

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**BARREIRAS À ENTRADA E HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO: O ARTIGO 37,
INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VISTO SOB AS PERSPECTIVAS DO
DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ANTITRUSTE**

BRENO ZABAN CARNEIRO

Brasília, 2008

BRENO ZABAN CARNEIRO

**BARREIRAS À ENTRADA E HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO: O ARTIGO 37,
INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VISTO SOB AS PERSPECTIVAS DO
DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ANTITRUSTE**

Dissertação que apresenta à Faculdade de Direito -
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA -
para obter o grau de MESTRE EM DIREITO.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador
Prof. Dr. CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Brasília, 2008

Carneiro, Breno Zaban.

Barreiras à entrada e habilitação em licitação: o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal visto sob as perspectivas do direito administrativo e do direito antitruste. / Breno Zaban Carneiro – Brasília, 2008.

Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídicas. Universidade de Brasília, 2008.

Orientador: Dr. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

1. Licitação. 2. Defesa da concorrência.

BRENO ZABAN CARNEIRO

BARREIRAS À ENTRADA E HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO: O ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VISTO SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ANTITRUSTE

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho (titular - orientador)

.....

Prof. Dr. Olavo Zago Chinaglia (titular - FAAP)

.....

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro (titular)

.....

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (suplente - UnB)

.....

A meus pais.

Ao meu orientador, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, meus agradecimentos pelo acompanhamento constante e pela enorme paciência com que conduziu este trabalho. A Marcus Mota da Cunha Lopes, Paulo Furquim de Azevedo, Fernando de Magalhães Furlan, Elisandra Fernandes, Paulo Leonardo Casagrande e Alexandre Lauri Henriksen, revisores e amigos, meus agradecimentos pelo esforço em apontar inúmeros erros deste trabalho e indicar o caminho para a sua correção.

RESUMO

Trata-se de trabalho sobre o estabelecimento de barreiras à entrada em procedimentos de licitação governamental. O texto inicia-se com uma descrição da literatura especializada acerca do conceito de barreiras à entrada. Discute-se a inexistência de definição pacífica do termo e a necessidade de identificação de pressupostos conceituais para o uso da expressão. Aborda-se a idéia de barreira institucional como obstáculo associado a regras formais e informais que limitam e moldam a interação humana. A criação de obstáculos ao acesso a licitações é percebida como a fixação de uma barreira institucional. Argumenta-se que a criação de tais obstáculos é vedada pelo art. 37, inciso XXI da Constituição Federal do Brasil. Propõe-se que essa vedação pode ser enxergada a partir de duas ópticas: a do direito administrativo, preocupado com a obtenção da melhor proposta para a administração e com o tratamento isonômico de licitantes; e a do direito antitruste, preocupado com a promoção da alocação eficiente dos recursos da sociedade. Discute-se a licitude de barreiras à entrada em licitações a partir destas duas lógicas distintas. Argumenta-se que o procedimento de habilitação em licitações é uma ferramenta cognitiva voltada à minimização dos riscos de contratação de agentes incapazes de concluir contratos com a administração pública. Propõe-se que a licitude de uma exigência de habilitação deve ser aferida a partir dessa lógica, tanto para o direito administrativo como para o direito antitruste. São discutidos alguns expedientes comumente empregados para tal fim. Nota-se a inexistência de experiências consolidadas que possam orientar adequadamente a tomada de decisão do agente público. Por fim, argumenta-se pela possibilidade de persecução antitruste de práticas limitadoras do acesso à licitação. Propõe-se que tais práticas apresentam certas características específicas que demandam critérios de apreciação específicos e dispensam certas exigências comuns a outras práticas anticompetitivas, tais como a exigência de demonstração de poder de mercado.

Palavras-chave: Defesa da concorrência; Administração pública; Licitação; Barreira à entrada.

ABSTRACT

This work deals with the creation of barriers to entry in government procurement proceedings. It is introduced by a discussion of what has been written on the concept of barriers to entry. The text discusses the unavailability of an undisputed definition of barriers to entry and the need for identifying its underlying conceptual perspectives for its use. The idea of barrier to entry as an obstacle associated to formal and informal rules that limit and shape human interaction is approached. The imposition of obstacles against access to procurement proceedings is identified as the establishment of institutional barriers to entry. It is argued that the creation of such obstacles is forbidden by article 37, item XXI, of Brazil's Federal Constitution. It is proposed that this prohibition can be understood from two perspectives: administrative law, which is concerned with obtaining the best deal for the administration and with treating interested parties fairly, and antitrust law, which is concerned with efficient allocation of resources. The lawfulness of barriers to entry is discussed from the standpoint of these two perspectives. It is argued that the formal admittance proceedings for public procurement consist in a cognitive tool directed to reducing the risk of contracting with agents that are unable to deliver on contracts established with the administration. It is proposed that the lawfulness of a admittance demand should be judged by this perspective, under both administrative and antitrust law. Some means employed to such end are discussed. It is noted that there is a lack of consolidated reported experiences that might be able to direct public agents decision making on the subject. It is proposed that it is possible to have antitrust persecution of practices that restrict access to public procurement proceedings. It is argued that these practices possess specific characteristics that demand special judgment criteria and that make unnecessary some common elements required for other anticompetitive practices, like the demand for a showing of market power.

Key words: Competition policy; Public administration; Government procurement; Barrier to entry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO, p.11

CAPÍTULO I - O CONCEITO DE BARREIRAS À ENTRADA

1 Introdução, p. 16

2 O que são barreiras à entrada? Um problema de definição, p. 18

3 Barreiras institucionais à entrada, p. 23

4 Barreiras à entrada na análise antitruste: decisões do CADE, p. 34

5 Imposição de barreiras como conduta anticompetitiva, p. 40

6 Síntese e considerações finais, p. 44

CAPÍTULO II – CONCORRÊNCIA E LICITAÇÃO: A CONSTITUIÇÃO E AS PERSPECTIVAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ANTITRUSTE

1 Introdução, p. 46

2 A licitação na Constituição Federal e na interpretação do Supremo Tribunal Federal, p. 47

3 Concorrência em licitação para o direito administrativo: melhor oferta e isonomia entre licitantes, p. 55

4 Concorrência em licitação para o direito antitruste: eficiência alocativa, p. 65

4.1 O que é eficiência alocativa?, p. 66

4.2 Por que a eficiência alocativa é um valor que deve ser protegido?, p. 69

4.3 Eficiência alocativa deveria ser buscada no âmbito de licitações?, p. 71

5 Síntese e considerações finais, p. 73

CAPÍTULO III – HABILITAÇÃO COMO BARREIRA INSTITUCIONAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1 Introdução, p.75

- 2 Função da habilitação, p. 76
- 3 A habilitação nas diversas modalidades de licitação, p.79
- 4 Critérios de habilitação, p. 83
 - 4.1 Viabilidade econômica, p. 84
 - 4.2 Viabilidade técnica, p. 86
 - 4.3 Interesse público não diretamente relacionado ao objeto da licitação, p. 92
- 5 O excesso dos critérios – inadequada inabilitação de candidato idôneo, p. 96
- 6 Meios jurídicos de defesa, p. 99
- 7 Síntese e considerações finais, p.101

CAPÍTULO IV – HABILITAÇÃO COMO BARREIRA INSTITUCIONAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE

- 1 Introdução, p. 103
- 2 A imposição de barreira à entrada como conduta anticompetitiva, p.104
 - 2.1 Inserção estratégica de exigência editalícia, p.107
 - 2.2 Manipulação de condições de habilitação, p.108
- 3 Requisitos para caracterização da conduta no âmbito de licitações, p. 110
- 4 Licitações e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, p. 121
- 5. Síntese e considerações finais, p.128

CONCLUSÃO

- 1 Síntese das conclusões alcançadas, p. 132
- 2 Considerações Finais, p. 136

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, p. 138

INTRODUÇÃO

1 Apresentação

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que compras públicas devem seguir procedimentos de licitação, não podendo a administração pública demandar que os licitantes demonstrem mais do que “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. O comando parece indicativo de uma preocupação constitucional com a preservação da concorrência no âmbito de licitações.

Ocorre que, muitas vezes, não é possível precisar o que constitui uma exigência indispensável à garantia do cumprimento de uma obrigação. Essa incerteza coloca o administrador público em um dilema. Por um lado, ele pode adotar uma abordagem mais conservadora, de modo a, na dúvida, decidir por uma linha de ação que afaste empresas que poderiam não ser capazes de concluir um contrato firmado com a administração. Por outro lado, ele pode ser mais ousado e autorizar acesso à licitação de empresas cuja idoneidade técnica ou financeira não esteja garantida. A primeira abordagem envolve o risco de que a administração incorra em custos bastante elevados para a aquisição de bens ou serviços, uma vez que as propostas dos licitantes não estão tão constrangidas pela concorrência como poderiam estar. A segunda abordagem envolve o risco de contratação de um agente que simplesmente não consiga concluir o contratado com a administração.

Este dilema não é o único elemento a dificultar a tomada de decisão pela administração. O nível de concorrência em uma licitação afeta sensivelmente os lucros que

podem ser obtidos por particulares que desejam contratar com o Estado. Assim, não causa surpresa o fato de haver significativa pressão sobre a administração para constranger o acesso de licitante sobre o qual paira qualquer dúvida acerca de sua idoneidade.

Em tal contexto, o comando do art. 37, XXI, parece estar em constante risco de violação. É essencial, portanto, que o ordenamento jurídico estabeleça meios que contrabalancem as tendências de violação e efetivem a ordem pretendida na Constituição.

2 A diversidade de perspectivas

Como mencionado anteriormente, o art. 37, XXI, parece indicar uma orientação constitucional no sentido de se promover a competição no âmbito de licitações. Mas a exata conformação da concorrência neste contexto pode variar significativamente de acordo com a perspectiva adotada. Partindo desta idéia, esta dissertação visa estudar o tema a partir de duas perspectivas distintas: a do direito administrativo e a do direito antitruste.

Como se discutirá mais adiante, a concorrência em licitações no direito administrativo parece ser orientada por dois objetivos principais. O primeiro é a obtenção da melhor proposta para a administração. Há uma relação próxima entre o nível de concorrência em uma licitação e o preço que é cobrado da administração pelos bens ou serviços em jogo. Ao se promover a concorrência por meio da maximização do acesso à licitação, é possível que a administração obtenha melhores produtos e serviços a custos mais baixos.

O segundo objetivo pertinente ao direito administrativo é o tratamento isonômico dos licitantes. A administração pública brasileira é regida pelo princípio da impessoalidade, de modo que é vedado ao gestor público estabelecer distinções indevidas ou privilegiar uns em detrimento de outros ao selecionar pessoas para contratar com o Estado. Assim, a licitação deve ser orientada pela manutenção de condições de igualdade para a concorrência entre particulares.

O direito antitruste aborda o tema a partir de outra perspectiva. Embora haja considerável debate sobre os escopos desse ramo jurídico, um elemento fundamental a qualquer concepção parece ser a noção de eficiência alocativa. A idéia é que os mecanismo de mercado de oferta e demanda orientam o uso dos recursos escassos da sociedade da forma que criará o maior benefício possível para a coletividade. Ao se preservar a concorrência, garante-se que os bens da sociedade serão usados da forma mais vantajosa possível, de modo a criar o maior valor que possa ser obtido com aquele conjunto de recursos disponíveis. Esta perspectiva sustenta boa parte do arsenal teórico antitruste e constituirá a abordagem teleológica adotada aqui para este ramo do direito.

Entende-se que o comando do art. 37, XXI, da Constituição Federal adota matizes distintos de acordo com a perspectiva adotada. Por este motivo entende-se vantajoso o uso simultâneo das abordagens do direito administrativo e do direito antitruste ao tema.

3 Núcleo da dissertação: identificação do problema e proposta básica

A Constituição demanda que não sejam realizadas exigências outras que aquelas indispensáveis à garantia e ao cumprimento de obrigações firmadas com o Poder Público pelo vencedor da licitação. Mas o que constitui uma exigência dispensável? Como avaliar se uma exigência é adequada para assegurar o cumprimento de uma obrigação ou se é apenas uma restrição indevida ao acesso de empresas ao mercado? E, caso conclua-se pela inadequação de uma exigência, o que pode ser feito para combater o seu uso? Esses são os problemas que se pretende abordar nesta dissertação.

A proposta de abordagem envolve a visualização dos problemas a partir da perspectiva do direito administrativo e do direito antitruste. A idéia é sondar, tendo como parâmetro os escopos próprios a cada um desses ramos jurídicos, quais são os critérios que

devem ser usados para a aferição da adequação de uma determinada linha de ação que restrinja o acesso de interessados a uma licitação. Uma vez estabelecidos esses critérios, pretende-se identificar os meios disponíveis de combate a práticas indevidas e as condições para o emprego desses meios.

4 Metodologia

A metodologia empregada para o estudo aqui proposto é a revisão da literatura especializada. A idéia é que se pretende sondar o grau de consolidação do conhecimento sobre o tema. Entende-se que a abordagem do tema em artigos científicos e publicações especializadas é um bom indício de maturação de entendimentos, motivo pelo qual esta parece a metodologia mais adequada ao trabalho. Decisões judiciais e de tribunais administrativos serão indicadas de forma mais episódica, não constituindo a estrutura principal de abordagem desta dissertação.

5 Desenvolvimento

A dissertação é dividida em quatro capítulos. O primeiro e o segundo capítulos são razoavelmente independentes entre si. O terceiro e quarto capítulos, por outro lado, sustentam-se e pressupõem as assertivas e concepções apresentadas nos capítulos anteriores.

O primeiro capítulo aborda a definição de barreira à entrada. O objetivo deste capítulo é firmar uma estrutura conceitual acerca da expressão que dispense a remissão contínua, ao longo da dissertação, a dificuldades e polêmicas quanto ao uso do termo. Para tanto, discutem-se as definições encontradas na literatura. Em seguida, aborda-se o conceito de instituição e sua relevância para o conceito de barreiras. São realizadas algumas considerações acerca de seu uso na prática do direito antitruste brasileiro e são discutidas as dificuldades

associadas a seu emprego na caracterização de condutas anticompetitivas de criação de barreiras à entrada.

O segundo capítulo aduz o mandamento previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal e discute a noção de concorrência em licitações. São apresentadas algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar restrições à concorrência em procedimentos licitatórios. Discute-se a necessidade de concretização do mandamento do art. 37, XXI, e, para tanto, são apresentadas as perspectivas do direito administrativo e do direito antitruste a respeito da promoção de concorrência em licitações.

O terceiro capítulo discute o tema a partir da perspectiva do direito administrativo. Descreve-se o procedimento de habilitação e sua função. Sonda-se a sua pertinência a modalidades distintas de licitação. São analisados diversos expedientes diferentes empregados para a aferição da idoneidade do licitante, sendo investigada a existência de critérios consolidados na literatura sobre o tema. É discutido o excesso de critérios de aferição de idoneidade do licitante e são apresentados alguns meios de defesa do ordenamento jurídico contra exigências indevidas de habilitação.

O quarto capítulo enfrenta a questão a partir da perspectiva do direito antitruste. Discute-se, essencialmente, como a imposição de barreiras à entrada em licitações pode constituir infração contra a ordem econômica. São propostas formas de concretização da prática. É sugerida uma forma de enquadramento da conduta na lei de defesa da concorrência. Discutem-se os critérios para identificação da ilicitude uma determinada restrição ao acesso, bem como os possíveis abrandamentos à aplicação de tais critérios. Finalmente, aborda-se a admissibilidade de persecução, pelas autoridades de defesa da concorrência, de infrações contra a ordem econômica empreendidas no âmbito de licitações.

O trabalho é concluído com uma síntese das conclusões obtidas e com algumas considerações finais acerca do tema.

CAPÍTULO I -

O CONCEITO DE BARREIRAS À ENTRADA

1 Introdução

Poucos conceitos são tão empregados na análise de mercados e na prática antitruste cotidiana como o de barreira à entrada. Trata-se de tema explorado em análises de rivalidade em mercados concentrados, em discussões sobre a possibilidade teórica de certa conduta ser empreendida sem resposta imediata por parte de outros concorrentes e até mesmo em debates sobre a criação artificial de um obstáculo indevido ao acesso de novos agentes no mercado.

O conceito, porém, parece carecer de delimitação precisa. Talvez por conta da enorme diversidade de ocasiões em que é empregada, a expressão “barreiras à entrada” é empregada com conotações bastante diversas em casos bastante heterogêneos. Esta circunstância pode limitar o valor cognitivo do conceito e até mesmo levar à inadequação de certas descrições de barreiras como fundamento para a tomada de decisões.

O presente texto pretende abordar essa problemática a partir de alguns ângulos específicos. Em um primeiro momento, será realizada uma breve exposição a respeito das diferentes definições de barreira encontradas na literatura econômica. A idéia é indicar a inexistência de uma única concepção aceita a respeito do tema e apontar possíveis dissonâncias entre as concepções existentes. Em seguida, passa-se a discutir um tipo específico de barreira, que recebeu pouca atenção da literatura econômica: aquela consubstanciada em regras formais ou informais que estruturam a tomada de decisões por agentes no mercado. Essas barreiras, aqui

chamadas de “institucionais”, apresentam peculiaridades que dificultam a adoção de um tratamento similar ao empregado para outras restrições econômicas à entrada de agentes.

Em um terceiro momento, pretende-se apresentar decisões concretas que empreguem o conceito. O objetivo é indicar como operadores do direito antitruste enxergam e aplicam a noção de barreira à entrada. Logo após este esforço, serão apresentadas as peculiaridades associadas à análise de condutas anticompetitivas cujo objeto seja a criação ou o reforço de uma barreira à entrada. Pretende-se indicar as dificuldades associadas a essa aplicação mais específica e concentrada do conceito. O texto é, então, concluído com uma breve sinopse dos pontos abordados.

O objetivo deste trabalho é apresentar algumas dificuldades associadas ao emprego de um termo caracterizado por extrema versatilidade e aplicado em ocasiões bastante heterogêneas. Essas dificuldades muitas vezes passam despercebidas na prática cotidiana, e por isso este texto talvez permita lançar alguma luz sobre o problema. Guardadas as devidas proporções e reconhecidas as limitações do presente trabalho, uma possível indicação da discussão a ser realizada poderia ser extraída da seguinte introdução de Demsetz a um trabalho de sua própria autoria:

Embora a noção de “barreiras à entrada” desempenhe um importante papel na teoria econômica e na litigância antitruste, os problemas substanciais inerentes a elas não são completamente reconhecidos. Muito da discussão existente sobre barreiras sequer pausa para reconhecer as dificuldades, e até mesmo tratamentos mais cuidadosos da matéria prosseguem como se a definição de barreiras pudesse ser facilmente associada a alguma medida puramente objetiva do custo de fazer negócios. A função deste artigo é demonstrar que esse não é o caso.¹

¹ Livre tradução de “Although the notion of ‘barriers to entry’ plays an important role in economic theory and antitrust litigation, the substantial problems inherent in it are not fully appreciated. Much existing discussion of barriers hardly pauses to recognize the difficulties, and even more careful treatments of the subject proceed as if the definition of barriers can be tied quite easily to some purely objective measure of the cost of doing business. The burden of this paper is to demonstrate that this is not so.” DEMSETZ, Harold. *Efficiency, competition, and policy: the organization of economic activity*. Cambridge: Blackwell, 1989. 2 v. p. 25

2 O que são barreiras à entrada? Um problema de definição

Como dito, o conceito de barreira à entrada carece de definição precisa. Em um estudo sobre o tema, McAfee, Mialon e Williams foram capazes de encontrar oito definições distintas para o conceito²:

Definição 1 (Bain, 1956, p. 3) Uma barreira à entrada é uma vantagem dos vendedores já estabelecidos em um mercado em face de potenciais vendedores entrantes, que é refletida no quanto vendedores já estabelecidos podem aumentar persistentemente seus preços acima de níveis competitivos sem atrair novas empresas a entrar no mercado.³

Definição 2 (Stigler, 1968, p. 67). Uma barreira à entrada é um custo de produção (em algum ou qualquer nível produzido) que deve ser enfrentado por empresas que procurem entrar em um mercado, mas que não é enfrentado por empresas que já estejam no mercado.⁴

Definição 3 (Ferguson, 1974, p. 10). Uma barreira à entrada é um fator que torna a entrada não lucrativa ao mesmo tempo que permite a empresas já estabelecidas cobrar preços acima do custo marginal e a obter persistentemente retornos de monopólio.⁵

Definição 4 (Fisher, 1979, p. 23). Uma barreira à entrada é qualquer coisa que evita a entrada quando a entrada é socialmente benéfica.⁶

Definição 5 (von Weizsacker, 1980, p. 400). Uma barreira à entrada é um custo de produção que deve ser suportado por uma empresa que busque entrar em um mercado, mas que não é suportado por empresas já estabelecidas no mercado e que implica uma distorção na alocação de recursos do ponto de vista social.⁷

² Boa parte da discussão empreendida neste tópico sustenta-se na descrição elaborada no seguinte texto destes autores: MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; WILLIAMS, Michael A. What is a barrier to entry? [S.l.]: Social Science Research Network, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594601>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

³ Livre tradução de “**Definition 1** (Bain, 1956, p. 3). A barrier to entry is an advantage of established sellers in an industry over potential entrant sellers, which is reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above competitive levels without attracting new firms to enter the industry”. BAIN, Joe S. “Barriers to new competition” Cambridge, MA: Harvard University Press, 1956. p. 3, *apud* MCAFEE, MIALON, e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 4

⁴ Livre tradução de “**Definition 2** (Stigler, 1968, p. 67). A barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by firms which seek to enter an industry but is not borne by firms already in the industry”. STIGLER, George. “The organization of industry”. BPI Irwin, Boston, 1968. p. 67, *apud* MCAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 5

⁵ Livre tradução de “**Definition 3** (Ferguson, 1974, p. 10). A barrier to entry is a factor that makes entry unprofitable while permitting established firms to set prices above marginal cost, and to persistently earn monopoly return”. FERGUSON, James M. “Advertising and Competition: Theory, Measurement, Fact”. Cambridge: Ballinger, 1974. *apud* MCAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 6

⁶ Livre tradução de “**Definition 4** (Fisher, 1979, p. 23) A barrier to entry is anything that prevents entry when entry is socially beneficial”. FISHER, Franklin M., “Diagnosing Monopoly”. Quarterly Review of Economics and Business, Summer 1979. p. 23, *apud* MCAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 6

⁷ Livre tradução de “**Definition 5** (von Weizsacker, 1980, p. 400). A barrier to entry is a cost of producing that must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry and that implies a distortion in the allocation of resources from the social point of view”. Von WEIZSACKER. “A welfare analysis of barriers to entry”. Bell Journal of Economics, Vol. 11, nº 2. p. 400, *apud* MCAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 7

Definição 6 (Gilbert, 1989, p. 478). Uma barreira à entrada é uma renda derivada do fato de já se estar estabelecido em um mercado.⁸

Definição 7 (Carlton e Perloff, 1994, p. 110). Uma barreira à entrada é qualquer coisa que evite que um empreendedor instantaneamente crie uma nova empresa em um mercado. Uma barreira à entrada de longo prazo é um custo que deve ser incorrido por um novo entrante que empresas já estabelecidas não têm (ou não tiveram) que suportar.⁹

Definição 8 (Church e Ware, 1999, p. 487). Uma barreira à entrada é uma característica estrutural de um mercado que protege o poder de mercado de empresas já estabelecidas ao tornar a entrada não lucrativa.¹⁰

Apesar de similares em alguns pontos, essas definições apresentam noções bastante diversas a respeito do que constitui uma barreira à entrada e ênfases bastante distintas quanto ao peso de cada um dos elementos formadores do conceito. As definições divergem quanto à relevância de fatores como margem de lucro daqueles que já estão no mercado, o impacto sobre o bem estar social, vantagens de empresas que já estão no mercado, etc¹¹.

A primeira definição, talvez a mais despretensiosa, define a barreira a partir dos seus efeitos. Se as empresas que já estão no mercado são capazes de cobrar preços supracompetitivos sem receio de que novas empresas surjam, então há alguma vantagem operando em favor daquelas primeiras. O problema dessa definição é que ela é tautológica: ao definir a barreira em termos de seus efeitos, tem-se uma proposição que é verdadeira e suficiente

⁸ Livre tradução de “**Definition 6** (Gilbert, 1989, p. 478). An entry barrier is a rent that is derived from incumbency”. GILBERT, R. “Mobility barriers and the value of incumbency”. Handbook of Industrial Organization. Ed. R. Shmalensee e R.D. Willig. Amsterdam: North Holland, 475-535. p. 478. *apud* McAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 8

⁹ Livre tradução de “**Definition 7** (Carlton and Perloff, 1994, p. 110). A barrier to entry is anything that prevents an entrepreneur from instantaneously creating a new firm in a market. A long-run barrier to entry is a cost that must be incurred by a new entrant that incumbents do not (or have not had to) bear”. CARLTON, Dennis e PERLOFF, Jeffrey. “Modern industrial organization”. Reading, New York, NY: HarperCollins College Publishers, 1994. p. 110 *apud* McAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 9

¹⁰ Livre tradução de “**Definition 8** (Church and Ware, 1999, p. 487). An entry barrier is a structural characteristic of a market that protects the market power of incumbents by making entry unprofitable “. CHURCH, Jeffrey e WARE, Roger. “Industrial organization: a strategic approach”. Boston, MA: Irwin McGraw-Hill, 1999. p. 487 *apud* McAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 10

¹¹ McAfee, Mialon e Williams apontam pelo menos sete distinções pertinentes: “We have seen that the concept of a barrier to entry has a rich heritage in economics. In attempting to define the term, economists have made at least seven fruitful distinctions: (1) incumbents earning high profits versus entrants having greater costs than incumbents, (2) incumbents pricing above marginal cost versus incumbents earning profits that are above normal, (3) entry being deterred versus social welfare being reduced, (4) advantages of incumbents versus disadvantages of entrants, (5) barriers to entry versus barriers to exit, (6) speed of entry versus extent of entry, and (7) structural versus strategic barriers to entry.” McAFEE, MIALON e WILLIAMS, *op. cit.*, p. 10

em si, sem descrever qualquer fato concreto do mundo real. Ou seja, esse conceito em si não é capaz de indicar se um fator é ou não uma barreira.

A definição, porém, oferece um guia para a posterior identificação empírica de barreiras. Caso um mesmo fator seja observado ao longo de diversos mercados em que preços supracompetitivos sejam percebidos, mas não seja encontrado em mercados em que tais preços sejam contestados pela entrada de novas empresas, é possível propor que tal fator constitui uma barreira. Mas é importante notar que a definição não auxiliou em nada a identificação de quais variáveis deveriam ser isoladas para tal análise, nem orientou o pesquisador a respeito de quais fatores tenderiam a oferecer maior oposição à entrada¹². Trata-se de uma primeira orientação para a pesquisa empírica, mas uma orientação precária.

A segunda definição evita a tautologia ao focar o fundamento da vantagem da empresa que já está no mercado: a diferença de custos. Trata-se de uma perspectiva mais restrita. Ao enfatizar a diferença de custos entre entrantes e empresas já estabelecidas, diversos fatores que possivelmente seriam identificados como barreiras na primeira definição não seriam considerados.

Assim, a exigência de um elevado capital para entrada não seria considerada uma barreira: trata-se de elemento que também foi enfrentado pelas empresas que ingressaram originalmente no mercado. Economias de escala¹³ também não seriam aceitas como barreiras: a primeira empresa a entrar também precisou produzir em uma quantidade mínima para sobreviver no mercado. É possível argumentar que é mais difícil para a entrante obter essa quantidade mínima do que foi para a já estabelecida, uma vez que a entrante terá de desviar os clientes da empresa já estabelecida. Mas, nesse caso, a barreira à entrada se encontra em fatores como a resistência dos consumidores a mudar de fornecedor, e não nas economias de escala em si. Note-

¹² Também não se descreve quais fatores podem legitimamente compor a estrutura de custo marginal que orienta a formação do preço competitivo e, conseqüentemente, da formação do excedente social. Esse é um ponto especialmente pertinente à análise de barreiras institucionais à entrada.

¹³ Economias de escala são economias decorrentes do aumento de volume da produção. Ao estabelecer seu nível de produção em um patamar mais alto, o empresário vê o custo por unidade baixar significativamente.

se que a questão das economias de escala é, provavelmente, o ponto de maior atrito entre a primeira e a segunda definição.

Essas definições de Bain e Stigler são provavelmente as mais conhecidas e populares, especialmente no ramo da economia antitruste. Mas as outras definições agregam alguns pontos pertinentes ao tema.

A terceira definição segue na linha de Bain, mas agrega um importante qualificador: a empresa que já está no mercado deve ser capaz de obter retornos monopolistas sem, contudo, tornar lucrativa a entrada de novos agentes. A idéia por trás disso é que a cobrança de preço acima do custo marginal¹⁴, em si, não é um indicador suficiente da existência de lucros supracompetitivos. É possível que as empresas estejam sendo oneradas com custos que não são refletidos no custo marginal. É o caso de publicidade. Imagine-se um setor caracterizado pela necessidade de propaganda comercial contínua. Neste caso, o fato de ser cobrado preço acima do custo marginal não parece ser suficiente para se concluir que há uma vantagem especial obtida pela empresa já estabelecida. Isso porque uma empresa que cobrasse apenas o custo marginal não seria capaz de sustentar os esforços de publicidade exigidos para a permanência naquele mercado.

A definição 4 agrega um elemento normativo ao conceito. Ao considerar que a barreira é algo que evita a entrada socialmente benéfica, a definição abarca uma perspectiva a respeito do que é socialmente desejável. A idéia é que há circunstâncias que inibem a entrada de novos agentes, mas de uma forma que não prejudica a sociedade. É o caso do mercado caracterizado por alto nível de competição. Não há perspectiva de altos lucros em razão da entrada, e investidores irão optar por ingressar em outros mercados nos quais seus investimentos sejam mais demandados e, conseqüentemente, melhor recompensados. Desta forma, o fato de a

¹⁴Custo marginal pode ser entendido como o custo obtido pela produção de uma unidade a mais. Esse custo é variável e tende a subir com o aumento da produção (ou seja, a princípio, a terceira unidade custa mais do que a segunda, que custa mais do que a primeira, etc.)

entrada ser difícil no primeiro mercado não é prejudicial para a sociedade, uma vez que orienta os agentes a investirem em setores mais carentes de recursos. Conclui-se que não deveriam ser chamados de barreiras à entrada os fatores que não distorcem o tipo de cálculo que a sociedade deseja que seja feito. A definição 5, de Von Weizsacker, também se sustenta na idéia de distorção da alocação social de recursos.

A sexta definição segue outra linha: associa a barreira à entrada ao fato de já se estar estabelecido em um mercado. A idéia é a seguinte. Para se ingressar em um mercado, é necessário incorrer em custos que não podem ser recuperados (por exemplo, pagar uma licença administrativa para oferta de um serviço). A existência de tais custos aumenta as perdas que o potencial entrante teria caso tivesse que, posteriormente, sair do mercado. Assim, uma barreira à saída se transforma em uma barreira à entrada, desestimulando o ingresso no mercado. Desta forma, empresas já estabelecidas obtêm uma vantagem em face de entrantes.

A definição de Carlton e Perloff é composta de dois elementos. O primeiro menciona que barreira à entrada é qualquer coisa que dificulte a criação instantânea de uma nova empresa no mercado. Essa noção é de pouca utilidade, uma vez que qualquer pequeno obstáculo pode ser considerado uma barreira: exigência de capital, período de espera para registro de empresa, etc. Já o segundo elemento indicado agrega um aspecto até então não considerado: o tempo de entrada. A entrada de novas empresas afasta lucros monopolistas no longo prazo. Assim, se uma empresa consegue manter tais lucros mesmo no longo prazo, há uma vantagem operando em seu favor. Ao associar essa vantagem a uma diferença de custos entre empresas entrantes e empresas já estabelecidas, Carlton e Perloff propõem uma versão aprimorada da definição de Stigler.

A última definição descreve a barreira à entrada como uma característica estrutural de um mercado que, ao tornar a entrada menos rentável, protege o poder de mercado das empresas já estabelecidas. O ponto de relevo nesta definição é a diferenciação entre barreiras

estruturais e barreiras estratégicas. Barreiras estratégicas seriam comportamentos adotados por empresas estabelecidas no mercado com o intuito de dificultar a entrada de novos concorrentes. Geralmente envolvem algum sacrifício por parte das empresas estabelecidas. A versão de Church e Ware enfatiza que sua definição de barreiras aplica-se apenas a características estruturais. O conceito não é muito adequado para abordar comportamentos estratégicos. O ponto será abordado com mais profundidade neste texto.

Têm-se, então, oito definições, razoavelmente distintas entre si. Qual é a mais adequada? Como decidir qual deve ser empregada em cada caso? E como saber qual definição foi utilizada em uma determinada análise de mercado? Essas questões geram consideráveis confusões na prática, e não parece haver uma resposta única ao problema. O ideal é que, ao se utilizar a expressão barreira à entrada, deixe-se bem claro qual é a perspectiva conceitual empregada para o uso¹⁵.

3 Barreiras institucionais à entrada

Leia-se a seguinte descrição de caso:

Considere, por exemplo, a decisão da Suprema Corte em *Allied Tube*. O autor, Indian Head, desenvolveu um tubo de plástico para condução de fios elétricos que ameaçou causar dano substancial ao mercado para tubos tradicionais de aço. O réu Allied, um produtor de tubos de aço, conspirou com outros para “carregar” uma reunião de uma organização definidora de parâmetros, com o resultado de que a aprovação do tubo de plástico foi efetivamente atrasada por vários anos. Uma vez que códigos de construção governamentais geralmente incorporavam os parâmetros da organização e inúmeros empreiteiros particulares seguiram-nos voluntariamente,

¹⁵ Livre tradução de “If you were paying attention, you should be quite confused about entry barriers. Join the crowd! The concept of barriers to entry lacks clarity, and one is never sure what to do with it. It is certainly not clear what are the welfare implications of any particular thing called a barrier to entry. The most unfortunate part is that some economists and antitrust lawyers throw the term entry barrier around like there is one accepted and meaningful definition when there is not. The best advice we can offer is to perform a two-stage inquiry. In the first stage, carefully examine the assumptions underlying the particular argument that something is a barrier. Determine whether it is indeed true that existing firms can maintain price above cost while deterring entry. In the second stage, consider whether there is a policy that could ‘remove’ the barrier and improve social welfare”. VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON, JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge, Massachusetts e Londres, Inglaterra: The MIT Press, 1996. Segunda Edição. p. 162

o efeito foi que o tubo de plástico do autor não pôde ser usado na maior parte das construções.¹⁶

É possível argumentar que o padrão de qualidade recomendado por aquela organização constitui uma barreira à entrada? O ponto apresenta alguma dificuldade. As definições de barreira à entrada até aqui estudadas enfatizaram elementos estritamente econômicos, tais como economias de escala, exigências de capital e fidelidade à marca. Mas será que o conceito de barreira é apto a identificar e julgar normas de orientação da atividade econômica?

O ponto é problemático porque boa parte do arsenal teórico da economia neoclássica simplesmente não aborda a estrutura institucional subjacente ao mercado¹⁷. Pressupõe-se que haja algumas regras essenciais para a realização de transações econômicas, tais como proteção à propriedade individual e garantia estatal de contratos. Mas se supõe que a exata conformação de tais regras não varia. Assim, diferenças entre regras jurídicas para contratos e propriedade são vistas como desvios do padrão ideal, e não como características específicas de mercados.

¹⁶ Livre tradução de “Consider, for example, the Supreme Court’s *Allied Tube* decision. The plaintiff, Indian Head, had developed a plastic electrical conduit that threatened substantial injury to the market for traditional steel conduit. Defendant Allied, a manufacturer of steel conduit, conspired with others to ‘pack’ a meeting of a standard setting organization with the result that approval of the plastic conduit was successfully delayed for several years. Because government building codes generally incorporated the organization’s standards and numerous private contractors followed them voluntarily, the effect was that the plaintiff’s plastic conduit could not be used in most construction”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. p. 24

¹⁷ “Neo-classical economists assumed a clear distinction between markets and nonmarket settings. They were interested in markets, not in institutions. Markets were considered the natural state of things. They were presumed to have always been there. Neo-classical economists were not interested in their formation. They did not view them as socially, politically, or economically created institutions. Furthermore, the basic functioning of the market was not considered to rely on the law. Individuals bought and sold in the market; they did not contract. Individuals held goods, not property rights to goods. Markets were considered to be the meeting place of supply and demand among individuals. The basic assumption was that there were many small players in the markets and that all were individuals or at least behaved like individuals. Firms were considered to be black boxes that behaved like individuals, and their internal structure was of no interest to economists (with the exception of Ronald Coase). Nor did other institutions receive economists’ attention. Nonlegal and noninstitutional factors were viewed as primary. Economic change was, according to the prevailing economic theory, caused by changes in supply and demand in the market. In the longer run and on the aggregate level, it was enhanced by changes in factors such as growth of the labor force, capital accumulation, and technological progress that were shaped endogenously or exogenously in growth models. Legal changes were not considered to have sufficient potential to affect economic change.” HARRIS, Ron. The encounters of economic history and legal history. *Law and History Review*, Illinois, v. 21, n. 2, Summer 2003. Disponível em: <<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/21.2/harris.html>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

Algumas importantes críticas a essa posição epistemológica podem ser estruturadas nos seguintes pontos: (1) não explica por que é que um mesmo tipo ideal é válido para mercados distintos; (2) não identifica com precisão o que caracterizaria esse tipo essencial; (3) conseqüentemente, não oferece critérios para que se possa dizer se uma determinada regra (diga-se, padrão de qualidade para tubos) constitui um obstáculo indevido à entrada ou se apenas otimiza o desempenho do mercado.

Assim, as definições de barreira à entrada indicadas acima não parecem oferecer orientação adequada ao presente esforço. Isso ocorre até mesmo porque sequer é o foco de análise dos economistas que as desenvolveram. Sobre o ponto, cita-se Demsetz:

Estas três definições (de Bain, Ferguson e Stigler) são congruentes em um aspecto. Todas direcionam atenção às diferentes oportunidades percebidas por empresas dentro e fora do mercado. Isto não só desvia atenção de outros tipos de barreiras, mas também esconde os julgamentos de valor implícitos na noção de barreiras. Como exemplo da dificuldade que essas definições enfrentam ao identificar outros tipos de barreiras, considere aquelas criadas por restrições legais. Uma exigência de que uma licença oficial seja detida por operadores de taxis é uma barreira à entrada se o número de licenças disponíveis é menor do que o número de taxis que operariam sem tal exigência ou se a obtenção da licença for muito cara. Suponha que fosse verdade que tais licenças, que podem ser revendidas posteriormente, também devem ser compradas inicialmente da prefeitura a preços determinados pelo mercado. Empresas dentro e fora do mercado enfrentam o mesmo custo, o preço da licença mais custos automotivos, então a definição de Stigler não consegue identificar a barreira e, já que o preço do medalhão deve dissipar os lucros, as definições de Bain e Ferguson também não conseguem. Nestas circunstâncias, a distinção entre empresas dentro e fora do mercado não consegue indicar a presença de uma barreira à entrada no mercado de taxis!¹⁸

Talvez a idéia mais relevante do trecho citado seja a referência a um “julgamento de valor” implícito na definição de barreira. Há diversas circunstâncias que dificultam a entrada de novos agentes, mas que não são sequer cogitadas como barreiras. Porém, ao orientar e definir

¹⁸ “These three definitions (de Bain, Ferguson e Stigler) do agree on one matter. All focus attention on the different opportunities facing insiders and outsiders. This not only diverts attention from other types of barriers, but also hides the value judgments implicit in the barriers notion. As an example of the difficulty these definition confront in identifying other types of barriers, consider those created by legal restrictions. A requirement that an official medallion must be owned by operators of taxis is a barrier to entry if the number of medallions available is less than the number of taxis that would operate without such a requirement or if the medallion is costly to obtain. Suppose it were true that such licenses, which may be resold subsequently, also must be purchased first from the city at market-determined prices. Insiders and outsiders face the same cost, the medallion price plus automotive costs, so Stigler’s definition fails to identify the barrier, and, since the price of the medallion must dissipate profit, so do Bain’s and Ferguson’s. In these circumstances, the insider-outsider distinction fails to indicate the presence of a barrier to entering the taxi industry!” DEMSETZ, Harold. *Efficiency, competition, and policy: the organization of economic activity*. Cambridge: Blackwell, 1989. 2 v. p. 26

a estrutura de um mercado, tais condições e circunstâncias moldam os resultados econômicos obtidos. Estes elementos não deveriam ser simplesmente aceitos, como se constituíssem a única opção plausível para estruturação do mercado. De fato, tal aceitação acrítica leva a uma imposição de certas instituições que não necessariamente aduzem os melhores resultados para a sociedade.

