

HABILITAÇÃO EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Luís Fernando Schuartz**

*Mario Luiz Possas***

1. Introdução

O presente texto³⁶ tem por objeto a análise, do ponto de vista da ordem econômica constitucional e da Lei 8.884/94, das consequências econômico-jurídicas decorrentes da *generalização* de uma dada interpretação do art. 30, II, da Lei 8.666/93. Tal interpretação, hoje crescente entre agentes licitantes, assume como juridicamente permitida a definição da chamada “capacitação técnico-operacional”³⁷ como requisito essencial para a habilitação de empresas em processos de licitação direcionados para a realização de serviços e obras de *engenharia*.

O sentido da referida definição, manifestada *in concreto* nas cláusulas dos editais referentes à habilitação das empresas, é unívoco, consistindo na exigência de que as empresas participantes tenham já executado, no passado, serviços similares aos definidos no objeto da licitação em questão. Note-se, desde logo, que o atributo da “capacitação técnico-operacional” diz respeito não ao corpo técnico, isto é, às pessoas físicas tecnicamente qualificadas e integrantes do quadro de recursos humanos das empresas, mas sim, a estas últimas enquanto *pessoas jurídicas*. Noutras palavras, para que uma empresa possa qualificar-se nas licitações que adotarem, explícita ou implicitamente entre os seus critérios de habilitação, a tal “capacitação técnico-operacional”, não bastará a demonstração de que seus engenheiros tenham já realizado, em conjunto ou isoladamente, os serviços descritos no edital; *além disto* (na me-

* Advogado, Mestre em Direito e Doutorando em Filosofia pela Universidade de Frankfurt.

** Professor Titular do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

³⁶ O presente texto foi originalmente apresentado pelos autores como Parecer em causa envolvendo empresas de engenharia e órgão público do estado de São Paulo em 30 de novembro de 1997.

³⁷ No presente texto, estaremos atribuindo um sentido unívoco à expressão “capacitação técnico-operacional”, qual seja: a necessidade de certificação, pela *pessoa jurídica*, de que já realizou no passado e nas quantidades exigidas, o serviço objeto da licitação. A questão a respeito da possibilidade de que a referida expressão venha a significar, numa licitação específica, *outros* tipos de exigência também relativas à pessoa jurídica - e não aos seus engenheiros -, é meramente terminológica.

dida em que constitui um requisito adicional para a habilitação, a saber, a “capacidade técnico-profissional”), elas *também* terão que certificar perante a autoridade licitante a realização, nas quantidades especificadas em cada edital concreto e enquanto *pessoas jurídicas*, dos referidos serviços no passado. Por outro lado, tampouco se confundem, a nível dos requisitos para a habilitação nas licitações, a “capacitação técnico-operacional” e a capacidade *econômica e financeira* das empresas participantes, esta última constituindo, aliás, um *terceiro* requisito para a referida habilitação.

Em resumo, a interpretação jurídica cujos efeitos, do ponto de vista das normas reguladoras da ordem econômica, se trata de discutir neste texto, tem como implicação a definição de três requisitos logicamente distintos para a habilitação de empresas em concorrências públicas, a saber: a “capacitação técnico-profissional”, referente aos *engenheiros* responsáveis pela supervisão e execução técnica dos serviços e obras; a capacidade econômica e financeira, relativa à situação econômico-financeira da *empresa*, tal como expressa nos seus balanços, níveis de endividamento, etc.; e, por fim, a “capacitação técnico-operacional”, que diz também respeito à empresa enquanto *pessoa jurídica*, e cujo sentido foi já exposto acima.

Enfim, ainda no âmbito destas considerações introdutórias cabe insistir, para que não parem mal-entendidos, no *objeto* do presente texto. Trata-se de um encadeamento lógico de argumentos adotado no sentido de demonstrar que a *generalização de uma dada interpretação do art. 30, II, da Lei 8.666/93* é incompatível com os princípios e normas reguladoras da ordem econômica constitucional que definem aquilo que se convencionou chamar de Direito da Concorrência, e que, portanto, tal interpretação deve ser abandonada. Não faz parte do escopo deste texto a análise econômico-jurídica dos eventuais impactos competitivos e das consequências jurídicas associadas à exigência, em uma dada licitação concreta, da “capacitação técnico-operacional” como condição de habilitação na mesma.

Esta limitação temática e a daí resultante concentração da análise sobre os *efeitos econômicos agregados* para o mercado de serviços de engenharia, justifica-se por duas razões complementares. Em *primeiro* lugar, é da própria natureza da atividade de exegese de normas jurídicas que às interpretações propostas seja imanente uma *pretensão de generalidade*. Quer entendamos a atividade interpretativa do jurista como a “descoberta” de um suposto sentido objetivo por detrás do texto; quer, alternativamente e adotando uma posição bem mais moderna, visualizemos na referida atividade um processo social e comunicativo voltado à destilação, por meio de procedimento argumentativo, da melhor interpretação possível, é inegável que a defesa de uma determinada interpretação em detrimento de outra coloca o defensor numa situação de ter de justificá-la como aplicável a *todos ou pelo menos a quase todos os casos*

análogos futuros. Noutros termos, não “valem” no discurso jurídico aquelas interpretações adotadas de forma *ad hoc*, aplicáveis apenas a um caso e não a outros similares.

Afirmar, consequentemente, que o art. 30, II, da Lei 8.666/93 exprime como obrigatória ou - numa versão menos restritiva - permitida a exigência da “capacitação técnico-operacional”, implica assumir esta obrigatoriedade ou permissividade em *toda e qualquer licitação* realizada no presente e no futuro de acordo com a legislação brasileira. Em *segundo* lugar, o caráter obrigatório, para a Administração Pública, do princípio da igualdade, implica o dever de adotar decisões semelhantes em casos semelhantes, de modo que é o próprio princípio constitucional e legal a funcionar como fator de agregação de efeitos futuros; soma-se a isto uma razão relativa ao Direito da Concorrência: a norma que define infrações da ordem econômica está interessada não apenas nos efeitos já produzidos de uma dada conduta, mas também, naqueles *potenciais*, isto é que possam vir a ocorrer no futuro, ainda que não tenham ocorrido ou não ocorram efetivamente³⁸.

Apenas uma última recordação, vale ainda referir, faz-se necessária no que toca à análise econômica e jurídica que segue. O *nível de agregação* dos efeitos econômicos resultantes da adoção generalizada, em editais relativos à licitações públicas, da exigência da “capacitação técnico-operacional” variará ligeiramente em função da forma em que a referida exigência se manifestar concretamente nos editais; noutras palavras, *dependendo da forma de redação da cláusula adotada nos editais* para expressar a exigência da “capacitação técnico-operacional”, teremos níveis de agregação diferentes dos efeitos econômicos, na medida em que mais ou menos empresas estiverem impedidas de participar das licitações.

De um ponto de vista prático, podemos distinguir duas *redações típicas possíveis* da mencionada exigência, a saber: (1) a habilitação das empresas nas licitações fica condicionada à realização, no passado, e pelas mesmas, de serviço similar ao definido no respectivo edital *enquanto unidade integrada*. Assim, por exemplo, numa licitação pública para a construção de um aeroporto, somente empresas que já tiverem anteriormente construído *um aeroporto* terão condições de dela participar, *não sendo suficiente* a certificação de que já realizaram, *isoladamente, cada um dos serviços que integram, na sua somatória*, a obra licitada; e (2) a habilitação das empresas fica condicionada à realização pelas mesmas, no passado, de um serviço similar ao definido no edital, de forma integrada *ou, alternativamente, nos seus vários sub-serviços componentes*. Neste caso, mesmo que uma certa empresa não tenha executado ainda o serviço de construção *do aeroporto* como uma obra *integrada*, ela poderá participar da licitação, desde que já tenha realizado, de forma *isolada*,

³⁸ Cf. artigo 20, *caput*, da Lei 8.884/94.

os diferentes serviços que, *no conjunto integrado como unidade*, representam a construção do aeroporto.

Embora, como já antecipado, estas duas formas logicamente distintas de expressão da exigência da “capacitação técnico-operacional” impliquem efeitos agregados algo diferenciados, as conclusões específicas a que chegaremos são igualmente válidas para *ambos os casos*. Em outras palavras, as diferenças apenas *quantitativas* referentes ao nível de agregação dos efeitos econômicos associados a uma ou outra redação possível da exigência, podem ser ignoradas tendo em vista a ausência de diferenças *qualitativas* relevantes no que toca aos resultados analíticos a que chegaremos: tanto o tipo de redação (1) como o tipo de redação (2) acima descritos estão sujeitos a *igual* veredicto do ângulo do Direito Concorrencial, de modo que limitaremos o escopo da análise apenas à versão mais forte da exigência, ou seja, àquela que requer das empresas como condição técnica de habilitação a realização, no passado, de serviço similar ao definido no objeto da licitação³⁹. Implícito nos parágrafos que seguem encontra-se portanto o convencimento de que as conclusões finais deste texto aplicar-se-ão igualmente aos eventuais casos em que o tipo de redação (2) vier a ser adotada.

