. La pública administración podía iniciar un procedimiento de expropiación de un terreno por causa de utilidad pública y comenzar la edificación de una obra pública sin luego concluir el procedimiento en las formas legales: de toda manera, la obra pública atraía en su órbita el terreno de suerte que en virtud de la autoridad del poder público la regla general en materia de adquisición de la propiedad quedaba aplicada al revés. Por años la Corte constitucional italiana no ha querido tratar el tema, argumentando que nuestro art. 134 Constitucional no la habilita a sindicarse sobre principios jurisprudenciales avalados por la Corte de casación. En varias ocasiones el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Italia por violar principios fundamentales de la Convención europea de los derechos humanos como los de seguridad jurídica, de garantía del derecho de propiedad, de justa indemnización. Finalmente, en 2007 la Corte constitucional italiana ha declarado inconstitucional este monstruo jurídico. El principio establecido es de importancia primordial; cabe todavía señalar que en virtud del “método de la interpretación conforme a la jurisprudencia supranacional”, el juez constitucional está vinculado a lo que decide el juez de Estrasburgo, que a su vez no está vinculado a las normas constitucionales domésticas. Y se pueden entender los riesgos de tal limitación de soberanía con el próximo ejemplo.
- 2) El Tribunal de la Unión Europea, en una sentencia de 2007 conocida como caso *Viking*,<sup>19</sup> ha considerado que la huelga es legítima solo si «es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo». Esta posición asumida por el Tribunal europeo choca claramente con el derecho de huelga como derecho constitucionalmente garantizado y con cuasi todas las jurisprudencias constitucionales europeas que lo consideran un derecho fundamental; al revés, el Tribunal europeo lo ha considerado subordinado a la libertad de establecimiento y a la libre competencia entre las empresas.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia (Gran Sala), sentencia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union c. Viking Line ABP, Ou Viking Line Eesti*.

Concluyendo sobre el punto, la temática del diálogo fecundo entre jueces nacionales, europeos y supranacionales hoy en día es una moda que pero impone al constitucionalista evitar asumir una postura acrítica y a los Legislativos nacionales enfrentar a la globalización con sentido de responsabilidad. Exactamente lo que actualmente falta al Parlamento italiano: la semana pasada entró en vigor una ley que detalla que tipología de coches pueden portar los conductores noveles; en cambio, se quedan muertos desde muchos años proyectos de ley que envuelven cuestiones fundamentales, como por ejemplo en materia de bioética, y se tramitan leyes como la en materia de reproducción asistida que al final resultan inconstitucionales.

Otra cuestión que me llega al corazón es la del pluralismo sostenible.

Carácter de la forma de Estado liberal-democrática es el intento constante de encontrar un equilibrio entre libertad e igualdad del cual procede la efectiva garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, una cosa es hablar de los derechos fundamentales en cuanto consagrados en Declaraciones de los derechos, Cartas internacionales, etc., otra cosa es tratarlos como reconocidos y protegidos en las Constituciones, que como tal disciplinan la organización de los poderes públicos: es claro que los derechos se colocan en una posición de interdependencia mutua con los poderes públicos creados y regulados por las Constituciones.<sup>20</sup>

De lo anterior se desprende que la sustancia real de la relación entre igualdad y libertad no puede ignorar la forma de Estado determinada en Constitución. En estas circunstancias, estoy totalmente en desacuerdo con aquellos que hablan de “muerte del Estado” (cuya crisis la vaticinó Hegel ya en 1802).

Un enfoque reciente al tema de la libertad considera la necesidad de coordinar el reconocimiento los derechos comunes a todos ciudadanos (llamados derechos generales) con las diferentes posiciones jurídicas en relación con el carácter multicultural y/o multilingüe de las sociedades: en tales sociedades multiétnicas los derechos universales de la persona deben lograr un equilibrio con los derechos a la identidad cultural de los grupos étnicos. Se propone a tal respecto el nuevo concepto de “diversidad sostenible” (o, equivalentemente, “pluralismo sostenible”), a saber, la búsqueda de un equilibrio entre la garantía del pluralismo y la protección de la unidad y unicidad del orden constitucional.

<sup>20</sup> PACE, A. Eguaglianza e libertà. In: *Politica del diritto*, v. 32, fasc. 2, 2001, p. 159.