Tome-se o exemplo da operação de um táxi. Para poder atuar nesse mercado, o agente deve comprar uma licença da prefeitura. É possível que haja dezenas de pessoas que ingressariam no mercado se essas licenças fossem oferecidas em número ilimitado e a preços baixos. Contudo, a prefeitura restringe o número de licenças disponíveis e, conseqüentemente, o preço da licença no mercado de revenda é majorado. Assim, diversas pessoas que estariam dispostas a oferecer seus serviços como taxistas não poderão fazê-lo. Tal situação leva a uma restrição da oferta e, em conseqüência disso, a um prejuízo sensível aos consumidores do serviço.

A maior parte das definições de barreira até agora estudadas não identificaria esta restrição como uma barreira à entrada. E as definições que poderiam enquadrar a mencionada restrição como barreira (como a de Fisher) não oferecem orientação precisa quanto aos critérios para que tal exigência institucional seja qualificada como indevida. Ocorre, contudo, que a exigência de licenças efetivamente restringe as opções do consumidor no mercado. Obviamente, pode haver razões para que tal restrição seja efetivada: controle de tráfego, fiscalização estatal e outras preocupações do município. Mas quando é que se pode dizer que uma dada restrição excedeu suas funções legítimas e passou a constituir indevida barreira à entrada de novos agentes? Os conceitos até agora estudados não parecem auxiliar na resolução desta questão.

Note-se que a entrada pode ser restrita de formas diversas. Não é necessário que haja uma proibição explícita de acesso ao mercado, como no caso das licenças para táxi.

Exigências específicas que simplesmente aumentem os custos dos entrantes podem ser suficientes. Neste caso, o julgamento de valor implícito faz-se ainda mais pertinente¹⁹.

Deste modo, a estrutura institucional subjacente molda a forma como a competição é efetuada no mercado. O tipo de serviço que pode ser buscado é fixado e os estímulos disponíveis para os agentes no mercado são redimensionados. E o resultado final, como percebido pelos consumidores, varia sensivelmente com cada nova restrição institucional.

O ponto pode ser melhor esclarecido com exemplos. É plausível dizer que, em diversas localidades no Brasil, há sensível concorrência em mercados para advogados, para hospitais e para empresas de alimentação. Mas advogados concorrem entre si de forma bastante distinta de como hospitais concorrem entre si; por sua vez, empresas de alimentação percebem uma concorrência bastante diferenciada da percebida por advogados e hospitais.

É possível argumentar que o advogado concorre, essencialmente, por reputação e preço. Sua capacidade de obter novos clientes está diretamente relacionada à sua fama de bom operador do direito. Como a publicidade é restrita e o aliciamento ostensivo de clientes é proscrito, boa parte do esforço do advogado para ter sucesso está associada à manutenção de boa imagem e preço reduzido.

Embora advogados possam vir a concorrer com outros profissionais em certas atividades (como, por exemplo, consultoria sobre tributos), há um espaço de atuação no qual

¹⁹ “Indeed, medallions and licensure are not needed to keep some types of resources out of the taxi industry. Requirements to equip taxis with airbags, seatbelts, and costly bumpers will do. Even if the price of safety equipment equals its cost, and even if there were no bar to producing such equipment, would there not still be a barrier to putting taxis on the street? Surely, the answer is ‘yes’, but the policy implications of that answer depend very much on value judgments regarding the consequences of such barriers. A barrier to the use of resources for criminal activity will be judged by many to be desirable and socially productive, but not so many would take the same view toward a barrier to the importation of foreign goods. Even a barrier to the provision of low-cost, low-quality taxi services might seem desirable to those concerned about street congestion and dishonest drivers; licensing will reduce the number of taxis and also offer a premium for honest service that would otherwise be absent (the retention of a valuable license). The insider-outsider framework assumes that consumer sovereignty will be served by allowing resources into the high profit industry. This hides the difficult problem of assessing the broader implications for consumer interest of the barrier. The barrier may reduce the severity of some externality or it may bring about improved levels of competition in activities other than that of direct concern. If the broader social constraints are accepted as serving consumer interest, then the fact that they block the free flow of resources in some directions is policy irrelevant”. DEMSETZ, Harold. *Efficiency, competition, and policy: the organization of economic activity*. Cambridge: Blackwell, 1989. 2 v.. p. 27

apenas eles podem operar (é o caso da postulação em júízo). Assim, o advogado tem a garantia de que não enfrentará estratégias agressivas da concorrência (tais como publicidade, desvio de clientela e restrição de preços), uma vez que todos os profissionais disponíveis estão vinculados às mesmas regras restritivas. Desta forma, a concorrência entre advogados é acentuadamente direcionada para a manutenção de uma imagem de qualidade compatível com os preços cobrados.

No caso do hospital, reputação e preço também são essenciais para o sucesso no mercado. O hospital, porém, enfrenta concorrência muito mais ampla do que o advogado. Um paciente pode optar por consultar uma clínica especializada, ir a um consultório particular ou até mesmo consultar um especialista em tratamentos sem fundamentação científica (“medicina alternativa”). Ao contrário do advogado, que detém exclusividade para boa parte de suas atividades, o hospital deve competir com diversos outros profissionais de qualificações distintas. Assim, estratégias mais agressivas serão comuns, e o sucesso no mercado dependerá da habilidade do hospital de gerir esses mecanismos de competição mais acirrada. Contudo, apesar dessa maior liberdade de atuação, o controle estatal sobre a forma de prestação de serviços (pessoas habilitadas para atender em consultas, nível de qualidade de instalações) ainda é razoavelmente alto.

Já a empresa de alimentação enfrenta competição ainda mais ampla e aberta. Ela concorre com outros restaurantes, com lanchonetes, e até mesmo com o vendedor ambulante de pipocas. A empresa tem, à sua disposição, um enorme arsenal de estratégias de mercado – diferenciação de marca, redução de custos, manutenção e aprimoramento de um carteira de clientes cativos, etc. Caso a empresa não saiba administrar bem estas estratégias, inevitavelmente perderá espaço para um empreendedor mais apto. O nível de controle estatal no mercado é razoavelmente baixo – talvez o único controle realmente relevante seja a vigilância sanitária.

Têm-se, assim, três setores caracterizados por formas bastante distintas de concorrência. Essas formas diferem entre si em dois fatores essenciais: 1) a liberdade de inovação/empreendedorismo do agente; 2) a exigência de qualidade imposta pelo Estado. É possível dizer que alguma dessas formas de concorrência é a mais benéfica para a sociedade? Caso positivo, deveria ser estendida para os demais setores? Caso negativo, é válida a argumentação de que as peculiaridades de cada setor justificam tratamento diferenciado? Neste sentido, como definir qual é o tratamento adequado a cada setor?

A princípio, poder-se-ia dizer que o critério adequado é a relevância do bem jurídico envolvido. Serviços jurídicos e médicos apresentam um impacto muito mais sério sobre a vida de uma pessoa do que suas escolhas sobre alimentação. É essencial garantir qualidade em tais setores. Assim, a forma de sua prestação deveria ser mais restrita, de modo a proteger as pessoas.

Essa lógica, porém, pode ser invertida. Exatamente porque certos bens jurídicos são mais relevantes, a sua forma de prestação deveria ser deixada livre. Qualidade é essencial, mas a melhor forma de buscar qualidade é promover a criatividade dos empreendedores do mercado. Neste sentido, um bem jurídico tão importante como a alimentação adequada é garantido por meio da concorrência; atender as demandas dos clientes é essencial para a própria sobrevivência no mercado da empresa de alimentação.

Parece que tanto a livre iniciativa como o controle estatal são meios capazes de proteger o consumidor. Mas qual será a melhor mistura controle/liberdade em um determinado mercado para que resultados ótimos sejam obtidos? A resposta a tal pergunta parece depender de uma avaliação cautelosa e direcionada a cada setor específico de atividade econômica.

Uma possível contestação a esse raciocínio envolveria a atribuição dessa decisão ao consumidor. Se um determinado fator de qualidade for reputado essencial para uma atividade, a concorrência no mercado levará a que tal fator seja enfatizado e protegido. Assim, a restrição

estatal iria, na melhor das hipóteses, apenas replicar o que os agentes do mercado fariam por conta própria.

Esse raciocínio, porém, esbarra no ponto levantado por Demsetz no trecho acima citado. A estrutura institucional pertinente a um mercado orienta, de modo não neutro, o espaço em que a competição se dará. A garantia do direito à propriedade intelectual estimula agentes a investirem na produção de conhecimento e cultura. Se não existisse tal regulação estatal, o estímulo percebido pelos agentes seria no sentido de comercializar a produção intelectual já disponível e não gastar recursos para nova produção. Algum equilíbrio será alcançado entre essas duas dinâmicas – maior ou menor tempo de usufruto de direitos de propriedade intelectual, possibilidade de transferência, etc. Mas a escolha do exato ponto de equilíbrio não é neutra. Assim, *tem-se que a adequada atribuição de barreiras institucionais à entrada é essencial para a orientação ótima da atividade econômica.*

Como avaliar, então, quais serão as barreiras adequadas a um determinado setor? Trata-se de questão de difícil resolução até mesmo para os mercados mais simples. E, normalmente, as informações necessárias para a tomada de uma decisão adequada simplesmente não estão disponíveis²⁰.

3.1 Nova economia institucional

Alguns economistas tentaram abordar mais diretamente essa problemática. Entre tais estudiosos, faz-se especial menção aos integrantes da escola da Nova Economia Institucional – NEI. Para estes economistas, é essencial compreender as regras formais e informais que

²⁰ “The valuation process must necessarily be one that is rich in intuition and faith, and poor in discernible measurements. A person possessing a deep faith in the strength and beneficent effects of competitive imitation will value the implied tradeoffs differently from a person possessing an equally deep faith in the process of ‘creative destruction’. There exist neither cost-benefit analyses nor market-given prices by which to weigh benefits and costs in most of these tradeoffs. If the concept of barriers to entry is to be policy useful, it must be able to distinguish these cases and attach value weights to them. The entire problem of desirable and undesirable ‘frictions’ in economic systems has resisted analysis when it has not been simply ignored.” DEMSETZ, Harold. *Efficiency, competition, and policy: the organization of economic activity*. Cambridge: Blackwell, 1989. 2 v. p. 38

orientam a tomada de decisões em um determinado mercado. Entende-se que tal compreensão leva a um melhor entendimento do funcionamento da atividade econômica e permite explicar diferenças de desempenho entre mercados distintos²¹.

O conceito de instituição é essencial para esta escola, e pode ser descrito nos seguintes termos:

Instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições, desenvolvidas pela atividade humana, que moldam a interação humana. Conseqüentemente, elas estruturam incentivos em trocas humanas, sejam políticas, sociais ou econômicas. A mudança institucional molda a forma pela qual sociedades evoluem ao longo do tempo e, assim, são fundamentais para que mudanças históricas sejam entendidas.²²

Assim, as “barreiras” discutidas no tópico anterior podem ser entendidas, no âmbito da economia institucional, como as instituições que moldam os incentivos à atividade econômica. Esse enfoque é bastante pertinente para o presente texto, uma vez que permite ancorar a discussão sobre barreiras institucionais em um arsenal teórico mais firme e razoavelmente consolidado.

Note-se que, neste contexto, a referência ao termo instituição é utilizada em sentido puramente descritivo. Ao se referir a uma determinada regra como uma instituição, não

²¹ Mercurio e Medema caracterizam a Nova Economia Institucional nos seguintes termos: “The New Institutional Economics (NIE), like Institutional economics, begins with the fundamental premise that institutions are important factors in the determination of economic structure, and hence performance. More specifically, NIE asserts that (1) institutions do matter, (2) the determinants of institutions can be explained and understood using the tools of economic theory, and (3) the structure of institutions affects economic performance in systematic and predictable ways. One component of this institutional structure is the legal framework of a society – in modern parlance, the body of constitutional, statute, and common law, along with governmental agency rules and regulations that help order economic relations within a society. While broadly concerned with the legal-governmental institutions, NIE emphasizes the interplay between the evolution of legal institutions and market forces. With this basic insight as a starting point, NIE draws on several traditions within economics (mostly of neoclassical orientation), each of which makes its own contribution to NIE’s effort to describe and explain those institutions that have the greatest impact on economic performance. Nonetheless, as Furubotn and Richter (1998, p. 465) correctly point out, when a transition is made from neoclassical economics to NIE, the economic problem is radically changed, in that the individual decision-makers find themselves in a world quite different from that envisioned in the neoclassical conception.” MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from posner to post-modernism and beyond*. 2nd. Princeton: Princeton University Press, 2006.. pp. 241-242

²² Livre tradução de “Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change” NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. P. 3

se faz qualquer julgamento de valor sobre os impactos positivos ou negativos de tal regra sobre o desempenho do mercado.

Isso não significa, porém, que o conceito não possa ser empregado em uma análise normativa. Economistas da própria NEI estudam as diversas instituições existentes com o intuito de identificar aquelas que trazem os melhores resultados econômicos possíveis. A partir dessa identificação, certas regras formais e informais são propostas como mais conducentes para o desenvolvimento econômico de um local.

Neste sentido, dá-se especial atenção à problemática dos custos de transação. Estes podem ser entendidos como os recursos que precisam ser gastos para que uma determinada atividade humana possa ser negociada e empreendida. Entre os diversos fatores que constituem custos de transação, pode-se mencionar: 1) tempo de discussão com fornecedores para acertar detalhes de um contrato; 2) gasto com advogados para execução do contrato; 3) contratação de intérprete para negociação com um cliente que não fale a língua do país. Sobre o ponto, cita-se Ronald Coase, um dos economistas mais influentes a tratar do tema:

Para se executar uma transação de mercado, é necessário descobrir quem é que se deseja contratar com, informar as pessoas de que se deseja contratar e quais os termos em que se deseja contratar, conduzir negociações que levem a um acerto, esboçar um contrato, empreender a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estejam sendo observados, e assim por diante. Essas operações são freqüentemente bastante caras, suficientemente caras para evitar sejam realizadas muitas transações que seriam concretizadas em um mundo no qual o sistema de preços funcionasse sem custos.²³

Coase preocupava-se com os custos associados a se operar no mercado. Para o autor, tais custos constituem obstáculo fundamental a que recursos possam ser alocados eficientemente no mercado²⁴. Ainda assim, os escritos de Coase sobre o papel dos custos de

²³ Livre tradução de “In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.” COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. In: _____. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.. P. 114

²⁴ Ironicamente, este economista é mais conhecido pelo que é chamado de “teorema de Coase”: a noção de que, caso custos de transação não existissem, a dotação inicial de direitos não afetaria o resultado final obtido no mercado. O “teorema” (assim chamado não por Coase, mas por Stigler) foi descrito por Coase como uma forma de explicitar a relevância dos custos de transação no ambiente econômico; este expediente instrumental, porém, acabou ganhando

transação ganharam proeminência no âmbito da NEI. Boa parte da nova economia institucional dedica-se a identificar as instituições que mais reduzem esses custos. A idéia é que as regras formais e informais subjacentes à atividade econômica podem ser orientadas para reduzir os custos de transação enfrentados pelos agentes no mercado. Desta forma, a atividade econômica é impulsionada e a eficiência alocativa é promovida. Esta é uma linha de pesquisa empreendida por autores bastante conhecidos, como Williamson²⁵ e North²⁶.

Para o presente estudo, porém, basta o aspecto descritivo da discussão sobre instituições. Assim, ao se empregar o termo “barreira institucional” no decorrer deste texto, pretende-se fazer referência apenas ao aspecto descritivo da noção de instituição: a idéia de regras formais e informais que moldam a interação humana. Com isso, não se pretende rejeitar as perspectivas normativas da nova economia institucional; pretende-se apenas manter uma

mais reconhecimento do que as idéias mais amplas que o autor pretendia passar.

²⁵ “This book advances the proposition that the economic institutions of capitalism have the main purpose and effect of economizing on transaction costs. Main purpose is not, however, to be confused with sole purpose. Complex institutions commonly serve a variety of objectives. This is no less true here. The inordinate weight that I assign to transaction cost economizing is a device by which to redress a condition of previous neglect and undervaluation. An accurate assessment of the economic institutions of capitalism cannot, in my judgment, be reached if the central importance of transaction cost economizing is denied. Greater respect for *organizational* (as against technological) features and for *efficiency* (as against monopoly) purposes is needed. This theme is repeated, with variation, throughout this book. (...) As compared with other approaches to the study of economic organization, transaction cost economics (1) is more microanalytic, (2) is more self-conscious about its behavioral assumptions, (3) introduces and develops the economic importance of asset specificity, (4) relies more on comparative institutional analysis, (5) regards the business firm as a governance structure rather than a production function, and (6) place greater weight on the *ex post* institutions of contract, with special emphasis on private ordering (as compared with court ordering). A large number of additional implications arise upon addressing problems of economic organization in this way. The study of the economic institutions of capitalism, as herein proposed, maintains that organization form matters. The underlying viewpoint that informs the comparative study of issues of economic organization is this: Transaction costs are economized by assigning transactions (which differ in their attributes) to governance structures (the adaptive capacities and associated costs of which differ) in a discriminating way.” WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. Nova Iorque: The Free Press, 1987. pp. 17-18

²⁶ North tenta abordar o ponto a partir do estudo da estrutura de apreensão cognitiva empregada por humanos: “We choose among alternatives that are themselves constructions of the human mind. Therefore how the mind works and understands the environment is the foundation of this study.” NORTH, Douglass. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005. P. 11. Assim, para o autor, custos de transação são uma consequência necessária do fato de que as pessoas (1) não dispõem de todas as informações necessárias para a tomada de uma decisão e (2) não possuem a capacidade de processar informações de modo a obter a melhor análise possível para os dados disponíveis. Desta forma, as restrições inerentes à estrutura cognitiva humana implicam obstáculos significativos a que transações sejam efetuadas no mercado. Neste contexto, instituições eficazes são aquelas capazes de auxiliar a obtenção e o processamento de informações para a tomada de decisões no mundo real: “The implication is that the institutional structure will play a critical role in the degree to which diverse knowledge will be integrated and available to solve problems as economies become more complex. The knowledge problem, to cite Hayek, ‘is the problem of finding a method that not only best utilizes the knowledge dispersed among the individual members of society but also best uses their abilities of discovering and exploring new things’”. NORTH, *idem*, p. 73

estrutura conceitual razoavelmente neutra, que permita abordar com mais firmeza a problemática de barreiras à entrada.

4 Barreiras à entrada na análise antitruste: decisões do CADE

Uma vez apresentada a problemática associada à definição de barreiras à entrada, cabe sondar a sua pertinência a análises efetuadas por entes de defesa da concorrência. Alguma das definições apontadas é prevalente na análise antitruste? Quais restrições ao ingresso de novos agentes são enfatizadas na análise de atos de concentração? São reconhecidas barreiras institucionais à entrada? Como são identificadas e tratadas tais barreiras?

Nas próximas linhas, pretende-se expor algumas manifestações de Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre o ponto. A idéia desta exposição não é tentar ditar a “posição” do CADE. O que se almeja é identificar algum padrão de entendimento a respeito do conceito, alguma linha de raciocínio que permita estabelecer a pertinência dos elementos discutidos acima para a tomada de decisões concretas. Para tanto, pretende-se extrair trechos de votos proferidos no âmbito de casos de maior porte; entende-se que tal expediente permite elucidar idéias que orientam os operadores de direito na análise da concorrência.

Como dito anteriormente, uma questão que divide as definições do conceito diz respeito a se economias de escala constituem ou não barreiras à entrada. O ponto é trabalhado em boa parte dos casos de análise de fusões e aquisições. No Ato de Concentração nº 08012.000212.2002-30, analisou-se o mercado de isotônicos artificiais para aferir o risco à concorrência decorrente da união das marcas “Gatorade” e “Marathon”. O Conselheiro-Relator, Miguel Tebar Barrionuevo, apresentou os seguintes pontos quanto a economias de escala como barreiras à entrada:

Segundo informado pela Coca-Cola, em diligência elaborada pela SEAE, a Escala Mínima Viável (EMV) para atuação no mercado de isotônicos é de 4,5 milhões de caixas do produto, o que corresponde a 40% de participação de mercado.

A SDE conclui em seu parecer que tal patamar, por ser extremamente elevado, impossibilita a entrada de qualquer novo participante no mercado, visto que dificilmente existirá neste segmento oportunidades de venda que possam alcançar o referido patamar. Ademais, ressaltou a d. Secretaria que se a EMV for realmente aquela aludida pela Coca-Cola, a operação em análise poderá acarretar a retirada do MARATHON do mercado, posto que sua participação é inferior àquela considerada como minimamente lucrativa.

Os argumentos trazidos à baila pela d. Secretaria me parecem bastante contundentes e, portanto, integro-os à presente decisão, uma vez que, conforme se verificará mais abaixo, o produto MARATHON obteve queda de 66% em sua participação no mercado no ano de 2002. (...)

No que diz respeito às economias de escala, é imperioso lembrar que a aprovação da operação conforme fora apresentada, acarretará, inevitavelmente, um aumento no tamanho da planta mínima e, conseqüentemente, maiores dificuldades terão os novos possíveis participantes. Corroborando com este entendimento, a Coca-Cola afirmou, em resposta à diligência elaborada pela Seae, que somente o GATORADE, por deter 75% do mercado, teria condições de se manter no segmento de isotônicos artificiais de forma competitiva.

Tem-se, assim, que economias de escala foram consideradas, por si mesmas, barreiras à entrada. É importante lembrar que essa não é uma opinião insuscetível de debate. Para algumas definições, a escala em si não seria um obstáculo pertinente – afinal, as empresas já estabelecidas no mercado também tiveram que obter uma quantidade mínima de vendas. A única diferença entre entrantes e empresas estabelecidas seria o fato de que a entrante teria que obter sua demanda mínima por meio do desvio de clientes que já negociam com as empresas estabelecidas. O obstáculo pertinente ao caso seria, então, a dificuldade de se efetuar tal desvio: fidelidade à marca, existência de contratos de longa duração, etc. A escala, em si, não constituiria a barreira principal; a real barreira seria a dificuldade de se desviar clientes de outras empresas.

A decisão mencionada, porém, enfatizou a escala mínima em si como um obstáculo à entrada. Esse teor parece estar de acordo com muitas outras decisões do Conselho, e até mesmo com as diretrizes propostas no Guia Análise Econômica para Atos de Concentração Horizontal²⁷. O Guia oferece orientação para o estudo de mercados afetados por uma operação de concentração, oferecendo uma enumeração bastante heterogênea de fatores constitutivos de

²⁷ Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 de agosto de 2001. pp. 13-14

barreira à entrada²⁸. Admitem-se barreiras legais ou regulatórias. São indicados elementos de natureza essencialmente estrutural, tais como custos irrecuperáveis e grau de integração. E são admitidos fatores associados a possíveis condutas estratégicas, tais como ameaça de reação dos competidores instalados.

Este último ponto merece maior elaboração. A princípio, as definições de barreiras à entrada acima indicadas foram elaboradas essencialmente para a análise de elementos estruturais. Algumas definições sequer poderiam ser empregadas para descrever fundamentos de comportamentos estratégicos – é o caso da definição de Stigler, que se sustenta em diferenças de custos entre entrantes e empresas estabelecidas²⁹. Nota-se, assim, um afastamento em face daquelas definições mais ortodoxas.

Sobre o ponto, merece destaque o voto proferido pela Conselheira-Relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva no Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12. O caso tratava da concentração de grandes marcas de bebidas nacionais sob o controle unitário da Ambev. Nesta ocasião, enfatizou-se a possibilidade de a própria existência de capacidade instalada ociosa constituir barreira à entrada de novos agentes:

A SDE/MJ chama atenção para a existência de capacidade ociosa, que dificultaria a entrada de novos concorrentes. De fato, quanto maior a capacidade ociosa, mais crível será a ameaça da empresa atuante, em aumentar sua produção e reduzir preços. A existência de capacidade adicional permite à empresa atuante melhor posicionamento para um eventual conflito competitivo, caso ocorra a entrada. Neste caso, aumenta a probabilidade da concorrente potencial racionalmente optar por manter-se fora do mercado. (grifo do autor)

²⁸ 52. Definições. Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada: (a) custos irrecuperáveis; (b) barreiras legais ou regulatórias; (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; (d) economias de escala e/ou de escopo; (e) o grau de integração da cadeia produtiva; (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.

²⁹ “Most definitions before this one <de Church e Ware> were implicitly intended to apply mainly to structural market characteristics anyway. That is not to say that these definitions could not, in principle, be applied to strategic behavior also. However, most strategic behavior involves sacrifice by incumbents in order to inflict losses on entrants. Thus strategic behavior is never a barrier to entry according to any definition that is inspired from Stigler’s”. MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; WILLIAMS, Michael A. What is a barrier to entry? [S.l.]: Social Science Research Network, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594601>>. Acesso em: 29 jan. 2008. p. 10

Nota-se, assim, que o comportamento estratégico das empresas estabelecidas é admitido como elemento pertinente na análise da possibilidade de entrada de novos agentes. Trata-se de uma especificidade pertinente, não captada de forma precisa naquelas definições de barreiras indicadas no início deste texto.

Outra particularidade de interesse diz respeito à percepção de distinções entre entrantes. O ponto é original, uma vez que as definições indicadas não cogitam em fazer distinção entre empresas não estabelecidas no mercado. Trata-se de identificar elementos que sustentem a maior probabilidade de que uma certa categoria ingresse em um mercado específico. Um bom exemplo de tal dinâmica é o voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.011103/2005-91, que tratava de mercados de siderurgia. O Conselheiro-Relator, Abraham Benzaquen Sicsú, levantou a hipótese de barreiras à entrada serem menos acentuadas para certas empresas que atuam em setores análogos:

No que se refere à probabilidade de entrada nos mercados relevantes de barras laminadas ao carbono e ligadas, entendo que as barreiras à entrada, por parte de entrantes comprometidos, não são baixas, em função de requerimentos de capital, tecnologia e escalas mínimas de produção. No entanto, o mesmo não se pode afirmar em relação às empresas já instaladas no mercado de aços – longos ou planos – no Brasil. Para tais empresas, de acordo com as Requerentes, haveria indícios de que a entrada seria provável, suficiente e tempestiva, fato que inviabilizaria o exercício de poder de mercado unilateral ou coordenado pós-operação. (...)

Por fim, acredito que a entrada de novos concorrentes é viável para empresas que já atuam na siderurgia no mercado nacional de aços planos comuns e especiais ou longos comuns, tendo em vista que compartilham a mesma base tecnológica e a mesma área de comercialização das empresas ofertantes de barras laminadas ao carbono, fio-máquina ao carbono, barras laminadas ligadas e fio-máquina ligado. O único impedimento à entrada residiria na eventual ausência de rentabilidade dos investimentos necessários à diversificação de suas produções para os segmentos analisados no caso dos aços planos e de barras laminadas ligadas e fio-máquina ligado no caso de aços longos comuns.

Neste caso, o conceito foi empregado para fazer distinções entre possíveis empresas entrantes. Mas a noção de barreira à entrada já foi utilizada até mesmo para identificar obstáculos à expansão de empresas já estabelecidas. No Ato de Concentração nº 08012.012223/1999-60, o CADE discutiu questões pertinentes ao mercado de confeitos, mais especificamente gomas de mascar. Na ocasião, o Conselheiro-Relator originário, Roberto

Augusto Castellanos Pfeiffer, teceu os seguintes comentários quanto à restrição à expansão de empresas já existentes:

As mesmas barreiras à entrada de novos concorrentes atuam com mais vigor contra a sobrevivência e expansão das firmas já existentes no mercado considerado. Atuam em favor da Warner-Lambert a superioridade tecnológica resultando em vantagens de custo, só contestadas pela Perfetti, que ainda tem pequena penetração na rede varejista. Da mesma forma as economias de escala e escopo, já que a Warner-Lambert fabrica e vende quantidades e variedades de produtos muito acima de qualquer outro concorrente no mercado relevante. Com operações maiores, uma firma pode ser capaz de implementar equipamentos mais especializados, centros de distribuição localizados mais perto dos consumidores, um número maior de plantas, programas de treinamento para seus empregados talhados às circunstâncias particulares, e assim por diante. (...)

A maior parte dos elementos de competição considerados pela literatura econômica se baseia em hipóteses iniciais de assimetria entre os agentes. Ao meu ver essa assimetria entre a Warner-Lambert e seus concorrentes efetivos ou potenciais está assegurada pelo ato de concentração que alterou profundamente a estrutura do mercado. A literatura ainda menciona que é possível verificar situações em que as empresas atuam com preços inferiores aos de monopólio e superiores aos de concorrência – o preço limite – utilizando-se de custos irrecuperáveis como investimento em capacidade, em P&D, fixação da marca, entre outros com o objetivo de prevenir a entrada de entrantes potenciais rivais e dar consistência a posicionamentos estratégicos e ameaças. Como consequência deste tipo de análise, há um processo estratégico de concorrência a partir da realização de investimentos em custos irrecuperáveis, criador de assimetrias entre a empresa estabelecida e as empresas entrantes. Além disso, esses custos podem ser utilizados não só como instrumentos para prevenir a entrada, mas também como forma de concorrer com outras empresas já presentes no mercado.

Parece instintivo empregar o mesmo instrumento cognitivo para discutir obstáculos à expansão de empresas. Mas é importante notar que o conceito de barreiras não foi originalmente desenvolvido para este tipo de raciocínio; trata-se de extensão originada no voto.

Já é possível notar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possui uma concepção bastante ampla de barreiras. O Conselho já admitiu barreiras institucionais à entrada. É o que se vê no voto proferido pelo Conselheiro-Relator Ricardo Villas Boas Cuêva no âmbito dos atos de concentração de números 08012.005226/2000-08, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38. Os casos, apreciados conjuntamente, discutiam questões referentes a mineração, siderurgia e logística de minérios. Sobre restrições institucionais ao ingresso no mercado de minério de ferro, o mencionado Conselheiro aduz o seguinte:

As barreiras legais dizem respeito ao mercado de minério de ferro, enquanto as barreiras regulatórias estão relacionadas aos serviços de transporte ferroviário e aos serviços portuários.

Entre as barreiras legais encontram-se a autorização (direito de lavra) concedida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e o cumprimento de exigências do órgão ambiental. (...)

O transporte ferroviário e os serviços portuários são regulados por agências especializadas como a ANTT e a ANTAQ, respectivamente, que regulam a entrada e funcionamento nesses segmentos.

Dessa forma, é possível concluir que as barreiras legais e regulatórias constituem empecilho para entrada de novas empresas nos mercados ora analisados.

Assim, tem-se que, na prática antitruste brasileira, o conceito de barreira à entrada parece ser empregado sem nenhuma vinculação a qualquer concepção específica sobre o termo. O conceito parece ser utilizado como termo genérico para designar qualquer característica de mercado que se repute particularmente propensa a restringir a atuação de agentes econômicos e, conseqüentemente, a constringer a formação e a distribuição de excedente social.

Esta desvinculação a qualquer concepção específica de barreira parece ser bastante coerente com a função desempenhada pelo CADE. É função do Conselho identificar fatores que constringam a livre alocação de recursos para fins socialmente relevantes. Qualquer elemento, estrutural ou comportamental, que limite ou distorça tal alocação deve ser cogitado na análise de um mercado³⁰.

Note-se que o termo é normalmente cercado de confusões, e é duvidoso que a adoção de alguma definição específica auxilie a análise antitruste³¹.

³⁰Neste sentido, McAfee, Mialon e Williams propõem a restrição ao bem-estar social como o elemento mais relevante de uma definição de barreira à entrada para a análise antitruste: “An antitrust barrier to entry is a cost that delays entry, and thereby reduces social welfare relative to immediate but equally costly entry. An increase in standalone antitrust barriers to entry in markets that are otherwise efficient reduces welfare. Indeed, if a market has no antitrust barriers to entry, then it is efficient. If a market has no economic barriers to entry, then it is eventually efficient. Therefore, no markets that have antitrust barriers to entry are otherwise efficient” MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; WILLIAMS, Michael A. What is a barrier to entry? [S.l.]: Social Science Research Network, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594601>>. Acesso em: 29 jan. 2008. p. 12

³¹ Sobre o ponto, cita-se Posner: “In discussing the relevance of new entry to the propensity to collude I have carefully avoided using that confusing term ‘barrier to entry.’ A barrier to entry is commonly used in a quite literal sense to mean anything which a new entrant must overcome in order to gain a foothold in the market, such as the capital costs of entering the market on an efficient scale. This is a meaningless usage, since it is obvious that a new entrant must incur costs to enter the market, just as his predecessors, the firms now occupying the market, did previously. A more precise definition has been offered by Stigler: a barrier to entry is a condition that imposes higher long-run costs of production on a new entrant than are borne by the firms already in the market. A barrier to entry in Stigler’s sense has important policy implications: it implies the existence of a range within which the firms in the market can increase the market price above the competitive level without having to worry at all about losing sales to a new entrant. But, as we shall see in the next chapter, barriers to entry in this sense appear to be rare. Of greater practical importance are factors that do not create a barrier to entry but increase the length of time required

Obviamente, há uma perda de clareza com tal acepção ampla do conceito – o valor semântico da expressão “barreiras à entrada” deixa de ser restrito e, conseqüentemente, passa a ser menos informativo. Mas é improvável que uma definição clara e útil pudesse ser pacificamente aceita na prática, e provavelmente tal definição seria indesejavelmente limitada e bastante inconveniente para o estudo de casos. O conceito parece já estar sendo empregado de forma ótima como um foco de discussões: indicativo do tema que se pretende abordar, ainda que não particularmente descritivo dos elementos a serem enfrentados.

5 Imposição de barreiras como conduta anticompetitiva

O tópico anterior concluiu com a perspectiva de que não é necessária uma delimitação precisa do conceito de barreiras à entrada para que uma análise antitruste adequada possa ser realizada. Opinou-se no sentido de que tal definição estrita poderia dificultar a tarefa da política de defesa da concorrência.

Há, porém, uma circunstância em que é necessária uma indicação precisa do que constitui uma barreira à entrada. Trata-se da análise de condutas anticoncorrenciais que se consubstanciem na criação de obstáculos à entrada de novos agentes.

Empresas estão a todo momento criando obstáculos à entrada de novos agentes. Seja por meio de fixação de fidelidade à marca, seja por meio de política de cobertura de preços da concorrência, seja por qualquer outro meio idôneo a dificultar o acesso de novos concorrentes, os agentes econômicos no mercado estarão sempre preocupados em criar ou fortalecer elementos que dificultem a operação de seus concorrentes.

for new entry to take place, by making the production process a complex one which requires substantial time to organize efficiently. Such factors include vertical integration and economies of scale, which increase the optimum size of the new entrant.” POSNER, Richard A. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. p. 59

Neste âmbito, não é suficiente simplesmente identificar a existência de um obstáculo à entrada de novos agentes no mercado. Muitos de tais empecilhos são essenciais para o desenvolvimento de um mercado, e freqüentemente são desejados pelos consumidores. Sobre o ponto, leia-se a seguinte discussão de caso:

Tendo mencionado lealdade à marca como uma barreira à entrada, apontemos sua relevância no caso ReaLemon. A marca ReaLemon de suco de limão reconstituído gozava de um preço superior sobre seus rivais. O motivo aparente para isso era que consumidores tinham maior experiência com ReaLemon e não estavam dispostos a testar marcas desconhecidas (sem descontos de preços elevados). Várias políticas para eliminar essa barreira são concebíveis, mas considere aquela proposta por um agente da *Federal Trade Commission*: “Para que a concorrência entre no mercado de suco de limão processado, as barreiras inerentes à marca ReaLemon devem ser eliminadas. Em consequência (...) a única solução efetiva em face dos fatos demonstrados neste caso exige que a marca ReaLemon seja licenciada para outros que desejem ingressar na produção, comercialização e venda de suco de limão processado reconstituído”. A questão relevante aqui é se os consumidores realmente ganharão em decorrência do licenciamento da marca. Quem vai garantir que todos os licenciados vendendo ReaLemon manterão um produto de alta qualidade? Em síntese, a marca ReaLemon serviu para passar informação para consumidores, e licenciamento para remover a barreira provavelmente aumentaria custos de informação.³²

Investimento em marcas, especialmente por meio da garantia de qualidade, é essencial para o desenvolvimento de um setor e para o bem-estar do consumidor. Mas, quanto mais bem sucedido for esse dispêndio, mais difícil será a entrada de outros agentes no mercado. Haveria, então, um óbice concorrencial a tal investimento?

Nota-se, assim, que uma concepção muito ampla de barreiras à entrada não é capaz de orientar a persecução antitruste de condutas que dificultem a entrada de novos agentes.

³² Livre tradução de “Having mentioned brand loyalty as a barrier to entry, let us point out its relevance in the ReaLemon case. The ReaLemon brand of reconstituted lemon juice commanded a premium price over its rivals. The apparent reason was that consumers had greater experience with ReaLemon and were unwilling to experiment with unknown brands (without large price discounts). Several policies for eliminating this barrier are conceivable, but consider the one proposed by a Federal Trade Commission official: ‘For competition to enter the processed lemon juice industry, the barriers to entry which inhere in the ReaLemon trademark must be eliminated. As a consequence ... the only effective relief under the facts shown by the record in this case requires the licensing of the ReaLemon brand name to others wishing to enter the production, marketing and sale of processed reconstituted lemon juice.’ The important question here is whether consumers will truly gain as a result of trademark licensing. Who will ensure that all licensees selling ReaLemon will maintain a high-quality product? In brief, the ReaLemon trademark has served to convey information to consumers, and licensing to remove the barrier to entry probably would raise information costs.” VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON, JR, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge, Massachusetts e Londres, Inglaterra: The MIT Press, 1996. Segunda Edição. p. 162. A Federal Trade Commission é uma agência governamental norte-americada com competências no âmbito da defesa da concorrência e da defesa do consumidor.

É necessário restringir tal noção de modo a permitir diferenciar a criação de barreiras ilícitas e a criação de barreiras legítimas por um determinado agente econômico.

Uma possível proposta para tal distinção envolveria identificar barreiras “naturais” e barreiras “artificiais”. Barreiras naturais seriam simplesmente uma condição inerente de operação em um mercado. Já as barreiras artificiais seriam obstáculos estrategicamente construídos por empresas já estabelecidas para tornar a entrada mais difícil. A lógica da distinção envolve a idéia de que, embora a existência de barreiras não seja ilegal, a sua criação estratégica pode ser³³.

O principal problema associado a tal sugestão está em definir o que constituiria uma “condição inerente de operação em um mercado” e o que constitui uma barreira criada “para tornar a entrada mais difícil”. Não há uma delimitação genérica de espaços em que a concorrência pode ser mais ou menos agressiva. E o fato de uma prática não ser comum em um determinado mercado não é suficiente para sustentar a idéia de que ela não deveria ser realizada. De fato, um empreendedor pode empregar uma inovação tecnológica que dificilmente poderia ser enxergada como “inerente” a um mercado até o momento em que ele agiu; essa inovação pode vir a diminuir custos de forma sensível e possivelmente restringir a capacidade de outros agentes de concorrer no mercado, sem necessariamente implicar prejuízo a consumidores.