2. Administração Pública e Direito da Concorrência

2.1. Aspectos Teóricos Gerais

A tematização, a nível de dogmática jurídica, das relações específicas entre Administração Pública e Direito da Concorrência tem restado, inclusive internacionalmente, num grau muito aquém do desejado. Se, por um lado, é ampla a literatura e a jurisprudência disponíveis a respeito das atividades de regulação e intervenção administrativas na Economia⁴⁰, a análise específica dos problemas de natureza *concorrencial* decorrentes de o Estado atuar tam-

³⁹ Como dito acima, a diferença nos efeitos agregados associados a uma ou outra redação da cláusula se refere ao número de empresas excluídas da participação nas licitações em um e outro caso. Assim, a redação (1) exclui um número maior de empresas do que a redação (2); no entanto, também esta exclui potencialmente um número *suficiente* de empresas para que possa ser caracterizada como anticompetitiva e incompatível com o princípio da livre iniciativa.

⁴⁰ Cf., entre outros e a título meramente exemplificativo, para a Espanha: Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, La Ley, (1988); cf. também Ramón Martín Mateo, *Derecho Público de la Economía*, Ceura, (1985); para a França: André de Laubadère et Pierre Delvolvé, *Droit Public Économique*, Dalloz, (1986); para a Itália: Bruno Cavallo e Giampiero di Plinio, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Giuffrè, (1983); para a Alemanha: Jarass, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Alfred Metzner, (1984); e para o Brasil: Eros Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, (1990).

bém como um *agente econômico* (seja diretamente mediante órgãos estatais, seja por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista), isto é, como um ofertante ou demandante de bens e serviços, tem sido (abstração feita das considerações sobre os monopólios naturais nos serviços de utilidade pública) até agora e em certa medida, negligenciada pelos especialistas⁴¹. Ora, um tal descuido dogmático não tem qualquer razão de ser, salvo aquela referente à novidade deste ramo do Direito em países como o Brasil.

Dada, com efeito, a íntima relação lógica existente entre os *princípios* de defesa da concorrência e os *princípios* de Direito Administrativo referentes às licitações públicas, a mencionada lacuna é até mesmo surpreendente. De fato, a semelhança estrutural entre os mencionados princípios é quase total. De ambos os lados encontramos critérios, digamos, de *natureza moral*, isto é, referentes à estruturação igualitária das relações entre os agentes num nível “horizontal”, como também, critérios de *eficiência*, relativos à forma menos custosa de se alcançar um objetivo que se pressupõe comum; assim, por exemplo e como veremos ainda em detalhe, o conceito de *infração da ordem econômica* está relacionado, no *Direito Concorrencial*, tanto a considerações herdadas da tradição liberal que dizem respeito à obrigatoriedade de realizar uma distribuição equitativa e generalizada da *garantia formal* (que pode ser usada ou não) de inovar nos produtos e processos produtivos (livre iniciativa) e às possibilidades de sua restrição injustificada por meio de abusos de posições dominantes, bem como, alternativamente, a considerações que se referem ao bloqueio direto de pressões competitivas sobre os agentes nos mercados, repercutindo negativamente nos níveis de eficiência alocativa e produtiva; *analogamente*, os institutos jurídicos mais importantes do *Direito Administrativo* moderno estão situados na confluência do enfoque “liberal”, voltado à garantia de um tratamento igualitário entre iguais, e de um enfoque de “Estado Social”, direcionado à realização eficiente de finalidades definidas como de interesse público. Assim, a instituição das *licitações públicas* pode ser compreendida, numa “reconstrução racional”, como atendendo, de forma *simultânea*, a um imperativo moral de respeito à liberdade e à igualdade dos

⁴¹ Isto é um fato no que se refere ao Direito Antitruste norte-americano; no Direito Europeu a situação é um pouco melhor; cf. por exemplo Volker Emmerich, *Kartellrecht*, Beck, (1994), bem como Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, Sweet and Maxwell, (1993); cf. ainda o relatório da agência de defesa da concorrência alemã, o *Bundeskartellamt*, referente às suas atividades no período de 1995-1996 (“*Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1995/96 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet*”), especialmente as páginas 28 e ss. (de aqui em diante citado como: “BkartA, TB, 1995/96”), bem como a monografia de Daniela Steinberger, *Staatliche Wirtschaftsinterventionen als Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages*, Carl Heymanns Verlag, (1994) (“Intervenções estatais na economia como violações às normas concorrenciais da União Européia”).

cidadãos pelo Estado, e a um imperativo de eficiência econômica, na medida em que a concorrência livre tende a garantir uma utilização mais racional dos recursos fiscais⁴².

A integração destas duas perspectivas, note-se, não é de modo algum arbitrária; ao contrário, ela se dá a partir de um corpo teórico que transforma a liberdade não apenas em valor moral de proteção obrigatória pelo Direito, mas também, em *fator de eficiência*; liberdade, igualdade de condições e eficiência tornam-se assim funcionalmente relacionadas, fortalecendo-se mutuamente. A analogia estrutural entre os *princípios* do Direito Administrativo referentes às licitações públicas e os *princípios* reguladores do Direito da Concorrência a que chamamos a atenção ganha, a partir daí, uma concreção inesperada ao nos darmos conta de que concorrências públicas são apenas uma *forma específica* de concorrência, qual seja: um tipo de concorrência em que a Administração, representada por algum de seus órgãos ou empresas, aparece como uma *demandante de bens e serviços*.

Isto posto (e abstraindo aqui naturalmente de considerações de natureza procedimental), a referência de *condutas da Administração como demandante de bens e serviços* aos princípios relativos a *ambos* ramos do Direito pode ocorrer de forma lógica e metodologicamente *integrada*. Em outros termos, o juízo jurídico que visa a determinar se uma dada conduta da Administração (na qualidade de demandante de bens e serviços) é ou não conforme aos princípios do Direito Administrativo relativo às licitações *pode ser fundamentado por iguais razões e alcançado pelo mesmo caminho* que um juízo jurídico que tenha como objeto a verificação da mesma conduta sob o prisma da existência ou não de infração da ordem econômica. Enfim: a conclusão de que uma dada forma de política de compras da Administração constitui uma infração da ordem econômica *pode* ser, tanto no que se refere aos seus fundamentos como ao seu método, transposta para um procedimento cujo objeto seja a análise da legalidade da conduta segundo o Direito Administrativo.

A insistência na *possibilidade* - e não na necessidade ou obrigatoriedade - desta transposição reflete a consciência da diferença de métodos e conceitos dogmáticos existentes de fato em um e outro ramo do Direito; o decisivo, no entanto, está na circunstância de que entre o conceito genérico de infrações da ordem econômica e os atos contrários aos princípios reguladores das licitações públicas pode ser estabelecida uma relação de implicação recíproca, de modo que estes últimos podem ser subsumidos sob o primeiro e, inversamente, este pode ser aplicado àqueles.

⁴² Cf. o *caput* do art. 3 da Lei 8.666/93, que dispõe que a “licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração (...)”.

Assim, não é apenas o respeito à “boa técnica” da hermenêutica jurídica a recomendar a interpretação de uma dada norma à luz de outras normas e princípios do ordenamento, especialmente os explícitos e implícitos na Constituição; mais especificamente e pelos motivos apontados, a invocação dos princípios e normas de Direito Concorrencial como um suporte complementar ao juízo a respeito da correção ou não da interpretação objeto do presente Parecer deve ser visto como um critério legítimo - ainda que não exclusivo - mesmo *no interior do Direito Administrativo* em sentido estrito. Com efeito, a antes referida analogia estrutural entre os princípios garante, *in concreto*, que uma conduta que violar o princípio da livre iniciativa viola *ipso facto* o princípio da isonomia; em segundo lugar, que uma conduta que violar o princípio da livre concorrência viola *ipso facto* o princípio da eficiência administrativa; por fim - e como mostraremos a seguir -, que entre a produção destes dois tipos de efeitos é possível estabelecer uma relação de implicação lógica: os conceitos de livre iniciativa e livre concorrência estão de tal modo correlacionados, que uma violação do primeiro implica uma violação do outro, e vice-versa⁴³.

Antes, porém, de verificar como esta analogia estrutural ao nível dos princípios pode traduzir-se concretamente a níveis analítico e metodológico, é importante chamar a atenção para uma *diferença específica* entre processos de licitação pública e processos de concorrência nos mercados. Os primeiros, isto é, as licitações públicas, são formas *organizadas* de concorrência; isto implica não apenas que elas têm um início e um fim determinados no tempo, mas que, e sobretudo, o *objetivo* (e com ele a dimensão relevante da concorrência), bem como os *critérios de participação*, estão fixados de antemão. Os interessados sabem *exatamente*, portanto, *o que* deles se espera, *quem* poderá concorrer e *em que dimensões* os concorrentes concorrerão. Nos processos de mercado, ao contrário, estas características não estão presentes (ou estão em grau muito reduzido); aqui os agentes não sabem exatamente *o que* os demandantes deles esperam, nem exatamente *em que dimensões* eles estão a concorrer uns contra os outros e nem mesmo *com quem* eles irão concorrer (ou estão concorrendo).

Em outras palavras, o caráter intrinsecamente *organizado* das licitações públicas *vis-à-vis* processos concorrenciais nos mercados significa um fator substancial de *redução de incertezas*, em princípio inelimináveis, com as quais os agentes se defrontam nos vários ambientes de mercado⁴⁴. Tal peculiar-

⁴³ Cf., por exemplo, o art. 3, § 1, I, da Lei 8.666/93, o qual veda expressamente aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo (...)”.