En las diferentes experiencias nacionales, el equilibrio entre los derechos individuales y los derechos comunitarios tiene características más o menos pronunciadas de inestabilidad, que se han descrito como *choque de civilizaciones* o *Jihad vs McWorld*. Basta pensar en los así llamados *Asian values* y en la Declaración de Bangkok de 1993, que niegan la universalidad de los derechos fundamentales desarrollados en la cultura jurídica occidental.

Esto explica la falta de percepción del carácter de “universalidad” de catálogos de los derechos elaborados por estudiosos occidentales dirigidos a identificar derechos básicos indispensables como los a la vida, a la personalidad, a la participación en el ejercicio del poder público, etc.

Lo anterior nos induce a considerar inadecuado seguir en el sendero de la divergencia entre un derecho constitucional por principios y un derecho (administrativo) de la regulación (de los mercados). Al revés, los dos se espesan y se juntan cuando entran en juego temas como la estructura del Estado y la ciudadanía parcial.

a) *La Estructura del Estado*. El pluralismo cultural implica la concesión de un derecho a la diversidad en la esfera pública, ya que en las democracias multiétnicas históricamente se le ha dado más a la esfera privada o en instituciones sociales como la familia: hoy en día, por ejemplo, afectan ambas esferas cuestiones como la admisibilidad del velo islámico en las instituciones públicas o los privilegios culturales reconocidos a los hispano-americanos en la frontera sur de los EEUU. De igual modo, muy intrincado es el problema del reconocimiento de las naciones minoritarias (como concepto distinto del de “minorías nacionales”) que afecta claramente a la forma de Estado en Países como España, Canadá, Bélgica, Reino Unido, dando lugar a estructuras más o menos federales y definitivamente asimétricas.<sup>21</sup>

b) *La ciudadanía parcial*. El pluralismo cultural está interrelacionado también con el problema de la “ciudadanía parcial” al que enfrentamos porque no todos los derechos se garantizan a los particulares legalmente residentes (refugiados, trabajadores estacionales, etc.) en el País de acogida. Y aquí la única solución es una reviviscencia de doctrinas jusnaturalistas que refieran la ciudadanía a la naturaleza humana y a la dignidad del

<sup>21</sup> Sobre el tema, cfr. REQUEJO, F. Federalisme, Descentralizació i pluralisme nacional. Teoria política i anàlisi comparada. In: Revista d'estudis autonòmics i federals, n. 4, 2007, p. 35 y ss., y HÄBERLE, P. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. In: Derechos y libertades, n. 14, 2006, p. 89 y ss.

hombre en cuanto verdadero principio primordial del Estado constitucional. En esta perspectiva, asumen gran importancia cláusulas constitucionales o de derecho internacional como por ejemplo las que hablan de: patrimonio cultural europeo común (art. 128, aps. 1 y 2, del Tratado UE), identidad nacional (artículo 46 de la Constitución Española y Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); identidades minoritarias (art. 25, ap. 1, de la Constitución de Brandeburgo). Las cláusulas mencionadas expresan una idea de la Constitución, además que como ley fundamental, como «expresión de la etapa del desarrollo cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas».<sup>22</sup>

Según cuanto se ha mencionado anteriormente, este tipo de cláusulas constitucionales ocasiona muchas dificultades en la tentativa de ponderación de valores y principios constitucionales. Considerando que después de la Segunda Guerra Mundial ha tenido lugar una irresistible expansión e incorporación constitucional de derechos de tercera y cuarta generación, un papel muy delicado está encomendado a los jueces constitucionales. Volvemos así al problema del diálogo entre órganos jurisdiccionales.

Aquí surge por lo tanto la responsabilidad de todos (Legislativos, Doctrina, Tribunales) en garantizar la primacía de los derechos fundamentales, evitando que el derecho a la diversidad cultural, por ejemplo, se quede subordinado a la lógica del mercado.

Es preciso notar, al fin y al cabo, que una solución concreta al problema del derecho de las mujeres de religión musulmana de llevar el velo en las instituciones públicas, o la garantía de las minorías lingüísticas a preservar su lengua materna a través de su estudio en las instituciones educativas, pasa por un renovado derecho administrativo.

Qué duda cabe que el derecho administrativo debe continuar a ser la concretización de un derecho constitucional todavía en evolución.

---

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TARZIA, Antonello. La Constitución Doliente: un Derecho Constitucional-Administrativo para los Tiempos de la Crisis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 163-174. ISBN 978-85-7700-501-7.