³³ “As noted previously, entry barriers can be classified by their source as well as their height. Here antitrust policy makers distinguish between natural and artificial entry barriers. Once again, the distinction is driven less by considerations of economic theory than by the conduct-driven requirements of the antitrust laws. An entry barrier is “natural” if it is simply an inherent condition of operation in a market. An entry barrier is “artificial” if it is strategically erected by incumbent firms in order to make entry more difficult. As a basic matter, economies of scale are natural, although in some instances they can be strategically manipulated. For example, firms might lobby the government for regulatory provisions that large firms can satisfy more easily than small firms. Likewise, such practices as patent accumulation, limit pricing, solicitation of government regulation, and (in a few instances) vertical integration or contracting can be designed to deter entry. The distinction between natural and artificial barriers is important because, although the existence of entry barriers is not illegal, the strategic creation of entry barriers in order to facilitate monopoly pricing may be. For example, a dominant firm may pursue a practice of buying up and then refusing to use every patent developed in its industry. The result is that prospective entrants must use obsolete technologies, invent around the patents, or risk patent litigation with the dominant firm. In such cases a market that could be made competitive fails to become so because of the incumbent firm’s strategic practices. A great deal of the law of monopolization deals with the strategic construction of barriers to entry.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. p. 42

Além disso, muitas vezes uma restrição pode ser qualificada ao mesmo tempo como condição inerente ao mercado e como estratégia para tornar a entrada mais difícil. Suponha que uma companhia possua, como estratégia empresarial, a diretriz de replicar e aprimorar os padrões de qualidade adotados por seus concorrentes. Esta estratégia pode vir a afastar os concorrentes existentes no mercado e a desencorajar a entrada de novos agentes. Esse efeito pode ser até mesmo explicitamente desejado e anunciado pela companhia. Mas isso constitui em si uma barreira ilícita à entrada? E se o efeito de afastar concorrentes não viesse de uma estratégia explícita, mas fosse o resultado de um bom desempenho da companhia? Neste caso, a conduta seria mais ou menos ilícita? O critério para definir a ilicitude da criação de um obstáculo à entrada de novos agentes deve enfatizar a intenção do agente ou os efeitos da conduta?

O problema fica ainda mais complexo quando se trata de barreiras institucionais à entrada. Neste caso, o agente está efetivamente modificando as condições inerentes ao mercado; são alteradas as próprias regras subjacentes à operação econômica no setor! Imagine-se que uma associação de empresas consiga criar entraves à importação de um bem por meio de *lobby* político. Tal conduta pode ser considerada ilícita? E se a empresa obtivesse o mesmo efeito de afastar a importação por meio da alteração de um padrão de qualidade não vinculante (por exemplo, uma norma técnica emanada por um ente não estatal)? Haveria então ilicitude? Nestes casos, não há dúvida de que a conduta foi artificial e voltada à restrição de concorrentes. Mas isso não é suficiente para que a barreira criada seja julgada ilícita; por exemplo, a norma de qualidade pode ser considerada essencial para garantir o bem-estar de consumidores daquele produto.

Parece que o conceito de barreira, em si, não oferece orientação adequada para a análise de condutas de criação de obstáculos à concorrência. A análise deverá ser episódica e, freqüentemente, carecerá de parâmetro preciso para aferição da licitude de uma barreira. Reforça-se, assim, a perspectiva de Demsetz: para que o conceito de barreira à entrada possua

algum valor, devem ser atribuídos pesos e valores a práticas específicas em mercados específicos. E, para tal atribuição, é inócua a menção abstrata a “processo natural fundado na maior eficiência”; é essencial a análise de cada caso, de modo a se compor uma estrutura sistemática de precedentes que forneça marco institucional claro para a tomada de decisões por agentes no mercado.

6 Síntese e considerações finais

O texto foi iniciado com a descrição de algumas definições encontradas na literatura a respeito de barreiras à entrada. Foram apresentadas algumas críticas a certas definições e foram indicados possíveis choques entre elas. Concluiu-se pela inexistência de um conceito pacífico e preciso a caracterizar a noção de barreira à entrada.

Em um segundo momento, foi discutido o emprego do conceito para abordar regras formais e informais percebidas pelos agentes no mercado. Foi apresentado o conceito de instituição como marco teórico concreto a descrever tais regras. Debateu-se a necessidade de se efetuarem juízos de valor e de política para se apreciar a adequação de tais barreiras institucionais.

Passou-se, então, a abordar a aplicação do conceito na prática antitruste. Foram apresentados votos proferidos no âmbito de alguns julgamentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Foi enfatizada a inexistência de uma definição restrita precisa que pudesse coerentemente explicar o uso do conceito no âmbito das distintas decisões. Propôs-se ser desnecessária, para a efetiva aplicação do direito antitruste, a existência de tal conceito restrito.

Finalmente, foi enfrentada a problemática da análise de condutas consistentes na criação de obstáculos ao ingresso de novos agentes no mercado. Indicou-se que, em tais ocasiões, é essencial que o conceito de barreiras seja mais explicitamente definido. Foi

demonstrado algum ceticismo quanto à possibilidade de se resolver tal problemática com estipulações abstratas prévias e opinou-se pela importância da demonstração de critérios específicos no âmbito da prática antitruste cotidiana.

CAPÍTULO II –

CONCORRÊNCIA E LICITAÇÃO: A CONSTITUIÇÃO E AS PERSPECTIVAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO DIREITO ANTITRUSTE

1 Introdução

O procedimento de licitação³⁴ envolve o acesso de diversos interessados e a seleção do mais apto a atender às demandas da administração pública. Assim, a concorrência entre esses agentes tem um papel fundamental para a consecução da licitação. Contudo, parece haver diferentes perspectivas sobre a exata função da concorrência em procedimentos de licitação.

Este texto busca sondar tais perspectivas. Inicialmente, será discutido o papel atribuído à concorrência em licitações pela Constituição Federal. Para tanto, será enfatizada a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 37, inciso XXI, do texto constitucional. Em um segundo momento, será discutida a pertinência da concorrência a partir da óptica do direito administrativo. Neste ponto, o tema será abordado com base em dois fundamentos da licitação: a obtenção da melhor proposta e o tratamento isonômico dos interessados. Em seguida, é apresentada a perspectiva do direito da concorrência sobre a questão. Neste momento, a exposição é pautada pelo conceito de eficiência alocativa, sendo apresentada sua pertinência a licitações públicas. O texto é concluído com uma breve sinopse dos pontos levantados.

³⁴ Ao longo deste trabalho, pretende-se trabalhar exclusivamente licitações que envolvam a aquisição ou alienação de bens da administração, bem como de obras e serviços prestados diretamente ao Estado. Entende-se que a licitação para prestação de serviços públicos envolve maiores complexidades, que poderiam desviar o foco do texto.

2 A licitação na Constituição Federal e na interpretação do Supremo Tribunal Federal

O texto da Constituição Federal de 1988 faz expressa menção à licitação como procedimento essencial à atividade administrativa. Eis as palavras da Constituição sobre o tema:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

De especial interesse para este trabalho são os trechos do inciso que impõem que o processo “assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” e que as exigências permitidas sejam apenas aquelas “de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Essas duas disposições parecem tentar promover a concorrência no âmbito de aquisições e alienações públicas.

A primeira disposição condena o favoritismo de certos licitantes e proscree a criação de distinções injustificadas que beneficiem este ou aquele concorrente. Dessa forma, o estímulo percebido pelos agentes econômicos que participam de um processo licitatório restringe-se a oferecer a melhor oferta para a administração; é limitada a vantagem que pode ser adquirida por meio do contato pessoal e da corrupção de agentes públicos. Já a segunda disposição veda a imposição de exigências técnicas ou econômicas que sejam dispensáveis à consecução do objeto da licitação. Assim, o acesso de novos concorrentes é facilitado e, conseqüentemente, é majorada a probabilidade de a administração obter uma proposta mais vantajosa.

Essas impressões, porém, são realizadas apenas a partir do texto da Constituição. Mas o teor jurídico da Constituição não se restringe a seu texto. A prática do direito é formada pelo constante choque de concepções distintas e interpretações contrárias acerca dos mais

diversos temas. Diferenças de ênfase quanto a aspectos de um certo problema, assim como concepções completamente diversas a respeito do propósito de um dispositivo constitucional, são elementos constitutivos da prática que leva ao assentamento de um ou outro princípio jurídico.

Desta forma, as impressões iniciais realizadas acerca do inciso XXI do art. 37 da Constituição podem ser completamente afastadas pela prática cotidiana. É possível que a noção de “exigências indispensáveis” seja interpretada com bastante amplitude por administradores públicos e tribunais. Assim, é plausível a existência de uma concepção jurídica que admitiria uma exigência editalícia que afastasse a maioria dos potenciais licitantes apenas para garantir um pequeno acréscimo na qualidade esperada do serviço. Da mesma forma, o conceito de “igualdade de condições” pode ser objeto de significativa controvérsia. Para alguns, a exigência constitucional pode ser interpretada de modo a consentir que alguém perceba vantagem em uma licitação específica apenas porque já possuía histórico de contratação bem sucedida com o ente federativo que promove a licitação (o que ofereceria alguma indicação sobre a probabilidade de o novo contrato ser bem sucedido). Para outros, essa mesma exigência constituiria inaceitável ofensa ao princípio da isonomia na licitação. Há ainda que se notar que o próprio dispositivo oferece uma válvula de escape para a imposição constitucional: trata-se da admissão de ressalva a “casos especificados pela legislação”. Dependendo da interpretação adotada, essa válvula de escape pode ser empregada de forma ampla (*e.g.* autorizando que qualquer lei estadual indique casos não sujeitos a regras gerais de licitação) ou restrita (*e.g.* impondo que haja um bom motivo para que um legislador federal estabeleça uma hipótese de dispensa de licitação).

O que se pretende esclarecer é que o texto constitucional, em si, não permite que se realizem juízos precisos acerca da conformação de um determinado princípio na prática cotidiana do direito. É necessário ir além e verificar como administradores, juízes e acadêmicos enfrentam o tema. Tal passo é pertinente mesmo quando constitua apenas um prelúdio para a contestação da concepção jurídica já firmada e dominante.

Neste sentido, uma abordagem interessante ao tema envolveria a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal³⁵. Considerando o papel de destaque do STF no âmbito da interpretação da Constituição brasileira, as suas manifestações podem ser de grande valia para se avaliar a conformação prática do art. 37, XXI, da CF-88.

Essa análise parece indicar uma posição jurisprudencial bastante favorável à concorrência em licitações. Isso porque o STF tem sido bastante firme ao afastar procedimentos e até mesmo leis que tenham o efeito de restringir o acesso de novos licitantes. A mesma rigidez tem sido percebida em decisões que tratam de possíveis manipulações dos critérios de escolha da proposta vencedora – o STF não tem admitido critérios que favoreçam um determinado grupo preferido pela autoridade que opera a licitação.

É interessante notar que essa postura tem sido mantida mesmo em face de procedimentos que atendam a outros interesses sociais legítimos. Isto é, o STF também condena restrições à concorrência mesmo em casos em que não seja observado nenhum indício de fraude ou intenção maliciosa.

³⁵ Apesar dessa escolha de abordagem, é interessante notar que autores de direito administrativo e de direito constitucional também têm contribuições importantes a dar ao estudo do tema. Cite-se, por exemplo, Di Pietro: “Em matéria de licitação o princípio da razoabilidade está previsto, de modo implícito, no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que, ao exigir licitação para as compras, alienações, obras e serviços, somente permite as ‘exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’. Isto equivale a dizer que, se for feita uma exigência que não tenha qualquer relação com o objeto da licitação, ela será inconstitucional. Esse preceito constitucional serve de baliza à discricionariedade do legislador que, ao elaborar a lei, não pode prever restrições irrazoáveis, não necessárias à garantia de cumprimento das obrigações, em detrimento dos interessados em licitar, sob pena de inconstitucionalidade, passível de impugnação por via de ação direta ou de exceção. E serve de baliza à discricionariedade da Administração que, ao aplicar a lei aos casos concretos, decidindo com a liberdade possível diante dos limites da lei, deve optar pela medida razoável, ou seja, que tenha alguma relação com o objetivo a atingir, sob pena de ilegalidade, passível de impugnação pelas vias administrativa e judicial. O que serve de medida da razoabilidade é o exame da correlação, da ligação, do vínculo, entre a decisão adotada e o objetivo a atingir.” Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da razoabilidade: como se aplica o princípio da razoabilidade no procedimento da licitação. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 25. Ainda sobre o ponto, cita-se Moraes: “A legislação ordinária, portanto, deve prever as hipóteses de dispensa da licitação, em conformidade com o fim colimado pela Constituição Federal. Assim ‘não é dado ao legislador, arbitrariamente, criar hipótese de dispensa de licitação, porque a licitação é uma exigência constitucional.’ Se o elemento tomado em consideração para que seja feita essa dispensa não for pertinente, não for razoável ou compatível com o princípio da igualdade, a lei será inconstitucional. A dispensa indevidamente dada pela lei não pode valer perante a Constituição. Portanto, não é dado ao legislador dispensar licitação ao seu talante, à sua vontade, se esse fator discriminar, se o elemento tomado em consideração não for relevante e não tiver abrigo constitucional, se não for razoável, pelo menos, à luz da Constituição.” MORAES, Alexandre de. *Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional*. Justitia, São Paulo, v. 58, n. 175, p. 66-72, jul./set. 1996. p. 69

Por exemplo, o STF já declarou a inconstitucionalidade de lei distrital que autorizava o pagamento de tributos por meio da dação em pagamento de materiais. Tal expediente talvez constituísse ferramenta bastante útil para a administração tributária – trata-se de outra forma de se obter o pagamento de um crédito. Porém, entendeu-se que o procedimento envolveria afastamento da licitação para a aquisição daqueles materiais, o que implicaria insanável inconstitucionalidade³⁶.

No mesmo sentido, o tribunal negou a possibilidade de se obstar o acesso de licitantes que tenham procedido de forma discriminatória na contratação de trabalhadores. O combate à discriminação é uma política governamental bastante compatível com princípios constitucionais como o de igualdade. Mas se entendeu que o processo licitatório não constitui ferramenta adequada à consecução dessa política³⁷.

O STF foi especialmente incisivo ao condenar a tentativa de se promoverem interesses locais por meio da manipulação das exigências de habilitação na licitação³⁸. No caso,

³⁶ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997.” Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 1917-DF*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 26/04/2007. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%201917.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%201917.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%201917.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%201917.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 out. 2008.

³⁷ “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada. 1. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I). 2. afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a "igualdade de condições de todos os concorrentes", o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3670/DF*. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 18/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3670&classe=ADI>> Acesso em: 10 out. 2008.

³⁸ “EMENTA: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou

entendeu-se que haveria violação até mesmo ao art. 19, III, da CF, que proíbe que Estados, Distrito Federal e Municípios criem distinções entre brasileiros ou preferências entre si

Negou-se também a possibilidade de se promoverem meios alternativos (e potencialmente mais baratos) de fornecimento de bens à administração³⁹. É o que se viu em caso de lei estadual que promovia a adoção de *software* livre pelo governo do estado. Além de se apontar violação a regras de processo legislativo (competência e iniciativa), enfatizou-se a criação injustificada de restrição à concorrência:

Finalmente, o STF condenou a atribuição de preferência a licitantes que tenham pago valores maiores à fazenda pública do Estado. Entendeu-se que tal critério constituiria “discriminação arbitrária”, contrária ao interesse público de competição⁴⁰.

sede no Estado-membro.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 3583/PR*. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJE n. 47, 14/03/2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3583&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008.

³⁹ “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DE AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL PARA DEFLAGRAR O PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM TESE. INTELIGÊNCIA DO ART. 103, INCISO VIII, DA MAGNA LEI. REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA ANTECIPADAMENTE SATISFEITO PELO REQUERENTE. IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUIU, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUL-RIO-GRANDENSE, A PREFERENCIAL UTILIZAÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE DO AUTOR QUE APONTA INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO, BEM COMO USURPAÇÃO COMPETENCIAL VIOLADORA DO PÉTREO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECONHECE-SE, AINDA, QUE O ATO NORMATIVO IMPUGNADO ESTREITA, CONTRA A NATUREZA DOS PRODUTOS QUE LHEM SERVEM DE OBJETO NORMATIVO (BENS INFORMÁTICOS), O ÂMBITO DE COMPETIÇÃO DOS INTERESSADOS EM SE VINCULAR CONTRATUALMENTE AO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 3059/RS*. Requerente: Partido da Frente Liberal. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ, 20/08/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3059&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 10 out. 2008. Relator Ministro Carlos Britto.

⁴⁰ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19. 3. A

O Supremo Tribunal Federal não parece haver condenado, em nenhum dos casos mencionados, os valores que aquelas leis e procedimentos pretendiam proteger. Não foi dito que o combate à discriminação, o incentivo à indústria local ou a otimização da administração tributária seriam objetivos ilícitos em face do ordenamento constitucional. Ao que parece, o STF restringiu-se a afirmar que *a licitação não é um instrumento adequado à persecução de tais fins*, por mais legítimos que sejam.

A mesma lógica de decisão parece abranger casos em que a administração esteja no papel de vendedora dos bens que constituam o objeto da licitação. É o que se vê na análise do §1º do art. 163 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. O artigo estabelece, para empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, preferência de aquisição no caso de alienação dessas empresas estatais⁴¹. O STF, em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, entendeu que tal procedimento envolve violação aos princípios constitucionais pertinentes à licitação⁴².

licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.070-RN. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 29 de novembro de 2007.

⁴¹ Art. 163 - Incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente ou, através de licitação, sob regime de concessão ou permissão, devendo garantir-lhes a qualidade. § 1º - Na hipótese de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista, os empregados terão preferência em assumi-las sob forma de cooperativas.

⁴² “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Parágrafo 1º do art. 163 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. 3. Alegada ofensa ao art. 22, XXVII, da Constituição Federal, eis que vedado ao constituinte estadual legislar sobre normas gerais de licitação e contratação na administração pública. 4. Fundamentos relevantes. A licitação, no processo de privatização, há de fazer-se com observância dos princípios maiores consignados no art. 37, XXI, da Lei Maior. 5. Medida cautelar deferida para suspender, ex nunc, e até o julgamento final da ação a execução e aplicabilidade do § 1º do art. 163, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, referendando-se, assim, por maioria de votos, a decisão concessiva da liminar.” SUPREMO TRIBUNAL

Essa lógica de competição na alienação é estendida até mesmo a políticas de promoção do desenvolvimento urbano, nas quais não se autoriza a supressão da concorrência pública. O tema aqui tratado é um pouco distinto (inexigibilidade ou dispensa de licitação), mas toca os mesmos aspectos de adequação de licitação⁴³.

Assim, o STF parece ser bastante rígido quanto à inadequação da restrição à concorrência como instrumento de consecução de políticas públicas. A licitação parece

FEDERAL. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1824/RS*. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ, 29/11/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1824&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 10 out. 2008. No mesmo sentido, leia-se: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA VENDA DE EMPRESAS ESTATAIS. UTILIZAÇÃO DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.197, DE 24.11.95. PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO: POSSIBILIDADE DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA ESTABELECEER LIMITES PARA A ACEITAÇÃO DE MOEDAS CONVERTIDAS EM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA COMO MEIO DE PAGAMENTO: SEU RECEBIMENTO EM TRANSAÇÃO REALIZADA ENTRE A UNIÃO FEDERAL E PARTICULARES VALENDO-SE DE TÍTULOS PÚBLICOS. ATO JURÍDICO PERFEITO: INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES: ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. 1. Dispõe o Presidente da República do poder discricionário, por recomendação do Conselho Nacional de Desestatização, para estabelecer os quantitativos em moeda corrente nacional e em títulos da dívida pública que poderão ser utilizados nos procedimentos licitatórios de venda de empresas estatais em processo de privatização. Incidência, na espécie, do artigo 16 da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, com a nova redação que lhe deu o artigo 1º da Medida Provisória nº 1.197, de 24 de novembro de 1995. 2. A outorga delegada ao Chefe do Poder Executivo para estimar os volumes, entre títulos e moeda corrente nacional na composição na alienação de bens estatais, tem o sentido de lhe conferir, para cada espécie em venda, o exame da dimensão do interesse da clientela e as características de valorização mercadológica do negócio. 3. Não ocorre ato jurídico perfeito e acabado resultante de transação, se ao tempo de sua homologação, ainda que perante o Supremo Tribunal Federal, já vigia lei que não o assegurava. 4. Se do ato transacional constou cláusula condicionante submetendo uma das partes ao cumprimento da legislação vigente, deve essa ser prevalente, não se revestindo os títulos recebidos in solutum como moedas de valor absoluto para comporem oferta em leilão de venda de estatais. 5. Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. 6. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput - obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade - e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. (CF, artigo 5º, caput). Mandado de segurança indeferido e cassada a liminar concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no mandado de segurança 22509/SP*. Impetrante: International Brazil Export S/A. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 04/12/1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=22509&classe=MS-AgR>>. Acesso em: 10 out. 2008

⁴³ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 147/90, DO ESTADO DO TOCANTINS. VENDA DE IMÓVEIS PÚBLICOS SEM A REALIZAÇÃO DA NECESSÁRIA LICITAÇÃO. CONTRARIEDADE AO INCISO XXI DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O ato normativo impugnado, ao possibilitar a venda direta de lotes e moradias em áreas públicas no perímetro urbano de Palmas-TO, viola a exigência de realização de prévia licitação para a alienação de bens públicos, na forma do mencionado dispositivo constitucional. Ação julgada procedente” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 651/TO*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Tocantins. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 20/09/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=651&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008

constituir, assim, um *princípio autônomo* – sua realização e sua idoneidade são imprescindíveis, mesmo que haja outros fins sociais relevantes afetados pela prática. O processo licitatório tem valor próprio e não pode ser adulterado para satisfazer esta ou aquela política de governo.

É interessante notar que o Supremo Tribunal Federal parece ver com maus olhos a restrição à concorrência pública mesmo quando o objetivo da restrição seja a própria adequação do procedimento. É o que se viu no RMS 24555/DF, em que se afastou a possibilidade de ampliação posterior dos termos de habilitação previstos em edital⁴⁴.

É importante que se perceba que nem todas as decisões do STF sobre o tema versam no sentido de impor a realização de licitação ou de garantir o máximo de concorrência possível no caso⁴⁵. Ainda assim, é possível notar uma forte tendência no sentido de garantir a

⁴⁴ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em mandado de segurança 24555/DF*. Agravante: Sistema de Comunicação Vala das Espinharas Ltda. Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 31/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=24555&classe=RMS-AgR>>. Acesso em: 10 out. 2008.

⁴⁵ Veja-se, por exemplo: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º, CAPUT E §§, DA LEI N. 9.262, DE 12 DE JANEIRO DE 1.996, DO DISTRITO FEDERAL. VENDA DE ÁREAS PÚBLICAS PASSÍVEIS DE SE TORNAREM URBANAS. TERRENOS LOCALIZADOS NOS LIMITES DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA DA BACIA DO RIO SÃO BARTOLOMEU. PROCESSO DE PARCELAMENTO RECONHECIDO PELA AUTORIDADE PÚBLICA. VENDAS INDIVIDUAIS. AFASTAMENTO DOS PROCEDIMENTOS EXIGIDOS NA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea "f". Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 2990/DF*. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 24/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2990&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008. Veja-se também: EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO

idoneidade do procedimento e a efetividade da competição. Tal tendência encontra sólido respaldo nos princípios do direito administrativo e nos princípios do direito antitruste. É o que se pretende demonstrar nas linhas que seguem.

3 Concorrência em licitação para o direito administrativo: melhor oferta e isonomia entre licitantes

A licitação é um procedimento destinado a selecionar interessados em colaborar com alguma atividade administrativa. Em geral, autores de direito administrativo justificam a realização de tal procedimento a partir de dois fundamentos: 1) aumento da probabilidade de obtenção de melhor proposta pela administração; 2) garantia de atendimento igualitário entre os diversos interessados na seleção administrativa. A definição e a lógica da licitação são descritos por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos:

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação penal 348/SC*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcanjo Pavan. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=348&classe=AP>>. Acesso em: 10 out. 2008

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.⁴⁶

O propósito deste tópico é tentar identificar a pertinência da concorrência⁴⁷ para a adequação de um procedimento licitatório. Em uma primeira análise, garantir competição poderia ser considerado um pressuposto de realização da licitação⁴⁸. Por outro lado, poderia também ser considerado mero auxiliar para a seleção discricionária de colaboradores pela administração. Parece necessário ir mais a fundo no tema para se poder identificar contornos mais precisos e orientações mais claras sobre o papel da concorrência na licitação.

Para se fazer tal análise no âmbito do direito administrativo, uma abordagem interessante parece envolver o estudo da compatibilidade da concorrência com aqueles objetivos da licitação indicados anteriormente. Ou seja, para se apreciar o papel da concorrência em uma licitação, parece fundamental que se afira a utilidade da competição como meio para (1) obtenção de melhor proposta pela administração e (2) assegurar tratamento isonômico dos interessados em colaborar com a administração.

No que se refere à obtenção da melhor proposta pela administração, parece evidente a pertinência de um ambiente competitivo. O agente econômico típico busca lucro, e é de seu interesse cobrar o preço que mais aumente seus ganhos. A melhor proteção disponível

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 505

⁴⁷ Por “concorrência”, entenda-se aqui a competição entre rivais no mercado. Não se deve confundir o termo com a modalidade de licitação chamada de concorrência. Para evitar tal confusão, será explicitamente indicado ao longo do texto em que momentos a expressão concorrência será designativa da modalidade de licitação.

⁴⁸ “Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-se que a competição, de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. Fala-se, porém, em *competição* também em diverso sentido, ou seja, como *disputa*. Há competição-disputa quando, assegurada a todos a oportunidade de concorrerem à contratação pretendida pela Administração, apresentam-se os proponentes diante dela oferecendo vantagens distintas entre si, de modo que possa ela distinguir, a partir dos critérios, objetivos, da licitação, entre as várias propostas, o negócio mais vantajoso a ser contratado. (...) *Competição*, pressuposto da licitação, é possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia de igualdade (isonomia). Chamêmo-la *competição-pressuposto*. Por outro lado, *competição* é também *disputa*, ou seja, no caso, possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas do que outros: um, a proposta melhor de todas. Chamêmo-la *competição-disputa*.” GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*. São Paulo: Malheiros, 1995. Pp. 14-15

contra a ambição de um fornecedor é o intento de lucro de outro fornecedor. A disputa entre esses agentes aprimora os serviços prestados e força os preços cobrados para baixo.

Quando os agentes deixam de perceber competição, decai o estímulo à melhoria nos serviços e à cobrança de menor preço. Em uma licitação, esta perda de estímulo competitivo reflete-se em prejuízo aos cofres públicos e, conseqüentemente, reduz a capacidade do Estado de sustentar políticas públicas de interesse geral. Assim, para que seja alcançado o objetivo de alcançar a melhor proposta possível, o desenho de uma licitação deve ser orientado pela manutenção da concorrência como fator regulador de preços.

A licitação, como procedimento administrativo vinculado aos imperativos constitucionais de publicidade e legalidade, dificilmente conseguiria alcançar os mesmos resultados que os agentes privados conseguem cotidianamente obter. O administrador público está vinculado a uma série de amarras que constroem sua liberdade de negociação e, conseqüentemente, diminuem o espaço de concorrência percebido pelos agentes no mercado. Esses impedimentos são essenciais para a garantia da probidade administrativa, mas é evidente o ônus que elas impõem à contratação pela Administração. Desta forma, é de se esperar que o Estado não consiga negociar de forma tão eficaz quanto agentes privados conseguiriam⁴⁹. Ainda assim, deve o administrador público tentar impor o máximo de concorrência possível a cada

⁴⁹ Essa problemática é reconhecida há muito tempo. É o que se lê de obra de 1965, tratando, nos trechos citados, especificamente a respeito da modalidade de licitação “concorrência”: “Como quer que seja, com esta ou aquela variante, por maior amplitude que se procure encontrar nas vantagens da concorrência, elas, em suma se sintetizam em duas, realmente substanciais: 1ª – a obtenção de melhores vantagens financeiras para o Estado; 2ª – o resguardo da moralidade administrativa. Com efeito, tudo o mais são desdobramentos dessas razões ético-financeiras, que não chegam nem a se constituir em razões econômicas, mas tem suporte legal. Atende a concorrência, plenamente, a ambas essas razões? A experiência nos mostra que não.” ANDRADE, Luciano Benévolo. ANDRADE, Luciano Benévolo. *Do princípio da concorrência e o ajuste direto*: interpretação do art. 1, item III, da Lei n. 4.401, de 10-9-1964, com breve estudo sobre veto, hermenêutica, discricionariedade e a forma no direito administrativo. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1965. p. 64. “Não é demais lembrar o truísmo: no mercado, os preços se formam de acordo com as leis da Economia. Leis que não se resumem apenas na lei da oferta e da procura, da livre iniciativa ou da livre concorrência. Há algo além, algo de imponderável, que os economistas sentem e até hoje não conseguiram descobrir. Pois bem. Os preços na concorrência são os preços do mercado, acrescidos de alguma coisa a mais. Essa alguma coisa a mais depende: a) do interesse do licitante; b) das despesas e trabalho que tiver na preparação das formalidades exigidas para a admissão; c) dos juros sobre a fiança que fôr compelido a prestar; d) dos juros de financiamento pelo prazo provável em que receberá os pagamentos; e) da cláusula de garantia, assim entendida aquela em virtude da qual se previne das eventualidades que possam surgir, embaraçando recebimentos futuros, removendo obstáculos, exigindo desembolsos não previstos, bem como dos efeitos da desvalorização da moeda”. *idem*. p. 92

processo de licitação, tendo sempre em mente que a fuga à competição implica prejuízo ao erário público e, conseqüentemente, ao bem-estar da sociedade em geral⁵⁰.

Já o segundo objetivo mencionado, tratamento igualitário entre participantes, rende maior discussão. Isso porque esse segundo escopo pode ocasionalmente entrar em conflito com o primeiro. É bem mais difícil conduzir uma licitação com número elevado de participantes. Além disso, o nível de garantias atribuídas aos licitantes pode afetar sensivelmente a capacidade da administração de otimizar o procedimento e obter a melhor proposta possível para seus fins. É o que se pretende apontar agora.

A aquisição e a alienação de bens pela administração serão acompanhadas de perto por muitos interessados. E cada um tem o direito de ser tratado de forma eqüitativa e compatível com a proposta que oferece à administração. Para garantir esse imperativo de isonomia, é estabelecido um procedimento específico de tomada de decisões pela administração. O procedimento, em sua essência, é uma forma complexa de fixação de pautas a serem consideradas pela administração em sua conduta. Ao limitar o espaço de discricionariedade do administrador, o procedimento vincula a formação da vontade do ente estatal a certos critérios específicos de adequação. Tal vinculação prévia é essencial para a isonomia da realização de escolha entre interessados pela administração pública.

Nesta lógica, a fixação dos parâmetros específicos de concorrência é fundamental para a garantia dos direitos de participação igualitária dos interessados⁵¹. Entende-se aqui que a

⁵⁰ “Quando a Administração contrata, com preços superfaturados, há desembolso de despesa em valor excedente, sem contraprestação, parcela essa que deve ser considerada como prejuízo, como é qualquer despesa sem amparo legal processada pela Administração. Se é dever indeclinável contratar a preços de mercado, essa premissa, em tempos de crise, passa a ser também uma obrigação em relação à população, que se vê sacrificada com a recessão”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *A licitação e os cartéis. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, DF, n. 26, p. 23-31, jan./dez. 2000. P. 23

⁵¹ “Contudo, quando vários sujeitos, todos aptos à obtenção de um benefício, são obrigados a disputar o direito a ele, a ausência de um procedimento administrativo gera automaticamente o agravo à isonomia. Quando a decisão da autoridade pressupõe uma comparação entre qualidades dos sujeitos, para a escolha da opção melhor, é impossível à lei conceber, sem um procedimento específico, técnicas para a decisão que não ensejem tratamento desigualado. Logo, o procedimento administrativo, que chamamos ‘procedimento de competição’, é indispensável. De outro lado, temos o princípio da boa administração, pelo qual o administrador está vinculado a encontrar, dentre os pretendentes aptos, o melhor para o interesse público, tendo em vista a defesa do patrimônio estatal, a moralidade etc. A ausência de um ‘procedimento de competição’ regular prejudica não só os interesses dos particulares, mas compromete a

isonomia deve ser estabelecida como elemento essencial e tendente à consecução do objetivo de aquisição da melhor proposta possível para a administração. Neste sentido, o licitante tem *direito a ser tratado de maneira compatível com a sua capacidade de auxiliar a administração a empreender suas atividades ao menor custo possível à sociedade*. A partir desta idéia, tem-se que cada um tem o direito de exigir critérios objetivos da administração pública⁵², mas esse direito não lhe garante qualquer proteção contra licitantes mais aptos e agressivos. Apenas duas coisas podem ser exigidas pelo interessado em uma licitação: 1) que os critérios de seleção sejam adequados para a consecução da atividade administrativa que se pretende licitar; 2) que os critérios sejam suficientemente objetivos para que se possa comparar propostas e licitantes concorrentes.

Esta especificação do direito à isonomia na licitação é bem mais restrita do que aquela adotada por certos autores. Há quem entenda que a administração pública deve demandar a compatibilidade dos preços ofertados pelos licitantes. Nesta linha, o direito dos interessados poderia abranger a adequação das propostas dos concorrentes a certos parâmetros de preços. Foram encontradas duas variações dessa lógica de ampliação de direitos.

A primeira variação diz respeito à oferta de preços incompatíveis com o mercado, mas exequíveis pelo porte da empresa ofertante⁵³. Há quem entenda que tais ofertas seriam

descoberta desse 'melhor' que, como dissemos, só pode ser feita através de uma adequada comparação de vantagens. Assim, mesmo quando os possíveis interessados componham seus interesses, formulando acordo para atribuir a algum deles o objeto em disputa (caso em que não mais estaria em pauta o problema da igualdade), o procedimento de competição é essencial à decisão, já que, sem ele, torna-se impossível um julgamento atento à boa administração. Os princípios da igualdade e da boa administração, conjugados, determinam a necessidade da adoção de técnicas procedimentais para a decisão. São o fundamento da exigência do procedimento". SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 20, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987.. PP. 116-117

⁵² "A concorrência, ou contraditório, é princípio indispensável dos procedimentos da espécie, cujo objetivo é justamente comparar vantagens e desvantagens dos candidatos. Por força dela, a participação dos interessados no procedimento há de ser concebida de tal modo que enseje oportunidade de uma comparação o mais possível objetiva, o que se obtém concedendo idêntica oportunidade de participação e julgando os candidatos pelos mesmos critérios" SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 20, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987.. P. 118

⁵³ "Uma empresa de grande porte poderia ofertar um valor incompatível com o mercado, mas sua proposta poderia ser exequível faticamente. Isto é, mesmo tendo prejuízo, essa empresa executaria os termos pactuados pelo valor do contrato, mesmo sendo este inferior ao que seria de se esperar das condições de mercado, e o faria escudada em sua maior pujança econômica. Tal conduta, obviamente, traduz uma violação à ordem econômica e aos princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico (arts. 170, inc. IV e 173, §4º, da

inadmissíveis⁵⁴. Argumenta-se que a oferta deve necessariamente ser compatível com insumos necessários e margem de lucro do proponente, sob pena de rejeição⁵⁵. Neste sentido, os concorrentes teriam o direito de exigir que cada proposta ofertada estivesse sustentada em valores correntes no mercado, e a administração teria o poder de rejeitar propostas entendidas como não compatíveis⁵⁶.

Uma segunda variação envolve a oferta de preços mais baixos sustentada em uma vantagem ilícita do licitante. Por vantagem ilícita, entenda-se a capacidade do licitante de se desviar de ônus sociais impostos aos demais concorrentes, tais como obrigações trabalhistas e tributárias⁵⁷. Aqui, não se está rejeitando a vinculação da concorrência na licitação à eficiência

Carta Magna). Mas o que se pergunta é qual o papel a ser esperado da Administração Pública. Deve escolher essa proposta fundada unicamente no critério do menor preço e com isso fechar os olhos a uma possível lesão aos princípios norteadores da ordem econômica e tutelares da livre concorrência?" DIAS, Eduardo Rocha. Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 11, p. 524-530, nov. 1998. P. 525

⁵⁴ Note-se que a própria lei 8.666/93 estabelece alguns critérios de inexequibilidade de propostas, embora entenda-se aqui que possam ser afastados caso o licitante comprove sua capacidade de concluir o contrato nos termos firmados: Art. 48 (...) § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração.

⁵⁵ "A análise dos dispositivos legais acima transcritos e da opinião dos autores citados permite afirmar que a Lei de Licitações proíbe duas situações distintas de preço inferior ao que seria de se esperar das condições de mercado, cuja ocorrência impõe a desclassificação da proposta: a) quando o preço oferecido pelo licitante é manifestamente baixo, acarretando a *inexequibilidade fática* da proposta, a partir da consideração das reais condições do licitante de atender aos termos do edital; b) a outra é quando se está diante de um preço também desconforme com o mercado, a partir da consideração do valor dos insumos envolvidos na sua fixação, incluída a margem de lucro do proponente, mas que, atentando-se para as reais condições deste último, não acarreta necessariamente a inviabilidade fática da proposta. É melhor, portanto, nesse caso, falar de inexequibilidade jurídica da proposta.(...) Vale lembrar que o procedimento licitatório '[e] dotado de mecanismos 'destinados a corrigir os efeitos tanto da *concorrência imperfeita*, que leva à alta artificial de preços, aumentando os gastos da Administração, quanto do *excesso de concorrência*, que provoca a baixa excessiva – por isso também artificial -, colocando em risco a execução dos contratos ou estimulando a corrupção' (Sundfeld, 1994:151). Essa baixa excessiva pode decorrer também do cometimento de uma infração à ordem econômica e ao princípio da livre concorrência" DIAS, Eduardo Rocha. Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 11, p. 524-530, nov. 1998 P. 526-527

⁵⁶ "Por conseqüência, à Administração em geral, e às Comissões de Licitações em particular, cabe velar pela compatibilidade das propostas com as condições de mercado, não podendo impressionar-se pela simples oferta de menor preço, se este não reflete a realidade de mercado, o que impõe sua desclassificação. (...) Qualquer oferta de preço mais baixo que não seja razoavelmente explicada por aperfeiçoamentos técnicos ou gerenciais ou por redução da margem de lucro do concorrente, resultante de conduta empresarial plenamente lícita, deverá ser desclassificada." DIAS, Eduardo Rocha. Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 11, p. 524-530, nov. 1998. P. 528-529

⁵⁷ "A fraude trabalhista ou fiscal falseia a concorrência e produz resultados indesejados, seja no campo da licitação, contratando-se o desonesto, como no campo social e econômico, ensejando a frustração de direitos trabalhistas e desestimulando a economia formal. (...) Visto que a licitação é um processo de competição e tendo por premissa que

dos agentes econômicos e à obtenção de melhor proposta pela administração pública⁵⁸. Apenas desestimula-se a concorrência desleal ao evitar que licitantes obtenham vantagens competitivas a partir de fraudes ao sistema jurídico nacional⁵⁹.

Anteriormente neste texto, foi mencionado que o direito dos interessados restringe-se a exigir critérios de seleção objetivamente verificáveis e adequados ao fim pretendido pela administração. As duas variações citadas parecem expandir o direito devido pelos interessados, franqueando-lhes a possibilidade de exigir que propostas concorrentes obedecem a certos parâmetros de preço. Entende-se que essa expansão é incompatível com a dinâmica da licitação no direito administrativo, como se expõe agora.