⁴⁴ Sobre o tema da *incerteza* nos mercados há uma amplíssima literatura. Cf. Mario Possas, *Competitividade: Fatores Sistêmicos e Política Industrial. Implicações para o*

ridade das concorrências públicas comparativamente aos processos competitivos nos mercados apresenta duas conseqüências relevantes para a presente análise. Em *primeiro* lugar, o fato de o processo licitatório organizar-se *imediatamente* em torno das *determinações do sujeito licitante* tais como contidas no edital, tem por efeito a geração *real* de uma assimetria na relação entre o demandante e os ofertantes *potenciais*; o órgão (ou a empresa) licitante torna, *unilateralmente, expresso* aos *eventuais interessados*: (a) o *serviço exato* a ser executado; (b) os *critérios de julgamento*; e, (c) as *condições de participação* na concorrência. No momento em que toma a *primeira* medida, qual seja, a de tornar pública a decisão de demandar, via processo *licitatório*, a realização de um dado serviço *específico*, o ente público licitante normalmente *sabe* que *poderá contar* com um universo (maior ou menor) de interessados *potenciais* que *garantirá* que o serviço em questão será executado. Com efeito, isto é uma mera decorrência do fato simples e trivial de que há empresas de engenharia constituídas, e cujo faturamento é, predominantemente, resultante de serviços prestados à Administração. Assim, já ao nível desta *primeira* decisão, constata-se uma assimetria de poder, mesmo que tênue, existente em favor da Administração como demandante: esta última expressa a sua vontade e os potenciais ofertantes concorrem entre si para o fornecimento do serviço desejado. Esta primeira assimetria, como ficou dito, é muito tênue, não diferindo de modo substancial daquela existente em favor dos consumidores nos mercados, salvo pelo fato de estarmos lidando, para fins de análise de efeitos econômicos, com apenas um único demandante e uma - já mencionada - redução de incerteza.

A assimetria de poder já se torna maior quando consideramos, ademais, a *segunda* decisão acima mencionada. Com ela, a Administração não apenas especifica o serviço que deve ser realizado, mas também o critério de seleção do ofertante. A Administração, como demandante, diz, por exemplo, que entre todos os ofertantes potenciais para a construção de um aeroporto escolherá aquele que propuser o menor *preço*. Mesmo nesta hipótese, no entanto, não difere substancialmente tal situação daquela normal de mercado, salvo pelos fatores acima indicados⁴⁵. O cenário muda radicalmente quando analisamos o significado da *terceira* decisão *unilateral* da Administração como agente demandante, a saber: a fixação, no edital, das *condições de habilitação* na licitação. Trata-se, aqui, de uma prerrogativa excepcionalíssima se comparada à

Brasil, in: Castro A. et alii (org.). *Estratégias Empresariais na Indústria Brasileira - discutindo mudanças*, Forense, (1996), p. 86.

⁴⁵ Isto é relativizado, contudo, pelo fato de a legislação preocupar-se explicitamente com a previsão objetiva dos critérios de seleção, demonstrando o interesse legal em coibir abusos da parte das empresas e dos órgãos licitantes; ora, onde há possibilidade de abuso, há poder.

chamada “soberania do consumidor” dos mercados competitivos. Com efeito, nestes tal prerrogativa, isto é, estabelecer condições deste tipo e assim - indiretamente - *fixar, como demandante, as empresas que poderão concorrer para o fornecimento do serviço demandado*, é concebível para o caso de um *monopsônio* que encontra, no lado da oferta, uma pluralidade de fornecedores potenciais.

Neste sentido, cabe dizer que ao *dever legalmente previsto* no art. 27 da Lei 8.666/93, de exigir dos interessados, para fins de habilitação, *exclusivamente* a documentação referida nos incisos, corresponde o *poder* detido pela Administração em face daqueles⁴⁶. Do ponto de vista deste últimos, isto é, dos ofertantes *potenciais*, a Administração tem um poder que apenas não é *total* em virtude de dispositivos constitucionais e legais que lhe imputam a *obrigação* de respeitar os princípios da igualdade, da livre iniciativa e da livre concorrência, no sentido do poder-dever de autorizar ao *maior número possível de empresas que participe* dos processos licitatórios promovidos pela mesma.

A esta consequência, relativa ao momento *anterior* à tomada das ditas decisões pela autoridade licitante, deve-se acrescentar, em *segundo* lugar, uma outra, que diz respeito a um instante *posterior*. As prerrogativas decisórias da Administração Pública em face de um conjunto mais ou menos determinado de empresas direcionadas predominantemente para a prestação de serviços de engenharia faz com que surja, como visto, uma assimetria de poder entre aquela e estas, consideradas como ofertantes *potenciais*. *Tomadas* aquelas três decisões (isto é: definição do serviço, dos critérios de julgamento e das condições de habilitação), no entanto, alguns destes ofertantes potenciais tornar-se-ão *concorrentes efetivos*, passando então a disputar, tendo em vista o critério de julgamento pré-fixado, o certame licitatório. Ocorre, porém, que a partir *deste instante*, ou seja, da constituição de um grupo bem delimitado de empresas concorrentes, a antes mencionada situação de assimetria de poder em favor da Administração deixa de estar *necessariamente* garantida. De fato, direção e intensidade das relações de poder econômico entre Administração e empresas licitantes passam a depender (na medida em, que quase sempre, o

⁴⁶ Cf. neste sentido também o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que dispõe que a autoridade licitante só impor exigências para a qualificação compatíveis com o mínimo de segurança para a Administração. O poder *inerente* à atividade da Administração enquanto demandante de bens e serviços explica também a afirmação de Emmerich, segunda a qual esta detém *sempre* uma posição dominante no sentido da legislação de defesa da concorrência, independentemente do *market share* da empresa estatal concreta que realiza uma compra ou outra atividade econômica: “Es steht daher nichts im Wege, die öffentliche Hand bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich **stets als marktbeherrschend** zu behandeln (...)”, in: Immenga/Mestmäcker (orgs.), *GWB Kommentar*, Beck, (1981), comentário ao § 98 (negritos no original).

critério de julgamento é o menor *preço*) *basicamente* do *número de empresas habilitadas*: quanto *maior* o número de concorrentes, *maior*, provavelmente, a intensidade das pressões competitivas e *maior* também a probabilidade de que os preços apresentados sejam relativamente *menores*; inversamente, quanto *menor* o número dos concorrentes, *menor*, provavelmente, a intensidade das pressões competitivas e *maior* também a probabilidade de que os preços sejam relativamente *maiores*⁴⁷.

A verificação empírica desta relação entre o número dos concorrentes numa licitação, intensidade da concorrência e resultados em termos de níveis de preços torna-se muito provável ao acrescentarmos à definição da situação a diferença básica que existe entre concorrências públicas e concorrências nos mercados a que fizemos referência acima, a saber: nas licitações (ao contrário dos mercados), o *grau de incerteza* dos agentes em face do comportamento do ambiente é fortemente *minimizado* em razão do caráter *organizado* daquelas. Cada concorrente *sabe exatamente* o que os demais devem fazer, bem como a partir de qual critério vai ser selecionada a proposta vencedora. O fato de este critério ser quase sempre o *menor preço* (uma vez que a qualidade somente pode ser aferida *ex post*, isto é, depois de decidido o vencedor), faz com que uma redução ainda maior de incerteza possa ser lograda via *coordenação* das condutas dos concorrentes (formação de cartéis): com efeito, é muito mais fácil acordar sobre um dado preço do que sobre uma variável *qualitativa*. Por fim, deve-se notar que esta possibilidade de ações concertadas por parte dos concorrentes é *maximizada* quando as *condições de habilitação* nas licitações incluem requisitos que permitem facilmente a identificação, pelas empresas, dos seus futuros concorrentes. Como ficará devidamente demonstrado ao longo do presente Parecer, este é justamente o caso da “capacitação técnico-operacional”.

2.2. A Situação no Direito Positivo

No âmbito do direito positivo, a aplicabilidade das normas próprias ao Direito Concorrencial às atividades da Administração Pública não pode ser seriamente questionada. No Brasil, o artigo 15 da Lei 8.884/94, que define o

⁴⁷ A tese de que a concorrência entre um número relativamente menor de grandes empresas pode ser bem mais intensa do que a concorrência entre um número relativamente maior de pequenas empresas não vale como contra-argumento à correlação apresentada; ainda que verdadeira - e acreditamos que o seja! -, esta tese é perfeitamente compatível com o argumentado acima apresentado. Com efeito, uma concorrência entre vinte grandes/médias empresas pode ser mais intensa do que uma concorrência entre 100 pequenas empresas (do ponto de vista da eficiência); no entanto, continua sendo inteiramente válido que uma concorrência entre estas vinte grandes/médias empresas é mais intensa do que uma supostamente existente entre apenas duas ou três grandes/médias empresas.

âmbito de aplicação da lei, dispõe que a mesma “aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (...)”, aí incluindo-se, obviamente, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades estatais sujeitas à Lei de Licitações, de modo que toda pessoa física ou jurídica que estiver obrigada, como demandante de bens ou serviços no mercado, a licitar, estará também sujeita às normas e aos princípios do Direito Concorrencial. A situação é idêntica, por exemplo, na União Européia⁴⁸, bem como no direito alemão.

O caso deste último é particularmente ilustrativo na medida em que a dogmática alemã está muito à frente das demais no que se refere à tematização explícita dos deveres do Estado em face da legislação da concorrência local. O § 98 do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (“Lei contra as Restrições à Concorrência”) contém uma série de dispositivos que pautam a atividade preventiva e repressiva das autoridades com respeito a eventuais restrições à concorrência praticadas pelo Estado enquanto agente participante num dado mercado, isto é, ofertante ou demandante de bens e serviços⁴⁹. Casos similares àquele que constitui o objeto deste Parecer são discutidos e classificados pela dogmática e jurisprudência alemãs sob a denominação *Nachfragetätigkeit des Staates* (“demanda do Estado”)⁵⁰.