---

<sup>22</sup> HÄBERLE, P. Aspectos constitucionales de la identidad cultural, Ob. cit., p. 95

# FATORES VINCULANTES DA DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO EM CENÁRIO GLOBALIZADO\*

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Para introdução ao estudo, é imprescindível, já de início, indagar-se qual é o aspecto mais importante em qualquer contratação levada a efeito pela Administração Pública.

As maiores preocupações de agentes da Administração incumbidos da elaboração de instrumentos contratuais e editais de licitação estão relacionadas com aspectos como requisitos de habilitação, critérios de julgamento, preços, reajustes, direitos e deveres das partes, prazos e penalidades, sendo que o que na realidade deveria merecer maior atenção é o objeto. O objeto do contrato é o fator nuclear determinante e condicionador de todos os demais.

O objeto define a substância do contrato, define o que deve ser realizado para atender a situação originária cuja satisfação é abrangida pelas competências da Administração.

---

\* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel "Globalização, direitos fundamentais e contratos administrativos", às 18h30 do dia 23.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Em termos mais claros, o *objeto* do contrato não é senão o atendimento do *motivo* da contratação.

Constitui-se em *motivo*, para celebração de contratos administrativos, a necessidade de contratação de obra, compra, serviço, alienação, concessão ou permissão. O mesmo evento é também o motivo do procedimento licitatório sempre que este não for dispensado ou inexigível.

Previamente às considerações pertinentes ao *objeto* e ao *motivo*, que o delinea e justifica, é oportuno abrir-se breve parêntese para tecer alguns comentários sobre a dispensa e a inexigibilidade, já que todo contrato celebrado pela Administração resulta de *licitação*, deriva-se de *dispensa* ou *inexigibilidade* de tal procedimento ou simplesmente é alcançado pela *inaplicabilidade* da norma que obriga a licitar. Com a leitura dos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição, até se poderia, precipitadamente, afirmar que não caberia qualquer questionamento quanto à obrigatoriedade de se licitar para a contratação de obras, compras, serviços, alienações, concessões e permissões. Conclusão correta, porém, quanto à obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório somente se fundada apenas na literalidade do texto constitucional, mas seria *precipitada*, porque desprezaria aspectos circunstanciais a cada situação específica. Aspectos estes fundamentais para fins de avaliação dos reflexos de um mercado globalizado sobre a definição do objeto do contrato. São aspectos de inquestionável interesse público, sequer imaginados pelo agente legislativo ao produzir a norma, pois lhe era então impossível fazê-lo, eis que desconhecia as particularidades de cada motivo concreto que ulteriormente poderia vir a consubstanciar-se.

A interpretação literal a que se fez alusão no parágrafo precedente desdenharia de fatores de fundamental importância e do máximo interesse público: além da identificação da hipótese, do mandamento e da finalidade da norma, deve-se perscrutar o soberano *motivo* da contratação a ser celebrada pela Administração Pública.

Enquanto o mandamento normativo define *o que* se deve fazer, remanesce ao administrador público a tarefa (normalmente desprezada) de identificar o *motivo*, de buscar saber, na situação concreta específica, *por que* deve contratar. Este é o fator determinante da obrigatoriedade ou não de se licitar em cada caso e dos direitos e deveres das partes — Administração e particular contratado — do futuro contrato e, igualmente determinante, das exigências relativas a habilitação, julgamento, preços, prazos, penalidades, etc. Não se trata aqui do *motivo legal* (descrito na hipótese da norma), mas do chamado *motivo de fato* da contratação e, sendo tal, é um dentre os pressupostos a serem

investigados para os fins deste estudo. Esta questão, por sua elevada importância para os fins deste estudo, será retomada adiante.

Retornando-se ao estudo do *motivo de fato* da contratação, torna-se inafastável a menção ao princípio da motivação. Motivação, princípio fundamental, de inafastável observância, do Direito Administrativo e, pois, de todo procedimento administrativo, aí compreendidos o de licitação e de dispensa ou inexistência, deve ser respeitada na prática de todos os atos administrativos integrantes de qualquer operação e, obviamente, não menos, na de contratação.

Assim deve ser, desde a *constatação objetiva* (e não simples “escolha”) do motivo inicial com base no qual descrever-se-á o objeto do ulterior contrato e, em caso de licitação, definir-se-ão as exigências juridicamente cabíveis a figurarem no edital.

O Direito exige que o julgamento seja objetivo. Esta objetividade não se limita à mera análise das propostas e dos documentos de habilitação simples e isoladamente com base no edital, mas com base no Direito. Assim, é imprescindível que o pressuposto empírico, ou *motivo de fato*, da licitação efetivamente exista.