Foi mencionado anteriormente que a conformação da concorrência em uma licitação deve ser compreendida a partir de dois critérios: 1) obtenção da melhor proposta pela administração; 2) tratamento isonômico dos licitantes. O primeiro critério é obviamente atendido por preços mais baixos⁶⁰. Não importa como os licitantes formaram sua proposta; se ela for exequível, o preço mais baixo atende ao objetivo de melhor proposta pela administração. Já o segundo critério levanta maiores objeções.

a livre iniciativa não acolhe a concorrência desleal, é preciso apreciar se, em função do preço artificial, do qual resulta uma vantagem competitiva, resta mantido o equilíbrio do mercado.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 61-78, jan./fev. 2006.. PP. 66-67

⁵⁸ “Daí por que, se é certo que a licitação é processo administrativo que busca a seleção de melhor proposta, não é menos exato que tal escolha deve se dar no *mercado* e não simplesmente nos autos, submetido o processamento ao princípio da *verdade real* e ao princípio federativo, para destacar apenas os mais importantes no tema em exame. Para a escolha, é fundamental que sejam implementados mecanismos que defendam a existência de uma efetiva competição, de modo a se reconhecer no procedimento uma função que visa à interpretação do conceito de *eficiência* dos agentes econômicos, buscando a preservação do *mercado* como cenário adequado à *livre concorrência*. Afinal, como idealizado nos programas de reforma do Estado, a implementação das políticas públicas, em especial a abertura econômica, tem por objetivo promover a eficiência por meio da ampla competição”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 61-78, jan./fev. 2006.. PP. 63-64

⁵⁹ “Portanto, em defesa da competição, há que se provocar a manifestação da autoridade administrativa, havendo no Estatuto das Licitações dispositivos que permitem que se objetive o conceito de concorrência desleal por meio do exame dos componentes do preço, de modo a se detectar o preço artificial que a viabiliza, frustrando a validade do procedimento”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 61-78, jan./fev. 2006.. P. 70

⁶⁰Esta não é a única dimensão em que uma proposta é avaliada. Dependendo do tipo de licitação, as qualidades técnicas da proposta serão de interesse. Contudo, mantidas as demais variáveis, a redução de preço é sempre uma vantagem. É neste sentido que deve ser compreendida esta afirmação do texto.

No âmbito do segundo critério, a questão é a seguinte: para que a administração dispense tratamento igualitário entre licitantes, ela deve questionar a legitimidade da formação da proposta ofertada? A tese de expansão de direitos, nas duas variações indicadas, responde positivamente a esta questão. Para esta posição, a incompatibilidade da oferta com os custos percebidos pelos licitantes implica fraude à concorrência e, conseqüentemente, deve ser afastada pela comissão de licitação.

Este trabalho, porém, assume postura diversa. Entende-se aqui que o imperativo de isonomia deve estar vinculado ao objetivo de obtenção de melhor proposta pela administração. Se um licitante oferta preço mais baixo e demonstra ser capaz de concluir o contrato de forma adequada, não cabe à administração pública questionar a formação de sua proposta. A partir desta postura, alegações de concorrência em licitações nunca poderiam ser empregadas para restringir a capacidade de um agente de oferecer o menor preço possível. É possível questionar a capacidade de alguém concluir o contrato com os preços propostos; porém, garantido esse contrato, os demais licitantes não teriam o direito de questionar a admissão da proposta pela administração pública.

Pergunta-se então: mas o administrador não está obrigado a obedecer os mandamentos constitucionais de defesa da concorrência? Como pode a administração pública fazer vista grossa a uma possível infração concorrencial? Por que não estender os objetivos da licitação para abranger também a defesa contra concorrência desleal? Estas perguntas vão ao âmago da possibilidade de expansão do direito devido pelos interessados na licitação. Porém, estes questionamentos não carregam tanto peso quanto a princípio poderia parecer. Há duas razões principais para tanto.

A primeira razão envolve a própria definição do ato anticompetitivo. É bastante contestável que a proposta de preço mais baixo implique, em si, restrição indevida à concorrência. A competição é protegida devido ao benefício que gera à sociedade. A existência

de um concorrente é uma força que evita que algum fornecedor abuse de seus consumidores. Não faz sentido que uma empresa que já esteja ofertando preço mais baixo seja preterida em benefício de outra que deseja cobrar preço mais caro. Há casos em que tal conduta pode se afigurar um meio de afastar os concorrentes para, posteriormente, ganhar domínio absoluto sobre o mercado⁶¹. Mas, fora destes casos específicos, não parece haver lógica em se condenar a administração a obter proposta pior apenas para que os concorrentes não sejam prejudicados.

Obviamente, pode-se alegar que, na verdade, a Constituição deseja proteger os competidores, mesmo quando eles não sejam capazes de se sustentar autonomamente no mercado. Mas tal alegação parece ser diametralmente oposta à lógica de benefício da sociedade pela concorrência entre agentes e pelo maior sucesso dos agentes mais capazes de atender as demandas econômicas dos consumidores. Trata-se de beneficiar um grupo específico de concorrentes (por sinal, o grupo menos capaz de contribuir com a sociedade) em prejuízo de toda a comunidade.

A segunda razão contra a expansão do direito dos licitantes é de ordem de atribuição de competências. Todo administrador público é obrigado a obedecer integralmente ao ordenamento jurídico pátrio. Mas isso não significa que cada servidor público tenha a obrigação ou a capacidade de promover todas as políticas da administração pública. Suponha-se que um licitante afastou uma empresa concorrente por meio do assassinato de seu diretor. Ou que a proposta ofertada conteve elementos obtidos por espionagem industrial. Ou que a fábrica controlada pelo licitante está situada em terras obtidas por meio de suborno a agentes públicos. Em todos esses casos, o licitante possui uma vantagem ilícita que impulsiona sua atuação como concorrente. Mas não está claro se a comissão de licitação deveria investigar ativamente estes

⁶¹ “Na literatura econômica essa conduta é denominada como prática de preços predatórios, e se verifica quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo”. BRASIL. Ministério da Fazenda. *Guia para análise econômica da prática de preços predatórios*. Brasília, DF, 2002. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/precospredpgfn.pdf Último acesso em 14 de abril de 2008. p. 2

fatores ou até mesmo sustentar o julgamento de habilitação ou de propostas a partir de tais elementos.

É claro que todos aqueles casos envolvem fraude ao ordenamento jurídico, o qual o administrador está obrigado a seguir. No entanto, isso não deve alterar os parâmetros objetivos restritos essenciais à licitação. Caso se note a ocorrência de ato ilícito, deve o administrador comunicar as autoridades especificamente designadas para o combate de tais atos. O ente estatal que promove a licitação não deve tentar, por conta própria, promover outros objetivos sociais para os quais não possui competência ou capacidade técnica de atender.

E este é o caso da defesa da concorrência. A análise do caráter anticoncorrencial de uma situação concreta demanda conhecimento técnico e experiência no setor. O típico administrador público simplesmente não dispõe dos recursos necessários para efetuar uma análise de concorrência. E é bastante plausível que eventual análise por ele realizada revele-se pouco conclusiva. Além disso, não parece estar claro se cada comissão de licitação deveria gastar seu tempo com essa atividade. Há todo um sistema de defesa da concorrência instalado no ordenamento jurídico pátrio⁶² capacitado especialmente para a análise de condutas anticoncorrenciais. A sociedade será muito melhor atendida se os entes promotores de uma licitação restringirem-se a apreciar o bom andamento das compras ou alienações públicas, deixando para os entes de defesa da concorrência a tarefa de aferir possíveis infrações contra a ordem econômica.

Conclui-se, assim, que a concorrência em licitação é essencial para que (1) a administração obtenha melhores propostas e (2) seja garantido o direito dos interessados de terem sua participação avaliada a partir de critérios objetivos. Dentro desta óptica, assevera-se que a pauta fundamental para a aferição do direito dos concorrentes a terem sua proposta

⁶² Lei nº 8.884/94.

selecionada em um certame é a sua capacidade de atender as demandas da administração de modo mais eficaz que os demais concorrentes⁶³.

4 Concorrência em licitação para o direito antitruste: eficiência alocativa

Diferentes autores atribuem funções bastante distintas às normas antitruste. Há quem diga que tal regramento foi criado para proteger pequenos negócios. Outros entendem que, independentemente da história legislativa associada a essas leis, a sua função é garantir um mecanismo saudável de concorrência entre agentes econômicos. Há também quem entenda que as funções pertinentes às normas antitruste variam com o tempo e o lugar em que são aplicadas⁶⁴; a partir desta perspectiva, existem autores que tentam isolar os escopos pertinentes a um determinado sistema⁶⁵ e até mesmo comparar os valores protegidos por diferentes sistemas⁶⁶.

⁶³ “Não resta dúvida, portanto, de que a manutenção dos padrões de concorrência durante a licitação constitui a essência do certame. É neste sentido inclusive que os demais princípios atinentes às licitações convergem para que seja em última análise assegurada a concorrência ou a competitividade. Os demais princípios, tais como a vinculação ao edital, o julgamento objetivo, a publicidade, a igualdade entre os licitantes, visam, em suma, que condições justas de disputa sejam asseguradas, vale dizer que a competição e a livre concorrência sejam respeitados, pois somente desta forma a Administração conseguirá selecionar a proposta mais vantajosa. Dito de outra forma, a observância dos demais princípios tem como fulcro assegurar que o procedimento licitatório seja de fato concorrencial, sem o que, todo o resto, resultará viciado.” STRINGHINI, Adriano Candido. *Disciplina antitruste e licitações públicas*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 103

⁶⁴ A Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistema jurídico e momento histórico, função diversa daquela desempenhada em outros sistemas, em outros momentos. Fácil perceber, portanto, que as discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que seja determinada a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. . p. 150-151

⁶⁵ Carlos Gomes, em sua dissertação “Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste”, dedicou-se a essa tarefa. Para tanto, agrupou os escopos do direito antitruste brasileiro de acordo com sua natureza: econômica, social e política. Dentro desta divisão, o autor indica a tutela de bens jurídicos bastante distintos, que vão desde a eficiência econômica até a tutela de emprego, da defesa direta do consumidor até a integração dos mercados regionais. GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

⁶⁶ “This essay proceeds as follows. First, it addresses output-limiting harms – the harms that all agree are harms to competition. It states how, in the author’s vies, this formulation came to be adopted into U.S. antitrust law, and notes how jurists who are concerned by dominant firms’ unfair, coercive and bullying conduct tend to push the conduct, rethorically, into category 1. Second, it addresses the second framework: identifying conduct as anticompetitive because it impairs the openness of markets and degrades the competition mechanism. This category is nicely represented by European competition law. It is reflected also in a number – albeit a dwindling number – of U.S. cases. Third, it addresses the third category: harm *from* competition, which may be a concern particularly in developing countries, which may feel the need to modulate competition in order to root viable competitive business”. FOX, Eleanor M. *We protect competition, you protect competitors*. Revista de Direito da Concorrência, Brasília, DF, n. 9, Jan./Mar. 2004.. p. 13. O artigo é concluído com o seguinte comentário: “Does/should antitrust

O presente texto não pretende resolver essa discussão. O que se pretende é discutir a pertinência, aos processos de licitação, de um valor específico do direito antitruste. Este valor, a eficiência alocativa, talvez seja o fundamento principal de boa parte da literatura econômica sobre o direito antitruste. Sua pertinência em políticas de defesa da concorrência é clara, ainda que não seja sempre aceito como único valor ou valor preponderante de um sistema.

Nas linhas que se seguem, pretende-se responder a três questões fundamentais: 1) o que é eficiência alocativa? 2) por que a eficiência alocativa é importante e deve ser protegida? 3) há lugar para a persecução da eficiência alocativa no âmbito de processos de licitação?

4.1 O que é eficiência alocativa?

A noção de eficiência alocativa⁶⁷ não é auto-evidente, e exigirá o dispêndio de algumas linhas para ser adequadamente esclarecida⁶⁸. Para começar a exposição, faz-se necessário indicar o valor básico que fundamenta esse conceito: a *disposição a pagar*.

protect only against output-limiting outcomes, or does it (should it) bet on open markets and freedom of access on the merits? This essay does not provide an answer. Jurisdictions decide, based on their history, culture, context, and the set of risks and potentials they prefer” *Idem*, p. 32

⁶⁷ Note-se que o conceito de “eficiência alocativa” é bastante distinto de outros conceitos de eficiência. A *eficiência produtiva* (ou estática), corresponde à capacidade de uma empresa de produzir o máximo de unidades ao menor custo possível. Nas palavras de Calixto Salomão Filho: “é, portanto, um dado interno de cada empresa, significando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. Malheiros Editores, 2001. p. 112). Já a *eficiência inovativa* (ou dinâmica) envolve a existência de habilidade e incentivos a aumento de produtividade ou a criação e melhoria de produtos. Distingue-se da eficiência produtiva na medida em que envolve incremento de tecnologia ou descoberta de novos processos ou produtos (DE LA MANO, Miguel. *For the customer’s sake: the competitive effects of efficiencies in european merger control*. Luxembourg: European Communities, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/library/enterprise-papers/pdf/enterprise_paper_11_2002.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2008. p. 9). Por *ineficiência-x* entende-se a diferença entre os custos enfrentados por um monopolista e os custos que em tese seriam enfrentados por uma empresa em um mercado competitivo no mesmo ramo de atividade. Tal diferença seria decorrente do menor estímulo à minimização de custos a que um monopolista é sujeito em comparação a uma empresa sofrendo pressões concorrenciais. (VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M., HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996. p. 83). Cabe a ressalva, contudo, que a utilização do termo “eficiência” no decorrer deste trabalho deve, salvo ressalva específica, sempre ser associada à maximização do excedente agregado, ou seja, à eficiência alocativa.

⁶⁸ A descrição do conceito de eficiência alocativa realizada nas linhas que se seguem é uma redução de exposição realizada em monografia escrita pelo autor com o título de “A venda casada no direito do consumidor – uma abordagem à vinculação de produtos no direito do consumidor fundamentada em conceitos comuns ao direito antitruste”. A monografia foi apresentada em outubro de 2005 como trabalho de conclusão do curso de bacharelado em direito na Universidade de Brasília.

A disposição a pagar é uma mensuração de valor a partir da maior quantidade de recursos que uma pessoa admite despende para a aquisição de um bem. Por exemplo, se uma pessoa se dispõe a pagar no máximo R\$ 200,00 pela aquisição de um específico livro, então R\$ 200,00 é o valor que ela atribui a tal livro⁶⁹. Sempre que pessoas transacionam bens, elas maximizam o valor percebido pela sociedade. Isso porque, se uma pessoa é livre para fazer escolhas sem coação, ela só trocará um bem se esperar um ganho na troca. Exemplifique-se o exposto.

Imagine-se que um vendedor considere que o bem por ele produzido vale R\$ 2,00. Ele não se dispõe a aceitar nenhum preço menor do que R\$ 2,00 pelo bem, mas qualquer quantia acima deste valor implica excedente benéfico. Um potencial comprador considera que o mesmo bem vale R\$ 7,00. Ele não pagará mais do que R\$ 7,00, mas qualquer preço menor implicará excedente benéfico. Assim, a compra será realizada em um valor entre R\$2,00 e R\$7,00. Em qualquer ponto neste intervalo, as duas partes perceberão aumento de sua riqueza, uma vez que a troca implica que cada um ficará com o bem ao qual dá mais valor (seja o produto, seja o dinheiro). A variação do preço, contudo, implica aumento adicional de riqueza ou excedente para uma ou outra parte.

O *excedente* percebido por cada agente dependerá do preço final do bem. Se o preço for estabelecido em R\$ 3,00, tem-se que o *excedente do vendedor* será de R\$ 1,00 e que o *excedente do comprador* será de R\$ 4,00. Se o preço for estabelecido em R\$ 4,00, então o excedente do vendedor será de R\$ 2,00 e o excedente do comprador será de R\$ 3,00. Trata-se, portanto, da diferença entre o preço que o agente admitia e o que ele efetivamente percebeu.

⁶⁹ Esta concepção de valor não se confunde com a noção de utilidade. Da forma descrita pelos filósofos do utilitarismo, utilidade consistiria em uma medida absoluta de felicidade ou de ausência de sofrimento (STRATHERN, Paul. Uma breve história da economia. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.. p. 147). Já a noção de valor associa-se apenas à quantidade de recursos que uma pessoa pode/deseja gastar para adquirir um bem.

Entende-se que há *eficiência alocativa* quando o excedente agregado (isto é, a soma dos excedentes) é maximizado. Não importa quem absorverá o excedente, se será o comprador ou o vendedor. O relevante é que seja absorvido pela sociedade como um todo.

A formação de excedente é orientada pelo preço cobrado no mercado. No *preço competitivo*, por definição, o excedente é máximo. Isso ocorre porque, se fosse cobrado preço maior ou menor, negociações vantajosas para ambos os agentes não seriam feitas⁷⁰. Se o preço definido fosse maior que o equilíbrio competitivo, algum comprador deixaria de comprar um bem que desejasse. Se o preço fosse menor, então seria algum vendedor que deixaria de vender um bem que gostaria de comercializar. O preço de equilíbrio, portanto, é o ponto em que melhor se compõem os interesses⁷¹ de vendedores e compradores, constituindo assim o patamar de máxima eficiência alocativa⁷².

Mercados competitivos são os mais propensos a gerar eficiência alocativa. Isso ocorre porque nenhum vendedor é capaz de, por conta própria, manipular o preço de modo a aumentar os seus próprios lucros. Cada vendedor deve aceitar o preço pré-estabelecido pelo mercado, de modo que a interação entre compradores e vendedores alcança um equilíbrio competitivo. Desta forma, os bens disponíveis a uma sociedade (força de trabalho, material de construção, alimentos, etc.) são transacionados de modo a maximizar a riqueza por ela percebida.

Por outro lado, à medida que a competição deixa de influenciar o comportamento dos agentes do mercado, a eficiência alocativa tende a decrescer. A definição de preços pelo

⁷⁰ A idéia aqui é que há ineficiência sempre que uma transação que podia melhorar a situação de duas pessoas deixa de ser realizada. É o que se entende por eficiência no sentido de Pareto: “Uma situação econômica é dita **eficiente no sentido de Pareto** se não existir nenhuma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra. (...) O mercado competitivo determina quanto produzir com base em quanto as pessoas estão dispostas a pagar por um bem em comparação a quanto as pessoas exigem para ofertar esse bem. (...) Se o bem for produzido e negociado entre essas duas pessoas a qualquer preço intermediário entre o preço de demanda e o de oferta, ambas haverão melhorado. Portanto, qualquer quantidade menor do que a quantidade de equilíbrio não pode ser eficiente no sentido de Pareto, uma vez que pelo menos duas pessoas poderiam melhorar.” VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 6. ed. Original de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. 6ª Reimpressão. PP. 329-330

⁷¹ Ou seja, a obtenção por cada um do bem que considera mais valioso (seja dinheiro, seja um produto).

⁷² Não é objetivo deste texto descrever amplamente o funcionamento de mercados, mas sim indicar os fundamentos da noção de eficiência alocativa. O seguinte texto oferece exposição introdutória mais ampla: MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. São Paulo: Campus, 2001. p. 291-391

monopolista implica um patamar de cobrança mais elevado que o percebido no mercado competitivo. Como decorrência disso, tem-se que a quantidade vendida será menor do que seria comercializada em circunstâncias competitivas, uma vez que menos pessoas comprariam o produto no preço mais alto definido pelo monopolista. Desta forma, negociações vantajosas deixam de ser realizadas, ou seja, a sociedade como um todo deixa de criar excedente. Esta perda de excedente é conhecida como perda de peso morto (*deadweight loss*).

O monopolista não sofre prejuízo porque se apropria do excedente do comprador. Como a ausência de concorrentes implica a inexistência de opções, o consumidor é forçado a comprar o produto a um valor em que seu excedente é reduzido, quando comparado com o excedente que perceberia pelo preço competitivo.

A mesma dinâmica ocorre em circunstâncias em que haja poucos fornecedores (oligopólio) ou em que os fornecedores sejam capazes de diferenciar seus produtos de forma a obter algum poder de mercado (competição monopolística). Não há espaço neste trabalho para uma descrição ampla da forma e da intensidade em que cada estrutura de mercado afeta a formação do excedente. O que importa observar é que, quando se foge da estrutura de mercado competitivo, ou seja, quando se exercita o poder de mercado, surgem duas conseqüências: (1) há perda de parte do excedente do comprador (uma vez que é absorvida pelo vendedor); (2) há perda de eficiência alocativa (uma vez que há redução do excedente total).

4.2 Por que a eficiência alocativa é um valor que deve ser protegido?

A exposição do conceito de eficiência alocativa neste ponto do texto pode ter causado alguma surpresa. Qual é a pertinência da noção de excedente para a análise de concorrência? Pretende-se esclarecer esse ponto agora.

A questão associa-se, essencialmente, à noção de uso adequado dos recursos escassos da sociedade. Qualquer grupo social possui estoques limitados dos mais diversos

recursos: aço, força de trabalho, potenciais hidrelétricos, cimento, etc. Se esses recursos são limitados, a sociedade deve se esforçar para usá-los da melhor forma possível.

A eficiência alocativa indica a melhor forma de utilizar esses recursos a partir da vontade pessoal de cada agente no mercado. Suponha-se que as pessoas desejem sapatos, carne e carros. Cada pessoa e cada máquina empregada para fazer sapatos reduzem os recursos disponíveis para se produzir carros ou carne, e vice-versa. Qual é o ponto de equilíbrio entre esses produtos? De acordo com a noção de eficiência alocativa, a disposição de pagar dos consumidores e a disposição a vender dos vendedores definirão tal ponto. Em princípio, o vendedor estará disposto a vender sempre que o preço for superior ao custo. Essa circunstância faz com que o sistema de competição aproxime o preço de mercadorias aos recursos empregados para sua fabricação. Desta forma, a interação entre os consumidores e os fornecedores que orientará a tomada de decisões econômicas, de modo que cada recurso seja dedicado ao fim que mais auxilie a sociedade.

Em suma, a eficiência alocativa indica o melhor uso que pode ser feito dos recursos de uma sociedade, usando como critério para tanto a disposição de pagar dos consumidores. O ponto é esclarecido por Gico Júnior:

O preço que os indivíduos estão dispostos a pagar por determinado bem é uma medida do quanto o valorizam. O custo marginal é a medida do valor que a sociedade atribui aos recursos necessários para produzir a unidade incremental. Assim, os recursos da sociedade estarão alocados de maneira mais eficiente quando utilizados para produzir as unidades do bem que os consumidores consideram (por meio dos preços que se dispõem a pagar) mais valiosos que os recursos utilizados em sua produção.⁷³

Obviamente, a eficiência alocativa não é uma resposta final de como *devem* ser alocados os recursos da coletividade. Os mecanismos de mercado nem sempre funcionam de modo a otimizar o bem-estar coletivo. Além disso, a sociedade deseja aumentar a capacidade de cada indivíduo sustentar a si mesmo e levar uma vida digna em face de seus pares. Esse tipo de preocupação não é sequer considerado pela noção de eficiência alocativa.

⁷³ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007..p. 79

Ainda assim, a eficiência alocativa tem enorme pertinência em uma economia de mercado. Ela indica a melhor forma de aumentar a riqueza da sociedade, riqueza esta que pode, posteriormente, ser parcialmente realocada pelo governo para os mais necessitados e para fins públicos. Quando o mercado deixa de ser competitivo, essa capacidade de agregar valor é reduzida⁷⁴; por este motivo, insiste-se na concorrência como elemento essencial para o adequado funcionamento das estruturas econômicas da sociedade.

4.3 Eficiência alocativa deveria ser buscada no âmbito de licitações?

Foi discutido que a eficiência alocativa é uma forma de orientar a tomada de decisões sobre o uso dos recursos escassos da sociedade. Ocorre, porém, que o governo não é um agente econômico típico. O estado pode atuar no mercado como explorador de atividade econômica, e é de se esperar que, nesta posição, deva submeter-se a regras de defesa da concorrência⁷⁵. Mas a noção de eficiência alocativa deveria servir como diretriz no âmbito de licitações públicas? Entende-se que sim, como será exposto adiante.

O ponto fundamental para esta posição é o impacto do Estado sobre a divisão de recursos em um país. Qualquer Estado moderno possui uma demanda significativa por bens e

⁷⁴ “Vale lembrar também que a restrição da produção pelo monopolista libera recursos que seriam consumidos pelo próprio no nível competitivo de produção. Esses recursos não serão utilizados – um claro desperdício – ou serão alocados para a produção de bens que a sociedade considera menos valiosos que a produção do bem monopolizado (de outra forma tais recursos já estariam alocados para esse uso secundário), mas o desalojamento de recursos úteis para a sociedade ou, em termos econômicos, a ineficiência alocativa.” GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007.. p. 82

⁷⁵ “O campo de incidência da lei de defesa da ordem econômica, que alguns denominam lei antitruste, antimonopólio, ou lei de proteção da concorrência, compreende todos os agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, grupos de empresas, associações, com ou sem personalidade, entidades estatais que explorem atividade econômica, ainda que em regime de monopólio. Este comando consta no art. 15 da Lei nº 8.884/94 e decorre da interpretação do art. 173, *caput*, da Constituição e de seu parágrafo 4º. O primeiro diz que apenas em casos excepcionais admitir-se-á a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado, cabendo à lei, segundo o seu parágrafo primeiro, definir o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. O mencionado parágrafo 4º estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Portanto, se o art. 173 dispõe sobre as entidades estatais que exploram atividades econômicas e o seu parágrafo 4º se refere a um dos instrumentos de defesa da ordem econômica, que é a repressão ao abuso do poder econômico, infere-se que os agentes econômicos públicos também se submetem aos ditames da Lei nº 8.884/94, estando perfeitamente amparados os termos do seu art. 15.” VAZ, Isabel. *Arbitragem, licitação e livre concorrência*. Revista de Direito Municipal, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 163-172, abr./jun. 2004.. p. 167-168

serviços, que deve ser atendida pelo mercado. Essa demanda pode atingir patamares bastante expressivos⁷⁶. No Brasil, compras públicas respondem por parte expressiva do produto interno bruto, e a Secretaria de Direito Econômico estima valores da ordem de 240⁷⁷ e 300⁷⁸ bilhões de reais por ano⁷⁹.

Parece evidente o impacto do Estado sobre os recursos escassos da sociedade. Surge, então, o risco de distorção na alocação desses recursos. Se o Estado estiver pagando um preço excessivamente alto pelos bens que adquire, então os agentes no mercado irão direcionar seus recursos a atender ao Estado. Isso ocorre em prejuízo de todas as outras demandas da sociedade – trata-se de menos recursos dedicados a alimentos, vestuário, automóveis, etc. O mesmo ocorre com o afastamento de certos licitantes em potencial – são agentes que poderiam atender o Estado de forma mais adequada e mais econômica de recursos. A sua remoção do certame implica que os seus recursos serão destinados a atividade menos vantajosa para a sociedade. Além disso, o afastamento de um licitante com menores custos tem como

⁷⁶ “Estima-se que em 1993 as compras governamentais nos Estados Unidos somaram aproximadamente 12% do PIB americano. Pode-se imaginar o que seja este valor e não há como ignorar a importância das compras governamentais na regulação dos mercados diretamente afetados. Já o valor das compras públicas em 2002 da União Européia foi estimado em 16% do PIB, com valor aproximado de 1.500 bilhões de Euros, sendo que entre os Estados-Membros, os valores têm variado entre 11% a 20% do PIB.” STRINGHINI, Adriano Candido. *Disciplina antitruste e licitações públicas*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. P. 135

⁷⁷ “Estimativas para quantificar o prejuízo dos cofres públicos com a ação de cartéis são complexas. Todavia, tal dano pode ser estimado na ordem das centenas de milhões de reais, considerando que (i) a Administração Pública (incluindo os três níveis de governo, bem como empresas estatais) despendeu mais de R\$ 240 bilhões em 2003 em compras de insumos, serviços e equipamentos e construção de obras públicas, (ii) a prática demonstra que em diversos setores econômicos – principalmente os oligopolizados – o formato de licitações pode facilitar a formação de cartéis, e (iii) o sobrepreço resultante da ação de cartéis em licitações é expressivo. Mesmo buscando a Administração usar seus escassos recursos de forma mais racional e eficiente, com maiores controles orçamentários e melhoria nas formas de contratação – como a implementação e expansão do uso do pregão eletrônico -, haverá diminuição sensível de suas possibilidades de ação em virtude das transferências de renda por conta da ação nociva de cartéis”. BRASIL. Ministério da Justiça. *Cartéis em licitações*. Brasília, DF, [200-?]. Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID4FF6B0EE362F4F0C815831F6052FA329PTBRIE.htm>. Último acesso em 14/04/2008.

⁷⁸ “A Administração Pública gasta cerca de R\$ 300 bilhões/ano em compras de insumos e obras públicas – Compras públicas representam cerca de 14,5% do PIB”. BRASIL. Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em compras públicas*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={B6487C0A-AA6C-4A9A-8DFE-6F527096E11A}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>. Último acesso em 14/04/2008.

⁷⁹ Em contato por e-mail com o departamento de logística e serviços gerais da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, obteve-se a informação de que, em 2007, foram gastos, em compras governamentais, R\$ 34.529.816.022,54. Segundo informações daquele ente, contudo, esse valor abrange apenas compras pela administração direta federal, não incluindo compras de estados e municípios ou de empresas estatais federais.

conseqüência a seleção de um agente que gastará mais recursos para a produção dos mesmos bens para a sociedade – um claro desperdício.

Assim, parece clara a pertinência da noção de eficiência alocativa para a manutenção de concorrência em licitações. O Estado exerce um impacto enorme sobre a alocação dos recursos escassos disponíveis e, quanto maior for o nível de concorrência no âmbito de compras públicas, menor será a distorção percebida na produção de bens econômicos para a sociedade.

5 Síntese e considerações finais

Em primeiro lugar, tratou-se de verificar o que diz a Constituição Federal sobre o tema da concorrência em licitações. Notou-se existir disposição expressa no sentido de garantir igualdade de condições entre concorrentes e restringir exigências de acesso a procedimentos de licitação. Em seguida, foi sondada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre tais disposições. Constatou-se uma forte tendência a garantir o acesso de concorrentes e a afastar critérios de seleção que não tenham relação direta com a efetivação do contrato pretendido com a administração.

Em um segundo momento, foi discutida a pertinência da concorrência em licitações para o direito administrativo. Foram indicados dois objetivos fundamentais de licitações: a obtenção da melhor proposta e o tratamento isonômico dos licitantes. Propôs-se que a competição auxilia a obtenção do primeiro objetivo e estabelece pauta adequada para a definição do que configura igualdade no tratamento de licitantes. Foi rejeitada a perspectiva de que a defesa da concorrência em licitações oferece alguma proteção contra licitantes mais agressivos que ofertem preços mais baixos.

Ao fim, foi abordado o tema de concorrência em licitações a partir da óptica do direito antitruste. Foi indicada a eficiência alocativa como fator de relevo para a análise antitruste. Apresentou-se uma caracterização do conceito e discutiu-se sua pertinência à alocação dos recursos escassos de uma sociedade. Em seguida, indicou-se o grande impacto de compras públicas sobre os limitados recursos disponíveis, e argumentou-se pela necessidade de que tais aquisições sejam orientadas de modo a prover o maior benefício social possível.

Ao longo do texto, buscou-se explicar por que a concorrência em licitações é relevante para a Constituição, para o direito administrativo e para o direito antitruste. A idéia fundamental é esclarecer esses diferentes pontos de vista, de modo a estabelecer um marco capaz de orientar a ulterior tomada de decisão em face de circunstâncias atentatórias à concorrência em compras e alienações públicas.

CAPÍTULO III –

HABILITAÇÃO COMO BARREIRA INSTITUCIONAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1 Introdução

No capítulo anterior, adotou-se a postura de que os fundamentos básicos da licitação para o direito administrativo são (1) a obtenção da melhor proposta para a administração e (2) a observância de isonomia entre os administrados. É a partir desta postura que se analisará a noção de barreiras à entrada em licitações.

Pretende-se aqui discutir como exigências de habilitação podem ter o efeito de obstáculo ao acesso de licitantes interessados. A princípio, tais obstáculos são essenciais para a redução do risco de contratação de licitante incapaz de atender as necessidades da administração. Por outro lado, podem restringir significativamente o poder de escolha (e barganha) do Estado.

É necessário, então, identificar um ponto de equilíbrio entre tais preocupações. E, como indicado acima, os critérios para a identificação de tal ponto de equilíbrio são dois: obtenção da melhor proposta e preservação da isonomia.

Este capítulo pretende expandir essa discussão. Em um primeiro momento, será debatida a função exercida pela habilitação no âmbito de procedimentos licitatórios. Em seguida, abordar-se-á a pertinência da habilitação em modalidades diversas de licitação. Parte-se, então, para o ponto fulcral do capítulo: a identificação dos critérios básicos empregados para a aferição das condições subjetivas do licitante. Neste momento, será dado destaque especial a exigências de viabilidade econômica e técnica. Após isso, são apresentadas algumas considerações a respeito da identificação do excesso dos critérios de habilitação. Finalmente, aborda-se a

existência de meios de defesa aptos a combater eventuais excessos de exigências de habilitação. O capítulo é concluído com uma breve sinopse dos pontos levantados.

2 Função da habilitação

A habilitação pode ser entendida em linhas gerais como a fase da licitação em que são aferidas as características pessoais do licitante. Essa aferição é realizada com o intuito de sondar a sua capacidade de levar a termo a proposta que oferece à Administração Pública⁸⁰. Trata-se de uma fase eliminatória, na qual são excluídos do certame todos os licitantes que não atendam a certos requisitos básicos de idoneidade admitidos pela lei e previstos por edital.

A habilitação cria uma expressiva barreira à entrada. A possibilidade de ofertar bens e serviços à administração pública é constrangida pela necessidade de atender a certos quesitos de habilitação não necessariamente vinculados à consecução da proposta. Desta forma, ofertantes que poderiam apresentar propostas mais vantajosas para a administração podem vir a ser excluídos. Conseqüentemente, é prejudicado o objetivo de obtenção da melhor oferta pela Administração.

Porém, por trás dessa aparente restrição indevida ao acesso, há uma lógica de otimização da tomada de decisões. Como já indicado anteriormente nesta dissertação, transações econômicas não são efetuadas sem custo. É necessário todo um esforço de seleção de ofertantes,

⁸⁰ “Na fase de habilitação a Administração verifica as propostas que em tese podem ser aceitas em razão da pessoa do proponente, aferindo se reúne ele condições técnicas para executar o objeto da licitação. Nessa fase são consideradas as qualidades do proponente, subjetivamente consideradas. Não se cuida, ainda, de verificar se a proposta apresentada atende às necessidades da Administração, mas sim de aferir se o proponente, em tese, está capacitado para contratar com o Poder Público. Cabe, então, verificar se o proponente tem qualidades que o habilitem a executar o objeto da licitação. Em suma, deve ele demonstrar sua qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, bem como sua regularidade fiscal. Através da análise da qualificação técnica, ainda na fase de habilitação do certame licitatório, deve o proponente demonstrar sua idoneidade e capacidade para executar os encargos relativos ao objeto da licitação, demonstrando já ter desempenhado ‘atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos’ com esse objeto, conforme previsto no art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93.” RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Habilitação e classificação: qualificação técnica e licitação de melhor técnica: distinções*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. . P. 101

aferição dos benefícios propostos e estimativa da probabilidade de obtenção desses benefícios da forma proposta. Esse processo de coleta de informações envolve custos significativos, ainda mais para entes de tomada de decisão complexa como a administração pública.

Assim, a habilitação, a princípio, atende a uma função essencial na interação entre comprador (administração) e vendedor (licitante) no mercado: diminuir custos de transação ao concentrar as informações necessárias para a formação da escolha. Desta forma, o ente administrativo consegue isolar as variáveis pertinentes para a sua decisão⁸¹ e excluir alternativas mais arriscadas ou menos vantajosas. Ao mesmo tempo, garante-se a isonomia na tomada de decisão pela administração, uma vez que os critérios são previamente estabelecidos e publicamente aplicados. A administração pode efetivamente acabar por afastar o licitante que ofertaria a melhor proposta; mas ela o faz conscientemente, com o intuito de controlar os riscos associados à contratação.⁸²

O melhor seria poder efetuar uma avaliação ampla das condições da proposta e da viabilidade de realização, no futuro, de tal oferta. A administração, porém, não dispõe de recursos para tal avaliação. Por este motivo, recorre a um indicativo indireto: as qualidades pessoais do licitante.

⁸¹ A restrição à concorrência, assim, é vinculada à noção de que os ofertantes remanescentes têm muito maior probabilidade de ofertar bens e serviços mais adequados à administração. O ponto é levado ao extremo no caso de inexigibilidade, como indicado por D'Avila: "Evidentemente, o princípio licitatório não obriga a Administração a comprar mal sob o fundamento de proceder à competição entre terceiros. A competição só é viável quando os objetos são análogos, confundíveis entre si." D'AVILA, Vera Lúcia Machado. Inexigibilidade de licitação: exclusividade de fornecedor de peças originais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 91

⁸² Há ainda outra lógica para restrições à habilitação de licitantes. As regras jurídicas de seleção de propostas constroem a capacidade de escolha do administrador. Mesmo quando se note que uma proposta é claramente superior, comumente será necessário adotar a proposta de menor preço. Assim, é necessário restringir ainda mais as propostas aceitas, de modo a não se correr o risco de aceitar proposta inadequada. O ponto é elucidado por Di Pietro: "O legislador está admitindo que a melhor técnica seja desprezada em benefício do menor preço. Por isso, repita-se, a Comissão deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos de qualificação técnica (art. 30, II), de modo a poder considerar inabilitados os licitantes que não comprovem ter experiência, instalações, recursos humanos e materiais indispensáveis para a execução do objeto pretendido; e deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos da proposta, no que diz respeito às especificações da obra ou serviço a ser realizado, de modo a ter elementos para desclassificar as propostas que não sejam tecnicamente adequadas. Por outras palavras, o ato convocatório deve ser feito de tal forma que permita classificar apenas as propostas que apresentem critérios de excelência na realização da obra ou serviço; é o único modo possível para tentar reduzir os males a que a preferência do legislador pode conduzir." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 391"

Estabelece-se uma fase específica, em que se dá ao interessado a chance de apresentar sua aptidão em face dos critérios estabelecidos. Uma vez satisfeitos, a administração deixa de despender recursos na aferição da probabilidade de consecução da proposta, e passa a julgar as ofertas propriamente ditas. A idéia é que, a partir deste momento, não se poderá mais discutir a respeito de quem é o licitante ou se ele deveria ser confiado para contratação⁸³. Estabeleceu-se a igualdade entre ofertantes, que a partir de então concorrem apenas quanto aos termos de suas propostas⁸⁴.

A habilitação não é uma garantia de excelência⁸⁵. Trata-se da sondagem de condições mínimas para que uma escolha não temerária possa ser feita pela administração. Nestes termos, embora a verificação de habilitação seja condição essencial para a tomada de decisão administrativa⁸⁶, ela não deve constranger de forma significativa o acesso à licitação.

Assim, é necessário encontrar um equilíbrio entre livre acesso de licitantes e restrição ao risco à administração. E os critérios genéricos para a identificação de tal equilíbrio são claros: obtenção de melhor proposta para a administração e tratamento isonômico entre licitantes.