A participação do Estado nos mercados como demandante de bens e serviços é, sem dúvida, uma das maiores preocupações tanto das autoridades (*Bundeskartellamt*) como dos doutrinadores. Ela decorre do fato de o Estado constituir, num número bem significativo de mercados, o principal - senão o único - demandante. Esta situação conduz inevitavelmente a posições de poder nos respectivos mercados, poder, evidentemente, passível de ser utilizado de forma abusiva pelo seu detentor. *Volker Emmerich*, um destacado especialista alemão, menciona, por exemplo, os vários casos em que o Estado, diretamente ou por meio de empresa por ele total ou parcialmente controlada, detém poder de mercado para privilegiar de forma injustificada, na sua política de compras e concessão de serviços, algumas poucas empresas em detrimento de outras, gerando efeitos negativos no mercado⁵¹. Neste contexto, ele

⁴⁸ Cf. o artigo 90 do Tratado de Roma, bem como a monografia já citada de Daniela Steinberger (nota 8).

⁴⁹ Sobre o § 98 cf., entre os vários comentadores, Immenga e Mestmäcker (orgs.), *GWB Kommentar*, Beck, (1981); bem como, Eugen Langen, *Kommentar zum Kartellgesetz*, Hermann Luchterhand, (1982), contendo ambos também comentários sobre o direito da União Européia.

⁵⁰ (Os textos e expressões em idioma alemão, incluindo os apresentados nas notas de rodapé, foram traduzidos livremente.)

⁵¹ Cf. os comentários de Emmerich ao § 98 in: Immenga e Mestmäcker, *op. cit.*; cf. do mesmo autor o também já citado *Kartellrecht*, p. 48.

refere-se de forma expressa à contratação de serviços de engenharia, concentrando a sua crítica na *criação de barreira artificiais à entrada*⁵² de concorrentes nos mercados em que existe concentração da demanda estatal sobre apenas algumas poucas empresas ofertantes⁵³. *Emmerich* defende como única solução do problema a aplicação *estrita* da legislação contra restrições à concorrência à atividade de demanda estatal, amparando-se numa longa série de decisões dos Tribunais alemães.

Interessante destacar, em relação a este último ponto, que o adjetivo em itálico (“estrita”) é entendido por *Emmerich* como significando um *plus* de rigorismo comparativamente à metodologia e aos critérios de aplicação da legislação a pessoas jurídicas não controladas pelo Estado. Isto fica evidente na maneira pela qual o autor vê a questão da caracterização de uma *posição dominante* em casos envolvendo as empresas estatais. Aplicação *estrita* da lei implica aqui algo *a mais* do que a regra do *market share* tradicionalmente adotada nos casos em que as condutas de tais empresas não estão em jogo; nos casos normais, recorde-se, a existência de uma posição dominante em sentido técnico é determinada diretamente a partir da participação de mercado de uma empresa num mercado relevante definido previamente⁵⁴, sendo esta a regra também no Brasil (artigo 20, § 3, Lei 8.884); ocorre que *Emmerich* reivindica para as empresas controladas total ou parcialmente pelo Estado um *tratamento excepcional*, na medida em que as mesmas dispõem em regra de poder ou *vantagens competitivas* decorrentes pura e simplesmente da sua origem ou parentesco, nada tendo a ver com fatores imanentes aos processos de mercado (maior eficiência). Ora, argumenta o autor, é justamente a posse excepcional deste poder ou destas vantagens que converte o Estado e as suas empresas em um foco permanente de perigo potencial para os seus concorrentes, ofertantes e demandantes. A conclusão a que chega *Emmerich*, por esta via, é a de que as referidas empresas estatais devem *ser sempre tratadas como possuidoras de uma posição dominante* sobre seus concorrentes, fornecedores e compradores,

⁵² Para o conceito de barreira à entrada, cf. abaixo.

⁵³ No mesmo sentido argumenta Daniela Steinberger (op. cit., p. 24): “Die Marktzulassungsbeschränkungen bewirken in besonderem Maß, daß ein Zugang zu einem bestimmten Marksektor nicht für alle Wettbewerber sichergestellt wird. In der Regel wird ein wirksamer Wettbewerb von vornherein ausgeschlossen. Es handelt sich daher um Maßnahmen mit erheblich wettbewerbsbeschränkender Wirkung.” (“Restrições à entrada num mercado implicam que o acesso a um determinado mercado não está garantido para todos os concorrentes. Em regra isto significa que uma concorrência efetiva é, desde o início, excluída. Trata-se portanto de medidas com impactos fortemente anticompetitivos.”)

⁵⁴ Sobre o conceito de mercado relevante cf. Mario Possas, “Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência”, *Revista do IBRAC*, (1996).

salvo nas hipóteses em que apareçam nas transações mercantis como “iguais entre iguais”⁵⁵.

A posição de *Emmerich* confirma, de um outro ângulo, o argumento que expusemos anteriormente a respeito da existência de uma assimetria de poder em favor da Administração enquanto autoridade licitante *vis-à-vis* as empresas prestadoras de serviços (enquanto ofertantes *potenciais*). No mesmo sentido pode-se interpretar a preocupação já citada do *Bundeskartellamt* com respeito aos possíveis abusos do Estado enquanto demandante de bens e serviços. Uma manifestação recente desta preocupação encontra-se no Relatório deste órgão de proteção e defesa da concorrência referente a suas atividades no período de 1995/1996. Segundo o Relatório, é cada vez mais freqüente o comportamento anticoncorrencial de empresas e órgãos estatais consistente na exigência de critérios para o fornecimento de serviços e/ou bens que limitem, de forma não justificada, o número de fornecedores potenciais. O dito Relatório menciona ainda que é comum tentarem as autoridades justificar tais critérios restritivos mediante o recurso a motivos de política econômica, como por exemplo o combate ao desemprego em uma determinada região ou em uma determinada categoria ou faixa social. No entanto, arremata o documento, existindo uma relação de poder entre o agente demandante e os referidos fornecedores potenciais, não valem tais ou outras justificativas similares, podendo-se caracterizar os casos de adoção destes critérios como infrações contra as normas da legislação concorrencial que proíbem condutas discriminatórias e que criem dificuldades ao funcionamento de empresas⁵⁶.

Esta remissão ao direito comparado, especificamente ao alemão, serve como pano de fundo para o tratamento da questão que nos ocupa do ponto de vista da ordem econômica constitucional brasileira e da Lei 8.884/94. Este

⁵⁵ Vale notar que nada obsta, do ponto de vista do direito positivo, a recepção do argumento de *Emmerich*, na medida em que, como se disse, o § 3 do artigo 20 contém apenas uma *regra*. Como mostraremos abaixo, no entanto, é possível *integrar* tal argumento no âmbito de aplicação da regra mencionada, na medida em que a conduta discriminatória da Administração influi diretamente na delimitação do mercado relevante. Ademais e independentemente disto, o presente texto está lidando com os potenciais impactos da adoção *generalizada* da “capacitação técnico-operacional” como condição de habilitação em licitações, o que autoriza o tratamento do Estado e de suas empresas *agregadamente*.

⁵⁶ Cf. BkartA, TB, 1995/96, p. 28: “Ein wettbewerbswidriges Verhalten öffentlicher Auftraggeber zeigt sich immer häufiger darin, daß (...) für die Vergabe Kriterien zugrundegelegt werden, die den Kreis der für öffentliche Aufträge in Frage kommenden Unternehmen ungerechtfertigt einschränken.” (“Uma conduta anticompetitiva de contratantes públicos se manifesta de modo cada vez mais freqüente no fato de que para a contratação são fixados critérios que restringem de forma injustificada o universo dos ofertantes potenciais.”)

pano de fundo é, por sua vez, tanto mais apropriado quanto mais similares as normas, princípios, categorias dogmáticas e critérios metodológicos a presidir a interpretação e aplicação do Direito da Concorrência nas várias partes do mundo. Como seria de se esperar, há, na esteira do processo econômico real de internacionalização crescente dos mercados e de convergência das políticas econômicas voltadas ao aumento da competitividade das respectivas indústrias nacionais, também no âmbito jurídico uma adequação das normas reguladoras da concorrência a nível global e, conseqüentemente, uma homogeneização do instrumental teórico específico relativo à sua aplicação. 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*. Alguns dos argumentos mais relevantes que suportam esta tese foram já apresentados, cabendo-nos agora a tarefa de aprofundá-los teoricamente e demonstrar a sua aplicabilidade ao caso concreto, isto é, *o caráter inconstitucional e ilegal da generalização da exigência da “capacitação técnico-operacional” como condição essencial para a habilitação de empresas em licitações públicas*.

Para este fim, explicaremos, num primeiro momento, o sentido jurídico dos conceitos de livre concorrência e de livre iniciativa, na medida em que são ambos centrais para o entendimento do modo sistemático por meio do qual o legislador definiu as infrações da ordem econômica nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Com efeito, é não apenas razoável - e correto dogmaticamente - reduzir os vários exemplos de infração apresentados na Lei a dois tipos básicos, a saber, restrições à livre iniciativa e restrições à livre concorrência; além disto, é ainda plausível estabelecer um nexó lógico entre ambos os tipos, de modo que possam ser caracterizados como *manifestações específicas* de um *único* conceito de infração. Demonstrada esta conexão lógica, passaremos em seguida à concretização dos conceitos tendo em vista o objeto deste Parecer, o que implicará o recurso complementar a uma investigação predominantemente econômica.

3. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Efeitos Potenciais Anticompetitivos da Exigência de Capacitação Técnico - Operacional

3.1. Aspectos Jurídicos

O Direito da Concorrência brasileiro está estruturado em torno a uma preocupação normativa que lhe confere unidade, e que está incorporada de modo implícito no artigo 170 da Constituição Federal, o qual fixa, por assim dizer, as bases da ordem econômica constitucional. De acordo com o disposto neste artigo, a ordem econômica, fundamentada na “livre iniciativa e na valorização do trabalho humano”, não é um fim em si mesmo, mas permanece ligada normativamente a uma concepção relativa ao “bem de todos”, isto é, ao aproveitamento social dos seus frutos pela coletividade, como uma condição material à realização da liberdade e autonomia dos indivíduos. Este ponto de partida normativo confere à atividade legislativa e sobretudo às de aplicação do direito pelas autoridades e de sua interpretação pela dogmática jurídica um norte relativamente preciso. Para as normas integrantes da Lei 8.884/94, este critério abstrato de unidade adquire concreção a partir do momento em que os processos e comportamentos econômicos regulados pelas mesmas devem ser analisados sob a ótica valorativa de sua “funcionalidade social”, entendida no sentido acima exposto.

Para afastar mal-entendidos, cabe dizer que “funcionalidade social” não está de forma alguma associada a uma postura *intervencionista* do Estado no que se refere às condutas dos agentes nos mercados, de modo a “restringir” a liberdade dos mesmos; trata-se, muito ao contrário, de um ponto de vista que procura legitimar a *regulação* estatal da economia como *condição de garantia da liberdade* dos agentes. Neste sentido, não há, propriamente falando, uma restrição, mas sim, *garantia da possibilidade* do exercício *generalizado* da liberdade, na medida em que se supõe que tal liberdade, por sua vez, é uma condição necessária para a obtenção eficaz dos resultados inscritos como finalidades normativas na Constituição Federal. Esta perspectiva geral, obviamente, ainda é demasiado abstrata para que dela possam ser deduzidos os conceitos e instrumentos de análise necessários para aplicar e interpretar as normas e princípios do direito de defesa da concorrência; no entanto, elas servem, como dito acima, para orientar o caminho, fixando a direção em que os mesmos devem ser buscados e encontrados.

A esta dimensão da definição dos valores constitucionais acrescenta-se uma outra, de caráter “histórico-sistêmico”, referente ao *instrumental analítico* com o qual operacionalizar os valores constitucionalmente previstos de forma a garantir a sua interpretação *consistente* e a sua aplicação *eficaz*. Em outros termos, entre os valores constitucionais (pontos de partida da análise), de um lado, e as atividades interpretativa e aplicadora, de outro, deve ser interposto um corpo teórico que garanta, simultaneamente, uma certa consistên-

cia lógica na interpretação das normas e princípios (como condição de racionalidade e de justiça), bem como um certo realismo na percepção e descrição do objeto de regulação (como condição de eficácia)⁵⁷.

No caso particular do Direito da Concorrência, isso implica uma busca de coerência interna na explicação dos conceitos e no tratamento dos efeitos jurídicos associados às condutas, bem como, complementarmente, o recurso a uma descrição das relações de concorrência entre os agentes econômicos que, *respeitando as restrições normativamente fixadas*, possa servir como base de sustentação teórica e empírica às atividades dos juristas e autoridades, a fim de garantir-lhes o necessário atrito com a realidade. Dada esta dupla exigência, a solução dogmática mais correta para o problema consiste num tratamento dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência de forma a assegurar-lhes um sentido juridicamente autônomo, embora logicamente interligado - e isto da maneira apresentada a seguir.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência funcionam, já foi visto acima, como os alicerces sobre os quais está construído o Direito da Concorrência brasileiro. Isto é particularmente manifesto no que se refere ao conceito de infração da ordem econômica. Com efeito, este pode ser explicado como uma restrição *seja* da livre iniciativa de um agente, *seja* da livre concorrência num mercado relevante. A unidade do conceito é garantida pela unidade do enfoque no tocante aos princípios, de modo que estes últimos, apesar de possuírem significados diversos, estão internamente relacionados. Para compreender como se dá tal relacionamento interno, é necessário recorrer àquilo que denominamos “funcionalidade social” dos processos e condutas dos agentes econômicos.

De acordo com a mesma, a ordem econômica deve estar estruturada de modo a possibilitar que os seus frutos, isto é, a eficiência econômica e o progresso técnico e material, possam ser mais ou menos rapidamente difundidos entre os membros da coletividade. Numa economia de mercado, o instrumento mais potente (e consistente com seus princípios) para acelerar esta difusão são as *pressões competitivas* atuantes sobre os agentes, uma vez que, na presença das mesmas, estes vêem-se continuamente impelidos a *innovar* nos produtos, nos processos produtivos e nas formas organizacionais, ou pelo menos a mantê-los tecnicamente atualizados, a fim de adquirir e manter vantagens competitivas conquistadas ou, ao menos, evitar acumular demasiadas desvantagens. Ademais, posto que tal necessidade de inovar ou atualizar-se, como condição de competitividade, reparte-se indiscriminadamente entre a totalidade dos agentes econômicos, tais condições vão-se difundir e as respectivas vantagens vão ser diluídas com o tempo, à medida em que mais e mais agentes incorpo-

⁵⁷ Cf., no que segue, Luis Fernando Schuartz, *Dogmática jurídica e Lei 8.884/94* (manuscrito).

rarem as inovações anteriormente surgidas e neutralizarem, com isto, os ganhos extraordinários a elas associados⁵⁸.

Em outras palavras, a realização *in concreto* dos valores pressupostos pelo constituinte (difusão do progresso técnico e material) depende: (1) do uso criativo dos recursos privados pelos agentes econômicos, o que contribui para o avanço produtivo, organizacional e tecnológico e para a eficiência na utilização dos fatores de produção; e (2) da aceleração, via incremento das pressões competitivas, do processo de difusão das inovações e de diluição das vantagens geradas por este mesmo uso criativo, transformando, de modo progressivo, os ganhos antes apropriados pelo agente inovador em benefícios passíveis de aproveitamento pela comunidade. Pois é justamente no fornecimento de cobertura normativa a estas duas condições básicas que deve ser vista a função dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como das normas definidoras de infrações da ordem econômica, tal como previstas na Lei 8.884/94.

De fato: o princípio da *livre iniciativa* tem como seu núcleo essencial a garantia *jurídico-formal* da *possibilidade* do uso criativo ou inovativo de recursos privados por cada um e todos os agentes econômicos; nenhum agente pode ser obrigado a criar, já que isto seria contraditório não apenas em relação à noção de criatividade, mas também, à de liberdade. O que o princípio garante, assim, é a *possibilidade* de criar ou incorporar avanços; em outros termos, um espaço de alternativas de escolha indetermináveis, colocado à disposição dos agentes para que o utilizem como desejarem, condicionados no seu uso *apenas* pelas restrições fáticas inerentes ao próprio processo concorrencial e, obviamente, aos recursos do agente. Com efeito, o princípio da livre iniciativa não garante a uma dada empresa a entrada num mercado relevante para a qual os seus recursos são insuficientes, nem a permanência no mesmo independentemente da sua competitividade; por outro lado, haverá uma violação ao dito princípio quando possibilidades de inovação ou de incremento de eficiência econômica asseguradas formal e normativamente forem *neutralizadas artificialmente*, ou seja, impedidas *a priori* de se efetivar em virtude de arranjos institucionais injustificáveis em face dos objetos de proteção legal.

Vejamos o que isto quer dizer à luz de um exemplo. Tomemos um caso em que uma empresa recusa a venda a uma outra de um insumo essencial para

⁵⁸ Estamos falando aqui, note-se bem, de “inovação” como o atributo de uma atividade que ocorre ao nível de *cada empresa*; assim, inovar não significa ser o primeiro no mundo a criar um novo produto, um novo processo ou uma nova forma organizacional, mas sim, incorporar *à empresa* um novo produto, processo ou forma organizacional, mesmo que já *inventados* por outrem. Cf. Richard R. Nelson, “National Innovation Systems: A Retrospective on a Study”, in (do mesmo autor): *The Sources of Economic Growth*, Harvard University Press, 1996, p. 276.

a produção por esta última de um produto tecnologicamente avançado, e que constitui um novo mercado com elevadas taxas de crescimento. Esta conduta (que os norte-americanos denominam *technological ties*⁵⁹) limita *a priori* a capacidade de inovar de uma determinada empresa. Ela poderia ser justificada, em princípio, se demonstrada a falta de credibilidade da proposta do eventual interessado. Vamos supor que esta não seja a razão da recusa, mas sim, que a empresa fabricante do insumo controle uma terceira empresa, a qual atua no mesmo mercado que o interessado comprador não satisfeito em sua demanda, de forma que a intenção é unicamente favorecer a controlada em detrimento deste último, seu concorrente. Ora, ainda que compreensível do ponto de vista da estratégia global da controladora, tal motivo é obviamente inaceitável do ponto de vista da legislação, na medida em que o uso da criatividade de um agente numa dada direção é neutralizado *a priori* e os efeitos prováveis desta neutralização não são (no nosso exemplo) justificáveis a partir da conduta do comprador. Noutras palavras, a *possibilidade generalizada de criar ou de veicular progresso*, que a lei reconhece como um de seus valores supremos, foi restringida por uma razão alheia à *permitida* tendo em vista o modo de funcionamento dos mercados *pressuposto normativamente*.