É com base nesse pressuposto *de existência e de validade* do contrato e do procedimento licitatório que se definirão as exigências relativas às propostas e à habilitação, quando se licita. Quando não obrigatória a licitação, é a partir desse pressuposto fático que se delinea o objeto do contrato. É, por sua vez, com base no objeto do contrato que se saberá se a licitação é ou não obrigatória. O motivo fático da contratação tem força vinculante sobre tudo a que se proceder durante seu andamento, haja ou não prévia licitação.

Marçal Justen Filho,<sup>1</sup> muito proficientemente, afasta qualquer possibilidade de especulação discricionária, por exemplo, na escolha dos requisitos a serem satisfeitos pelos interessados para participarem

<sup>1</sup> “Não cabe invocar a natureza discricionária da competência para afastar o controle sobre o ato praticado. É indispensável apresentar as justificativas teóricas, práticas e lógicas para a escolha realizada em cada caso. E o conteúdo da justificativa comporta controle. Partindo do pressuposto de que toda eleição de requisito de participação se funda num processo lógico, científico ou técnico, cabe controlar a correção dos juízos adotados pela Administração. 7.4.4) O ônus da prova quanto à validade dos requisitos adotados no caso concreto: O particular será investido do ônus de provar a invalidade, o abuso, o excesso, a incorreção dos requisitos de participação, mas sempre tomando em vista a exposição clara e precisa constante da motivação adotada pela Administração. A Administração tem o dever de eleger os critérios de participação como decorrência de um processo de avaliação das circunstâncias do caso concreto. Portanto, há presunção absoluta de que existem razões lógicas, técnicas ou científicas para decisão administrativa pertinente aos requisitos de participação” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 400).

da licitação. Essa escolha é vinculada, e seu fator vinculante é o *motivo* originário.

No projeto da lei de licitações e contratos administrativos, era prevista, nos artigos iniciais, a necessidade de motivação de cada procedimento licitatório, mas substitutivo e emendas vieram eliminar aquela exigência; eliminação inútil, sem dúvida, pois a definição do objeto do contrato é cláusula regulamentar e, como tal, deve figurar integral e explicitamente na minuta do futuro contrato — anexo obrigatório do edital de licitação. Ao se identificar o *objeto*, enfim, inevitavelmente identifica-se o *motivo*. Pois enquanto o objeto identifica o *que* deve ser feito pelo contratado, o motivo responde *por que* aquela atividade tornou-se necessária.

O *motivo* é fundamental na condução da administração pública em sentido objetivo. A atuação do administrador público não tem fundo meramente subjetivo, apesar da incansavelmente reiterada, e equivocadamente interpretada, frase de Miguel Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei de ofício”.<sup>2</sup> Equivocadamente, interpretada porque, no contexto em que foi empregada, o sentido que lhe foi dado pelo autor era muito mais rico e profundo.

O administrador não pode limitar-se a fazer unicamente aquilo que já está previamente escrito em texto legal, e tampouco apenas aquilo que a norma, extraída desse texto, ordena. Não poderá ele, sem dúvida, furtar-se a observar o que a norma estatui, porém, não estão apenas nela todos os fatores vinculantes da atuação do administrador público.

O administrador deve estar atento para a *realidade* que o cerca, a fim de identificar situações que se subsumam a hipóteses específicas descritas por normas que apontam para determinada providência e a incluem entre as competências da Administração Pública.

O administrador, portanto, aplica a norma à *realidade* e somente quando houver *motivo* (fático) para isto. E deverá obrigatoriamente fazê-lo sempre que *motivo* houver.

O motivo, pois, é absolutamente imprescindível na condução dos atos da Administração. Ele determina a necessidade da ação, intrinsecamente delinea sua finalidade, define seu conteúdo e configuração, vincula-a e a legitima. Desse fenômeno deflui a importância do princípio da motivação.

<sup>2</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

Assim, impõem-se oportunas algumas considerações sobre o *motivo* no Direito Administrativo.

De uso frequente para designar o motivo do ato administrativo são expressões como *motivo de fato*, *motivo fático*, *pressuposto empírico* e outras que sugerem ser ele algo de natureza concreta, porém, nem sempre ele configura um fato e nem sempre algo concreto.

Nem todo motivo ensejador da atuação administrativa é uma situação concreta.