⁸³ “A decisão sobre a qualificação é um sim ou não, inadmitindo gradações. Por ela, apura-se apenas a suficiência ou insuficiência das condições subjetivas, não os diversos graus de suficiência. Provada a presença de todas as condições a tanto necessárias, o licitante será habilitado. Na situação inversa, será eliminado. Daí por diante, instaura-se a absoluta igualdade subjetiva entre os licitantes. Pouco importa a maior ou menor qualificação. Todos os habilitados serão tomados como igualmente qualificados; por isso, a escolha de um deles se fará exclusivamente pelo valor, técnico ou econômico, da proposta.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.. PP. 108-109

⁸⁴ As características pessoais da requerente podem vir a influir posteriormente no resultado da licitação. Mas apenas como uma vantagem associada à proposta ofertada – não mais se questiona a idoneidade do licitante. Sobre o ponto, recomenda-se consulta a BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitação: critério de pontuação: impugnação: confusão entre habilitação e critério de pontuação técnica. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 553-563, ago. 2003. p. 562

⁸⁵ Neste sentido, DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 110

⁸⁶ Havendo quem entenda sua pertinência até mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação: MENDES, Renato Geraldo; SILVA, Nyura Disconzi da. A habilitação nos procedimentos da dispensa e inexigência de licitação. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 62, p. 250-257, abr. 1999. PP. 250-251

3 A habilitação nas diversas modalidades de licitação

A lei admite modalidades distintas para a realização de uma licitação, ou seja, procedimentos diferenciados para formação da decisão da administração. A admissibilidade de tais modalidades varia de acordo com a natureza do produto ou serviço adquirido. Da mesma forma, variam as exigências e procedimentos de habilitação. Mas a aferição das condições subjetivas do licitante parece sempre necessária, como se verá adiante⁸⁷.

Não parece haver dúvida quanto à pertinência da fase de habilitação na modalidade concorrência. De fato, a própria definição legal dessa modalidade prevê a ocorrência de tal fase preliminar⁸⁸. A lei admite que tal procedimento ocorra de forma antecipada (pré-qualificação)⁸⁹, mas não há autorização para a supressão de tal verificação.

Na tomada de preços, é possível alguma discussão quanto à necessidade de habilitação. Isso porque a lei prevê cadastramento prévio de licitantes⁹⁰, não prevendo a instituição de fase de habilitação no próprio procedimento. Essa fase, porém, efetivamente ocorre; ela apenas é verificada de forma prévia ao restante do certame⁹¹.

⁸⁷ Na discussão que se segue, foram excluídas duas modalidades de licitação: o leilão e o concurso. Entendeu-se que seria impertinente ampliar a discussão para abranger tais modalidades, uma vez que: 1) o leilão volta-se à alienação de bens, ocasião em que a necessidade de habilitação do ofertante é bastante (se não totalmente) restrita; 2) o concurso implica uma aquisição episódica de propriedade intelectual, cujo resultado dificilmente poderia ser previsto pela administração – assim, os argumentos quanto a restrição de risco aqui abordados parecem ser bastante alterados no caso dessa modalidade, de modo a não se justificar o tratamento conjunto com as demais modalidades.

⁸⁸ Art. 22, §1º da Lei nº 8.666/93: § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

⁸⁹ Há aqui algum debate quanto à aplicabilidade da pré-qualificação em outras modalidades (vide FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. A pré-qualificação nas licitações públicas. *Informativo Jurídico Consulex, Brasília, DF, v. 19, n. 11, p. 9-10, mar. 2005.* p. 19-11/10). Mas a necessidade de habilitação na modalidade concorrência não parece ser contestada.

⁹⁰ Art. 22, §2º da Lei nº 8.666/93: § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação

⁹¹ “A tomada de preços, a teor do que preceitua o 2º do art 22, não admite fase de habilitação preliminar, sendo modalidade de licitação entre devidamente cadastrados. Não se deve entender, todavia, que não se possam, nessa modalidade, investigar as condições de cada participante. O que ocorre, em realidade, é que essa averiguação é feita em momento outro, ou seja, na fase de cadastramento, antecedente ao próprio certame.” NÓBREGA, Airton Rocha. Eficiência nas licitações públicas. *Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 17, n. 6, p. 422-427, jun. 2004.*

Há alguma discussão quanto à possibilidade de exigência de novos documentos para certificar habilitação. Alguns entendem que tal exigência seria incompatível com a lógica do cadastro prévio, especialmente quando envolvesse elementos já comprovados anteriormente⁹². Outros entendem que o cadastro pode ser insuficiente, e que é admissível a exigência de documentos específicos a uma licitação, quando as circunstâncias do caso o demandem^{93 94}. De qualquer forma, a pertinência da verificação de condições subjetivas mínimas parece evidente na tomada de preços.

p. 423

⁹² Sobre a reiteração de documentos que comprovem regularidade fiscal, leia-se: “Foi exatamente para simplificar a tomada de preços que a lei previu essa habilitação prévia, o que se justifica inteiramente pelo fato de se tratar de modalidade de licitação aplicável a contratos de valor menor do que a concorrência. A todos quantos se inscrevem é conferido Certificado de Registro Cadastral, válido por um ano, no máximo (cf. art. 34). Não teria qualquer sentido que na própria tomada de preços a lei exigisse novamente os documentos relativos à regularidade fiscal e à regularidade para com a seguridade social, e ainda outros documentos relativos à qualificação técnica e financeira. Seria um ‘bis in idem’. Por outras palavras, se a lei quisesse que, mesmo na tomada de preços, fosse o Certificado de Registro Cadastral complementado com toda essa documentação, não haveria por que exigí-la para fins de inscrição no registro cadastral. Não interessa o fato de os documentos pertinentes ao fisco e à seguridade social terem prazos de validade mais curtos do que o Certificado de Registro Cadastral. Essa regularidade deve ser avaliada no momento da inscrição no registro cadastral, cabendo ao interessado declarar, ‘sob as penalidades cabíveis, a superveniência de fato impeditivo da habilitação’, conforme consta do art. 32, §2º.” Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Habilitação: substituição de documentação pelo certificado de registro cadastral: complementação de documentos inaplicável à tomada de preços*. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995 P. 110

⁹³ Sobre a insuficiência do SICAF como elemento de cadastro prévio: “Ademais, as normas do SICAF insistem em dispor que a habilitação parcial no sistema equivale ao Certificado de Registro Cadastral. Basta uma simples leitura dos arts. 35 e 36 da LLC para concluir-se no sentido de que o CRC é mais abrangente, posto que, para sua emissão, o interessado fornecerá os elementos necessários à comprovação dos quatro requisitos fundamentais da habilitação, ao passo que o SICAF, como se sabe, não comprova a qualificação técnica dos interessados. Por isso mesmo, o SICAF, por si só, não se presta para a habilitação às tomadas de preços, devendo os interessados complementar a documentação (qualificação técnica) até três dias antes da data prevista para o recebimento das propostas (abertura da licitação). O CRC, por sua vez, é o único documento que comprova integralmente a habilitação naquela modalidade de licitação, salvo quando exigida garantia de proposta.” NORMANDO, Fernando. *A habilitação na Lei 8.666/93*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 9, n. 8, p. 397-404, ago. 1996. p. 404

⁹⁴ “Entendemos que o cadastro deve ser o mais amplo possível, para que se evite a repetição de exigências e documentos. Somente deve-se exigir no procedimento licitatório aqueles específicos do certame em tela, justamente para, assim, dar sentido ao cadastro prévio. (...) A Tomada de Preços não pode ser feita sem inscrição devida, ou oferta de documentos no prazo. Caso a Administração não possua cadastro próprio, deve aceitar o de outra Administração, sob pena de não realizar a licitação. Deste modo, exigindo-se no início, ou seja no cadastro, desnecessário é obrigar a apresentação dos mesmos documentos quando o Certificado de Registro Cadastral ainda está válido, sob pena de, por via transversa, declarar o mesmo como inútil ou supérfluo. O sentido da lei não é complicar a vida dos licitantes, mas sim verificar se possuem competência para atender aos pleitos da Administração. Portanto, a regra geral é a de que o Registro Cadastral supre todas as necessidades. A exceção é a especificidade da licitação, ainda não atendida no cadastro inicial.” PARIZI FILHO, João. *Questões relativas ao cadastro e à habilitação*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 128-130, mar. 1997. pp. 128-129

A problemática é aprofundada no caso do convite. Enquanto em outras modalidades de licitação a Administração queda-se inerte até o momento em que é provocada pela manifestação de um licitante, no convite há uma postura ativa do Estado. É o gestor público que vai até a empresa e solicita a sua participação no procedimento licitatório. Surge, então, a perplexidade: se a própria administração convida aquela pessoa a participar da licitação, não há uma presunção de que ela já foi considerada idônea para o contrato? É necessário efetuar nova investigação das condições subjetivas do licitante?

A resposta dada a tal questionamento é similar à apresentada no caso de tomada de preços. Há, efetivamente, uma averiguação das condições pessoais do licitante; mas essa verificação é efetuada em momento pretérito à efetivação do convite⁹⁵. Ocorrido o convite, presumem-se habilitados os licitantes⁹⁶, embora haja quem cogite a possibilidade de realização de fase de habilitação no decorrer do procedimento⁹⁷. Tal modalidade envolve procedimento mais simples, dotado de formalidades menos gravosas⁹⁸.

⁹⁵ “De registrar, portanto, que a habilitação ao convite ocorre *antes da abertura da competição*. Vale dizer que não constitui, como na concorrência, uma fase preliminar dentro do próprio procedimento da licitação.” NORMANDO, Fernando. A habilitação na Lei 8.666/93. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 9, n. 8, p. 397-404, ago. 1996. p. 398. No mesmo sentido, ressaltando a existência de uma fase anterior à licitação: “Com efeito, a análise dos documentos exigidos no convite para fins de habilitação deverá se dar em fase preliminar de habilitação. A fase de habilitação deverá existir mesmo em licitações na modalidade convite, já que essa fase destina-se, justamente, à análise da capacidade e da regularidade dos licitantes. É, portanto, o momento apropriado para a Administração verificar a referida regularidade.” VICENTE, Anadriça. “Da obrigatoriedade da realização da fase de habilitação em modalidade convite e dos documentos mínimos a serem exigidos” *in Informativo de Licitações e Contratos*, v. 5, nº 53, julho de 1998. p. 640

⁹⁶ Neste sentido: NÓBREGA, Airton Rocha. “Habilitação no convite. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 97-98, fev. 1999. p. 98; NÓBREGA, Airton Rocha. Eficiência nas licitações públicas. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 17, n. 6, p. 422-427, jun. 2004.. p. 424.

⁹⁷ “No convite, a fase de habilitação é ficta, posto que se presume realizada pela Administração no momento da escolha dos participantes do certame, numa fase anterior à publicidade do instrumento convocatório. Presume-se que os particulares convidados pela Administração gozem de idoneidade para com ela contratar, razão por que foram chamados a participar. Essa circunstância, não obstante, não significa que não se possa introduzir no convite uma fase formal de habilitação, com a exigência de apresentação de documentos comprobatórios da capacidade jurídica, técnica, idoneidade financeira e fiscal.” RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Habilitação: convite: certificado de registro cadastral. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.. P. 107

⁹⁸ Motivo pelo qual há quem enfatize o interesse restrito a publicidade no caso de decisões de habilitação ou inabilitação: SOUZA, Ziegler de; CARNEIRO, Jocelio Queiroz. A divulgação dos resultados da habilitação e da avaliação das propostas na licitação da modalidade convite. Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, São Paulo, v. 8, n. 7, p. 7-11, jul. 2004.. pp. 10-11

Na modalidade pregão, regulada pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, é incontestável a existência de uma fase de habilitação. Há, porém, uma peculiaridade bastante relevante: a fase de habilitação só é realizada após a classificação das propostas, e só são aferidas as condições pessoais do licitante vencedor⁹⁹. Com este sistema, pretende-se, entre outros escopos, restringir a litigiosidade inerente à habilitação e garantir maior acesso à negociação com a administração pública. Sobre o vencedor, são impostas as mesmas exigências de habilitação que seriam percebidas por qualquer licitante¹⁰⁰. Mas é dispensado o custo de aferição das condições dos demais interessados.

Há quem entenda inadequada tal inversão de fases¹⁰¹. Argumenta-se que há uma falha lógica em um procedimento de escolha que autorize a participação de pessoas sequer habilitadas para a consecução de suas ofertas. Aduz-se também que a inversão das fases implicaria possível violação da isonomia: uma vez que a administração já saberia do teor da proposta, estaria mais inclinada a não invalidar o procedimento por inadequações formais. Apesar dessas objeções, o fato é que a lei já admite a inversão de fases, e não parece haver objeção superior capaz de afastar a aplicabilidade do mandamento legal.

Ante o exposto, parece essencial a realização de aferição de habilitação para a aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública. Esse imperativo parece se sustentar

⁹⁹ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

¹⁰⁰ Talvez a única peculiaridade da habilitação no pregão seja a exigência de que cada licitante declare-se apto antes mesmo da abertura de sua proposta. Há quem entenda que essa exigência é inócua e decorrente de equívoco legislativo: RIGOLIN, Ivan Barbosa. Pregão: a inconcebível exigência de declaração de habilitação: Lei nº 10.520/02, art. 4º, inc. VII. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 5, n. 53, p. 7162-7166, maio 2006. p. 7163

¹⁰¹ “Ora, desde o instante em que a sucessão legal das fases é inobservada, resulta tratamento desigual entre os participantes do certame, na medida que o prévio conhecimento do teor das propostas elide o pressuposto de isonomia na fase de habilitação, pois proporciona que o juízo sobre o teor das propostas reflua sobre o juízo concernente à idoneidade dos participantes da licitação. Se a qualificação puder sofrer influência ditada pelo conhecimento das propostas, obviamente o exame da habilitação não poderá se beneficiar das condições de isenção necessárias à garantia de um tratamento isonômico, violando-se nisto o fundamental princípio da igualdade entre os participantes.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A habilitação nas licitações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 67, n. 508, p. 11-17, fev. 1978. P. 16

em todas as modalidades pertinentes de licitação. Há quem argumente que a aferição de condições subjetivas é imprescindível até mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ocasiões em que nenhuma modalidade é adotada¹⁰².

Assim, entende-se que a aferição das condições subjetivas do licitante deve ocorrer em toda aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública. O procedimento para esta aferição pode variar, mas os critérios básicos para sondagem da idoneidade de um licitante não se alteram em razão da modalidade escolhida. Por este motivo, assevera-se que a discussão a seguir realizada tem pertinência a todos esses processos de compra governamental.

4 Critérios de habilitação

A Lei nº 8.666/93 restringe os requisitos de habilitação a cinco pontos: 1) habilitação jurídica; 2) qualificação técnica; 3) qualificação econômico-financeira; 4) regularidade fiscal; 5) observância de regras de proteção ao menor de idade. Destes, os elementos com maior potencial de constranger o acesso de licitantes são os requisitos de qualificação técnica e econômica. São, por este motivo, os elementos que merecerão atenção mais detalhada nas linhas que se seguem. Em seguida, serão realizados alguns comentários sobre requisitos de habilitação que não impliquem maior garantia de cumprimento do contrato pelo licitante.

¹⁰² “Dessa forma, após caracterizada a hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação invocada, deverá a Administração verificar se o interessado reúne condições efetivas de com ela contratar. Para tanto, solicitará que esse apresente os documentos suficientes e capazes de demonstrar as condições que devem estar reunidas em razão das obrigações contratuais. Como não se trata de um procedimento licitatório, que pressupõe uma seqüência preordenada de atos, disporá a Administração de maior liberdade. (...) O que existirá, em suma, é uma maior maleabilidade na condução do processo de contratação direta, em razão de inexistir um procedimento formal traçado. O importante é que fique demonstrada a capacidade do interessado de executar o objeto da contratação, e os documentos solicitados deverão, da mesma forma que ocorre no procedimento licitatório, instruir o processo respectivo.” MENDES, Renato Geraldo; SILVA, Nyura Disconzi da. A habilitação nos procedimentos da dispensa e inexigência de licitação. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, v. 6, n. 62, p. 250-257, abr. 1999. P. 256

4.1 Viabilidade econômica

Toda atividade econômica envolve riscos e custos inesperados. Para sobreviver a tais intempéries, empresas devem possuir algum lastro econômico: recursos suficientemente elevados para sustentar o agente econômico durante fases difíceis.

Atividades de prestação de serviços e bens ao Estado não são diferentes. Trata-se de atuação econômica sujeita às incertezas do mercado. Uma vez que a Administração Pública deseja reduzir os riscos associados à contratação com um agente econômico¹⁰³, é necessário sondar a existência de capacidade de a empresa se sustentar ao longo do contrato. Em outras palavras, é necessário investigar sua viabilidade econômica em vista da contratação específica que se pretende empreender¹⁰⁴.

A forma mais simples de assegurar o cumprimento de um contrato seria a imposição de garantias. Ao invés de se investigar mais a fundo as condições pessoais do licitante, bastaria exigir a apresentação de certos valores como garantia no caso de inexecução do contrato.

Há, contudo, quem entenda inadequada tal solução. Para uns, o expediente foge do propósito da habilitação, qual seja, a avaliação das condições econômicas próprias do licitante¹⁰⁵. Para outros, a garantia simplesmente não oferece qualquer segurança para a

¹⁰³ Neste sentido, enfatizando que não cabe ao Estado proteger empresas sem porte adequado à contratação esperada, leia-se MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A habilitação nas licitações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 67, n. 508, p. 11-17, fev. 1978. PP. 12-13

¹⁰⁴ “O maior ou menor valor da licitação é que indicará as cautelas a serem tomadas pela Administração na apuração da capacidade financeira dos concorrentes, não se devendo afastar as pequenas empresas só pelo fato de terem capital reduzido. Desde que a firma tenha **capacidade financeira real** para aquela obra, aquele serviço ou aquele fornecimento pedido no edital, pode concorrer em igualdade de condições com as de maior capital, porque a capacidade financeira não é absoluta, mas **relativa a cada licitação**. Deve, portanto, ser avaliado pelo licitador qual o segmento produtivo a que pertence o potencial contratado para decidir sobre as experiências de capital, etc.” BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. “Licitação – aspectos relacionados com a habilitação dos licitantes”. In *Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba*, v. 9, n. 103, p. 778-783, set. 2002. p. 783

¹⁰⁵ Neste sentido Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Habilitação: qualificação econômico-financeira: exigência de garantia. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. in Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RAMOS, Dora Maria de Oliveira, SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos e D’AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. 2ª edição revista e ampliada. PP. 105-106

Administração Pública quanto ao efetivo cumprimento do acordo¹⁰⁶. Seria, assim, inócua como vantagem à Administração.

Um outro meio empregado para a redução do risco de inviabilidade econômica da contratação é a sondagem das condições patrimoniais do licitante. Trata-se de aferir se os recursos de que a empresa dispõe são suficientes para suportar os ônus (previstos ou não) associados à prestação dos bens ou serviços, assegurando desta forma a sua sobrevivência ao longo do contrato.

A aferição da saúde patrimonial da empresa é muitas vezes efetuada com o emprego de certos índices. Tais índices são algoritmos que, alimentados com dados sobre o ativo e o passivo do licitante, permitem se extrair uma conclusão acerca de sua saúde econômica. Entre tais índices, pode-se dar destaque aos de liquidez e de endividamento, que elucidam a capacidade de a empresa arcar com ônus financeiros de porte mais elevado¹⁰⁷.

O emprego de índices, contudo, também pode causar problemas. É o que ocorre quando se estabelece um índice de saúde econômica muito elevado como condição de habilitação. É de se ressaltar que o índice apenas processa números de modo a fornecer um

¹⁰⁶ “Por tudo quanto se expôs, concluímos pela inconstitucionalidade da exigência de prestação de garantias na fase de habilitação, porquanto desvinculada de qualquer utilidade à finalidade pública a ser concretizada mediante o torneio licitatório, sob pena de, em flagrante comprometimento aos imperativos da isonomia e do caráter competitivo, de berço constitucional, romperem-se as balizas traçadas pelos princípios que sustentam o Direito Administrativo.” CASTRO, Pedro Araújo. Da exigência de prestação de garantias para a habilitação em procedimento licitatório. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 13, n. 88, p. 11-18, jul./ago. 1999. p. 19. Complementando o exposto: “É que tais exigências, porque conducentes a um tratamento diferenciado dos interessados em participar da licitação, não se arrimam com o interesse público, dotado da nota de indisponibilidade, tornando-se flagrantemente ilegítimas. Sobremais, não são idôneas a proporcionar qualquer presunção de saúde econômico-financeira do licitante.” *Idem*, p. 17

¹⁰⁷ “A Lei nº 8.883/94 vedou expressamente índices de rentabilidade ou lucratividade. Assim, seriam índices econômico-financeiros autorizados pela lei a figurarem nos editais, entre outros: a) liquidez corrente, que mede a solvência da empresa; quanto maior, melhor; a média saudável do setor de construção civil, por exemplo, é de 4,51, o que significa que para cada real de dívida a curto prazo existem R\$ 4,51 no ativo circulante; b) liquidez geral, que mede a capacidade da empresa para saldar suas dívidas a curto e longo prazos, fazendo uso de recursos disponíveis no ativo circulante e realizável a longo prazo; quanto maior, melhor; a média do setor de construção civil situa-se em 2,80, o que significa que para cada real de dívida a curto e a longo prazos existem R\$ 2,80 no ativo circulante mais o realizável a longo prazo; c) endividamento, que indica o nível de comprometimento do capital próprio com o de terceiro; quanto menor, melhor; a média do setor da construção civil gira em torno de 0,34” PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Editora Renovar, 1997. 4ª Ed. P. 237, *apud* LIMA, Solange Afonso de. A qualificação econômico-financeira e a apresentação de balanço patrimonial. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 66, p. 614-621, ago. 1999. PP. 619-620

parâmetro de mais fácil manipulação e comparação. O nível demandado para tal parâmetro é uma escolha discricionária da Administração. E está sempre presente o risco de exigência exagerada, incompatível com as demandas da licitação específica que se opera¹⁰⁸. Da mesma forma, deve-se ter cuidado com o emprego de índices exóticos, de emprego incomum e incapazes de estabelecer garantias mais sólidas para a Administração¹⁰⁹.

Há, ainda, a possibilidade de se tentar aferir a saúde econômica da empresa por meios indiretos: histórico de pagamento de dívidas, comportamento recentemente observado no tratamento de credores, etc. Mas tais meios parecem ser pouco idôneos para a coleta e processamento de informações sobre o licitante, e tendem a ser pouco usados¹¹⁰.

4.2 Viabilidade técnica

Ao contratar, a Administração deve se assegurar que o licitante possui as condições técnicas mínimas para a execução do contrato. Ou seja, deve aferir a experiência e a competência do interessado, bem como a posse de equipamentos e profissionais essenciais à

¹⁰⁸ Trata-se de mensuração que deve ser realizada tendo em vista as peculiaridades do caso. O TCU já enfrentou caso de índice de liquidez geral relativamente alto, mas ponderou pela sua pertinência à licitação específica que se operava: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Concorrência: índice econômico-financeiro: índice de liquidez geral (ILG): restrição à competitividade: inoocorrência. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 19, n. 5, p. 467-476, maio 2006. PP. 473-474

¹⁰⁹ É o caso do índice de liquidez permanente, já discutido e afastado em decisão do TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: qualificação econômico-financeira: exigências excessivas: índice não adotado usualmente: concessão de medida cautelar: exclusão do fator questionado: análise do mérito: procedência parcial. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 19, n. 10, p. 982-985, out. 2006 P. 983.

¹¹⁰ Sendo eventualmente afastados por inadequação às normas jurídicas pertinentes à habilitação. É o caso da exigência de certidão negativa de protestos, cujo emprego como condição de habilitação econômico-financeira já foi proscrito em pelo menos um Estado da federação: “A partir da redação do *caput* do dispositivo reproduzido (art. 31 da Lei nº 8.666/93), constata-se que o rol de exigências no sentido de qualificação econômico-financeira é exaustivo, ou seja, não poderá sofrer acréscimo de quaisquer outros. Não obstante tal característica, tem-se observado comumente em editais de procedimentos licitatórios a inserção de exigência de exibição de Certidão Negativa de Protestos para fins de habilitação econômico-financeira. Instada a manifestar-se, a Corte Paulista de Contas vem reiteradamente manifestando-se no sentido de que sejam promovidas alterações nos editais, afastando tal exigência por ilegal, conforme se observa nos dois julgados a seguir.” BRUNO, Reinaldo Moreira. Habilitação preliminar nas licitações. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 11, n. 124, p. 514-525, ago. 2004..p. 523

consecução do avençado. Trata-se de imperativo essencial à busca da melhor proposta pela Administração¹¹¹.

Ocorre que a qualificação técnica é um atributo de aferição ainda mais complexa que a qualificação econômica. Enquanto essa envolve a mensuração e apreciação de elementos concretos de patrimônio e endividamento, aquela implica a identificação de fatores altamente abstratos como competência e experiência.

Tal circunstância potencializa o risco de restrição indevida à entrada no mercado da licitação. Isso porque o Administrador, em dúvida quanto à melhor forma de aferir a capacitação do licitante, muitas vezes recorrerá a expedientes de eficácia pouco confiável¹¹². A ânsia de reduzir o risco associado à contratação pode levar a exigências de documentação pertinente a elementos não necessariamente essenciais à resolução ótima da licitação¹¹³.

A lei parece tentar restringir o espaço de constrangimento do particular, impondo que exigências maiores de qualificação técnica sejam restritas às “parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”¹¹⁴. Ocorre que a precisa delimitação de tais parcelas é

¹¹¹“Não basta então a simples verificação de um escoreito *procedimento administrativo* escorado no *princípio da isonomia* para que se tenha um certame licitatório *eficiente*, é imperioso também que a *proposta seja a mais vantajosa* para a Administração; noutras palavras, que o contratado seja um bom prestador de serviço; que tenha uma infra-estrutura mínima; que tenha uma experiência; que tenha disponível o aparelhamento necessário; e não qualquer um que apresente o *menor preço*, um aventureiro, até porque inolvidável é o dito popular: ‘o barato, às vezes, custa caro’.” PEDRA, Anderson Sant’Ana. A habilitação técnica operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. Interesse Público, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 93-108, set./out. 2006. p. 108

¹¹²Sobre o ponto, referindo-se a exigências indevidas em licitações para empresas especializadas em serviços, leia-se: “Em conclusão, pode-se inferir que as normas editalícias que abrigam as exigências objeto de nosso estudo – atestados de capacidade técnica que comprovem a prestação de serviço em idênticas quantidades, características e prazos do objeto licitado, bem como ‘currículo’ detalhado de todos os profissionais, a indicar o período de experiência em serviço anterior igual ao desse mesmo objeto – contrariam garantias fundamentais asseguradas às empresas (livre concorrência) e aos cidadãos (igualdade) pela Constituição da República e o conteúdo finalístico das normas que regem o procedimento das licitações públicas, e por isso merecem ser expurgadas da corriqueira prática da elaboração de Editais que se vê nos dias de hoje.” MARIANO, Cynara Monteiro. Atestados de capacidade técnica e habilitação em licitações públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 222, p. 133-141, out./dez. 2000. PP. 140-141

¹¹³Entre tais exigências possivelmente inócuas, há quem indique a validade temporal de documentos comprobatórios de qualificação. O argumento é que, se já comprovada a capacidade do licitante, não há que se constrangê-lo a confirmar a manutenção no tempo da situação de fato por ele indicada: GASPARINI, Diogenes. Qualificação técnica: inabilitação: exigências exorbitantes. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 15, n. 10, p. 641-654, out. 2002. PP. 647-648

¹¹⁴ Art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.884/94.

deixada ao arbítrio do administrador, e este nem sempre irá buscar ativamente a garantia do maior acesso possível aos interessados¹¹⁵.

Feitas estas considerações iniciais, cabe indicar alguns dos expedientes empregados para a aferição da habilitação técnica.

O primeiro método envolve a apresentação de atestados de experiência na realização de objeto análogo ao demandado na licitação. A idéia é que o passado da empresa pode ser extrapolado de modo a se efetuarem previsões mais precisas quanto à sua capacidade futura. O procedimento tem uma lógica razoável, mas que pode ser excedida em diversos sentidos.

Um possível excesso envolve a aferição do que seria o objeto análogo, a satisfazer a exigência da licitação. A princípio, a construção de um prédio de dez andares é análoga à de um prédio de nove andares, e o asfaltamento de uma via pública é análogo ao asfaltamento de outra via situada na mesma cidade¹¹⁶. Mas a comprovação de construção de um prédio de três andares seria suficiente para uma licitação para construção de um prédio de vinte andares? E a construção de uma via pública em uma cidade do interior, seria experiência suficiente para o asfaltamento de uma estrada interestadual? Administradores irão enfrentar problemas similares

¹¹⁵“É lastimável a omissão do legislador no que diz respeito à expressão ‘parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação’ (§§ 1º e 2º do art. 30). A lei, que deveria definir ou mesmo estabelecer critérios para a perfeita compreensão da exigência, ou, ainda, determinar que o fizesse, por via de regulamentação, o Poder Executivo, deixou para o edital fazê-lo, ou, em outras palavras, deixou ao arbítrio do administrador. Logo esta lei que, tendo em seu corpo uma grande preocupação com os aspectos éticos, possibilita, com esta indefinição, que maus administradores possam frustrar o caráter competitivo do certame. Deve-se ter em mente que, inobstante haja previsão no edital dessa ‘parcela de maior relevância e valor significativo’, o limite da exigência, repise-se, deve estar sempre condizente com o objeto que se está licitando.” NORMANDO, Fernando. A habilitação na Lei 8.666/93. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 9, n. 8, p. 397-404, ago. 1996. p. 400

¹¹⁶ “Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional do licitante, na entidade encarregada de exercer o respectivo controle do exercício profissional, a exemplo do Crea, da OAB, do CRM, do Corecon e do Creci. A capacidade técnica específica é comprovada com a apresentação de certidão que assegure ter o licitante realizado a contento objeto da mesma natureza do licitado. Assim, a certidão do Município de São Paulo que assegura ter o licitante executado, satisfatoriamente, obra de pavimentação asfáltica é prova de capacidade técnica específica para licitação que objetiva selecionar a melhor proposta para o asfaltamento de certa via pública. Essas certidões ou atestados poderão ser tanto de pessoa pública como de pessoa privada. A capacidade técnica operativa é comprovada com a demonstração da disponibilidade de recursos materiais e humanos para a realização do objeto da licitação.” GASPARINI, Diógenes. “Habilitação – regularidade – prova de quitação com a Fazenda Federal”. *BLC*, ago./91. P. 359 *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.. PP. 177-178

na confecção do edital. Está sempre presente o risco de se excederem as exigências de qualificação com o intuito de reduzir o risco intrínseco à contratação.

O excesso também pode ser vislumbrado na exigência de números mínimos de atestados. O ponto envolve alguma dificuldade, porque a exigência de um quantitativo específico tem o condão de aprimorar a objetividade percebida no julgamento da qualificação¹¹⁷. Surge então um dilema entre ampliação do acesso e aprimoramento da objetividade no julgamento. Tal dilema é de difícil solução, e o próprio Tribunal de Contas da União parece ter titubeado em sua análise¹¹⁸.

Um outro expediente empregado para a análise da qualificação técnica é a exigência de amostras. A idéia é que a comissão de licitação poderia apreciar um trabalho concreto do licitante. A exigência, contudo, não tem sido admitida. Entre os argumentos para tanto, aponta-se a tese de que a amostra em si não diz respeito às condições pessoais do licitante¹¹⁹. Há também o argumento de que a lei simplesmente não autoriza esse tipo específico de exigência¹²⁰.

¹¹⁷Neste sentido: “Além disso, entendemos muito mais objetivo o critério afeto à definição de um quantitativo específico (logicamente desde que o mesmo seja proporcional ao objeto licitado), do que a previsão genérica de alguns editais, no sentido de se demonstrar execução de obra ou serviço **pertinente, compatível e semelhante**, o que pode levar, não raro, à subjetividade de julgamentos, ao arripio da lei.” GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. Licitação: vedação de quantitativos quanto à capacidade técnico-profissional da licitante na fase de habilitação: determinações do CREA em relação ao acervo. Revista Zênite de Licitações e Contratos, Curitiba, v. 13, n. 146, p. 307-309, abr. 2006. p. 309

¹¹⁸Isso porque é possível identificar decisões do Tribunal com manifestações em três sentidos: a) pela inadmissibilidade da exigência de quantitativos mínimos: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: qualificação técnica: atestados: quantidades mínimas: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 8, p. 399-405, ago. 1998 p. 404; b) pela admissibilidade de tal exigência: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: exigência de dois atestados de capacidade técnica: legalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 559-562, nov. 1997.. p. 560; c) pela inexistência de posição firme quanto ao ponto: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: atestados de capacidade técnica: número mínimo de atestados: considerações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 8, p. 525-530, ago. 2002 p. 530; É interessante notar que, entre as decisões indicadas, a mais recente é a que não identifica posição firmada sobre o ponto.

¹¹⁹“A fase de habilitação (ou qualificação) tem por objetivo apurar se os proponentes atendem às condições pessoais necessárias à participação do certame. Destina-se, portanto, à avaliação da pessoa do licitante. (...) Daí ser lícito entender que a análise não recai sobre o objeto licitado, portanto a exigência de apresentação de amostras não deve ter cabimento nesse momento do procedimento licitatório.” JUSTEN, Monica Spezia. Ainda a propósito da questão das amostras. Informativo Licitações e Contratos, Curitiba, v. 7, n. 79, p. 756-762, set. 2000.. p. 758

¹²⁰ Sobre o ponto, ver BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: exigência de protótipos ou amostras: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 252-256, abr. 2002.. pp. 254-255

Um terceiro meio de investigação da capacidade técnica da empresa envolve a análise do seu corpo de profissionais. Entende-se que, uma vez que a execução do contrato será efetivada pelos agentes da empresa, a capacitação desses é essencial para a adequada consecução do acerto firmado.

Tal exigência enseja o mesmo risco comum de excesso: quando é que as exigências de qualificação individuais imporão restrição indevida a pessoas capazes de efetuar o serviço? O excesso de cautela do administrador pode vir a constranger o acesso de licitantes e, conseqüentemente, a afastar proposta mais vantajosa à administração¹²¹.

Mas o maior problema associado à aferição da qualificação do corpo de funcionários diz respeito ao momento em que tais pessoas passam a integrar a empresa. Há quem entenda admissível a exigência de que o funcionário já estivesse previamente vinculado à organização, de modo a já estar familiarizado com o seu proceder¹²². É importante notar, contudo que tal orientação implica barreira significativa ao acesso de licitantes sólidos que desejem expandir sua atuação para o novo mercado disponibilizado pela licitação.

O estudo da habilitação técnica também pode envolver a análise dos equipamentos e dos materiais disponíveis ao licitante. Entende-se que, a princípio, há certos bens indispensáveis à adequada produção de um bem ou realização de um serviço.

¹²¹Exemplificando o ponto, leia-se a seguinte discussão, feita por unidade técnica do TCU, a respeito de qualificação para prestação de serviços de segurança: “Nada impedia, em razão da falta de objetividade do edital, que vigilância armada e vigilância desarmada fossem consideradas atividades compatíveis, pois o termo ‘compatível’ não significa igualdade absoluta entre duas coisas, mas, sim, semelhança (*Dicionário Aurélio, Século XXI*, versão 3.0). Ademais, a legislação que cuida da matéria não faz distinção entre uma e outra função. Os dois tipos de vigilância, na verdade, são atividades semelhantes que não exigem elevado grau de especialização e treinamento e que podem ser exercidas pelo mesmo profissional, o vigilante. Esse entendimento deriva da Lei nº 7.102/95 que exige para o profissional, como requisitos básicos, tão-somente, nível de instrução equivalente à quarta série do primeiro grau (art. 16, inc. III) e aprovação em curso de formação específico. (...) O fato de um vigilante portar ou não arma de fogo, na realidade, dependerá do risco a que está sujeito o bem sob sua proteção”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Serviços de vigilância armada: qualificação técnica: edital genérico: atestados de vigilância desarmada: habilitação devida. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 42-48, jan. 2005. p. 44. O argumento foi admitido no voto apresentado pelo relator: “(...) concordo com a linha de raciocínio desenvolvida pela Unidade Técnica e com a conclusão a que chegou, de que deveria a Comissão considerar válidos os postos de vigilância desarmada apresentados pela representante.” *Idem*, p. 47

¹²² DALLARI, Adilson Abreu. Comprovação de capacidade técnico-profissional em licitação: atestado apresentado por profissional com contrato temporário de trabalho, imprestabilidade para comprovar que o profissional integra o quadro permanente da empresa. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 14, n. 5, p. 283-291, maio 2001. p. 288

O primeiro risco associado a tal expediente é óbvio: os bens indicados pela administração não necessariamente são essenciais à consecução do contrato. A atividade empresarial é dinâmica, e boa parte do sucesso de uma empresa se deve à sua capacidade de inovar e desenvolver novos meios de se chegar a melhores resultados. Se a administração limita o *modus operandi* da empresa, impondo a posse e o uso de certos equipamentos e materiais, ficam afastadas possíveis novas formas eficientes de realização do objeto da licitação.

Outra objeção envolve a propriedade dos bens indicados. A princípio, a lei parece exigir apenas a disponibilidade de tais equipamentos e materiais. Para alguns, contudo, a propriedade é a maior garantia de que os bens estejam disponíveis para a consecução do contrato¹²³. Para outros, exigências mais rígidas de disponibilidade implicam indevida restrição ao acesso à licitação¹²⁴. E há, ainda, quem entenda que o nível de exigência de disponibilidade deve ser calibrado às exigências de cada licitação específica¹²⁵.

¹²³“Ora, não se pode imaginar que a garantia maior de disponibilidade – a propriedade dos equipamentos – seja considerada como algo perverso ao procedimento, devendo ser evitado de vedação legal. Não se pode aceitar que se retire da alçada do Poder Público a eventual (o adjetivo, veremos, é de importância fulcral) exigência de uma disponibilidade maior do equipamento, algo só conferido pela propriedade deste. 23. Mais aceitável parece ser o entendimento de que o texto procura afastar a possibilidade de a Administração introduzir cláusulas contendo exigência de propriedade de equipamento ou maquinário desnecessário à execução do objeto contratual ou exclusivo, o que faria a exigência excludente.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Habilitação: qualificação técnica: proibição abusiva da nova lei de licitações e contratos*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 27-32, jan. 1994. PP. 28-29

¹²⁴“Ademais, não se justifica a exigência da disponibilidade de equipamentos no momento da apresentação das propostas. As máquinas e equipamentos devem estar disponíveis para ação do objeto da licitação, no momento de sua execução (Lei nº 8.666, de 1993, art. 30, inc. II), pois é o momento em que eles se tornam necessários. Exigir essa possibilidade antes do tempo é afastar pretendentes, que não teriam condições de manter equipamentos ociosos, devido ao seu alto custo. Para a comprovação da disponibilidade, entendemos bastar que o licitante apresente relação explícita do maquinário e declaração formal de sua disponibilidade. São vedadas as exigências de propriedade e localização prévia, ficando o proponente sujeito às penas legais.” BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. “Licitação – aspectos relacionados com a habilitação dos licitantes”. *In Informativo de Licitações e Contratos*, nº 103, setembro de 2002. p. 782

¹²⁵“Não obstante o exposto mandamento contido no art. 30, §6º da Lei de Licitações, vedando expressamente a exigência de propriedade de bens ou mesmo de equipamentos, no cotidiano das relações da Administração Pública com os particulares interessados em futuros contratos, tem-se assistido conflitos com a exigência por parte do Poder Público de demonstração de propriedade de bens e equipamentos a serem utilizados no futuro ajuste. (...) Aparentemente essa situação é de solução pacífica ante exposto dispositivo legal e manifestações tanto de Tribunais de Contas como de órgãos jurisdicionais, porém, tem-se observado que em situações excepcionalíssimas, tendo por base a natureza da atividade e dos serviços a serem prestados, têm sido admitidas exigências de propriedade de bens, equipamentos e equipe já constituída.” BRUNO, Reinaldo Moreira. *Habilitação preliminar nas licitações*. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 11, n. 124, p. 514-525, ago. 2004.p. 521

Há ainda outros meios de análise da habilitação técnica do licitante. É possível exigir que o interessado apresente metodologia específica de execução, a partir da qual se possa aferir sua competência para certos empreendimentos que exijam grande especialização¹²⁶. Cogita-se também da apresentação de atestados de cumprimento de certos padrões específicos de qualidade, certificados por certas organizações específicas¹²⁷. A lógica subjacente a tais expedientes é sempre a mesma: redução do risco de insucesso após a contratação. E o risco de excesso e constrangimento indevido ao acesso à licitação também é constante em todas estas alternativas.