Essa relação entre restrições à possibilidade generalizada de exercer atividade inovativa ou que incorpore progresso econômico (que é o núcleo essencial do princípio da livre iniciativa) e argumentos permitidos em face do modo de funcionamento dos mercados pressuposto juridicamente, é extremamente importante para poder compreender, *a contrario sensu*, que as normas do Direito da Concorrência não aceitam quaisquer “justificativas” no que se refere à permissão de condutas que limitem ou restrinjam a liberdade de um ou mais agentes econômicos. Ela também ajuda a compreender a antes mencionada posição da agência de defesa da concorrência alemã no sentido de desconsiderar os argumentos de política econômica oferecidos por autoridades na tentativa de “justificar” critérios que limitem a participação de empresas em concorrências públicas. Mais importante ainda, a argumentação precedente revela, do ponto de vista do Direito da Concorrência, o caráter ilícito de uma conduta a partir de indicadores que não estão *diretamente* associados a um prejuízo *imediato à concorrência num mercado relevante*. Com efeito, trata-se no exemplo de um prejuízo efetivo (ou potencial) a um *concorrente individual* que repercutirá negativamente sobre o grau de intensidade da concorrência no mercado apenas indireta e presumivelmente, em todo o caso de forma sempre *mediada*, ou seja, por meio de um impacto negativo esperado sobre o nível das *pressões competitivas* atuantes, no futuro, sobre os agentes no mercado em questão. Tudo o que a norma exige efetivamente nestes casos é a presença de uma posição dominante ou relação de dependência entre as

⁵⁹ Cf. a decisão *Foremost Pro Color v. Eastman Kodak Co.* (1983).

empresas, bem como a ausência de justificativa (no sentido acima explicitado) para a conduta restritiva.⁶⁰

Estas proposições, que - vale a pena ressaltar - dizem respeito apenas às condições de legalidade/constitucionalidade de condutas restritivas do ângulo do princípio da livre iniciativa, têm implicações diretas no tocante à crítica da interpretação do artigo 30, II, da Lei 8.666/93, que constitui objeto de nossa análise. Com efeito, a adoção desta interpretação implica para as empresas prestadoras de serviços de engenharia para a Administração uma gravíssima restrição nas suas respectivas liberdades de iniciativa, posto que as mesmas ficam *a priori* impossibilitadas de fazer aquilo que ainda não fizeram. Ora, esta restrição simplesmente contradiz o sentido normativo do princípio da livre iniciativa, que consiste justamente na garantia formal da possibilidade de *concorrer* e, por extensão, de *innovar ou incorporar eficiência econômica*.

Esta conclusão é fortalecida e complementada ao invocarmos, para fins de análise, o princípio da *livre concorrência*. O núcleo normativo essencial deste princípio é simétrico ao do princípio da livre iniciativa e pode ser mais facilmente compreendido por referência ao mesmo. Se, como acabamos de ver, o princípio da livre iniciativa garante à totalidade dos agentes econômicos (como uma condição *institucional* necessária para o progresso tecnológico e o incremento das pressões competitivas na economia) a possibilidade jurídico-formal de exercício da criatividade e da busca de competitividade, o princípio da livre concorrência visa, de modo complementar, a assegurar, *nos mercados*, as *condições estruturais* para que tal incremento possa ocorrer de forma suficiente a *acelerar* o processo de criação/destruição de vantagens competitivas entre os agentes econômicos e, com isto, também o *aproveitamento social* dos benefícios gerados em virtude das atividades dos agentes inovadores.

Em outras palavras e indo diretamente ao essencial, o princípio da *livre iniciativa* tem como finalidade normativa precípua garantir a possibilidade de inovação e geração contínua de vantagens competitivas e ganhos extraordinários para os agentes mais eficientes, ao passo que cabe ao princípio da *livre concorrência* zelar pela *difusão das inovações e eventual diluição destas vantagens e destes ganhos no período mais rápido de tempo possível*. Em regra -

⁶⁰ Cf., como respaldo doutrinário e jurisprudencial para a definição de um tipo de infração *independente* da comprovação de um prejuízo *direto* à concorrência, na União Européia: Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, Sweet and Maxwell (1993); para o direito alemão, cf. o § 26, II do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, bem como os comentários de Volker Emmerich, *Kartellrecht*, Beck (1994), pp. 297 e ss., no contexto do conceito de *marktstarkes Unternehmen*, que corresponde mais ou menos ao nosso conceito de posição dominante; nos Estados Unidos, cf. a ampla literatura técnica e jurisprudência existentes sobre a conduta denominada “monopolização” (*monopolizing conduct*).

e como veremos detalhadamente -, a concretização do princípio da livre concorrência significa um controle rígido, pelas autoridades competentes, das condutas das empresas dotadas de poder econômico especialmente do ponto de vista de uma variável fundamental, qual seja, a *estrutura do mercado*, e isto tanto no que diz respeito aos *efeitos das condutas para a estrutura* (por exemplo, aumento do grau de concentração econômica, elevação das barreiras à entrada, etc.), como também, aos *efeitos das condutas para a concorrência, possibilitados pela estrutura* (por exemplo, a formação de cartéis, possibilitada e estimulada por estruturas de mercado muito concentradas, por elevadas barreiras à entrada, etc.). Em ambos os casos, o interesse normativo recai na prevenção e repressão de estratégias que causem ou possam causar restrições diretas à *concorrência*, aqui entendida como o *processo dinâmico* de geração/diluição de vantagens competitivas e lucros extraordinários, de intensidade e velocidade diretamente proporcionais ao nível das pressões competitivas atuantes sobre os agentes nos mercados relevantes.

Também do ponto de vista deste princípio constitucional e legal, como ainda veremos a seguir, a interpretação aqui analisada do artigo 30, II, da Lei 8.666/93 não pode prosperar. A sua adoção generalizada pelas autoridades não apenas influiria direta e decisivamente na delimitação dos mercados relevantes de atuação para as empresas de engenharia, mas também, o que é gravíssimo, na própria *estrutura* destes mercados. A conclusão a que chegamos acima ao tratarmos da questão sob a ótica do princípio da livre iniciativa impõe-se aqui com igual força. Segundo a mesma, a *qualificação técnica* referente à *empresa* deve ser eliminada por completo, dado o dever hermenêutico de interpretar os requisitos relativos à “qualificação técnica” previstos no já mencionado artigo 30 coerentemente com os princípios constitucionais e legais da livre iniciativa e da livre concorrência (para não falar dos princípios da isonomia e da eficiência administrativa).

Ademais, ainda que alguém desejasse invocar a possibilidade *lógica* de que, *em algum caso excepcionalíssimo*, a experiência pretérita da empresa funcione como *uma* variável relevante no cálculo do risco da Administração, o suposto benefício que se obteria na eventualidade de se permitir à autoridade licitante que, excepcionalmente (em função quiçá do grau de complexidade do serviço), condicionasse a participação de empresas à prova de terem executado o serviço no passado, fica ainda muito atrás dos custos jurídicos e econômicos, consistentes de um lado nos riscos de abuso de poder administrativo e, de outro, de abuso de poder econômico por parte da autoridade licitante. Note-se, enfim, que não se aceita “*trade off*” entre os princípios da eficiência e da livre iniciativa. Esta última é, além de fundamento da ordem econômica, alicerce da República (artigo 3 da Constituição Federal). De igual modo, não se aceitam barganhas entre o princípio da isonomia e as conveniências da Administração Pública. Nem ao legislador ordinário, nem aos Tribunais nem

muito menos aos juristas, cabe criar, aplicar e interpretar normas de modo a esvaziar o conteúdo essencial do princípio da livre iniciativa. Assim, em *todos os casos*, deve valer como regra absoluta a abertura da licitação a toda e qualquer empresa que possuir “apenas” o *corpo de técnicos qualificados* e a *capacidade econômico-financeira* exigida.

Note-se, adicionalmente, que “experiência” é, em princípio, um atributo *sempre* referível às pessoas *físicas* que compõem o quadro técnico da empresa. Quando falamos, portanto, de uma “empresa experiente” estamos recorrendo a um uso metafórico da linguagem, somente compreensível sobre a premissa implícita de que a referida empresa possui um *corpo técnico* experiente, suficientemente *completo* em termos das qualificações envolvidas. Deste modo, qualquer empresa, por mais “nova” que seja - e desde que, evidentemente, disponha dos recursos econômicos para tanto - poderá, por hipótese, contratar uma equipe técnica *completa* de pessoas altamente experientes e tornar-se, com isso, apta a realizar qualquer serviço que uma empresa “antiga” poderia eventualmente realizar. De modo inverso, a “antiguidade” de uma empresa não garante a sua experiência: suponhamos que uma empresa existente há muitos anos no mercado perca *todo* o seu *staff* para uma entrante, e tenha que contratar apenas profissionais recém-formados, sem qualquer experiência. Nesta hipótese, consistentemente teríamos de negar a aplicação do predicado “experiente” à empresa. Em resumo, o problema da experiência de uma empresa tem a ver com a experiência acumulada de seus técnicos, e a possibilidade de uma nova empresa adquirir a *experiência* pertinente, por meio da contratação do pessoal técnico qualificado - na variedade e qualidade necessárias -, é uma questão que se deve resolver por meio de um mero cálculo custo/benefício (ou seja, o custo da contratação do pessoal técnico qualificado vs. o benefício esperado com a entrada no novo mercado).