Deve, porém, sempre, ser *real* e *objetiva*, ou seja, jamais poderá ser puro fruto da imaginação subjetiva do administrador.

Deve, então, o assim convencional e pacificamente chamado *motivo de fato* ser, não necessariamente um *fato*, mas um *fator*; e não efetivamente *concreto*, mas *real*: um *fator real*. Um *fator real* que espontaneamente se consubstancia e deve ser detectado e objetivamente avaliado pelo administrador a fim de verificar se ele coincide com um daqueles *fatores hipotéticos* definidos por norma e, coincidindo, imponha à Administração o dever de agir em determinado sentido. Somente a partir desse momento poderá haver espaço para o exercício subjetivo do administrador, mas exclusivamente no que concerne à sua habilidade pessoal para solucionar problemas, e jamais no interesse subjetivo seu ou de outro particular ou de sua agremiação política ou ideológica, mas sim e exclusivamente no interesse da coletividade. Essa subjetividade juridicamente admissível será maior ou menor proporcionalmente à discricionariedade que da norma remanescer.

Fundamental e indispensável em qualquer atividade executada pela Administração Pública, o motivo também o é no delineamento das contratações públicas.

O motivo, não apenas do contrato administrativo, mas já preteritamente, do procedimento administrativo que o legitima — de licitação, de dispensa ou de inexigibilidade desta — encontra-se, explícita ou implicitamente, no genótipo de toda norma pertinente a contratações. Assim sucede em relação a todos os dispositivos da Lei nº 8.666/93 e, não menos e principalmente, na essência do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e dos demais comandos constitucionais pertinentes a atividades e empreendimentos contratados pela Administração.

Sem o fiel, minudente e objetivo conhecimento do motivo do contrato administrativo, jamais seria possível descrever-se seu objeto. Não é por qualquer outra razão que a Administração não pode sequer licitar obras ou serviços de engenharia sem ter desenvolvido o correspondente projeto, ou sem os estudos prévios de viabilidade, dentre os quais

destacam-se os de cunho técnico, econômico-financeiro, mercadológico, social e ambiental.

Absolutamente não menos importante é a *finalidade* do contrato administrativo. Esta não é simplistamente a finalidade prevista em lei, mas a finalidade que se consubstancia no mundo concreto, o atendimento do *motivo* originário, do fator real que exigiu a atuação do Poder Público.

Assim como não terá sido motivado o ato de revogação de um procedimento licitatório alegando-se simplesmente que este se deve a “motivo de interesse público”, sem identificação do fator real cujo atendimento é de interesse público, tampouco se pode considerar atingida a finalidade se esta não puder ser aferida no mundo real. O “motivo de interesse público” é o motivo legal ao qual deverá subsumir-se o fator real, e efetivando-se essa congruência somente então poderá (deverá) a Administração agir.

O motivo legal do contrato é o “por que” da atuação do administrador descrito teoricamente na hipótese da norma; a finalidade legal é o “para que” definido no mandamento da mesma norma. O *motivo de fato*, a seu turno, é a situação (ou *fator*) real, o acontecimento, coincidente com o motivo legal. Na mesma linha lógica, haverá uma finalidade *concreta* (ou *real*) representada pelo resultado a ser buscado em concreto pela atuação administrativa.

Verdade é que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 2º, pode levar o espírito menos atento a supor que a finalidade de uma licitação é garantir a observância da isonomia, mas essa é apenas a linguagem, o texto da lei, e não a norma.

Isonomia é *princípio* e jamais *finalidade*.

Se assim não fosse, a isonomia seria também finalidade do concurso para preenchimento de cargo público, como, de resto, para toda ação do Estado, pois, como princípio que efetivamente é, deve ser observado sempre e em qualquer dessas hipóteses.

A finalidade é sempre *para que* resultado algo deve ser feito; já o princípio aponta para os cuidados a serem tomados na busca da finalidade.

É claro que existe também o princípio da finalidade, porém, este não se confunde com a finalidade. A finalidade é o resultado, o estado final. O princípio da finalidade, por sua vez, é a norma que define como deve o administrador proceder para não se desviar da finalidade que, consoante já se afirmou linhas acima, nada mais é que o atendimento do motivo.

O fator real a que chamamos motivo de fato não pode limitar-se apenas aos seus aspectos internos, mas também aos que lhe são circunstâncias. Por esta razão é que se deve entender o termo *fato concreto* no sentido de situação, ou fator real. Na maioria dos casos, realmente, tem-se um fato, contudo, o mesmo e idêntico fato imporá à Administração a assunção de providências diferentes de acordo com as diferentes circunstâncias que à sua volta orbitarem.