4.3 Interesse público não diretamente relacionado ao objeto da licitação

Há quem entenda que o processo de habilitação em si pode ser empregado de modo a produzir efeitos socialmente benéficos. Aquisições pela Administração Pública exercem uma influência econômica significativa sobre a sociedade. A imposição de certas exigências de habilitação, mesmo que não relacionadas com a obtenção da melhor proposta à administração, poderia constituir instrumento adequado à persecução de certas políticas públicas.

A lei de licitações e contratos admite expressamente tal raciocínio para a aferição da regularidade fiscal do licitante. O interessado que não lograr provar sua diligência no

¹²⁶“Cumpra esclarecer que por alta complexidade técnica, a lei considera a licitação que envolva grande especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. A Lei Federal, então, criou, com essa possibilidade, forma e habilitação peculiar, vez que antes da abertura das propostas de preços será avaliada a **metodologia de execução** apresentada pelos licitantes, quando da qualificação técnica.”BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. “Licitação – aspectos relacionados com a habilitação dos licitantes”. *In Informativo de Licitações e Contratos*, nº 103, setembro de 2002. p. 782

¹²⁷Sobre a exigência de certificados ISO, leia-se a seguinte objeção, bastante pertinente aos propósitos deste texto: “Com este dado estatístico, e aqui voltamos a tratar do nosso tema principal, depreendemos que grande parte das empresas certamente não comparece às licitações nas quais se exige a apresentação do *ISO-9000*. Boas propostas nem sequer chegarão ao conhecimento da Administração Pública, visto que uma exigência editalícia rigorosa, por si só, tem o condão de alijar do certame bons fabricantes, fornecedores ou prestadores de serviços que não possuem o certificado. Além disso, será que a posse de um *Certificado ISO-9000* confere à empresa que o detém a presunção absoluta de excelência em seus produtos e/ou serviços? A resposta é negativa. Nem sempre o fabricante, o fornecedor ou o prestador de serviços que possui uma certificação produz, fornece bens ou presta serviços de qualidade exemplar.” PALMIERI, Marcello Rodrigues. Os certificados ISO 9000 e as licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 6, p. 291-294, jun. 1998. PP. 292-293

adimplemento de suas obrigações com o fisco não poderá participar de um procedimento licitatório. Desta forma, a administração tributária ganha poderoso instrumento para a promoção da regularidade fiscal entre empresas que negociem com o governo.

Há quem entenda que a regularidade fiscal seja um indicativo da saúde econômica da empresa e, conseqüentemente, elemento necessário para a aferição de sua habilitação¹²⁸. Contudo, essa perspectiva parece ser bastante especulativa – não é de todo implausível que a empresa seja sólida, mas que empregue artifícios ilícitos para fugir à cobrança do Estado. De fato, a exigência de regularidade fiscal parece estar muito mais associada à otimização da arrecadação tributária do que à segurança nas compras da administração pública¹²⁹.

A mesma lógica tentou ser aplicada à regularidade do indivíduo em face de entidade profissional. Buscava-se, assim, desestimular a inadimplência de membros de certas

¹²⁸ “O art. 37-XXI não regulou integralmente a habilitação. Regulou, isto sim, apenas a habilitação técnica e econômica (e o fez para proibir o óbvio: a exigência de demonstração de capacidade técnica e econômica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações). Isso não pode implicar em eliminar a incidência, no campo das licitações, da técnica, generalizada no Direito, de interditar o exercício de certos direitos (como o de contratar com a Administração) em decorrência da prática de atos ilícitos. A regularidade das obrigações tributárias não é uma questão secundária e irrelevante. É, para o próprio Estado – e para a sociedade que recebe seus serviços – questão vital. Daí a razoabilidade da lei condicionando a aquisição ou o exercício de certos direitos de natureza econômica à regularidade fiscal. Em outros termos: é legítima a lei considerando inidônea, para fins de contratação com o Poder Público, empresa irregular perante o fisco. Ademais, se a fase habilitatória objetiva eliminar licitantes que, à vista de suas condições subjetivas, não ofereçam segurança quanto ao futuro cumprimento do contrato, não é impróprio excluir quem não cumpre suas obrigações tributárias. Tal comportamento é indicativo de inidoneidade ou desinteresse no cumprimento de suas obrigações em geral, o que permite a razoável presunção de que poderá ser adotado também quanto às obrigações contratuais. Essa presunção não é absurda ou exagerada, tendo trânsito corrente na vida econômica.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. 2ª Edição. PP. 122-123

¹²⁹ O que leva à seguinte objeção: “Há que distinguir necessariamente o Estado-arrecadador do Estado-comprador. Aquele que não recolhe regularmente suas obrigações tributárias deve sofrer rigorosamente a ação específica, exercitada por órgãos competentes e aparelhados para esse fim, podendo, concomitantemente, ser fornecedor de bens ao Estado-comprador, desde que ofereça efetivamente as condições mais vantajosas.” NÓBREGA, Airton Rocha. “Habilitação no convite. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 97-98, fev. 1999. p. 98

profissões. O expediente, contudo, parece ter sido considerado como desprovido de base jurídica, seja pelo TCU¹³⁰, seja pela literatura especializada¹³¹.

Políticas de emprego e de promoção de certos setores da indústria também poderiam ser promovidas por meio de licitações. Em alguns certames, a exigência de que os licitantes exerçam suas atividades econômicas no país já seria suficiente para afastar significativa

¹³⁰ “A primeira delas, relativa a exigência de comprovação do pagamento das anuidades do CREA já foi, como bem ressalta a analista, examinada pelo Tribunal em várias oportunidades, em especial ao apreciar o TC-625.373/95-2, que cuidou de auditoria no TRF da 4ª Região, na área de licitações e contratos. Nessa oportunidade, o Tribunal reafirmou sua posição exarada na Decisão nº 434/93 – TCU – Plenário, TC-005.519/92-0, Ata nº 48/93, de que ‘prova de quitação ou visto do CREA da jurisdição onde a obra será realizada’ é exigência excedente ao teor do art. 30, *caput* e seu inc. I, da Lei nº 8.666/93. Ao decidir sobre essa auditoria, o Tribunal fez várias determinações ao TRF da 4ª Região, entre elas a de que deixasse de ‘incluir, nos atos convocatórios da licitação, cláusulas restritivas ao caráter competitivo dos certames, tal como a exigência de apresentação de comprovantes com limitações de tempo e a quitação perante a entidade profissional competente, atendo-se apenas à documentação indicada nos arts. 28, 29, 30 e 31 da referida lei’.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: comprovante de pagamento de anuidade de entidade profissional: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 12, p. 829-840, dez. 2002. PP. 839-840

¹³¹ “O fato é que a Lei Federal de Licitações não inclui os documentos previstos nos arts. 607 da CLT e 69 da Lei Federal nº 5.194/66 (sempre exemplificativamente) para fins da participação em licitações públicas e também que, em razão do princípio da competitividade, a Administração não fará restrições à ampla participação de todos quantos desejem acorrer ao certame licitatório. (...) Sequer poderia ser cogitado pelas instituições profissionais e representativas de classe que os órgãos ou entidades da Administração Pública exigissem essa documentação, com fundamento na hipótese prevista no inc. IV do art. 30 da Lei Federal e Licitações, pois a prova de pagamento de eventuais débitos perante as Entidades aqui citadas, enfatizamos, não se presta para demonstrar a capacidade técnica genérica ou específica dos concorrentes. (...) E é por isso que a exigência de ‘prova de quitação de contribuição sindical’ ou ‘prova de quitação de débito perante o Crea’ nos editais de licitação é excessiva, não proporcional e descabida na esfera licitatória, ou seja, nada tem a ver com os fins da licitação, inclusive na apuração da, como dissemos acima, qualificação técnica e econômica dos licitantes.” PERRACINI, Marcelo R; BARBOSA, Marcos Nicanor L. Da impossibilidade de a administração pública exigir em seus atos convocatórios prova de quitação de contribuição sindical para fins de habilitação. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 597-600, dez. 1996 PP. 599-600

concorrência no certame. Argumenta-se que tal expediente seria admissível pelos efeitos sociais benéficos que geraria¹³², ainda que implicasse prejuízo à administração compradora¹³³.

É compreensível que se busque promover diversas políticas públicas por meio da fixação de condições de habilitação de uma licitação. Trata-se de um mecanismo de fácil execução – basta a indicação da condição no edital. Há até quem entenda que seria indevida a conduta do administrador que deixasse de se preocupar com certos aspectos paralelos ao objeto licitado¹³⁴.

A perspectiva adotada neste trabalho, contudo, é contrária a tal uso da licitação.

Como já asseverado anteriormente, entende-se aqui que há dois guias básicos para a conduta da

¹³² O ponto foi objeto de discussão em decisão do Tribunal de Contas da União. No caso, a unidade técnica manifestou-se pela inadmissibilidade do expediente: “Ora, em se restringindo o objeto da licitação aos somente fabricados no Brasil, por óbvio configura-se tratamento diferenciado entre empresas que o fabricam. Hipótese, portanto, vedada em lei. 30. Enfim, o Estatuto das Licitações consagra o princípio constitucional da igualdade de oportunidades aos licitantes, vedando, inclusive, qualquer tratamento diferenciado entre estrangeiros e brasileiros, seja em licitação de âmbito nacional ou internacional, salvo as hipóteses ali inscritas. 31. De outro lado, o Poder Público dispõe, caso efetivamente seja do seu interesse, de instrumentos próprios para priorizar o mercado nacional, taxando a entrada de produtos estrangeiros. (...) 33. Licitação Pública não é o instrumento adequado para implementação de políticas governamentais. Como já dito, o Governo Federal dispõe de meios próprios. Em certame licitatório não cabem ponderações dessa natureza; é um instituto jurídico minudentemente previsto em lei, vinculando a administração a cumprir em todas as suas espécies os procedimentos e princípios que lhes são próprios.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitação: critério de pontuação: impugnação: confusão entre habilitação e critério de pontuação técnica. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 553-563, ago. 2003. P. 142. O relator, porém, entendeu de modo contrário: “Outrossim, se o art. 42 da Lei nº 8.666/93 fala em concorrência de âmbito internacional, e diz que o edital deve ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior, e atender às exigências dos órgãos competentes, estão com ele relacionadas as demais disposições citadas (v.g. do art. 33, § 1º, art. 30, §4º e o próprio art. 3º, §§ 1º e 2º, todos do mesmo diploma legal). É certo que tem havido algumas ponderações observações e até reclamações com relação a tais preceitos, achando-se que as empresas estrangeiras poderiam concorrer, livremente, com as nacionais. A lei e a doutrina, entretanto, fazem essas distinções, como por exemplo: (...) Por outro lado, não se pode perder em vista que o sentido da licitação é o interesse público, tanto que a própria legislação regente estabelece um certo grau de estímulo ao capital e economia nacionais:” BRASIL. Tribunal de Contas da União. “Licitação nacional – ausência de ilegalidade ao restringir a participação somente aos concorrentes com estabelecimento fabril em território nacional” in *Boletim de Licitações e Contratos*, ano 8, nº 3, março de 1995. São Paulo: NDJ, 1995. P. 145

¹³³ “É questionável, no mérito, essa proteção, pois é sabido que o produto estrangeiro em geral é melhor e mais barato que o nacional. Onde, então, a ‘proposta mais vantajosa’ à entidade pública brasileira, se a lei em igualdade de condições protege deslavadamente o licitante nacional? Será sábia semelhante xenofobia, a persistir até hoje num país em que, se não fosse a influência estrangeira, estaria provavelmente um século atrasado em relação à situação de desenvolvimento que hoje desfruta?” RIGOLIN, Ivan Barbosa e BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático de Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1999. 3. Ed. PP. 355-356 *apud* p. CASTRO, Humberto Barbosa de; LOPES, Alcio Sinott. Isonomia entre empresas nacionais e estrangeiras nas licitações públicas. *L&C: Revista de Direito e Administração Pública*, Brasília, DF, v. 6, n. 62, p. 26-27, ago. 2003.. p. 27

¹³⁴ Colocando a persecução de outras políticas públicas como elemento para aferição da melhor proposta, leia-se: “55. Como se pode resguardar o desígnio da busca da melhor proposta, se vedarmos a possibilidade de, por exemplo, se efetivar exigências de cunho ambiental, quando estas se fizerem necessárias? 56. A resposta natural a esta pergunta torna desnecessário qualquer outro argumento a favor do descabimento do dispositivo ora analisado.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Habilitação: qualificação técnica: proibição abusiva da nova lei de licitações e contratos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 27-32, jan. 1994. P. 31

Administração em um procedimento licitatório: 1) obtenção da melhor proposta; 2) observância da isonomia entre concorrentes. Não cabe à Administração fugir de tais imperativos, ainda que sob pretexto de atender outro fim socialmente relevante.

Não é que tais fins não sejam legítimos; o ponto é que a licitação simplesmente não é o meio adequado para tais escopos¹³⁵. A procura da melhor proposta para a Administração já é uma tarefa suficientemente complexa para o gestor público; tentar ponderar esse imperativo com outras preocupações de política pública implica injustificável desvio da função do administrador^{136 137}. Ao buscar servir dois escopos tão distintos, é certo que o gestor não atenderá bem a nenhum.

5 O excesso dos critérios – inadequada inabilitação de candidato idôneo

Exigências mais complexas de habilitação atendem à uma necessidade de redução do risco na contratação pela administração pública. Contudo, elas apresentam o efeito deletério

¹³⁵ “Enfim, o que interessa saber, o que precisa ser comprovado, é a aptidão para realizar o objeto do futuro contrato, sendo exigível, portanto, apenas o que for pertinente e suficiente para garantir (até a medida do razoável) tal execução, vedadas exigências supérfluas. Salvo se isso influenciar diretamente na possibilidade de execução do futuro contrato, como é o caso de débitos com o sistema de seguridade social, que impede a contratação (CF, art. 195,§3º), é irrelevante, para a licitação, a situação do licitante perante outros órgãos, entidades ou mesmo Poderes, quanto ao cumprimento de obrigações trabalhistas, fiscais ou políticas. Mesmo porque cada obrigação tem o seu meio próprio e específico de imposição, fiscalização e sanção (em caso de inadimplemento). A utilização de um meio impróprio, mesmo para a consecução de um fim legal, é juridicamente inaceitável: positivamente, pelo menos no campo do direito, jamais os fins justificarão os meios.” DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. PP. 121-122

¹³⁶ “Não se pode deixar de concordar com algumas das críticas dirigidas à Lei de Licitações e Contratos, pois, pelo que se observa, certas e determinadas exigências que nela são contempladas não se amoldam aos seus fins, mas servem apenas para criar embaraços ao seu processamento e para gerar desnecessárias discussões. Exemplo disso é a absurda exigência feita no *art. 27, inc. V*, que se volta a aferir se mantém ou não a empresa *menor* em situação irregular. Ora! A verificação de tal irregularidade e punição das condutas detectadas não pode ficar a cargo de Comissões de Licitação que, como se sabe, estão orientadas a selecionar produtos e serviços e a concluir as contratações. Dar-lhes tal atribuição implica desmoralizar a lei e os agentes a quem se comete o encargo de cumpri-la. Uma lei que regula certames licitatórios e contratos administrativos não pode perder-se em *fantasias* dessa espécie.” NÓBREGA, Airton Rocha. Eficiência nas licitações públicas. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 6, p. 422-427, jun. 2004.. p. 422.

¹³⁷ E possível ofensa ao direito de participação de licitantes: “Releva notar que a título de comprovante de capacidade jurídica, técnica e financeira somente podem ser exigidos requisitos destinados efetivamente a isso. Constitui violação ao princípio da licitação ou, no mínimo, desvio de poder (gerando inconstitucionalidade ou ilegalidade) a exigência de elementos completamente desvinculados desses fatores, mas requeridos como meio de compulsão indireta.” DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113

de restringir o espaço de negociação, constringendo a capacidade do Estado de obter melhores termos de prestação de bens ou serviços. Parece, assim, ofender os dois princípios fundamentais da licitação, conforme indicados nessa dissertação: obtenção da melhor proposta para a administração e dispensa de tratamento isonômico entre concorrentes.

A busca da melhor proposta é constringida por motivos óbvios. Quanto menor o número de ofertantes habilitados, menor é o poder de escolha da administração¹³⁸. Assim, deve-se adotar a postura de que cada decisão de inabilitação de licitante atrapalha ainda mais o esforço da administração de encontrar os meios mais adequados para a consecução de suas necessidades organizacionais¹³⁹. A capacidade estatal de promover o interesse público é, desta forma, significativamente reduzida.

Por outro lado, parece também violado o direito dos licitantes a tratamento isonômico¹⁴⁰. Este direito se inicia na própria concessão de acesso à licitação, e é constringido

¹³⁸ “Modernamente, os editais, a doutrina e a prática licitatória na Argentina e no mundo privilegiam, em maior medida, como verdadeiro e quase exclusivo princípio fundamental da licitação, a concorrência e a competência dos concorrentes, com a conseqüente aplicação do princípio do contraditório (...) Este princípio postula a participação na comparação das ofertas da **maior quantidade possível de ofertantes** de modo que a autoridade conte com a maior quantidade possível de alternativas, para escolher, com maiores possibilidade de acerto, a oferta que propõe melhores condições para o objeto contratual. Em geral: preço, quantidade, qualidade, condições, e em algumas ocasiões, projeto técnico, financiamento, etc, segundo o objeto específico de cada licitação. (...) A aplicação de princípios como os da igualdade ou do formalismo em detrimento dos princípios da concorrência ou competitividade dão lugar, freqüentemente, a que a licitação encerre-se com a adjudicação compulsória, mas, com a frustração de seu propósito institucional, que era o de eleger a melhor oferta disponível no mercado e não a **melhor oferta** das poucas que restaram, das muitas que a administração eliminou pelas mais diversas razões formais de maior ou menor importância”. GORDILLO, Agustín A. A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório. Genesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 343-360, ago. 1994.. pp. 346-347

¹³⁹ “E deve ser considerada como regra procedimental inafastável: comparecendo dúvida quanto à correção de documentação habilitatória ou higidez da proposta em certames – e a ausência de dúvida exige fundamentada demonstração nas razões do julgamento da Comissão de Licitação -, não se pode admitir a inabilitação de licitante ou a desclassificação de proposta sem que tenha a Comissão de Licitação diligenciado o quanto ao seu alcance na busca de elementos que ensejem a habilitação de um licitante e/ou o aproveitamento de uma proposta. O art. 43, §3º da Lei n. 8.666/93 não enuncia uma faculdade, mas, sim, um dever *e a saída de um licitante de um certame e/ou o não aproveitamento de uma proposta devem ser vistos como perda* – muitas vezes necessária, outras tantas evitável, *mas sempre lastimável*, pois sempre preferível ter mais um licitante potencialmente apto a executar o escopo licitado e potencial ofertante da proposta mais vantajosa”. LEITE, Fábio Barbalho. A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 236, p. 175-204, abr./jun. 2004. P. 203

¹⁴⁰ “Entre os direitos dos licitantes estão os seguintes: a) De participar do certame – Toda a lógica do sistema licitatório está em conferir aos particulares o direito subjetivo de participar e de ver respeitado o procedimento legal. Exclusões indevidas violam esse direito e podem ser corrigidas judicialmente. Assim, se a Administração inicia convite quando cabível concorrência, estará violando direito individual de todos quantos teriam a possibilidade de acorrer ao certame, se tivesse sido instaurado na modalidade legalmente imposta.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. 2ª Edição. PP. 25-26

sempre que a recusa de habilitação se fundamente em critério não essencial à garantia do objeto da contratação.

Uma primeira solução ao problema envolve o afastamento de exigências indevidas. Comissões de licitação têm sido bastante criativas na elaboração de requisitos de habilitação completamente inócuos à aferição do risco representado pelo licitante¹⁴¹. Tal prática comumente exclui empresas interessadas que potencialmente ofereceriam propostas mais vantajosas à administração.

Há quem abomine tal criatividade do administrador, demandando a obediência restrita aos termos exatos da lei¹⁴². De fato, a inovação em matéria de requisitos de habilitação pode implicar ônus indevido aos licitantes. Contudo, é plausível que o administrador encontre meios mais simples e diretos de aferição do risco apresentado por cada empresa. Tais expedientes não deveriam ser afastados de plano. Assim, o critério básico para o julgamento da legitimidade de uma exigência deve ser a sua capacidade de sondar a viabilidade do licitante sem exceder o nível de restrição ao acesso previsto na lei.

A segunda abordagem envolve a identificação de excesso no âmbito de cada requisito de habilitação. É necessário que a empresa tenha patrimônio sólido, mas é razoável exigir que ela tenha patrimônio vinte vezes superior às dívidas atuais? E dez vezes? E duas? É fácil identificar o abuso nos extremos. Mas o ponto ótimo de exigência é envolvido por uma zona cinzenta de admissibilidade. Para identificar a linha em que o requisito deixa de ser

¹⁴¹ Entre tais práticas, leia-se: “Exigências de apresentação da certidão negativa de protesto, de certidão negativa de ação de execução, declaração de idoneidade financeira expedida por estabelecimentos bancários, atestados técnicos ‘visados’ pelo Crea com escritório no município do órgão licitante, comprovante de aquisição do edital, quitação com o sindicato de classe, dentre outras tantas, fere o comando da Lei das Licitações, pois nos respectivos artigos não foram previstos como requisitos necessários à fase de habilitação, contrariando ainda um dos princípios que norteiam o procedimento licitatório, que é o princípio da competitividade.” REIS, Roberto. Habilitação nas licitações. L&C: Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, DF, v. 5, n. 50, p. 46-47, ago. 2002.. P. 47

¹⁴² “O edital, por sua vez, no que diz respeito às exigências documentais para habilitação, não pode solicitar aquelas não constantes da Lei e também não pode dispensar documentos nela previstos.” MUKAI, Toshio. Habilitação: documentos não exigidos e dispensa dos exigidos, pela Lei nº 8.666/93. L&C: Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, DF, v. 5, n. 57, p. 43-44, mar. 2003. P. 43

legítimo e torna-se absurdo, é necessária a acumulação de experiência pela administração¹⁴³. E, pelo menos na literatura especializada, não parece haver tal maturação quanto a cada critério específico de habilitação de licitantes¹⁴⁴. Resta, assim, a necessidade de julgamento sensato pelo administrador em face das características peculiares do caso¹⁴⁵.

6 Meios jurídicos de defesa

Apesar destes comentários, o fato é que, muitas vezes, gestores públicos irão impor requisitos excessivos de habilitação. É compreensível que o façam – os procedimentos de

¹⁴³Embora haja quem argumente pela inutilidade de tal esforço, sob o fundamento de que sequer seria possível realizar a avaliação da adequação de exigências de habilitação de modo dissociado de um caso concreto: “Em outras palavras, é impossível avaliar de modo abstrato se determinados requisitos são excessivos ou inadequados, desde que respeitem os limites máximos legais. Também é descabido qualificar a ausência de exigências como uma solução incorreta. Somente será viável formular um juízo sobre a validade dos requisitos de habilitação em face de cada caso concreto e mediante o exame das características do objeto licitado.” JUSTEN FILHO, Marçal.

Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 379

¹⁴⁴ Embora haja algum registro de experiências fragmentadas. Nestes termos: “Embora os agentes públicos tenham agido de boa-fé, com respaldo em normas gerais que regulamentam a utilização do sistema Sicaf e com base em edital que não foi impugnado pelos licitantes, a desconsideração de certidão, emitida pelo Ministério da Fazenda, que é utilizada para atualização desse sistema e comprovava a regularidade da empresa Instalarm quanto à Dívida Ativa da União, justamente o quesito motivador da inabilitação, indica atuação com exacerbado apego à letra das normas e sem adequação entre os meios e os fins do procedimento licitatório, conforme exigido pela Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Essa conduta, além de contrariar a jurisprudência desta Corte, quanto à obrigatoriedade de cadastro no sistema Sicaf, restringiu o caráter competitivo da licitação, pois afastou licitante com base em falha formal insignificante, pois incompatível com o fato real de que a empresa Instalarm possuía condições de habilitação no certame. Por essas razões, impõe-se a rejeição das razões de justificativa dos responsáveis.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: prévio cadastro no Sicaf: obrigação: impossibilidade: declaração do vencedor do certame: análise da qualificação técnica: inversão das etapas da licitação: viabilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 9, p. 678-680, set. 2004. p. 678. Também nestes termos: “Não obstante previsto expressamente no art. 31, inc. II, da Lei nº 8.666/93, vê-se como desarrazoada a exigência contida no edital de certidão negativa de falência, quando restou comprovado que a Justiça do Estado da Bahia se encontrava em greve.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Habilitação: apresentação de certidão negativa de falência ou concordata: prazo de validade expirado: greve no órgão expedidor: conduta da CPL. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 60-63, jan. 2005. P. 62

¹⁴⁵ De certa forma, o exercício de bom-senso em face do caso. A mesma problemática será enfrentada na própria qualificação das propostas: “O objetivo primeiro da licitação é selecionar a melhor proposta. Tirar da Administração essa possibilidade é revestir o procedimento de um rigor desnecessário. Sempre que possível, deve a Administração excluir de seu instrumento convocatório essas exigências formais que se mostrem exageradas e destituídas de objetivo primordial para se atingir os fins da licitação.(...) Em suma, se a desconformidade de uma proposta com o instrumento convocatório for por questão formal, de pequena importância e superável por outras formas de avaliação, parece-nos que seria de rigor extremado privar a Administração de uma proposta que melhor satisfaça seus interesses. Não obstante, deve a comissão julgadora valer-se de grande cautela ao dar aplicação prática a essa questão. É preciso uma enorme dose de bom senso para que se apure, caso a caso, o que pode ser relevado e aquilo que constitui verdadeira infringência às regras do certame.” RAMOS, Dora Maria de Oliveira. “Desclassificação: falhas de pequena proporção. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.. pp. 163-164

contratação da administração pública são demorados e caros, e o administrador quer se assegurar que não será necessário achar outro contratante por conta do fracasso do primeiro. É, contudo, necessário que haja meios eficazes de combate a tais práticas restritivas.

O ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza muitos meios jurídicos para tanto. E a primeira linha de defesa pode ser encontrada na própria administração que realiza a licitação. O licitante, bem como qualquer interessado, tem espaço para manifestar inconformismo em face da decisão do próprio ente que realiza o certame¹⁴⁶. E a administração terá que ouvir o reclamante e assegurar-lhe todo o espaço necessário para que sua posição seja devidamente vocalizada e compreendida. Deve fazê-lo mesmo que entenda incorreto o seu pedido e acabe por não reconsiderar sua decisão.

É possível também a reforma da decisão por meios externos à administração. Há uma série de autoridades competentes para a análise de possíveis lesões ao patrimônio público; neste âmbito, destaque especial é feito aos Ministérios Públicos e aos Tribunais de Contas. Trata-se de entes cuja atuação pode ser impulsionada pela indevida inabilitação de licitante idôneo.

Ainda como meio externo de controle, resta o acesso ao judiciário. Há diversos instrumentos de acesso que podem ser empregados para reforma de decisões de habilitação: ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, etc. A princípio, esses meios parecem ser comparativamente idôneos para o afastamento de exigências indevidas de habilitação. A escolha do meio adequado provavelmente dependerá mais da legitimidade para a ação do interessado, ou seja, da posse de condição para o ajuizamento de certa ação específica¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Esse espaço é garantido de diversas formas: pedidos de esclarecimentos à comissão; impugnação ao edital; recurso contra a habilitação; recurso contra a aceitação da proposta; exercício direto de direito de petição. Sobre o ponto, leia-se SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. Interesse Público, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 61-78, jan./fev. 2006.. PP. 73-76

¹⁴⁷ Neste âmbito, discute-se a respeito da legitimidade para a ação de interessados que tenham sido lesados por exigências editalícias indevidas: “Em decorrência das peculiaridades da concorrência pública – destinar-se a todos os possíveis interessados em contratar com o Poder Público –, deve-se entender por **interessado** todo o particular que **explora o objeto licitado**. O interesse referido se constitui em direito merecedor de **tutela jurisdicional**, uma vez que todos têm direito em contratar com o Estado, desde que cumpridas determinadas exigências legais. Desta forma, se o Estado lança concorrência pública para aquisição de determinado objeto, e o interessado no certame – aquele que fabrica ou comercializa o objeto licitado – entende que o edital está direcionado a fornecedor certo, apontando vícios de ilegalidade insanáveis, pode desde logo buscar a anulação do certame pela via do mandado de

Finalmente, há diversas sanções que podem ser impostas ao administrador em razão da à restrição indevida da participação de agentes. Neste âmbito, podem-se citar constrangimentos como processos disciplinares, ações de improbidade e até mesmo persecução criminal¹⁴⁸. A perspectiva de imposição de sanções pode servir como poderoso estímulo à parcimônia no estabelecimento de requisitos de habilitação.

7 Síntese e considerações finais

O capítulo foi iniciado com uma discussão sobre a função da habilitação. Apontou-se a identificação de características pessoais do licitante como meio indireto para a obtenção de informações sobre o risco de inexecução de propostas. Opinou-se pelo papel restrito de tal procedimento: busca-se apenas minimizar o risco percebido pela administração, e, não, garantir excelência do licitante.

O tópico seguinte tratou da pertinência da habilitação em modalidades diversas de licitação. Apresentaram-se peculiaridades específicas que conformam, em cada procedimento licitatório distinto, a aferição das condições subjetivas do licitante. Argumentou-se pela pertinência da habilitação e da discussão aqui empreendida a todas as modalidades de aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Em seguida, foram estudados critérios específicos de habilitação. Foi apresentada a problemática associada à aferição da viabilidade econômica do licitante, tendo sido apontados alguns mecanismos comumente empregados para tal fim: exigência de amostras, índices de endividamento ou liquidez, etc. Discutiu-se a maior dificuldade encontrada ao se sondar a capacidade técnica do licitante. Foram abordados alguns meios empregados para tanto, entre os

segurança. Não se pode negar que o particular tem interesse em ver anulado o edital viciado.” CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O mandado de segurança e a impugnação de concorrência pública por não licitante: uma análise acerca da legitimidade e do interesse de agir. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 111, p. 415-424, maio 2003.. PP. 422-423

¹⁴⁸ Cogita-se de possível ocorrência de crimes como os previstos nos arts. 90 e 95 da Lei nº 8.666/93.

quais a apresentação de atestados, a qualificação do corpo técnico da empresa e a posse de equipamentos e materiais. Finalmente, discutiu-se a imposição de requisitos de habilitação não vinculados à redução do risco de não cumprimento do contrato, tendo-se concluído pela inadequação de tal expediente.

Foi abordada, então, a problemática do excesso na aplicação dos critérios de viabilidade econômica ou técnica. Propugnou-se pela impossibilidade de se exigirem condições mais gravosas que aquelas admitidas pela lei. Argumentou-se pela dificuldade de identificação do excesso no caso concreto, e pela relativa parcimônia de literatura especializada que cristalizasse experiências da administração com situações reais.

Finalmente, foram apresentados meios de combate ao excesso de exigências de habilitação. Argumentou-se pela existência de amplos meios de revisão de decisões inadequadas. Estes meios estão disponíveis tanto na intimidade do ente administrativo licitante como em entidades de controle externo. Argumentou-se também que sanções contra o administrador que imponha barreira indevida ao acesso à licitação desestimulam práticas potencialmente prejudiciais à administração.

O texto não teve a pretensão de apresentar respostas prontas e acabadas ao tema. Buscou-se, pelo contrário, apenas explicitar o dilema entre contenção do risco na contratação e maximização do acesso aos concorrentes. Tal problemática, enfatize-se mais uma vez, deve ser encarada a partir dos dois fundamentos básicos da concorrência na licitação para o direito administrativo: obtenção da melhor proposta e preservação da isonomia entre licitantes.

CAPÍTULO IV –

HABILITAÇÃO COMO BARREIRA INSTITUCIONAL: A PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE

1 Introdução

No capítulo anterior, discutiu-se a criação de barreiras institucionais à entrada em licitações a partir da lógica do direito administrativo. Foram apresentados diversos expedientes empregados para aferição da idoneidade de um licitante, debatendo-se acerca de sua eficácia e legitimidade para os fins propostos. O enfoque fundamental envolveu a aferição da compatibilidade de exigências de habilitação com imperativos de proteção do patrimônio público e manutenção de isonomia no trato com o particular.

Este capítulo avança a análise para discutir aquelas mesmas barreiras a partir da perspectiva do direito antitruste. Será discutido como o sistema jurídico nacional encara a prática de criação de barreiras à entrada e serão indicados quais são os critérios para sua repressão pelo Estado. Cabe lembrar que o parâmetro subjacente à análise, como já indicado anteriormente, é a noção de eficiência alocativa.

O capítulo inicia-se com uma caracterização inicial da prática aqui mencionada. É proposta uma inserção de seu conteúdo no rol de práticas ilícitas previstas na Lei nº 8.884/94. São indicadas duas modalidades da conduta consideradas mais relevantes à prática cotidiana.

Em seguida, passa-se a discutir os critérios para caracterização da ilicitude da prática. É apresentada a escolha legislativa pela aferição de efeitos anticompetitivos como principal elemento formativo do ilícito concorrencial. São mencionados alguns possíveis atenuantes à regra geral de punibilidade por potencialidade de efeitos. É sugerida uma

perspectiva que, ao mesmo tempo que assegure alguma segurança ao agente público responsável pelo desenho da licitação, afaste o incentivo à inserção de exigências indevidas na fase de habilitação.

Finalmente, aborda-se a possibilidade de incidência de normas de defesa da concorrência no âmbito de procedimentos administrativos de licitação. Aborda-se a problemática de invasão de competências pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Apresenta-se uma proposta de aplicação da lei que preserve a autonomia de outros entes administrativos ao mesmo tempo em que faça valer os imperativos da legislação antitruste.

2 A imposição de barreira à entrada como conduta anticompetitiva

A atividade empresarial é fluida e não há limites para a criatividade do empreendedor dedicado. A desvantagem associada a tal circunstância é que também não há limite para a criatividade do agente disposto a praticar infração contra a ordem econômica. De fato, condutas anticompetitivas podem tomar as mais diversas formas, o que dificulta sobremaneira a atuação das autoridades de defesa da concorrência.

Tendo essa situação em conta, a Lei nº 8.884/94 estabelece um rol apenas exemplificativo de condutas ilícitas. O art. 21 da referida lei¹⁴⁹ é explícito ao estabelecer que as hipóteses nele indicadas não excluem outras possíveis práticas. A existência de uma lista aberta de possíveis infrações causa alguma perplexidade ao jurista brasileiro, acostumado a tipificações estritas de condutas ilícitas. Mas é uma característica essencial em um ambiente de práticas tão fluidas como o da defesa da concorrência¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (grifo nosso)

¹⁵⁰ Sobre o ponto, Leopoldino tece as seguintes considerações: “Em primeiro lugar, a enumeração contida no artigo é **exemplificativa**, e não taxativa, como se deduz da expressão ‘*além de outras*’. O dispositivo legal traz à baila a noção de **restrições de mercado** (*restraints of trade*), e a pergunta sobre a sua essência. Que tipos de restrições de mercado caem dentro do conceito fixado pelo legislador? Assinala Patrick Selim ATIYAH que o princípio geral do *common law* tinha sido durante longo tempo o de que os acordos restritivos eram nulos a menos que fossem

A lista do art. 21, contudo, é bastante extensa. Abarca as infrações mais comuns contra a concorrência (*e.g.* cartel e venda casada), e permite algum espaço de escolha do administrador no momento de identificação do suporte legal aplicável a uma hipótese concreta.

O estabelecimento indevido de barreiras à entrada em licitações pode ser enquadrado em diversos dos incisos do art. 21. É possível propugnar a pertinência do inciso II¹⁵¹, uma vez que a restrição dos concorrentes habilitados pode facilitar a colusão entre esses agentes. A mesma idéia pode sustentar a aplicação do inciso VIII¹⁵², que versa sobre a concorrência pública de forma mais específica. Pode-se alegar incidência do inciso V¹⁵³, uma vez que certos setores econômicos dedicam-se exclusivamente a atender o Estado e não poderiam se sustentar no caso de exclusão de licitações. Dependendo da conformação específica da prática, ainda outros incisos podem ser aludidos como pertinentes à espécie.

Neste texto, contudo, pretende-se dar ênfase ao inciso IV, cuja redação é “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”. O foco principal deste trabalho é a identificação da legitimidade de limitações ao acesso a licitações. Assim, o inciso IV parece constituir o melhor foco possível para a análise que se pretende realizar.

A grande dificuldade associada à aplicação deste inciso é a identificação do suporte fático específico ao qual a norma se aplica. A sua redação indica um efeito, qual seja a limitação ou o impedimento ao acesso. Mas não se especifica em quais circunstâncias este efeito é efetivamente ilícito nem quais tipos de ações implicam a sua criação indevida. Trata-se de dois pontos de importância fulcral ao tema.

razoáveis no interesse do público e das partes, o que seria definido e decidido pelos tribunais.” LEOPOLDINO, João Bosco. Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.. P. 160. (grifos no original) E continua o autor: “O que temos no art. 21 é simplesmente uma exemplificação de **descrição de condutas**. Da correlação entre os incisos e o *caput* é que decorre o **efeito normativo**. Enquanto os incisos utilizam uma **linguagem descritiva**, o *caput* do artigo se vale de uma **linguagem prescritiva constitutiva**, ou seja, no *caput* o legislador dá efeito normativo às descrições contidas nos incisos.” *Idem*, p. 161

¹⁵¹ II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

¹⁵² VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa

¹⁵³ V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

A lógica associada ao primeiro ponto é evidente. Quando algumas empresas acertam um boicote de fornecimento a uma outra empresa, há evidente limitação ao acesso desta última ao mercado. Contudo, quando aquelas mesmas empresas competem vigorosamente no mercado, também há limitação ao acesso de novas empresas – isso porque é muito mais difícil se estabelecer em um mercado concorrido do que em um mercado estático e com poucos concorrentes. Em ambos os casos, o efeito previsto no inciso IV ocorreu: efetivamente foi limitado o acesso de novos agentes. Contudo, parece evidente que a primeira hipótese seria muito mais propensa a receber condenação por parte de autoridades de defesa da concorrência do que a segunda¹⁵⁴.

Em tais casos extremos, é relativamente fácil operar a distinção entre prática ilícita e funcionamento adequado do mercado. O problema é realmente ampliado quando se observa as situações ambíguas da vida concreta. O novo formato patenteado de carregador de uma fabricante de telefones é uma inovação eficiente ao mercado ou uma limitação indevida a fabricantes concorrentes de carregadores para aqueles telefones? As regras de segurança impostas por uma autoridade certificadora são benéficas ao consumidor ou apenas diminuem o número de agentes econômicos capazes de oferecer o serviço?

A problemática é particularmente acentuada no caso de licitações. Uma exigência mais ampla de liquidez financeira pode dar maior garantia à administração de que o contrato seja cumprido. Por outro lado, pode excluir do certame licitatório diversas empresas que poderiam ter prestado o serviço requerido a um custo significativamente menor para a administração. Há algum nível em que exigências de habilitação podem ser consideradas excessivas ao ponto de constituírem uma infração contra a ordem econômica. A dificuldade está em identificar esse nível. O tema será melhor discutido no tópico seguinte.