3.2. Capacitação “Técnico-Operacional” e Efeitos Anticompetitivos: Aspectos Econômicos

Viu-se acima que é razoável que os agentes públicos queiram garantir que as empresas *vencedoras* de um processo de licitação apresentem certos níveis pré-estabelecidos de qualidade, isto é, que as empresas demonstrem ser capazes, sob os prismas técnico e econômico-financeiro, de realizar os serviços para os quais estão sendo contratadas. Tal preocupação é válida na medida em que, uma vez firmado o contrato de execução dos serviços entre as partes, sua dissolução implica custos de transação consideráveis para tais entidades.

Por outro lado, é preciso verificar se as exigências estabelecidas para a concretização dessas garantias não geram efeitos de natureza anticompetitiva, ferindo, com isso, a ordem econômica. A questão, portanto, está em avaliar se e até que ponto a adoção generalizada das cláusulas que expressam requisitos de qualificação técnica para a *participação* nas concorrências públicas entra

em contradição com os princípios básicos da ordem econômica, à medida que algumas dessas exigências não sejam estritamente necessárias para a realização dos serviços dentro dos padrões técnicos requeridos, bem como do adequado cumprimento das metas estabelecidas.

Como antecipado na Introdução, são três os tipos de exigência que cabe distinguir para fins desta análise:

- (i) “capacitação técnico-profissional”: os membros da equipe responsável pela execução dos serviços devem demonstrar qualificação técnica e experiência profissional compatível (na variedade e qualidade requeridas, inclusive em termos de *equipe* se necessário) com o tipo de serviço a ser executado;
- (ii) “capacitação econômico-financeira”: as empresas licitantes devem possuir certas características econômico-financeiras, tais como níveis mínimos de capital social, de liquidez, de grau de endividamento, etc.;
- (iii) “capacitação técnico-operacional”: a pessoa jurídica - a empresa - deve comprovar a existência de experiência prévia na execução dos serviços objeto do Edital de concorrência.

O cumprimento da primeira exigência garante à entidade licitante que as empresas qualificadas dispõem de recursos humanos compatíveis, em termos de qualidade técnica e gerencial, com a execução do objeto do edital, enquanto que a satisfação da segunda condição elimina o risco de que a empresa eventualmente vencedora não possua as características econômico-financeiras necessárias à prestação de serviços de engenharia para obras de grande porte. Entretanto, a *terceira* condição - a chamada “capacitação técnico-operacional” - é essencialmente redundante, frente às garantias referentes às capacitações técnico-gerenciais e financeiras já objetivadas nas duas outras condições, bem como *excessivamente restritiva* em relação à participação nas licitações de empresas adequadamente habilitadas, gerando efeitos *anticompetitivos*, como se verá a seguir.

Com efeito, se uma entidade jurídica - a empresa - tem em seu quadro de pessoal permanente um conjunto de profissionais competentes, com formação adequada e experiência comprovada na execução de obras e/ou serviços de características semelhantes àquelas objeto da licitação - inclusive, como já ressaltado, na variedade e qualidade complementares requeridas para constituir uma *equipe* necessária em determinados casos -, então sua capacitação em termos de qualificação técnica e gerencial está suficientemente demonstrada, na medida em que *são esses profissionais, e não a entidade abstrata “empresa”*, os responsáveis e executores do serviço e/ou obra contratada. Por outro lado, note-se mais uma vez que as qualificações pertinentes à empresa como *pessoa jurídica* dizem unicamente respeito à sua condição *econômico-*

financeira, já estando devidamente contempladas no segundo conjunto de exigências acima listado.

Os seguintes argumentos demonstram que a referida exigência de que a empresa comprove experiência prévia na execução de obras e/ou serviços semelhantes àquele objeto do contrato de licitação é suficientemente *restritiva* para produzir *efeitos anticompetitivos* no mercado de serviços de engenharia de grande porte:

- (i) o conteúdo desnecessária e excessivamente restritivo da exigência em questão *impede a entrada e/ou o desenvolvimento de novas empresas* no mercado de serviços de engenharia de grande porte. Trata-se de uma cláusula que cria *barreiras à entrada*⁶¹ artificiais e injustificadas no *mercado relevante de prestação de serviços de engenharia de grande porte*⁶², com isso *limitando a livre concorrência*;
- (ii) a exigência em questão *cria dificuldades ao funcionamento* de empresas fornecedoras de serviços de engenharia para a entidade responsável pela licitação, *limitando, portanto, a livre iniciativa das mesmas, e, indiretamente, a livre concorrência*;
- (iii) a exigência em questão, ao limitar o mercado fornecedor desses serviços de engenharia de grande porte para a entidade licitante a poucas e grandes empresas, *umenta a probabilidade* de surgimento de condutas *cartelizadas* entre essas empresas. Tais condutas implicarão a elevação dos preços dos serviços de engenharia, gerando prejuízos para o Estado e para a sociedade. Trata-se, novamente, de uma conduta anticompetitiva, de-

⁶¹ A noção de *barreiras à entrada* em dado mercado, de uso corrente em Economia Industrial e conceito básico na análise econômica da defesa da concorrência, significa a presença de vantagens das empresas estabelecidas no mercado em relação às entrantes potenciais, devidas a: economias (vantagens de custo) de escala (derivadas do tamanho) e de escopo (derivadas da variedade da linha de produtos); superioridade em termos de *custos*, por acesso a melhor tecnologia ou a insumos e recursos mais baratos; superioridade em termos de *diferenciação* do produto (qualidade, marca, modelos, etc.); acesso ao volume de capital mínimo requerido para aquisição dos ativos necessários ao ingresso no mercado, em particular para a instalação das plantas produtivas, a fixação da marca, a montagem de uma estrutura de distribuição, etc. Como se pode notar, as barreiras à entrada nos mercados são tipicamente *fatores de natureza estrutural*.

⁶² O *mercado relevante* é definido, na tradição antitruste dos E.U.A. e por extensão no Brasil, como o menor mercado (conjunto de produtos, respectivos ofertantes e demandantes, e área geográfica) envolvendo as atividades em questão no qual o *poder de mercado* pode ser exercido, o que requer elasticidades-preço da demanda e da oferta suficientemente baixas para que uma hipotética monopolização do mercado induzisse a uma elevação abusiva de preços por parte desta monopolista hipotética com o objetivo de maximizar seus lucros.

corrente de *estruturas de mercado mais concentradas* que seguramente resultarão da aplicação da norma;

- (iv) adicionalmente, pela imposição do referido tipo de cláusula, ao divulgar detalhadamente o tipo de experiência prévia necessária à habilitação das empresas licitantes, a entidade pública acaba ainda *reforçando concretamente* a oportunidade de *conluio* entre as empresas concorrentes habilitadas, que já estava *estruturalmente* favorecida pela eliminação apriorística de numerosos possíveis concorrentes, posto que permite a prévia identificação das empresas que poderão estar participando da concorrência.

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.

Examinemos mais de perto esses diferentes aspectos.

- (a) *As limitações à livre concorrência* referidas decorrem, *em primeiro lugar*, da criação artificial de *barreiras à entrada* de concorrentes no segmento do *mercado relevante* constituído pelas licitações públicas de serviços de engenharia. Cabem dois esclarecimentos sobre a afirmação anterior.

Primeiro: a simples *existência* de barreiras à entrada em um dado segmento de mercado, embora possa gerar efeitos anticompetitivos, não configura *necessariamente* um prejuízo à concorrência, nem por si só constitui infração à ordem econômica. O que, sim, configura tanto uma coisa quanto outra, no caso considerado, é que tais barreiras *não são* efeitos *estruturais* das características produtivas e tecnológicas daquela atividade econômica, nem tampouco resultado natural de vantagens competitivas conquistadas, mas sim, restrições *artificiais* ao acesso de numerosos concorrentes potenciais, cuja eventual desvantagem competitiva ou de eficiência simplesmente *não pode ser razoavelmente presumida* a partir da aplicação do tipo de cláusula em questão.

O que o referido requisito de qualificação técnica pretende, em princípio de forma legítima, é que se deva exigir preliminarmente por parte das

empresas que se apresentam como candidatas a executar alguma obra de engenharia sob licitação pública um grau de experiência concreta, que se supõe importante na área de engenharia, para prestar tal serviço. O viés anticoncorrencial surge a partir das *condições específicas* que a cláusula presume devam ser atendidas como expressão necessária de tal qualificação, ou seja, a realização prévia de *obras da mesma natureza e de porte equivalente* a ser atestada pela empresa, e não pelo seu corpo de engenheiros responsáveis. A exigência generalizada da “capacitação técnico-operacional” acarreta, logo, prejuízos à livre iniciativa das empresas e à livre concorrência no mercado relevante *de forma desnecessária e injustificada*.