A globalização ou suas peculiaridades dificilmente constituir-se-iam em elementos componentes do motivo de um contrato administrativo, mas serão aspectos de natureza *circunstancial*. Dentre os aspectos circunstanciais, sobressaem, por sua importância para o presente tema, aqueles determinados por um cenário globalizado. Oportuno passar-se ao estudo relativo à força vinculante ou não desses aspectos circunstanciais, sobre a configuração do motivo do contrato administrativo e, conseqüentemente, sobre a definição do objeto contratual.

Vários são os meios pelos quais se pode aferir o poder vinculante ou não das circunstâncias que convergem em determinado momento da configuração do motivo do contrato administrativo, todavia, a simplicidade e brevidade que devem caracterizar o presente estudo permitem o artifício didático do recurso a um processo de “engenharia reversa”, pelo qual se conclui que os aspectos *circunstanciais* vinculam a atuação do administrador. As alterações sofridas por aspectos exteriores, circunstâncias, ao motivo que ensejou e legitimou o contrato administrativo exigem a revisão deste, e nem sempre alterações internas ao próprio motivo.

Ora, se os aspectos novos, que determinaram as alterações circunstanciais ao motivo do contrato, já existissem à época da licitação, naturalmente a Administração estaria obrigada a levá-los em consideração para a descrição do objeto e, por imperativo lógico, também para a definição de todas as exigências do edital e, não menos, para a estruturação do contrato e estabelecimento de suas cláusulas.

Além, ademais, da correta identificação do motivo e da descrição do objeto do contrato administrativo, a própria definição da não obrigatoriedade de se licitar em determinado caso poderá estar vinculada muito mais a particularidades circunstanciais ao fator motivador do futuro contrato, muito particularmente no que concerne à inexigibilidade de licitação.

Em antigo estudo, este autor já teve oportunidade de afirmar que dispensa e inexigibilidade de licitação distinguem-se não somente na nomenclatura adotada pela lei, mas também por suas naturezas absolutamente distintas. Enquanto a dispensa depende da opção política

do legislador no momento de elaboração da norma, a inexigibilidade corresponde a uma impossibilidade de licitar (ainda que o legislador quisesse torná-la obrigatória, seria simplesmente impossível promovê-la). Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho.<sup>3</sup>

Caso, aliás, a Administração desdenhe de algum fator circunstancial, incorre em ilegalidade, pois a descrição do objeto da própria licitação ficará comprometida e, sem dúvida, prejudicada também a definição do objeto, que já então deverá constar na minuta contratual.

Seria ingenuidade ignorar-se que inexistente unanimidade quer a favor quer contra a globalização. Efetivamente, um mercado globalizado produz muitos resultados negativos, entretanto, gera também benefícios. Buscar saber se seriam maiores as perdas ou os ganhos derivados da globalização seria flagrante perda de tempo, pois somente diante de cada caso concreto consubstanciar-se-iam todos os fatores determinantes das espécies e graus de benefícios e prejuízos advindos do mercado globalizado. É tão cômodo quanto doentio afirmar-se que a globalização é sempre e invariavelmente maléfica ou benéfica.

Conclusões pré-formadas, sejam ou não pura opção ideológica, denunciam preguiça de raciocínio, porque aquele que a elas se apegam não precisarão avaliar objetiva e criteriosamente cada novo caso para só então saber se naquele momento a globalização produzirá saboroso e nutritivo fruto ou mortal veneno.

A avaliação deve, enfim, ser feita caso a caso. De qualquer modo, pode-se com segurança afirmar que um ambiente globalizado, pareçamos ele simpático ou repugnante, não pode ser ignorado ou desprezado pela Administração Pública desde a constatação e avaliação objetiva do motivo do contrato — antes, portanto do procedimento de licitação, dispensa ou inexigibilidade — até a satisfação da finalidade do contrato administrativo (atendimento do motivo originário).