¹⁵⁴ A princípio, o §1º do art. 20 parece resolver o dilema, atribuindo legitimidade à conquista de mercado “resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” e asseverando que tal circunstância não caracteriza o efeito ilícito previsto no inciso II deste artigo. Ocorre que a distinção entre a competição vigorosa e a restrição ilícita à concorrência muitas vezes não é precisa, como discutido a seguir no texto.

Foi mencionado ainda outro ponto pertinente ao inciso IV. Trata-se da indefinição da conduta concreta que sustentaria a aplicação da norma. Ocorre, porém, que, até mesmo no âmbito de um inciso específico do art. 21, há um espaço enorme de atuação ilícita para o agente econômico. De fato, não parece razoável e nem mesmo possível que se especifiquem todas as diversas formas que empresas podem adotar para constranger o acesso de novos concorrentes ao mercado.

Para que esta dissertação possa prosseguir com um foco um pouco mais preciso, serão identificadas duas práticas específicas que podem ser associadas ao inciso IV. Elas serão melhor apresentadas abaixo, sob as titulações de (1) inserção estratégica de exigência editalícia e (2) manipulação de condições de habilitação. É importante notar que essas duas práticas não exauram todas as possíveis modalidades de limitação à concorrência no âmbito de licitações. São apenas as alternativas consideradas mais pertinentes ao estudo que ora se realiza.

2.1 Inserção estratégica de exigência editalícia

A prática envolve a inclusão, no edital de uma licitação, de exigência de habilitação destinada a constranger o acesso de empresas interessadas ao certame¹⁵⁵.

Para exemplificar essa conduta, imagine-se uma licitação para a aquisição de veículos. Há diversas marcas e ofertantes disponíveis. O administrador, contudo, insere uma exigência no edital no sentido de que serão habilitadas apenas as ofertantes que já tenham histórico de contratação com a administração pública. Diversas empresas que acabaram de aportar no país vêm-se, assim, impossibilitadas de ingressar na licitação.

A referida exigência poderia ser substituída por diversas outras de efeitos similares: elevados índices de saúde financeira, atestados incomuns de qualidade por entes

¹⁵⁵ Uma conduta análoga seria a aplicação de rigor excessivo na interpretação de exigência de edital. A diferença fundamental entre as duas modalidades envolve o adiamento do momento em que o constrangimento ao acesso seria percebido. A lógica de restrição, contudo, segue a mesma.

nacionais, etc. O ponto fundamental é o mesmo: exige-se, para a participação na licitação, a observância de uma condição não essencial para a verificação de um mínimo de idoneidade por parte do licitante. E, com isso, restringe-se a concorrência como fator regulador de alocação de recursos para aquela aquisição governamental.

Para ser concretizada, a conduta demanda necessariamente a participação de um agente do Estado. Isso porque, em algum momento, será necessária a manifestação de vontade da administração para que a exigência seja efetivamente incluída no edital que rege a licitação. Assim, embora seja possível (e provável) a participação de empresas na prática por meio de influência e pressão sobre os agentes públicos, será necessário pelo menos um indivíduo com acesso à máquina administrativa e capaz de moldar a confecção do ato administrativo de elaboração do edital.

Tal conduta não necessariamente envolve corrupção por parte do agente público. É possível que ele acredite que um certame mais aberto implique grande risco de prejuízo ao Estado, ao potencializar a contratação de licitantes pouco confiáveis. Ainda assim, sua conduta gera restrição indevida à concorrência que deve ser reprimida pelo aparato estatal.

Da mesma forma, a conduta não implica necessariamente corrupção por parte dos agentes privados envolvidos. A princípio, tais agentes efetivamente detêm legitimidade para contatar a administração e propor suas visões quanto ao melhor desenho possível para a licitação. Contudo, caso sua influência induza efeitos anticompetitivos sobre o mercado, haverá ato ilícito que merecerá ser reprimido.

2.2 Manipulação de condições de habilitação

A segunda modalidade citada aqui envolve a imposição de dificuldades ao atendimento de exigência editalícia. Trata-se, essencialmente, de constranger o processo de

obtenção de condições formais de habilitação, de modo a impossibilitar ou restringir o acesso de um licitante ao certame.

Como exemplo desta conduta, imagine-se uma licitação para a contratação de serviços de engenharia. Há uma exigência editalícia no sentido de que só será habilitado o licitante que apresentar certa certidão do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA). Neste contexto, os administradores de algumas sociedades intervêm junto ao CREA e conseguem efetivamente atrasar a emissão de tal certidão para certas empresas. Estas empresas não conseguem apresentar a documentação exigida em tempo hábil, e acabam não sendo habilitadas para participação na licitação.

Várias outras exigências de habilitação podem ser manipuladas neste sentido. Atestados de realização de obras similares poderiam ser manipulados por meio de pressão sobre o ente que poderia afirmar a existência de outras obras. Intervenções fraudulentas por entes estatais podem constranger a capacidade do licitante de demonstrar respeito a normas de proteção em face do trabalho infantil.

Normalmente, a conduta ocorrerá por meio da atuação restritiva de um ente certificador. Essa atuação pode ser realizada em razão de influência externa ou por iniciativa própria do ente. Suponha que um ente, consciente da necessidade de certificação da empresa, exija a obtenção de uma determinada vantagem, não relacionada ao objeto da certificação, como condição para a sua manifestação no sentido da idoneidade da empresa. É evidente o potencial anticompetitivo de tal prática, uma vez que efetivamente constrange a possibilidade de um agente idôneo participar de um procedimento licitatório¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Aqui é possível levantar-se outro ponto de relevo – o ente certificador tem a obrigação de emitir atestado sobre a qualificação de uma determinada empresa? A resposta a tal questão parece depender, essencialmente, de dois balizamentos: 1) a empresa que solicita o atestado está disposta a arcar com os custos de sua emissão (incluindo algum lucro sobre o “serviço de certificação” prestado)? 2) a emissão daquele certificado é uma condição inafastável para que uma empresa logre habilitação, ou apenas uma forma mais conveniente para tanto? Caso a resposta a estas duas perguntas seja positiva, parece efetivamente haver uma recusa ilícita, tendente à criação de efeito anticompetitivo e potencialmente punível pelo direito de defesa da concorrência.

Mas há outros meios de efetivação do mesmo resultado. Suponha-se que uma empresa deva demonstrar possuir um determinado conjunto de profissionais para obtenção de um dado certificado de idoneidade. Pouco antes de a empresa apresentar seu quadro de profissionais à entidade certificadora, uma concorrente contrata um dos funcionários daquela empresa, com o intuito específico de afastar a possibilidade de obtenção de certificação. Desta forma, há a criação de um obstáculo à obtenção da certificação em si, ainda que não haja influência direta sobre o ente certificador.

Não causa surpresa a sugestão de ilicitude em tais condutas. O que deve ser asseverado, porém, é que a ilegalidade está associada ao efeito negativo sobre a concorrência, ocorrido ou pretendido pelas práticas citadas. O ponto é melhor explicitado no tópico que se segue.

3 Requisitos para caracterização da conduta no âmbito de licitações

O art. 20 da Lei nº 8.884/94 estabelece critérios para que uma determinada prática possa ser caracterizada como uma infração à ordem econômica. Eis o teor do artigo:

Art. 20. Constituem infrações da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Tem-se, da redação do citado artigo, que o critério fundamental para a identificação de uma prática como anticompetitiva é a potencialidade de efeito anticoncorrencial. Neste sentido, a imposição de barreiras institucionais à entrada seria ilícita sempre que fosse

vislumbrada possível limitação à livre concorrência ou à livre iniciativa¹⁵⁷. Para tal caracterização, não importariam os motivos dos agentes realizadores da prática, a forma de atuação desses agentes e nem mesmo a efetiva obtenção dos efeitos pretendidos. Percebida a potencialidade do efeito citado no inciso I do art. 20, já estaria configurada a conduta ilícita contra a concorrência^{158 159}.

Esta caracterização é bastante rígida e corre o risco de ser excessiva. Por este motivo, diversos atenuantes foram propostos na literatura. As próximas linhas abordam algumas dessas possibilidades¹⁶⁰.

¹⁵⁷ É importante notar que a criação de barreiras indevidas à entrada não é o único efeito negativo concebível em razão de uma distorção de condições de habilitação. Neste sentido: “Em síntese, identificam-se na referida cláusula restritiva das licitações *diferentes aspectos* pelos quais ela traz *prejuízos à livre iniciativa e à livre concorrência*, que podem ser assim resumidos: (a) limitação à livre concorrência, seja pela criação de *barreiras à entrada* artificiais nos segmentos do mercado relevante constituído pelas licitações, seja pelas *dificuldades* que ela cria ao *funcionamento* de grande número das empresas de serviços de engenharia de menor porte, que por sua vez implica prejuízo à livre iniciativa; (b) *criação de condições estruturais mais favoráveis à cartelização* ou ao conluio entre empresas, quer pela *redução substancial do número de concorrentes* e a elevação do seu porte mínimo, quer pela implícita *sinalização prévia* de *quais* seriam os poucos concorrentes a preencher os requisitos fixados.” SCHUARTZ, Luis Fernando e POSSAS, Mário Luiz. *Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 33-66, 1998. p. 56

¹⁵⁸ “Tais efeitos devem ser vistos numa correlação lógica com os atos que são analisados. Comprovados os atos, deve-se indagar se, suposta a sua conclusão, poderiam eles alcançar qualquer dos efeitos previstos. Basta que sua concretização seja vista como potencialmente causadora de dano ao mercado, independentemente da investigação da intenção do agente.” LEOPOLDINO, op. cit., p. 149

¹⁵⁹ “Os dispositivos são perfeitamente compatíveis e até complementares. Basta notar que a lei brasileira não impõe a produção concreta dos efeitos para caracterizar a ilicitude. Basta a potencialidade de sua ocorrência. Além disso, os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção (objetivo) de eliminar os concorrentes do mercado. Essa alternância de critérios da lei tampouco significa que essa quis alargar a abrangência do controle das condutas. Não significa – e nem poderia significar – que o legislador quis utilizar dois critérios diferenciáveis no tempo: um a ser pesquisado quando da realização do ato (intenção), e outro depois (efeito). Isso tornaria, em princípio, a aplicação das regras sobre conduta eterna e incerta. Ademais, isso tornaria a lei incompatível com a Constituição, que, claramente, optou por considerar ilícito aquele ato intencional que visa a um objetivo predeterminado e anticoncorrencial. Assim, a lei só pode ser interpretada no sentido de que, no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. PP. 95-96

¹⁶⁰ Muitos autores enfatizam a necessidade de observância de razoabilidade na análise concorrencial: “Sendo assim, no processo investigatório se há de considerar, como ponto de partida, que as condutas indiciárias elencadas exemplificativamente no artigo 21, citado, só serão reprimíveis, se configurado o abuso, devendo, portanto, ser examinadas em um determinado contexto econômico, segundo princípios de razoabilidade” (CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Apuração de práticas restritivas à concorrência*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 16-43, nov. 1994. P. 27). Outros autores asseveram a necessidade de aplicação da regra da razão: “Desde a publicação do estudo do Prof. Shieber, a doutrina brasileira vem defendendo a aplicação da *regra da razão* na interpretação das normas da disciplina *antitruste* no Brasil. O artifício vem sendo utilizado para negar a existência, entre nós, de práticas ilícitas *per se*, cuja admissão, principalmente no campo penal, violaria nossa consciência jurídica, já que representaria o reconhecimento da possibilidade de haver responsabilidade penal objetiva. Segundo o Prof. Shieber, perante o Direito brasileiro, não haveria práticas ilícitas *per se*, sendo sempre possível recorrer-se à regra da razão, a fim de justificar determinadas práticas restritivas, por seus bons efeitos econômicos” (BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 190 p pp.

A primeira possível atenuante diz respeito à necessidade de caracterização de intenção. O art. 20 afirma que serão infrações os atos que “tenham por objeto ou possam produzir” os efeitos citados. Tal redação parece afastar a necessidade de motivação específica do agente, uma vez que “ter por objeto” é uma condição meramente alternativa para a caracterização da conduta. É possível, porém, que se argumente que é essencial a demonstração da intenção do agente¹⁶¹. Um possível fundamento para tanto é que a repressão antitruste deve desestimular práticas contrárias à concorrência. Se o agente sequer compreende o potencial negativo de sua prática, o estímulo *ex post* seria inócuo para a promoção do valor de competição livre no mercado. Além disso, a desconsideração de intenção ofenderia certas noções abstratas de associação entre escolha consciente e responsabilidade do indivíduo.

Tal atenuante, contudo, não parece ser adequada. Embora seja razoavelmente comum que se percebam os prejuízos a empresas que a inabilitação pode ocasionar, poucos agentes econômicos percebem suas condutas como potencializadoras de risco à concorrência em si. Tal circunstância pode estar associada à falta de cultura de concorrência no país – a relevância da competição para o funcionamento das estruturas de mercado é comumente ignorada por agentes econômicos e até mesmo autoridades públicas¹⁶². O fato, porém, é que em diversas

156-157). Entende-se aqui que a menção a “razoabilidade” ou a “regra da razão” apenas introduz a necessidade de maior especificação concreta de quais são os elementos pertinentes a uma certa análise antitruste. Especificamente no que se refere a regra da razão, entende-se tratar-se de artifício voltado a (1) discriminação de fatos e alegações relevantes, (2) definição de método de análise e (3) fixação do grau de extensão e profundidade da análise (caracterização extraída de SCHUARTZ, Luis Fernando. *Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes*. In: POSSAS, Mário Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 113). Para os fins desta dissertação, entende-se desnecessário o emprego destas expressões, uma vez que não agregam, em si, qualquer valor aos pontos que se pretende abordar a seguir.

¹⁶¹ Neste sentido: “Ora, tratando-se do caso específico da Lei Antitruste, indubitavelmente o dolo constitui elemento intrínseco do tipo. Cuida-se, inclusive, de um tipo anormal, por conter um elemento subjetivo próprio, caracterizado pelo emprego, no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal da expressão 'que vise' no contexto de 'o abuso do poder econômico *que vise* à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros'. Portanto, é indispensável ao reconhecimento de abuso do poder econômico não só a tipicidade fática como também a existência comprovada do *dolo* e, mais particularmente, de *dolo específico*, por conterem os tipos da legislação antitruste, em sua descrição, um elemento subjetivo do injusto.” FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 38

¹⁶² Neste ponto, cabe destacar que a construção de uma cultura de concorrência é essencial para a consolidação de uma política bem-sucedida de defesa da concorrência. É o entendimento da OCDE: “Muitos mercados em economias em desenvolvimento ou em transição inicialmente tendem a ser altamente concentrados e, às vezes, dominado por uma única ou algumas empresas que adotam práticas comerciais anticompetitivas ou lobby com o governo por favores especiais. O objetivo da promoção da cultura da concorrência é implementar condições que

ocasiões os agentes perpetradores da prática sequer compreenderão os efeitos negativos que suas condutas ocasionam sobre o mercado.

Ocorre que, mesmo na ignorância dos perpetradores, os efeitos são potencializados. Caso se exija a verificação de consciência da ilicitude da prática, o aparato de defesa da concorrência corre o grande risco de se tornar inútil. Impor a necessidade de caracterização de intenção, assim, é um passo frente à completa inviabilização do sistema. Se as políticas públicas antitruste pretendem ter algum sucesso em sua face repressiva, é imprescindível que sua movimentação possa ser provocada pelo simples dano à concorrência em si. Ou seja, é essencial que a possibilidade de efeito anticompetitivo seja fator de preocupação na tomada de decisão do particular, que não se esquivará da ação estatal por alegações de que não pretendia ocasionar o efeito gerado¹⁶³.

É importante ressaltar que a intenção não é irrelevante para o direito antitruste. A redação do art. 20 parece autorizar a persecução baseada apenas no fato de que o agente “tenha por objeto” a obtenção de efeito anticoncorrencial¹⁶⁴. É possível argumentar até mesmo que a

conduzirão a uma estrutura de mercado mais competitiva sem a intervenção direta da autoridade concorrencial. A alternativa menos favorável é a de que a autoridade concorrencial exerça a supervisão contínua e minuciosa das empresas dominantes segundo as leis concorrenciais. Essa alternativa requer um uso mais intensivo de recursos, alcançando um resultado menos satisfatório. Ela representa um retorno à ampla intromissão do governo no mercado, reminiscências de sistemas deixadas pelos governos em economias emergentes. (...) Há também um papel para a promoção da cultura da concorrência na arena pública, mais ampla. O estabelecimento bem-sucedido da economia de mercado requer a existência de uma cultura da concorrência dentro de um país. Tanto consumidores quanto a comunidade empresarial devem ter conhecimento das políticas concorrenciais e uma compreensão de como elas irão beneficiá-los. A agência concorrencial tem um papel importante nesse processo de educação.” (KHEMANI, R. Shyam. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2003. PP. 204-205) Neste sentido é importante enfatizar a relevância de persecução de práticas anticompetitivas no âmbito de licitações, como forma de promover a cultura concorrencial neste relevante setor de políticas públicas nacionais.

¹⁶³ Trata-se de posição aparentemente contrária à de Shieber, para quem a prova de finalidade da conduta não perturbava a administração antitruste: “uma interpretação da lei antitruste que exija prova dos fins de conduta apontada como abuso do poder econômico não atrapalhará a administração da lei, nem impedirá a realização de seus objetivos. Não é de se esperar que os praticantes de abusos do poder econômico admitam que seus atos tenham por fim domínio dos mercados nacionais ou eliminação da concorrência”. SHIEBER, Benjamin. *Abusos do Poder Econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 36 É de notar, porém, que o mesmo autor, algumas linhas à frente, ameniza o nível de prova necessário à demonstração de intenção, asseverando ser desnecessária a prova da consciência da antijuridicidade: “A lei antitruste não trata de atos anti-morais, como está dito a respeito de crimes, cuja antijuridicidade é reconhecida por cada membro consciente da comunidade. (...) Sem esta presunção, um requisito de prova de conhecimento da antijuridicidade de atos que são apontados como abusos do poder econômico resulta num esconderijo aos praticantes de tais atos e em negar à comunidade muitas das vantagens que ela espera da lei antitruste”. *Idem*, PP. 37-38

¹⁶⁴ Sobre o ponto, ver Salomão Filho, nota 159 supra.

intenção é um critério alternativo à potencialidade de efeitos, independente de qualquer demonstração de prejuízo possível ou concreto à concorrência. Embora não se pretenda seguir aqui essa linha de raciocínio, a noção de independência entre “intenção” e “efeito” é adequada aos propósitos deste texto. A partir desta perspectiva, reforça-se a idéia de que a demonstração da vontade do agente é desnecessária para a caracterização da conduta¹⁶⁵.

Um outro fator que poderia amenizar a interpretação rígida do art. 20 envolve a noção de nexo de causalidade e a existência de condições estruturais para a potencialização de efeitos anticompetitivos. A idéia é que só haverá risco de efeitos negativos relevantes sobre o mercado se o agente perpetrador estiver em uma posição de vantagem que lhe permita realizar tais efeitos.

Essa abordagem não nega o efeito anticompetitivo como o critério fundamental para a caracterização da ilicitude de uma prática. O que ela pretende é qualificar as condições necessárias para a percepção de tais efeitos. Mercados envolvem a tomada de decisões por muitos agentes, e a imposição de influência sobre tal estrutura depende de alguns fatores possibilitadores da prática. Um pequeno empresário não tem a capacidade de gerar efeitos negativos sobre um mercado mundial de *commodities*, de modo que qualquer tentativa neste sentido será simplesmente inócua. Por outro lado, parece bastante plausível que uma rede de supermercados que controle a maioria dos pontos de venda em uma cidade pequena possua capacidade de afetar sensivelmente a concorrência nesse mercado. Na mesma linha, um acordo entre dois pequenos lojistas não ocasionará efeitos significativos se eles estiverem inseridos em

¹⁶⁵ Sobre o ponto, enfatizando a impertinência da intenção na caracterização de condutas antitruste-, tem-se a seguinte citação de Gico Junior: “Em termos práticos, o estabelecimento de um sistema de responsabilização subjetiva no âmbito do Direito Concorrencial, paralelo a um sistema de responsabilização objetiva, acaba por descaracterizar o primeiro. Em havendo a possibilidade de aplicação de sanção jurídica a um mesmo ato, com ou sem a presença do elemento ético (dolo), este acaba por perder seu valor, eliminando-se no plano teórico a justificação legitimadora para a existência de um sistema subjetivista. Se o bem jurídico é ameaçado independentemente das conotações éticas da conduta (dolo), não há por que se considerar tal elemento como relevante ou integrante do tipo. (...) No entanto, dentro do contexto de conformação do ordenamento econômico e combate às condutas desviantes, não parece ser adequada a inclusão de questões puramente éticas desprovidas de caráter material.” GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel – teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007. PP. 144-145

uma grande feira municipal, embora possa apresentar esse potencial caso os lojistas sejam os únicos vendedores da cidade. O que se deve sondar aqui é (1) se os agentes possuem a capacidade de ocasionar efeitos anticompetitivos caso tenham essa intenção ou (2) se eventual prática é capaz de afetar negativamente um determinado mercado.

A primeira variação da abordagem é normalmente vinculada à verificação de poder de mercado. O entendimento é que apenas empresas dotadas de algum poder seriam capazes de ocasionar a criação de efeitos anticompetitivos.

Poder de mercado pode ser definido como a capacidade de aumentar lucros por meio da restrição da produção e da cobrança de um preço superior ao que seria cobrado pelo mesmo produto em um ambiente competitivo¹⁶⁶. Com a cobrança de um preço superior ao competitivo, a alocação dos recursos da sociedade é prejudicada, nos termos descritos no segundo capítulo desta dissertação. Embora seja bastante difícil aferir a posse de poder de mercado por uma empresa, diversos expedientes têm sido tentados. Mas o mecanismo mais empregado para tal aferição é, sem dúvida, a identificação da participação de mercado. Entende-se que, quanto maior a parcela de mercado controlada por um determinado agente econômico, maior é a sua capacidade de influenciar o setor¹⁶⁷.

Uma vez identificada a participação de mercado de um agente, outras considerações podem ser levadas em conta. Assim, a existência de barreiras significativas à entrada pode reforçar o poder detido por um agente, uma vez que eventual exercício de poder não seria constrangido por novos entrantes. Por outro lado, a existência de clientes com grande poder de barganha reduziria a capacidade de o agente impor unilateralmente preços mais

¹⁶⁶ “Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. P. 78

¹⁶⁷ O mecanismo ideal para a aferição de poder de mercado envolve a identificação da curva de custo marginal e da elasticidade de demanda enfrentados por uma firma. Mas é extremamente difícil obter tais dados, motivo pelo qual recorre-se ao critério de participação de mercado: “Marginal cost and firm elasticity of demand are extraordinarily difficult to measure. For most markets, they cannot realistically be measured in the courtroom. Courts rely instead on the fact that there is a positive correlation between market *share* and market power”. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 80

elevados. Diversos outros qualificadores podem ser citados¹⁶⁸. Mas a lógica subjacente é a mesma: só será capaz de influenciar negativamente o mercado (e, conseqüentemente, só poderá ser punido por ilícito anticoncorrencial) aquele agente que se encontre em uma posição de vantagem naquela estrutura econômica.

É evidente a inadequação de tal perspectiva ao presente caso. Para constranger o acesso a uma licitação, não é necessária a presença de uma empresa de porte ou dotada de alguma vantagem especial. No extremo, basta a existência de um servidor público que estabeleça exigência indevida em um edital. É importante asseverar que se está tratando aqui de manipulação das próprias regras do jogo – a barreira institucional constrange em absoluto a possibilidade de atuação no mercado. Ao contrário de outras práticas anticompetitivas, ela não depende de qualquer nível de poder de mercado para potencializar expressiva restrição à concorrência em um determinado setor.

Este ponto é essencial para a compreensão do argumento avançado ao longo dessa dissertação. Como descrito no primeiro capítulo deste trabalho, instituições são as restrições que moldam a interação humana. Instituições pertinentes a licitações estruturam e limitam as formas pelas quais os licitantes podem ofertar seus produtos e serviços ao Estado. Em um sentido estritamente descritivo, pode-se afirmar que as condições de habilitação constituem as barreiras institucionais fundamentais a especificar os termos de ingresso em uma licitação.

Ainda em um sentido puramente descritivo, qualquer condição de habilitação constitui uma barreira institucional à entrada. Avançando-se para uma qualificação jurídica dessa categoria, tem-se que a manipulação de requisitos de habilitação pode, eventualmente, configurar ato ilícito. E, para que tal manipulação seja empreendida, não se vislumbra a necessidade de poder de mercado.

¹⁶⁸ Como existência de rivais efetivos, capacidade ociosa, tendências de crescimento/contração do setor, etc.

Há, ainda, uma outra perspectiva que afasta a necessidade de demonstração empírica de poder de mercado. Como mencionado acima, comumente afere-se a existência de poder de mercado por meio da quantificação da parcela de mercado detida pela empresa. Ocorre que a prática ora discutida *distorce os próprios contornos do mercado considerado*. Caso a conduta não fosse perpetrada, o mercado relevante abrangeria um número maior de agentes e, conseqüentemente, ausência de poder de mercado. Caso bem-sucedida, a restrição ao acesso à licitação teria o efeito de conferir o referido poder por meio da redução do mercado. Assim, até seria possível considerar o poder de mercado como uma condição para a percepção de efeitos anticompetitivos; mas, uma vez que tal poder em si não afeta a realização da conduta, sua demonstração é desnecessária para fins de comprovação empírica da prática¹⁶⁹.

Essa argumentação pode ser rephraseada nos seguintes termos. O efeito anticompetitivo gerado pela restrição em habilitação é a distorção nos preços e quantidades decorrentes do exercício de poder de mercado. Esse poder só existe devido à restrição do número de agentes capazes de competir no mercado. Desta forma, a circunstância a ser demonstrada não é o poder em si, mas sim a restrição do acesso à licitação, que teve por efeito imediato a criação de poder de mercado e por efeito mediato a distorção na alocação de recursos.

Não se nega aqui que a existência de poder de mercado seja um fator relevante para a configuração de diversas práticas anticoncorrenciais. Ele será, de fato, condição de eficácia para diversas condutas contrárias à ordem econômica¹⁷⁰. Mas o ponto que se pretende enfatizar é que, pelas próprias características intrínsecas à imposição de barreiras à entrada no âmbito de habilitação em licitações, não se faz necessária a identificação de tal poder para a

¹⁶⁹ Esta argumentação tem por premissa implícita que uma prática que não ocasione o poder de afetar preços em patamar significativo não seria considerada ilícita. O ponto será abordado logo a seguir neste tópico.

¹⁷⁰ “Isso porque, como se verá, o poder de mercado, quando utilizado para qualificar condutas, é basicamente um critério de eficácia. Existem certos tipos de comportamentos que, realizados por agentes sem poder no mercado, não podem produzir qualquer efeito sobre os consumidores e o mercado em geral. Não podem, portanto, ser considerados ilícitos, tanto porque carecem de possibilidade de produzir efeitos como porque inexistente intenção.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 123

caracterização da prática. Trata-se de uma conduta cuja comprovação se caracteriza, em sua essência, pela inexistência de necessidade de demonstração de poder de mercado.

Uma segunda variação da lógica denexo de causalidade diz respeito a condições estruturais do mercado. Certas práticas, que normalmente seriam consideradas anticompetitivas, podem ser absolutamente inócuas em certas configurações mercadológicas. Aplicada à conduta descrita nessa dissertação, a lógica é de não haver prejuízo à concorrência quando, por exemplo, uma limitação procedida removesse apenas algumas empresas, restando número suficiente para assegurar a concorrência no mercado.

É importante enfatizar que o foco aqui é distinto daquele associado à discussão de poder de mercado. Ao se discutir a presença de poder de mercado (para o que também é relevante a caracterização de barreiras à entrada), o foco principal é a aferição da capacidade de um agente econômico influenciar um mercado. No presente momento, o que se discute é como um mercado em si é afetado por uma conduta já realizada. A distinção é especialmente importante para esta dissertação, na qual se aceita a noção de que possam ocorrer práticas anticompetitivas dissociadas de poder de mercado pré-existente.

A idéia é bastante pertinente. Se uma empresa de pequeno porte é excluída em uma licitação para aquisição de bens comuns, restando ainda dezenas de empresas habilitadas à oferta de tais produtos, realmente não parece haver prejuízo significativo a justificar atuação repressiva estatal. Por outro lado, é importante acentuar a lógica distorcida associada a tal permissivo: autoriza-se alguma liberdade para a restrição arbitrária à concorrência apenas porque a estrutura do mercado abafa o efeito prejudicial de tal prática. Apesar dessa ressalva, reconhece-se que o argumento parece estruturar uma “válvula de escape” bastante razoável, que sustenta a lógica geral do sistema ao mesmo tempo em que desconsidera casos de menor potencial ofensivo.

Essa observação leva a um último ponto, que merece maior atenção. Trata-se da qualificação do efeito anticompetitivo verificado. Uma política antitruste sensata deve reprimir apenas condutas que gerem um potencial anticompetitivo minimamente relevante. Não faria sentido despende recursos da administração sempre que algum efeito negativo pudesse ser abstratamente concebido.

O ponto é especialmente relevante para o tópico de habilitação em licitação. Há limitação à concorrência sempre que uma empresa é considerada inidônea e afastada do certame. Mas tal limitação não necessariamente é relevante do ponto de vista de defesa da concorrência. É necessário, então, identificar um critério que esclareça o momento em que uma negativa de acesso passa a merecer a atenção dos entes de repressão antitruste.

Tal critério deve levar em conta a própria lógica da habilitação. Ou seja, deve reconhecer a problemática de redução do risco inerente à contratação. Ao se julgar a pertinência de uma certa exigência, deve-se ter em mente o dilema enfrentado pelo administrador que optou por sua inserção no edital. Ao se analisarem as exigências impostas para a atribuição de certificação de uma empresa, deve-se cogitar dos riscos que aquela empresa apresenta à consecução de eventual contrato celebrado com a administração.

Propõe-se, então, que o critério básico para aferição da licitude da prática seja a inadequação da inabilitação do ponto de vista da restrição razoável do risco à administração. Em outras palavras, será ilícita a conduta que implique restrição ao acesso sem vir acompanhada de correspondente redução do risco de má contratação pela administração.

Trata-se, então, do mesmo critério proposto para a aferição da conduta no âmbito do direito administrativo. Essa circunstância gera algumas dificuldades, que serão discutidas a seguir.

A primeira dificuldade diz respeito a potencial *bis in idem* decorrente da aplicação dos mesmos critérios para a aferição de duas práticas ilícitas distintas. A idéia é que a punição

pelo ilícito administrativo precluiria nova sanção por eventual infração antitruste. Assim, eventuais condutas contrárias à administração não seriam sujeitas ao escrutínio concorrencial.

Trata-se, contudo, de problema apenas aparente. O fato é que tais condutas atingem bens jurídicos distintos: o patrimônio público e a devida alocação de recursos na sociedade. As sanções administrativa e antitruste estarão respectivamente associadas ao nível de dano a esses bens jurídicos, não havendo que se falar em cumulação ilícita de penalidades. O ponto será melhor explicitado no tópico seguinte.

A segunda dificuldade é de maior vulto. Como já constatado no capítulo anterior, não parece haver registro sólido sobre a adequação de certos expedientes de habilitação. Não foi possível, neste trabalho, encontrar diretrizes precisas que permitam a realização de juízos conclusivos sobre a legitimidade de uma exigência editalícia. Da mesma forma, não parece claro o ponto em que deixa de ser lícita a influência do particular sobre a administração ou sobre entes certificadores de idoneidade.

Lidar com incerteza e tentar resolver a situação concreta a partir dos fatos específicos do caso não é novidade para o operador de direito. De fato, é possível argumentar que boa parte do treinamento do jurista está direcionado a lidar com tais circunstâncias. Ocorre, contudo, que os agentes econômicos e estatais precisam de uma definição mais clara do que podem e do que não podem fazer no âmbito de uma licitação¹⁷¹.

Essa problemática é especialmente relevante para o agente público que promove a licitação. É essencial que o servidor seja capaz de atuar com segurança, sem temer possíveis sanções em razão de seu zelo quanto à idoneidade dos licitantes. O sistema de defesa da concorrência deve promover a eficiência do mercado, e não constranger seu funcionamento ao impor entraves à atuação do administrador.

¹⁷¹ Como já abordado no primeiro capítulo, está-se aqui a estruturar as instituições que determinarão os custos associados à tomada de escolha pelos agentes no mercado. Um desenho eficiente de tais instituições deve reduzir os custos de transação associados a tal mecanismo, de modo a otimizar a interação entre licitante e Estado e alocar os recursos sociais da forma mais eficiente possível.

Neste sentido, propugna-se por uma persecução gradual de práticas ilícitas no âmbito da habilitação. A princípio, podem ser condenadas as práticas extremas, aquelas condutas dotadas de tamanho nível de inadequação que sua condenação não apresentaria perplexidade ou insegurança nenhuma aos demais agentes atuantes em licitações. Aos poucos, à medida que manifestações estatais mais precisas sejam realizadas sobre expedientes específicos pertinentes à habilitação, é possível avançar no sentido de uma caracterização mais clara do que pode ser considerado excessivo no âmbito de uma licitação. Tais manifestações podem ser especialmente relevantes em casos em que mais de uma conduta ilícita seja apurada (suponha-se, por exemplo, que certas exigências de habilitação auxiliam a estabilidade de um cartel ao restringir o acesso de novas empresas ao setor). Nestas ocasiões, o contexto da conduta é mais claro e opiniões mais sólidas sobre o tema podem ser firmadas com maior segurança.

Esta proposta pode parecer insatisfatória, uma vez que relega a outros agentes e ao tempo a função de especificar o limite entre contenção legítima de risco e restrição indevida à concorrência. Contudo, considerando o estado atual da literatura e dos registros sobre adequação de práticas relacionadas à habilitação, não parece possível propor critérios mais precisos do que os aqui expostos. O dilema aqui presente envolve, por um lado, sugerir temerariamente critérios específicos, porém de adequação incerta, e, de outro lado, propor critério amplo, mas dependente de significativo esforço de aplicação por parte do operador do direito. Considerou-se a segunda opção a alternativa mais responsável e produtiva do ponto de vista de políticas de defesa da concorrência.

4 Licitações e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Há ainda uma última problemática a ser abordada. A questão é a seguinte: o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pode julgar (e, eventualmente, sancionar) agentes

públicos ou aferir a adequação de procedimentos licitatórios? Trata-se de questão que vai ao cerne de toda a política de defesa da concorrência no âmbito de licitações.

Sobre o ponto, a Lei nº 8.884/1994 parece oferecer uma primeira abordagem à questão:

Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

O artigo parece ser bastante incisivo quanto à possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas de direito público. Não parece haver dúvida, assim, quanto à admissibilidade jurídica da intervenção antitruste sobre organizações internas ao próprio Estado¹⁷².

Contudo, o ponto pode trazer alguma perplexidade quanto à extensão das competências do SBDC. Isso porque, a princípio, supõe-se inexistir diferenciação hierárquica entre uma autarquia e os demais entes da administração pública. Cada ente possuiria seu próprio rol de competências, não lhe cabendo intervir sobre atribuições de outros entes¹⁷³. Por outro lado, o gestor público tem a obrigação de seguir a lei, e qualquer conduta infrativa por parte de um agente público já caracterizaria, em si, um excesso das competências detidas pelo ente no qual se pretende intervir.

Entende-se que o teor do art. 15, a princípio, parece suficiente para sustentar eventual manifestação dos órgãos de defesa da concorrência sobre condutas anticoncorrenciais

¹⁷² Neste sentido: “Entretanto, verificada em tese a possível existência de uma infração contra a ordem econômica, punível pelo Poder Público, como fazer para colocar o próprio Poder Público sob a égide da lei ferida? De certa forma, o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, permite tal possibilidade ao arrolar pessoas jurídicas de direito público como sujeitas à aplicação da lei: (...) É evidente que a redação do artigo 15 demonstra que a lei tem por objetivo atingir também o Poder Público, uma vez que, além de mencionar expressamente as pessoas jurídicas de direito público, trata dos casos de monopólio legal”. GRINBERG, Mauro. O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 44-51, maio 1996. P. 46

¹⁷³ Neste sentido: “O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios”. COELHO, Fábio Ulhôa. “Direito antitruste brasileiro – comentários à lei n. 8.884/94”. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41

praticadas por agentes públicos. Contudo, é necessária maior especificação da forma de atuação autorizada por tal disposição legal. Neste sentido, citam-se duas abordagens principais.

A primeira abordagem ao problema envolve a possibilidade de revisão, pelo SBDC, de atos administrativos emanados de outros entes estatais. A idéia é que a administração tem o poder-dever de rever seus próprios atos, anulando-os quando manifesta a sua ilegalidade ou revogando-os quando cessada sua adequação. Uma perspectiva mais ampla da competência dos entes de defesa da concorrência poderia levar à conclusão de possibilidade de ingerência sobre atos realizados por outros entes quando afetada a competição no mercado. Os entes do SBDC, assim, teriam a legitimidade de intervir no âmbito de licitações públicas para aferir sua adequação a imperativos de concorrência.

Esta perspectiva tem variações mais ou menos agressivas. Há quem entenda que, no caso de insuficiência ou inadequação de uma medida administrativa, caberia ao ente de defesa da concorrência intervir com o intuito de corrigir a situação percebida¹⁷⁴. Outra sugestão é a de que, embora o CADE não possa impor multa a entes públicos, o art. 46 da Lei nº 8.884/94 autorizaria o Conselho a determinar, em face destes entes, medidas tendentes a cessar uma infração à ordem econômica¹⁷⁵. Qualquer que seja a variação adotada, o teor dessa abordagem é

¹⁷⁴ Essa lógica já pautou decisão do CADE: “Assim, o CADE, como órgão da Administração Pública, autarquia incumbida de reprimir e prevenir o abuso de poder econômico, tem competência para realizar controle de legalidade de atos e contratos administrativos. Nos contratos de concessão de serviços públicos, está o CADE incumbido de coadjuvar o órgão regulador, aliando a política de defesa da concorrência à política de regulação. (...) Adoto como razões de decidir os argumentos do parecer da Procuradoria do CADE, que afirma a competência desta Autarquia para análise das questões afetas ao contrato de concessão. Acrescento apenas que, em termos jurídicos, não há respaldo legal para se afirmar que o CADE não tem competência para apreciar concentrações e condutas passadas em mercados regulados, eis que a Lei nº 8.884/94 não exclui do âmbito de sua análise este ou aquele mercado ou setor da atividade econômica. Ademais, a legislação sobre transporte ferroviário existente não cuidou de estabelecer regra de competência que altere as atuais atribuições do CADE. E veja-se que competência é matéria que só se estabelece através de expressa previsão legal, através da qual institui-se, modifica-se ou extingue-se competência. (...) Por fim, entendendo que a política de defesa da concorrência decorre de norma constitucional de organização da ordem econômica, compreendo que o alcance desta política permeia todo e qualquer mercado, seja este regulado ou não, o que dá ainda maior realce à atividade do CADE.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08000.013801/97-52. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 30 de maio de 2001.

¹⁷⁵ “Como se pode verificar, a condenação pela prática de infração contra a ordem econômica inclui quatro itens, dos quais dois apenas são relativos a multas, sendo os dois outros relativos a providências que devem ser tomadas pelos infratores; no que diz respeito às multas, o Poder Público está obviamente livre, mas, no que diz respeito às providências que devem ser tomadas, o Poder Público está a elas obrigado”. GRINBERG, *op. cit.* p. 50

bastante invasivo sobre a competência de outros entes administrativos, o que gera uma natural resistência de princípio¹⁷⁶.

Nesta dissertação, não se pretende expandir a discussão quanto a essa abordagem. Em primeiro lugar, porque parece contestável a lógica de intervenção sobre competências de outros entes. Não cabe ao CADE substituir-se ao administrador na tomada de decisões pertinentes a aquisições governamentais. O gestor público, ao decidir o que comprar, como comprar e como contratar, está moldando e efetivando uma política pública (mesmo que seja uma política de suprimento logístico da administração). Uma intervenção no sentido de afastar atos emanados de tal gestor apresenta uma tendência a desconsiderar elementos pertinentes à efetivação de tal política e a desfigurar a atuação estatal finalística. Os riscos de prejuízo à atuação estatal superam os eventuais benefícios advindos de tal controle.

Em segundo lugar, rejeita-se a sugestão porque envolveria uma lógica de monitoramento próximo de políticas públicas que parece simplesmente incompatível com a estrutura atual do sistema brasileiro de defesa da concorrência. O SBDC é moldado para responder a episódios de infrações contra a concorrência. Os entes de defesa da concorrência brasileiro estão preparados para receber a notícia de uma infração, investigá-la, instruir um processo administrativo e então julgá-lo. Não há, no momento, procedimentos ou recursos para que seja inaugurada uma linha de controle preventivo de condutas no âmbito de procedimentos licitatórios ocorridos no âmbito de toda a administração pública.

A segunda abordagem, que merecerá maior atenção neste tópico, envolve a repressão de condutas realizadas por agentes envolvidos em licitações. Aqui, não se pretende

¹⁷⁶ “O CADE, no exercício de sua função, não possui poderes para cancelar ou revogar cláusulas de licitação pública, cabendo-lhe apenas, caso se configure uma conduta anticoncorrencial, oficiar aos órgãos competentes, com a recomendação de que seja adotado determinado procedimento sanatório, ou na hipótese de consumação e irreversibilidade da pseudo-ilegalidade, que ela não conste mais nos futuros editais. Repita-se, nos casos de contratação e licitação pública, o CADE não possui poder coativo, restringindo-se, apenas, à função de opinar, sem impor sanções, em face da competência do Tribunal de Contas sobre a legalidade de tais atos jurídicos.” MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica: CADE e o contrato administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, p. 301-322, abr./jun. 2001. p. 322

intervir sobre um ente administrativo em si considerado. Pelo contrário, a incidência da norma ocorreria sobre a pessoa (servidor público, empresa privada) que tenha ocasionado a restrição ilegal da concorrência no âmbito da licitação. A questão pode ser estruturada nos seguintes termos: o sistema brasileiro de defesa da concorrência tem competência para punir agentes públicos ou privados por infrações cometidas no âmbito de licitações?

Entende-se superada a parte da discussão que versa sobre a possibilidade genérica de incidência das normas de defesa da concorrência sobre os agentes públicos¹⁷⁷. Trata-se, essencialmente, da prescrição do art. 15 da Lei nº 8.884/94. De maior interesse é a questão quanto à sua aplicação específica ao objeto em tela. Cabe intervenção antitruste para sanção de comportamentos ilícitos ocorridos no âmbito de licitações? Quem pode ser sancionado?

A conduta dos entes do SBDC parece indicar uma resposta positiva a essa questão. O CADE já condenou empresas por condutas que envolveram fraudes a licitações¹⁷⁸. A Secretaria de Direito Econômico tem sido bastante incisiva no sentido de combater cartéis em compras públicas¹⁷⁹. Não parece haver dúvida, no âmbito do Sistema, acerca da pertinência da intervenção antitruste no âmbito de licitações

¹⁷⁷É interessante notar que a atuação ilícita por parte de um agente público pode ser considerada em si um abuso de poder: “Do exposto até aqui, destacamos a tese de que a criação de exigências relativas à habilitação em licitações públicas, cujos efeitos sejam a restrição injustificada (de acordo com critérios específicos ao *Direito Concorrencial*) do número de concorrentes na licitação, representa um abuso de poder da parte da autoridade licitante e, em consequência, uma *infração da ordem econômica*.” SCHUARTZ, Luis Fernando e POSSAS, Mário Luiz. *Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 33-66, 1998. p. 46

¹⁷⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.001826/2003-10. Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsú. Julgado na sessão ordinária nº 406, em 19 de setembro de 2007.

¹⁷⁹ Tendo indicado ser esta uma de suas prioridades atuais: “O combate aos cartéis em licitações é uma das prioridades da SDE, a exemplo do que têm feito autoridades concorrenciais em outros países. Trata-se de problema que afeta de forma particularmente grave os esforços do Governo em empregar seus recursos no desenvolvimento do país, ao transferi-los para empresas que, em conluio, fraudam o caráter competitivo das licitações. (...)A fim de lidar com esse grave problema, a SDE implementou, com base em portaria do Sr. Ministro da Justiça, uma unidade específica incumbida de investigar cartéis em licitações, bem como de desenvolver estudos sobre o tema de forma a auxiliar órgãos licitantes a identificar e evitar a ação de cartéis nas licitações que promoverem.” SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. “Cartéis em licitações”. Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID4FF6B0EE362F4F0C815831F6052FA329PTBRIE.htm> Último acesso em 11 de agosto de 2008.

Ocorre que o fato de uma prática estar sendo realizada não necessariamente implica que ela seja correta ou lícita. Assim, é necessário sondar a existência de um fundamento que explique e justifique a atual postura do SBDC.

Propõe-se que esse fundamento seja encontrado na lógica de maximização do bem-estar agregado, descrita no segundo capítulo desta dissertação como essencial à aplicação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A idéia é que a concorrência é um mecanismo essencial para a adequada alocação dos recursos da sociedade. Uma vez que boa parte dos recursos da sociedade brasileira é transacionada no âmbito de licitações, é essencial que a competição esteja também presente nesta esfera¹⁸⁰.

Esse entendimento não autoriza os entes de defesa da concorrência a substituírem a tomada de decisões por outros entes governamentais. Mas se propugna que é mais do que suficiente para autorizar a aferição de possíveis violações ao imperativo constitucional de concorrência em licitações cometidas por agentes públicos ou particulares¹⁸¹.

¹⁸⁰ Para uma explicação mais ampla desta posição, faz-se referência ao capítulo II desta dissertação. Apontando também fundamentos constitucionais para a persecução da livre concorrência em licitações (embora com enfoque distinto do aqui apresentado): “Neste contexto, defendemos que o respeito ao princípio da livre concorrência ou competição nas licitações envolve, não apenas os aspectos de estímulo de participantes no certame, mas também os reflexos do certame no mercado envolvido, já que, em última análise, é a preocupação com a manutenção dos ofertantes para certames futuros ou de outros órgãos que está em jogo e acima de tudo a tutela da concorrência. Logo, somente através da aplicação da disciplina antitruste na formulação dos projetos básicos executivos, é que será possível, por exemplo, determinar em quais casos o parcelamento das compras, mais do que recomendável, é necessário para a manutenção das pressões competitivas no mercado e para que seja em suma respeitado o princípio da livre concorrência nas licitações.” STRINGHINI, Adriano Candido. *Disciplina antitruste e licitações públicas*. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. P. 121

¹⁸¹ Feitas algumas ressalvas quanto à incidência da norma sobre servidores públicos isoladamente considerados, parece ser esta a abordagem empregada pelo Conselho ao aferir possível restrição à concorrência decorrente do uso de critérios heterodoxos para o julgamento de propostas em licitações do SERPRO: “A análise dos critérios adotados pelo SERPRO, quando da abertura do procedimento licitatório, de que cuida este processo, tem validade, aqui, à medida em que tais critérios possam ter influído para a denunciada coincidência de condutas por parte das Representadas, uma vez que, como antes se destacou, tal conduta se poderá constituir no elemento-meio, caracterizador da concorrência desleal. Isto porque, não se pode perder de vista que as competências atribuídas à SDE e ao CADE dizem respeito à repressão de práticas abusivas do poder econômico, de condutas restritivas da livre concorrência, não se inserindo, em suas respectivas atribuições, o exame de questões administrativas referentes à realização de licitações, por si só consideradas. Feita a ressalva, serão avaliados, a seguir, os critérios adotados pelo SERPRO para o julgamento do certame, as especificidades do setor de serviços de vales-alimentação, considerando os seus reflexos nas licitações governamentais para, a título de síntese, procurar identificar, até que ponto aqueles critérios teriam concorrido para restringir ou privilegiar o caráter competitivo da Concorrência nº 010/90.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 07/91. Conselheiro Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho. Acórdão do Plenário de 16 de dezembro de 1992.

Esta postura não só sustenta a atuação do SBDC, como também afasta a perplexidade que poderia ser gerada pela cumulação de sanções de direito administrativo e de direito antitruste. Entende-se que esses dois ramos jurídicos defendem bens jurídicos bastante distintos. O direito administrativo visa, em linhas gerais, proteger o interesse público e assegurar a moralidade administrativa. Já o direito antitruste objetiva a preservação da concorrência como fator orientador de alocação de recursos¹⁸². São duas perspectivas bastante distintas, que podem eventualmente levar a conclusões bastante diferentes quanto à licitude ou adequação de uma determinada prática¹⁸³.

Assim, a condenação antitruste não é um simples adorno à sanção do direito administrativo. Embora os critérios propostos para a aferição de ilicitude de uma prática sejam bastante próximos em ambas as esferas, o enfoque teleológico é consideravelmente diferente em ambos os casos. É importante ter essa consideração em mente, pois é ela que sustenta a autonomia da intervenção antitruste proposta ao longo deste texto.

Resta, ainda, uma última questão a ser ponderada. Não parece haver dúvida quanto à possibilidade de sanção de agentes privados, seja empresas que se beneficiam com a prática, seja outros entes (associações, sindicatos, etc) que auxiliem a sua realização. Mas a

¹⁸² E é a partir desta perspectiva que os danos à concorrência são percebidos/mensurados para aplicação de penalidades: “A Lei nº 8.884/94 elenca os critérios a serem levados em conta na dosagem das penalidades. A maioria deles: aspectos ligados à infração, como gravidade, consumação ou não, grau de lesão ou perigo de lesão, características do infrator, como boa fé, situação econômica, vantagem auferida ou pretendida; são comumente encontrados na dosimetria de outros ramos do Direito. São específicos no direito concorrencial os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado e a especificação que o grau de lesão ou o perigo de lesão devem dizer respeito, especialmente, à livre concorrência, à economia nacional e aos consumidores (art. 27). Ao que tudo indica, essa enumeração é *numerus clausus*, e não meramente exemplificativa.” OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 239-240. É importante asseverar que, mesmo para os critérios não específicos do direito concorrencial, o parâmetro de avaliação será sempre relacionado a aspectos mercadológicos (lesão sobre a concorrência, parcela de mercado do infrator, etc).

¹⁸³ Imagine-se, por exemplo, uma exigência editalícia que tenha limitado a participação de uma empresa em um dado certame. Suponha-se que essa empresa fosse muito mais eficiente que suas concorrentes, enfrentando custos muito mais baixos e podendo ofertar um preço muito menor. Suponha-se ainda que essa empresa, ciente da inexistência de concorrência efetiva, tivesse proposto (no envelope de propostas não aberto) um valor próximo do valor proposto pelas outras empresas menos eficientes. Do ponto de vista do direito administrativo, o prejuízo não seria tão grande, uma vez que teria sido pequena a vantagem obtida pela administração com a manutenção daquela empresa. Do ponto de vista do direito antitruste, o prejuízo é significativo, uma vez que as outras empresas têm custos maiores e, conseqüentemente, desperdiçam muito mais dos recursos escassos da sociedade para atingir os mesmos propósitos.

conduta abordada nesta dissertação comumente contará com a participação de um servidor público. É possível punir um servidor público que, nesta condição, tenha contribuído para a consecução de uma infração contra a ordem econômica?

Entende-se aqui que não cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência intervir diretamente sobre a disciplina de servidores públicos. Há todo um aparato de coerção destinado a punir agentes do Estado que atuem de forma ilícita – processo criminal, processo administrativo disciplinar, ação de improbidade administrativa, etc. O SBDC, por sua vez, não dispõe de mecanismos ágeis para atuação direta sobre o agente público que auxilie a realização de uma prática anticoncorrencial. Sua contribuição para a punição de servidores está na declaração de que uma determinada exigência é incabível. Essa declaração pode, então, ser empregada por entes com atribuições mais voltadas ao controle e punição de servidores. Entende-se, assim, que a persecução de servidores públicos pelos entes de defesa da concorrência não é um fator que promova sensivelmente o comando do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Não deve, portanto, ser uma linha de ação empreendida pela administração.

5. Síntese e considerações finais

O capítulo iniciou-se com uma descrição da prática de criação de barreiras à entrada. Argumentou-se que tal conduta pode ser enquadrada em diversas das infrações mencionadas no art. 21 da Lei nº 8.884/94. Optou-se por enfatizar a aplicabilidade do inciso IV do referido artigo, que trata especificamente da criação de obstáculo ao acesso de empresas ao mercado.

Foi afirmado que, mesmo restringindo-se a análise ao âmbito deste inciso específico, ainda é necessário um esforço enorme de investigação para que se possa afirmar que

uma prática é ou não anticompetitiva. A competição no mercado é fluida, e o que em um momento pode parecer contrário à concorrência, no instante seguinte pode parecer extremamente salutar. Essa ambigüidade, sempre presente no cotidiano do operador de direito antitruste, faz-se especialmente relevante no âmbito da aferição da criação de barreiras institucionais à entrada. Isso porque, como já discutido anteriormente, é a estrutura institucional de um setor que regula os incentivos percebidos pelos agentes econômicos e, conseqüentemente, o desempenho econômico percebido.

Com essa ressalva em mente, foram apresentadas duas formas fundamentais de concretização da prática. A primeira envolve a imposição de exigência indevida de habilitação. A lógica desta prática é que concorrentes potenciais são afastados da licitação por conta de uma exigência que (1) seja excessiva em relação aos propósitos do certame e (2) seja de difícil atendimento para aquelas empresas. A segunda modalidade apresentada diz respeito à criação de dificuldades ao atendimento das exigências formais de habilitação. A idéia aqui não é que a exigência seja em si indevida ou inalcançável, mas sim que alguém tenha inserido um obstáculo ilícito à obtenção de uma certificação que seria de outra forma concedida.

Passou-se, então, a discutir os requisitos para a caracterização de tais práticas como anticompetitivas. Asseverou-se que o critério fundamental estabelecido pela lei é a potencialidade de efeitos anticompetitivos. Notou-se que tal abordagem envolve um grande risco de persecução excessiva pelo Estado, motivo pelo qual alguns abrandamentos foram discutidos.

O primeiro abrandamento, consistente na exigência concomitante de intenção para a caracterização de uma prática, foi rejeitado. Argumentou-se que uma política de defesa da concorrência, para ser eficaz, não pode depender de aferição de elementos subjetivos. Reforçou-se que a lei é razoavelmente clara quanto à dispensa de tal demonstração para a condenação de uma prática anticoncorrencial.

Uma segunda abordagem envolveria a exigência de demonstração de poder de mercado. Argüiu-se ser incabível tal expediente nas circunstâncias específicas das condutas aqui descritas. Isso porque a manipulação de condições de habilitação não depende de qualquer posição de vantagem do agente no mercado. Trata-se de uma barreira institucional em sua natureza, cuja concretização e cujo efeito deletério não necessariamente guardam proporção com a posição econômica que o agente realizador da prática detinha anteriormente.

Um terceiro abrandamento diz respeito à existência de uma estrutura de mercado que limite danos causáveis pela criação de uma barreira à entrada. Entendeu-se que este expediente pode constituir “válvula de escape” desejável para casos em que o potencial anticompetitivo da prática seja reduzido.

Discutiu-se, então, a qualificação do efeito anticompetitivo. Qualquer exigência de habilitação constrange o acesso ao mercado. Contudo, apenas algumas exigências são efetivamente ilícitas. Propugnou-se que o critério para discriminação entre restrições devidas e limitações ilícitas é o potencial cognitivo da exigência. Em outras palavras, uma exigência seria lícita apenas enquanto fornecesse indicativo de um mínimo de idoneidade por parte do licitante. Trata-se, essencialmente, do mesmo critério proposto para a legitimidade de condições de habilitação perante o direito administrativo.

Argumentou-se que tal postura é problemática, uma vez que é bastante incerto o ponto em que uma exigência pode passar a ser considerada abusiva. A legislação de licitações já é suficientemente complexa em si. Impor ao administrador que ainda por cima pondere os efeitos de uma prática sobre o mercado (ameaçando-o de punição caso não o faça) implica criar uma fonte enorme de insegurança para a atividade administrativa.

Em solução a tal problema, propôs-se uma condenação gradual de exigências indevidas de habilitação. Entendeu-se que a consolidação de precedentes é ferramenta essencial

para a fixação dos contornos da prática, e condição essencial para a maturação não traumática de uma cultura de defesa da concorrência.

Finalmente, foi debatida a possibilidade de intervenção antitruste sobre entes públicos e procedimentos licitatórios. Propugnou-se pela possibilidade de se atingir agentes privados que, no âmbito de licitações, tenham efetivamente constrangido o acesso de outras empresas a certame. Sustentou-se tal abordagem no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao qual se atribuiu um caráter excedente à mera regulação da atividade administrativa, de modo a abrigar também a lógica de defesa da concorrência como fator de alocação eficiente de recursos sociais. Afastou-se a possibilidade de condenação direta de agentes públicos, uma vez que outras estruturas estatais podem realizar esta tarefa com maior eficiência, dada uma manifestação do CADE acerca da ilicitude de uma determinada exigência de habilitação.

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO

1 Conclusões alcançadas

O primeiro capítulo desta dissertação buscou estabelecer uma base conceitual mais firme para o uso da expressão “barreira à entrada” ao longo do trabalho. Contudo, uma breve revisão da literatura especializada levou à conclusão de inexistência de uma definição pacífica do conceito. Essa indeterminação conceitual foi percebida como particularmente problemática no caso específico de barreiras institucionais. Argumentou-se que a discussão sobre barreiras institucionais envolve a análise das próprias regras de mercado subjacentes à atuação dos agentes econômicos e que a aferição de sua adequação depende de julgamentos de valor e de política econômica.

Esse capítulo analisou ainda o uso do conceito de barreiras à entrada na prática antitruste. Notou-se inexistir definição consolidada da expressão na prática cotidiana brasileira. Propugnou-se pela desnecessidade da existência de tal definição para a atividade das autoridades de defesa da concorrência. Argumentou-se, por outro lado, que a inexistência de uma definição mais precisa do conceito pode ser problemática para fins de análise de condutas anticoncorrenciais consistentes na criação de obstáculos ao ingresso de novos agentes no mercado.

O capítulo seguinte tratou de analisar a perspectiva da Constituição Federal acerca de restrições ao acesso a licitações. Foi citado o art. 37, inciso XXI, como um comando constitucional bastante firme contra a construção de tais barreiras. Observou-se a existência de uma posição sólida no Supremo Tribunal Federal, demonstrada em diversas decisões desta

Corte, no sentido de limitar consideravelmente as possibilidades de afastamento de interessados em procedimentos públicos de licitação.

Argumentou-se que o comando do art. 37, inciso XXI, deve ser compreendido a partir de duas lógicas jurídicas diversas: a do direito administrativo e a do direito antitruste. A partir da lógica do direito administrativo, o livre acesso à licitação é firmado tendo em vista os objetivos de obtenção de melhor proposta pela administração e de tratamento isonômico dos licitantes. A partir da lógica do direito antitruste, o afastamento de obstáculos à entrada na licitação é um mecanismo de promoção da eficiência na alocação dos recursos escassos da sociedade. A partir deste recorte teleológico, propôs-se avaliar o procedimento de habilitação em licitações públicas.

O terceiro capítulo pretendeu realizar tal tarefa a partir do enfoque do direito administrativo. Neste âmbito, propôs-se que o procedimento de habilitação é um mecanismo cognitivo empregado pela administração pública para aferir o risco de contratação de agentes que não sejam capazes de concluir acordos firmados com o Estado. Trata-se de um mecanismo cujo emprego traz em si um outro risco considerável, qual seja de afastamento de agentes que poderiam efetivamente ter prestado bons serviços à administração. Por conta desta dinâmica, entendeu-se que só devem ser exigidas as cautelas essenciais para obtenção de um mínimo de certeza quanto à idoneidade de um licitante.

A identificação do que seriam as cautelas essenciais mínimas, contudo, não é tarefa fácil. Boa parte do terceiro capítulo foi dedicada a analisar o conhecimento consolidado na literatura especializada acerca da aferição das condições técnicas e econômicas cuja demonstração seria necessária para que a administração tomasse uma decisão consciente sobre os riscos associados a um licitante. Foram sondados diversos expedientes distintos empregados para tal fim: apresentação de atestados de realização de contratos similares, demonstrações de liquidez de patrimônio, certidões de regularidade fiscal, etc. Contudo, não se logrou obter

elementos suficientes para a formação de opiniões conclusivas sobre a adequação de qualquer destes expedientes. Propugnou-se que não há, atualmente, uma consolidação de conhecimentos que assegure nível adequado de segurança ao administrador na escolha de um desenho específico de exigências de habilitação. A tarefa parece depender, atualmente, de bom-senso e experiência pessoal do administrador público encarregado de estruturar e conduzir o procedimento licitatório.

O quarto capítulo, por sua vez, enfrentou a questão a partir da lógica do direito antitruste. O texto buscou sondar a possibilidade de que a criação de obstáculos ao acesso a licitações caracterize uma infração contra a ordem econômica, punível nos termos da legislação de defesa da concorrência.

Propugnou-se que é possível vislumbrar a aplicação do inciso IV do art. 21 da Lei nº 8.884/94, que descreve a prática de criação de obstáculo ao acesso de empresas a um mercado. Embora tal prática possa se concretizar por diversos meios distintos, enfatizaram-se dois modos específicos de criação de barreiras à entrada em licitações: 1) a imposição de uma exigência indevida de habilitação; 2) a criação de dificuldade para a obtenção de uma condição de habilitação.

Foi argumentado que a caracterização da prática depende da aferição de seu potencial de geração de efeitos anticompetitivos. Propôs-se que, em decorrência dessa necessidade de potencialidade de efeitos, é possível argumentar que é necessário observar algum nexo de causalidade entre a prática do agente e a percepção de dano pelo mercado. Entendeu-se, contudo, que essa demonstração de nexo de causalidade deve ser considerada no contexto específico da estrutura de licitações, no qual pequenas intervenções formais podem ter impactos expressivos sobre a concorrência final em um certame. Por este motivo, propugnou-se que a demonstração da posse de poder de mercado não deve ser considerada um elemento necessário para a caracterização da conduta, como seria em outras práticas realizadas em mercados usuais.

Foi discutida ainda a problemática de identificação do efeito anticompetitivo. A princípio, qualquer exigência de habilitação constitui uma restrição ao acesso ao mercado. Mas quando esse efeito restritivo é ilícito? Propôs-se que o critério de licitude deve ser o mesmo empregado no direito administrativo. Ou seja, a limitação de acesso de um licitante é lícita apenas quando for o resultado de uma estimativa de riscos conservadora, que afaste apenas aqueles agentes cujas características pessoais ensejam razoável dúvida quanto à sua capacidade de concluir um contrato com a administração. Argumentou-se que esse critério é problemático, uma vez que, como já constatado em capítulo anterior, não há certeza na literatura especializada a respeito do que constitui uma exigência aceitável ou uma restrição indevida ao acesso. Propugnou-se por uma aplicação cautelosa da lei de defesa da concorrência, de modo a efetivamente promover a concorrência em licitações sem, ao mesmo tempo, criar insegurança jurídica que paralisasse a atividade do administrador público. Asseverou-se que a incidência de normas de defesa da concorrência em sede de licitações não constitui excesso das competências do sistema brasileiro de defesa da concorrência, mas sim uma forma de efetivação do comando do art. 37, XXI, da Constituição Federal, no que se refere à sua lógica de promoção da alocação eficiente dos recursos escassos da sociedade.

O resultado final do agregado destas conclusões parciais é a seguinte assertiva: *o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece a base normativa necessária para que os entes de defesa da concorrência brasileiros persigam e condenem práticas que limitem o acesso de agentes a licitações públicas*. Esta é a conclusão final deste trabalho e sua proposição normativa principal.

Esta conclusão sustenta-se na premissa de que a limitação ao acesso é ilícita e, conseqüentemente, não está protegida por qualquer “imunidade estatal”. Desta forma, os entes de defesa da concorrência estão autorizados a intervir para a consecução do mandamento constitucional. Essa intervenção deve ser cautelosa e gradual, uma vez que há grande incerteza

sobre o que constitui uma restrição adequada ao acesso. Aos poucos, à medida que o acúmulo de experiência possibilite a fixação de critérios mais precisos sobre a formação de barreiras à entrada em licitação, será possível a realização de intervenções mais agressivas.

A conclusão proposta tem conseqüências expressivas sobre a política de defesa da concorrência. No cotidiano da análise de infrações à ordem econômica, comumente observa-se a inviabilidade de condenação devido a insuficiência probatória no que se refere a um aspecto da prática. Ao se estabelecer que a limitação ao acesso à licitação é, em si, punível, tem-se um foco mais restrito e preciso para investigação e discussão. Espera-se, assim, facilitar o esforço de promoção da concorrência nos mercados brasileiros de licitações públicas.

2 Considerações Finais

Instituições, da forma como entendidas nessa dissertação, consistem nas “regras do jogo” percebidas pelos agentes do mercado. Instituições limitam e orientam a atuação econômica, estabelecendo os caminhos que podem ser adotados e estabelecendo a estrutura de incentivos que irá moldar o resultado final obtido no mercado.

Nesse sentido, barreiras institucionais à entrada consistem nas normas, práticas e costumes que definem como se dará a concorrência em um determinado setor da economia. A definição das barreiras é uma escolha institucional não neutra e que afeta significativamente o desempenho do mercado.

O procedimento de habilitação em licitações envolve a definição de barreiras institucionais à entrada. De forma geral, a orientação que se quer dar à concorrência em licitações é a seguinte: que concorram apenas os agentes que sejam capazes de concluir os contratos propostos pela administração e que esses agentes sejam o mais numerosos possível.

Esta é uma escolha não neutra entre diversas possíveis orientações institucionais a reger um setor.

Esta dissertação propugna pela promoção de uma estrutura institucional específica. Propõe-se aqui que o ordenamento jurídico estabeleça incentivos para que agentes públicos e privados busquem alcançar (ou, pelo menos, não tentem criar obstáculos a) a efetiva consecução daquela orientação ideal do procedimento de habilitação. Esta é a idéia subjacente à proposta de persecução antitruste de práticas de criação de obstáculos ao acesso a licitações.

Regras jurídicas podem formar instituições efetivas. Mas podem também tornar-se letra morta, comandos abstratos sem peso ou influência concreta. Entende-se que não se pode correr o risco de se enquadrar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nesta segunda hipótese. Neste sentido, reitera-se a essencialidade da abordagem concomitante do direito administrativo e do direito antitruste para a concretização efetiva do mandamento constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Luciano Benévolo. *Do princípio da concorrência e o ajuste direto*: interpretação do art. 1, item III, da Lei n. 4.401, de 10-9-1964, com breve estudo sobre veto, hermenêutica, discricionariedade e a forma no direito administrativo. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1965. 176 p.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. Licitação: aspectos relacionados com a habilitação dos licitantes. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 9, n. 103, p. 778-783, set. 2002.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Guia para análise econômica da prática de preços predatórios*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/precospredpgfn.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2008.

_____. Ministério da Justiça. *Cartéis em licitações*. Brasília, DF, [200-?]. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID4FF6B0EE362F4F0C815831F6052FA329PTBRIE.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

_____. _____. *Combate a cartéis em compras públicas*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={B6487C0A-AA6C-4A9A-8DFE-6F527096E11A}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>. Último acesso em 14/04/2008

_____. _____. Conselho administrativo de defesa econômica. *Ato de concentração n° 08000.013801/97-52*. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Julgado em 30 maio 2001.

_____. _____. _____. *Ato de concentração n. 08012.000212.2002-30*. Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo. Julgado em 14 jul. 2004.

_____. _____. _____. *Ato de Concentração n. 08012.005846/1999-12*. Relatora Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Julgado em 29 mar. 2000.

_____. _____. _____. *Ato de Concentração n. 08012.011103/2005-91*. Relator Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Julgado em 7 nov. 2007.

_____. _____. _____. *Ato de Concentração n. 08012.012223/1999-60*. Relator Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em 14 jul. 2004.

_____. _____. _____. *Atos de Concentração n. 08012.005226/2000-08, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65.* Relator Conselheiro Ricardo Villas Boas Cuêva. Julgado em 10 ago. 2005.

_____. _____. _____. *Processo Administrativo n. 07/91.* Relator Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho. Acórdão do Plenário de 16 dez. 1992.

_____. _____. _____. *Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10.* Relator Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Julgado em 19 set. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 651/TO.* Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Tocantins. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 20/09/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=651&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade 1917-DF.* Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 26/04/2007. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%201917.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%201917.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%201917.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%201917.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade 2990/DF.* Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ, 24/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2990&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade 3670/DF.* Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 18/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3670&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade 3583/PR.* Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJE n. 47, 14/03/2008. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3583&classe=ADI>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Ação penal 348/SC*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcanjo Pavan. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 03/08/2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=348&classe=AP>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Agravo regimental no mandado de segurança 22509/SP*. Impetrante: International Brazil Export S/A. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 04/12/1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=22509&classe=MS-AgR>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 1824/RS*. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ, 29/11/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=1824&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 3059/RS*. Requerente: Partido da Frente Liberal. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ, 20/08/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3059&classe=ADI-MC>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. _____. *Recurso em mandado de segurança 24555/DF*. Agravante: Sistema de Comunicação Vala das Espinharas Ltda. Agravado: União. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 31/03/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=24555&classe=RMS-AgR>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Concorrência: índice econômico-financeiro: índice de liquidez geral (ILG): restrição à competitividade: incorrência. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 19, n. 5, p. 467-476, maio 2006.

_____. _____. Habilitação: apresentação de certidão negativa de falência ou concordata: prazo de validade expirado: greve no órgão expedidor: conduta da CPL. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 60-63, jan. 2005.

_____. _____. Habilitação: atestados de capacidade técnica: número mínimo de atestados: considerações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 8, p. 525-530, ago. 2002

_____. _____. Habilitação: comprovante de pagamento de anuidade de entidade profissional: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 12, p. 829-840, dez. 2002.

_____. _____. Habilitação: exigência de dois atestados de capacidade técnica: legalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 559-562, nov. 1997.

_____. _____. Habilitação: exigência de protótipos ou amostras: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 252-256, abr. 2002.

_____. _____. Habilitação: prévio cadastro no SicaF: obrigação: impossibilidade: declaração do vencedor do certame: análise da qualificação técnica: inversão das etapas da licitação: viabilidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 9, p. 678-680, set. 2004.

_____. _____. Habilitação: qualificação econômico-financeira: exigências excessivas: índice não adotado usualmente: concessão de medida cautelar: exclusão do fator questionado: análise do mérito: procedência parcial. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 19, n. 10, p. 982-985, out. 2006.

_____. _____. Habilitação: qualificação técnica: atestados: quantidades mínimas: ilegalidade. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 8, p. 399-405, ago. 1998

_____. _____. Licitação: critério de pontuação: impugnação: confusão entre habilitação e critério de pontuação técnica. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 553-563, ago. 2003.

_____. _____. Licitação nacional: ausência de ilegalidade ao restringir a participação somente aos concorrentes com estabelecimento fabril em território nacional. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 139-148, mar. 1995.

_____. _____. Serviços de vigilância armada: qualificação técnica: edital genérico: atestados de vigilância desarmada: habilitação devida. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 42-48, jan. 2005.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 190 p.

BRUNO, Reinaldo Moreira. Habilitação preliminar nas licitações. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 11, n. 124, p. 514-525, ago. 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Apuração de práticas restritivas à concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 16-43, nov. 1994.

CASTRO, Humberto Barbosa de; LOPES, Alcio Sinott. Isonomia entre empresas nacionais e estrangeiras nas licitações públicas. *L&C: Revista de Direito e Administração Pública*, Brasília, DF, v. 6, n. 62, p. 26-27, ago. 2003.

CASTRO, Pedro Araújo. Da exigência de prestação de garantias para a habilitação em procedimento licitatório. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 13, n. 88, p. 11-18, jul./ago. 1999.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. In: _____. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. 226 p.

COELHO, Fábio Ulhôa. “Direito antitruste brasileiro – comentários à lei n. 8.884/94”. São Paulo: Saraiva, 2005. 171 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O mandado de segurança e a impugnação de concorrência pública por não licitante: uma análise acerca da legitimidade e do interesse de agir. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 10, n. 111, p. 415-424, maio 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. 209 p.

_____. Comprovação de capacidade técnico-profissional em licitação: atestado apresentado por profissional com contrato temporário de trabalho, imprestabilidade para comprovar que o profissional integra o quadro permanente da empresa. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 14, n. 5, p. 283-291, maio 2001.

D’AVILA, Vera Lúcia Machado. Inexigibilidade de licitação: exclusividade de fornecedor de peças originais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

DE LA MANO, Miguel. *For the customer’s sake: the competitive effects of efficiencies in european merger control*. Luxembourg: European Communities, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/library/enterprise-papers/pdf/enterprise_paper_11_2002.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2008.

DEMSETZ, Harold. *Efficiency, competition, and policy: the organization of economic activity*. Cambridge: Blackwell, 1989. 2 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 823 p.

_____. Habilitação: qualificação econômico-financeira: exigência de garantia. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

_____. Habilitação: substituição de documentação pelo certificado de registro cadastral: complementação de documentos inaplicável à tomada de preços. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

_____. Princípio da razoabilidade: como se aplica o princípio da razoabilidade no procedimento da licitação. In: _____. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

DIAS, Eduardo Rocha. Proposta de menor preço e tutela da livre concorrência nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 11, p. 524-530, nov. 1998.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A licitação e os cartéis. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, Brasília, DF, n. 26, p. 23-31, jan./dez. 2000.

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. A pré-qualificação nas licitações públicas. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, DF, v. 19, n. 11, p. 9-10, mar. 2005.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FOX, Eleanor M. We protect competition, you protect competitors. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, DF, n. 9, Jan./Mar. 2004.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996. 440 p.

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. Licitação: vedação de quantitativos quanto à capacidade técnico-profissional da licitante na fase de habilitação: determinações do CREA em relação ao acervo. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 13, n. 146, p. 307-309, abr. 2006.

GASPARINI, Diogenes. Qualificação técnica: inabilitação: exigências exorbitantes. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 15, n. 10, p. 641-654, out. 2002.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007. 542 p.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. 280 p.

GORDILLO, Agustín A. A informalidade e a concorrência no procedimento licitatório. *Genesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 343-360, ago. 1994.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*. São Paulo: Malheiros, 1995. 132 p.

GRINBERG, Mauro. O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 44-51, maio 1996.

HARRIS, Ron. The encounters of economic history and legal history. *Law and History Review*, Illinois, v. 21, n. 2, Summer 2003. Disponível em: <<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/21.2/harris.html>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2nd. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. 820 p.

JUSTEN, Monica Spezia. Ainda a propósito da questão das amostras. *Informativo Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 7, n. 79, p. 756-762, set. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.

KHEMANI, R. Shyam. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2003. 315 p.

LEITE, Fábio Barbalho. A mitigação do formalismo no julgamento da habilitação e das propostas em licitação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 175-204, abr./jun. 2004.

LEOPOLDINO, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.

LIMA, Solange Afonso de. A qualificação econômico-financeira e a apresentação de balanço patrimonial. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 66, p. 614-621, ago. 1999.

MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. São Paulo: Campus, 2001. 831 p.

MARIANO, Cynara Monteiro. Atestados de capacidade técnica e habilitação em licitações públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 222, p. 133-141, out./dez. 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Habilitação: qualificação técnica: proibição abusiva da nova lei de licitações e contratos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 27-32, jan. 1994.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica: CADE e o contrato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p. 301-322, abr./jun. 2001.

MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo M.; WILLIAMS, Michael A. *What is a barrier to entry?* [S.l.]: Social Science Research Network, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=594601>>. Acesso em: 29 jan. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A habilitação nas licitações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 67, n. 508, p. 11-17, fev. 1978.

_____. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. 1053 p.

MENDES, Renato Geraldo; SILVA, Nyura Disconzi da. A habilitação nos procedimentos da dispensa e inexigência de licitação. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, v. 6, n. 62, p. 250-257, abr. 1999.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from posner to post-modernism and beyond*. 2nd. Princeton: Princeton University Press, 2006. 385 p.

MORAES, Alexandre de. Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 58, n. 175, p. 66-72, jul./set. 1996.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 536 p.

MUKAI, Toshio. Habilitação: documentos não exigidos e dispensa dos exigidos, pela Lei nº 8.666/93. L&C: Revista de Direito e Administração Pública, Brasília, DF, v. 5, n. 57, p. 43-44, mar. 2003..

NÓBREGA, Airton Rocha. Eficiência nas licitações públicas. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 17, n. 6, p. 422-427, jun. 2004.

_____. Habilitação no convite. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 97-98, fev. 1999.

NORMANDO, Fernando. A habilitação na Lei 8.666/93. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 9, n. 8, p. 397-404, ago. 1996.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 152 p.

_____. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 571 p.

PALMIERI, Marcello Rodrigues. Os certificados ISO 9000 e as licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 11, n. 6, p. 291-294, jun. 1998.

PARIZI FILHO, João. Questões relativas ao cadastro e à habilitação. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 128-130, mar. 1997.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A habilitação técnica operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 39, p. 93-108, set./out. 2006.

PERRACINI, Marcelo R; BARBOSA, Marcos Nicanor L. Da impossibilidade de a administração pública exigir em seus atos convocatórios prova de quitação de contribuição sindical para fins de habilitação. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 597-600, dez. 1996.

POSNER, Richard A. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. 262 p.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Habilitação e classificação: qualificação técnica e licitação de melhor técnica: distinções. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

_____. Habilitação: convite: certificado de registro cadastral. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

_____. Desclassificação: falhas de pequena proporção. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. 226 p.

REIS, Roberto. Habilitação nas licitações. *L&C: Revista de Direito e Administração Pública*, Brasília, DF, v. 5, n. 50, p. 46-47, ago. 2002.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Pregão: a inconcebível exigência de declaração de habilitação: Lei nº 10.520/02, art. 4º, inc. VII. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 5, n. 53, p. 7162-7166, maio 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. 334 p.

_____. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001. 159 p.

SHIEBER, Benjamin. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. 201 p.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes. In: POSSAS, Mário Luiz (Coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. p. 97-134.

_____; POSSAS, Mário Luiz. Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 33-66, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Concorrência desleal nas licitações. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 35, p. 61-78, jan./fev. 2006.

SOUZA, Ziegler de; CARNEIRO, Jocelio Queiroz. A divulgação dos resultados da habilitação e da avaliação das propostas na licitação da modalidade convite. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo, v. 8, n. 7, p. 7-11, jul. 2004.

STRATHERN, Paul. *Uma breve história da economia*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003. 286 p.

STRINGHINI, Adriano Candido. Disciplina antitruste e licitações públicas. 2006. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos administrativos de competição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 83, p. 114-119, jul./set. 1987.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 311 p.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 6. ed. Original de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. 6ª Reimpressão. 778 p.

VAZ, Isabel. Arbitragem, licitação e livre concorrência. *Revista de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 5, n. 12, p. 163-172, abr./jun. 2004.

VICENTE, Anadricea. “Da obrigatoriedade da realização da fase de habilitação em modalidade convite e dos documentos mínimos a serem exigidos” in *Informativo de Licitações e Contratos*, v. 5, nº 53, julho de 1998

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M., HARRINGTON JR, Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. Nova Iorque: The Free Press, 1987