<sup>3</sup> “Portanto, não se trata de problema ‘normativo’, mas de questão fática. Nesse sentido, aliás, é a preciosa lição de Eros Roberto Grau, adiante reproduzida: ‘A lei não cria hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrentes de inviabilidade de competição. Estas constituem eventos do mundo do ser, não do mundo do dever-ser jurídico. Hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrentes de situações de inviabilidade de competição existem — ou não existem — no mundo dos fatos. Por essa razão é que o art. 25 da Lei 8.666/93 enuncia o conceito de inexigibilidade de licitação (há inexigibilidade dela ‘quando houver inviabilidade de competição’) e, ademais, dá exemplos de alguns casos de inviabilidade de competição (seus incisos), outros, além desses, podem se manifestar.’ Na mesma linha, Luiz Alberto Blanchet afirma que a inexigibilidade tem origem no mundo material e não no jurídico” (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997. p. 169).

A Administração deve considerar os riscos e ameaças de um mercado globalizado, mas deve também aproveitar, no interesse da coletividade, as vantagens desse mesmo mercado. Ignorá-lo poderá redundar em desvio de finalidade, eis que a finalidade efetivamente alcançada ao final da execução do objeto do contrato será o atendimento de um motivo cuja avaliação foi subjetiva, incompleta ou infiel à realidade, ignorou indispensáveis aspectos *circunstantes*.

Pouco importa se houve deliberada intenção do administrador ou se este agiu com imprudência, negligência ou imperícia ao incorrer em desvio da finalidade. Tais fatores serão importantes apenas para a gradação da responsabilidade pessoal do agente da Administração. Os danos para a coletividade, porém, serão iguais, tenha havido ou não dolo do administrador.

Com certeza não serão poucos a levantarem a bandeira da proteção aos empresários nacionais.

A concepção protecionista de Estado é antiga e provavelmente não terá vida tão breve. Talvez nunca desapareça, a exemplo de tantas outras visões particulares — e peculiares — do mundo, que ainda sobrevivem em certos momentos e regiões do mundo. A própria democracia ainda não é unanimidade entre os diversos povos do mundo.

A quem deve o Estado proteger? Ao proponente nacional, simplesmente por ser nacional, ou somente ao proponente nacional eficiente?

O economista Maílson da Nóbrega<sup>4</sup> com muita propriedade observa que países como a China e a Coreia prosperam em ambiente onde as condições políticas adotadas são estranhas ao nosso modo de ver a relação entre o Estado e a iniciativa privada. A capacidade pessoal de inovar, o empreendedorismo, é valorizada acima da simples condição de ser produtor nacional. A preocupação é com a produtividade, a eficiência, o desenvolvimento, não com o desenvolvimento puro e simples resultado de injeções estatais a pessoas jurídicas e físicas consideradas “marginalizadas” por algo indefinido e em verdade

<sup>4</sup> “Há quem sustente que o êxito econômico da China se deve à moeda desvalorizada, enquanto o da Coreia do Sul adviria de políticas industriais. Trata-se de simplismo que desconsidera a complexidade do processo de desenvolvimento e ignora razões mais relevantes para explicar o sucesso desses dois países. (...) Enquanto nossa estratégia buscava a substituição de importações, a deles focalizava as exportações. Para competir, era preciso adotar tecnologias e gestão típicas dos países ricos, o principal destino de seus produtos. Ganhos de eficiência e produtividade vinham da inovação. A substituição de importações deu origem à industrialização ineficiente e a uma cultura favorável ao protecionismo” (Revista *Veja*, ed. 2200, ano 44, n. 3, p. 20, 19 jan. 2011).

inexistente que não raros insistem em chamar de “elite”. Nem essas injeções estatais podem ser consideradas fomento no sentido jurídico, nem esse “desenvolvimento” pode ser considerado como verdadeiro desenvolvimento no sentido que a Constituição da República deseja, pois lhe falta sustentabilidade.

Maílson observa que nos mencionados países, “a ideia é expor a indústria à competição internacional” e que “o Brasil e a América Latina optaram pelo inverso, isto é, por medidas contra a concorrência externa”.

O protecionismo, afinal, é um grave equívoco provocado por outro grande erro: evitar a competição externa. Dois erros que se alimentam mútua e simbioticamente.

A finalidade de todo contrato, e assim também do procedimento que o antecedeu, é o atendimento mais satisfatório possível da necessidade representada pelo *motivo* e não a proteção dos nacionais.

A proteção dos nacionais é, sem dúvida, da mais alta relevância e constitui, com toda certeza, competência do Estado, mas não é o contrato administrativo o instrumento próprio para tal fim.

A finalidade do procedimento de contratação deve respeitar a pertinência lógica com o objeto e o motivo, sob pena de não resistir ao exame da causa.

Deve, enfim, o Estado, aproveitar em suas contratações os benefícios do mercado globalizado ou proteger os nacionais? Afinal, os benefícios de mercado globalizado são imediatos para a coletividade titular do interesse envolvido na execução do contrato e mediato para os empresários nacionais.

Não pode remanescer qualquer dúvida quanto à prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses de empresários nacionais que conseguiriam sair vencedores de uma licitação somente se houvesse proteção estatal pelo fato de serem nacionais e não em função de suas aptidões e de sua eficiência no atendimento do interesse público específico envolvido na satisfação do motivo de um contrato administrativo.

O motivo legal de uma licitação e, pois, de um contrato administrativo é sempre uma necessidade real de uma obra, serviço, aquisição, alienação, concessão ou permissão, por força do art. 37, inciso XXI, e do art. 175 da Constituição da República. Se este é o motivo legal, o motivo de fato deve a ele subsumir-se, deve ser a efetiva necessidade de uma obra, serviço, aquisição, alienação, concessão ou permissão, e não a

necessidade de remediar a ineficiência do pretendente que sobrevive somente em cenário de isolamento em relação aos mercados estrangeiros.

Se somente as necessidades arroladas pelos aludidos dispositivos constitucionais podem ser motivos de contratos administrativos, óbvia e inevitavelmente, a finalidade das contratações pertinentes não poderá ser outra que não o atendimento dessas mesmas necessidades.

Ademais, a proteção indiscriminada ao nacional (e somente a indiscriminada, deixe-se claro) comprometerá o atendimento dos motivos que justificam a celebração de contratos administrativos.

Obviamente não se pretende (nem se poderia juridicamente) abolir aquelas proteções aos proponentes nacionais destinadas a eliminar desigualdades não provocadas pelos nacionais e por eles inevitáveis, categoria que com toda certeza não abrange a ineficiência (ou mesmo a eficiência inferior à do estrangeiro) e tampouco a falta de espírito inovador e empreendedor.

Por que não proteger, então, o nacional, por exemplo, da pesada e insustentável carga tributária? Seria uma proteção digna e que não seria praticada em detrimento de qualquer interesse da coletividade. Afinal, o peso dos tributos acaba sendo maior sobre as cabeças dos mais pobres, direta ou indiretamente. Seriam também os mais pobres os mais prejudicados pela proteção incondicionada dos proponentes nacionais; o custo da proteção a nacionais nas contratações da Administração seria distribuído à população e inclusive o mais humilde cidadão contribuiria com a sua fração para sustentar empresas às quais falta ou eficiência, ou capacidade, ou coragem. Não seria barato, principalmente para aqueles que já sobrevivem no limite.

O Estado, como instrumento que é — do povo — para assegurar o atendimento de suas necessidades, conforme está expresso no Preâmbulo da Constituição da República, deve proteger, em qualquer procedimento de contratação, o mais apto e eficiente para satisfazer o motivo do contrato administrativo a ser celebrado.

O Estado deve proteger, enfim, o interesse de toda a coletividade, e não o de sua fração nem sempre suficientemente capaz e empreendedora.

Ao levar em consideração, na identificação do *motivo* do contrato e, conseqüentemente, na descrição de seu *objeto*, os benefícios que o mercado globalizado agregará, a Administração estará cumprindo o

seu papel: avaliar *objetivamente* as situações e as oportunidades que interessam à coletividade. E para fazê-lo objetivamente, deve alijar-se de suas visões religiosas, ideológicas, supersticiosas, etc., deve eliminar toda disposição ou preferência pessoal prévia para discordar ou concordar, deve avaliar a realidade.<sup>5</sup>

---

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BLANCHET, Luiz Alberto. Fatores vinculantes da definição do objeto do contrato administrativo em cenário globalizado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175-186. ISBN 978-85-7700-501-7.

---

<sup>5</sup> Karl Raimund Popper alerta para a existência de “dois sentidos diferentes de conhecimentos ou de pensamento: (1) *conhecimento ou pensamento no sentido subjetivo*, constituído de um estado de espírito ou de consciência ou de uma disposição para reagir; e (2) *conhecimento ou pensamento num sentido objetivo*, constituído de problemas, teorias e argumentos como tais. Neste sentido objetivo, o conhecimento é totalmente independente de qualquer alegação de conhecer que alguém faça; é também independente da crença ou disposição de qualquer pessoa para concordar, ou para afirmar, ou para agir” (POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Ed. USP; Itatiaia, 1975. p. 110-111).