Ademais, no que se refere especificamente ao *porte*, isto é, à dimensão *quantitativa* dos serviços exigidos como experiência prévia, também aqui a exigência genérica da referida cláusula é simplesmente inaceitável, posto que tendente a *superdimensionar* os requisitos efetivos de experiência como ingredientes da qualificação técnica. De fato, sabe-se que em numerosas atividades de construção e de produção podem ocorrer mudanças qualitativas na técnica e/ou na gestão das mesmas em função do tamanho, podendo ou não estar associadas a ganhos de eficiência ou economias de escala. Nos eventuais casos em que tais *diferenças qualitativas* sejam tecnicamente reconhecidas como *significativas - mas somente neles -*, a qualificação técnica poderia em tese incluir a experiência prévia em serviços de *mesmo porte* (mas sempre, como já enfatizado, referente apenas ao corpo de profissionais responsáveis). Particularmente no que concerne à atividade de construção, a presença quer de requisitos qualitativos associados ao porte, quer de economias de escala, é em geral restrita a um limiar de tamanho modesto, que varia de acordo com a atividade em questão. Além, no entanto, deste limiar de tamanho, o porte ou volume da atividade realizada é simplesmente *irrelevante* para caracterizar a experiência desejada⁶³.

Como tais condições certamente variam caso a caso, seria necessário que os editais, no que se refere a esta cláusula, evitassem a rigidez excessiva e anticoncorrencial criada pela imposição de restrições genéricas *uniformes*. A solução ideal, hoje ainda não existente enquanto direito positivo, consiste a

⁶³ Nas palavras do Presidente do Sindicato da Indústria de Construção Civil do Estado de São Paulo, Engenheiro Eduardo Capobianco, “devido às características de seu processo produtivo - dispersão geográfica das obras executadas por cada empresa, diversidade de atividades e inexistência de linha de produção -, na construção civil a eficiência não aumenta com o tamanho das empresas. Esta correspondência só é verdadeira até uma certa dimensão. A partir daí, as dificuldades de manter controles acurados e as despesas associadas ao crescimento do porte não são compensadas por maior racionalidade no processo produtivo”. In: “Cinco irmãos para sete anões”, artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, 4/11/1993.

nosso ver em dar-se preferência - e *apenas quando estritamente necessário* - a uma *especificação individualizada, ad hoc*, dos parâmetros de *porte* dos serviços já executados a serem exigidos como pré-requisito para a habilitação nas concorrências. Esta é uma sugestão, ressalte-se uma vez mais, de política jurídica, na medida em que a lei atualmente em vigor proíbe expressamente as exigências quantitativas relativamente à capacitação técnico-profissional (e a capacidade “técnico-operacional”, mesmo como mecanismo de adoção caso a caso, viola a Constituição).

Quanto ao *segundo* esclarecimento acerca das limitações à concorrência advindas do tipo de cláusula em questão, cabe observar que qualquer análise de efeitos prejudiciais à concorrência de determinada conduta ou estrutura de mercado requer a delimitação prévia do *mercado relevante* ao qual se pretende aplicar tal análise. Trata-se de enquadrar as licitações públicas de serviços de engenharia na moldura de um mercado - isto é, um conjunto de ofertantes e demandantes desse tipo de serviços em dado espaço geográfico - no qual se processa a concorrência entre os agentes e no qual eventual *poder de mercado* possa ser exercido, seja pelo lado da oferta, seja pelo da demanda, para em seguida analisar as condições efetivas - *estruturais* - em que a concorrência nele se dá.

Ora, é fato conhecido que este mercado em que operam as empresas prestadoras de serviços de engenharia de médio e grande porte, no Brasil, sempre foi e ainda é fortemente dependente das encomendas públicas, demandadas nos vários níveis de *governo* e por *empresas públicas e autarquias*. No conjunto da demanda desse mercado, portanto, as encomendas de obras e serviços de engenharia mediante licitações públicas, sujeitas à lei 8666/93 e às normas específicas em editais do tipo aqui tratado, são *predominantes*. Por outro lado, a adoção de cláusulas restritivas da modalidade aqui examinada, como forma de aplicação do critério de exigência de capacitação “técnico-operacional”, tem-se tornado convencional, tendendo a generalizar-se e com isso afetar tal mercado em seu conjunto, a nível nacional.

Ademais, e como observado acima, as *limitações à livre iniciativa e à livre concorrência* oriundas dessas cláusulas restritivas decorrem, *em segundo lugar*, do prejuízo que tal impedimento de acesso a uma parte tão substancial do mercado relevante acarreta para o funcionamento das empresas que tenham sido indevidamente excluídas, seja pelo seu menor porte, seja porque circunstancialmente não tenham realizado ainda aquele tipo particular de obra - *e que provavelmente, num círculo vicioso, jamais poderão vir a fazê-lo*, apesar de estarem plenamente familiarizadas e experimentadas com os *serviços específicos* que a compõem. É importante ressaltar que não se trata aqui do prejuízo desnecessariamente imposto *apenas* às empresas que tenham sido indevidamente excluídas, por mais que este tenha sido relevante (e também seja suficiente para a inconstitucionalidade da interpretação aqui criticada); mas tam-

bém, para a livre *concorrência* no âmbito do mercado relevante, que deixará de contar, como ofertantes potenciais de obras e serviços, com um significativo contingente de empresas cuja capacitação está sendo seriamente *subestimada* e cuja viabilidade de oferta, portanto, não pode ser excluída *a priori*.

Assim, torna-se claro que os prováveis impactos anticompetitivos sobre o mercado em questão, ocasionados pelo tipo de cláusula restritiva discutida neste item - ou seja, quer por criação de restrições à entrada de concorrentes, quer por prejudicar seu funcionamento ao bloquear-lhes o acesso à parte mais substancial da demanda desse mercado -, deverão afetar *significativamente*, e não ocasionalmente, *as condições de concorrência no mercado relevante*, pela criação de restrições *artificiais e tecnicamente desnecessárias ao acesso de concorrentes* em princípio habilitados à prestação adequada dos serviços e obras objeto dos editais.

(b) O aumento do risco de *comportamentos anticompetitivos* no mercado, pela criação artificial de *condições mais favoráveis à cartelização de grandes empresas* ofertantes, é o segundo tipo de problemas gerados pela cláusula restritiva considerada. Tal risco resulta tanto de um fator *estrutural*, associado à *redução considerável do número de concorrentes* no mercado e à *elevação do seu porte mínimo*, quanto de um concomitante fator *estratégico*, associado à possibilidade de *identificação prévia*, implícita nos requisitos colocados no edital, dos poucos concorrentes capazes de atender às precondições impostas.

Viu-se acima que a *concentração de mercado*, ainda que não seja uma condição suficiente, é por certo uma *condição necessária* para o surgimento de poder de mercado; e que, além disso, *maior concentração torna mais provável* a ocorrência de condições favoráveis à adoção de *estratégias anticompetitivas* por parte das empresas ofertantes. Em particular, aumenta a probabilidade de comportamentos voltados à *cartelização*, ou seja, à formação de acordos explícitos ou tácitos que visem deliberadamente ao controle conjunto das condições de funcionamento do mercado, seja na determinação dos preços, das quantidades produzidas e vendidas, de sua qualidade, de sua distribuição e alocação regional, e muitas outras variáveis, com o objetivo de maximizar conjuntamente os lucros, eliminar ou minimizar a rivalidade (seja pela concorrência em preços, qualidade e diferenciação do produto, seja na busca de novas formas de concorrência e mesmo de inovações) e diluir os riscos inerentes à livre iniciativa.

Vale destacar ainda, a propósito, que, *por definição*, a própria noção de *concentração de mercado*, e conseqüentemente *todo e qualquer indicador econômico de concentração*, é função *crescente* da *desigualdade* (dispersão) de tamanhos das empresas participantes daquele mercado, *bem como* função *decrecente* do *número* dessas empresas. Assim, sempre que se aumenta a desigualdade de tamanhos entre empresas de um mercado *ou* se reduz o seu número, se está fatalmente *umentando a concentração* (e portanto *qualquer*

de suas medidas usuais), e com isso a *probabilidade de conluio entre as empresas líderes*, ou seja, as que detêm maiores fatias de mercado. Na verdade, desde que esta noção começou a ser empregada em Economia Industrial, ela vem sendo sistematicamente interpretada, tanto teórica como empiricamente, como um sinal ou indicador inequívoco de *propensão à cartelização ou à formação de conluios*, precisamente porque se assume (e é facilmente demonstrável usando resultados de teoria dos jogos, além de intuitivo) que *tanto o desnível de tamanho quanto o menor número* são fatores favoráveis ao comportamento colusivo ou, no mínimo, coordenado, entre as empresas líderes.

Nesse sentido, a cláusula restritiva em tela, ao reduzir *substancialmente* o número de concorrentes - e em geral, como agravante, excluindo os de *menor porte* - em cada licitação pública, também *aumenta substancialmente* o grau de concentração do mercado. Segue-se um inexorável *aumento*, certamente também *substancial*, da *propensão à cartelização* ou à *formação de conluios e acordos*, tácitos ou não, entre as grandes empresas líderes de mercado. Como agravante, é preciso sublinhar que este mercado de empresas de engenharia que atuam em obras públicas *já é altamente concentrado*, como se depreende do fato de que, em 1991, as oito maiores empresas dentre as 150 que operam neste mercado detiveram cerca de 70% do valor correspondente à totalidade das concorrências públicas realizadas⁶⁴. Assim, o resultado da aplicação sistemática deste tipo de cláusula restritiva será inevitavelmente o de *reforçar*, cada vez mais, o *já elevado poder de mercado das grandes empresas líderes do mercado*.

Mas a essa artificial alteração *estrutural* do mercado, promovida pelas licitações com cláusulas restritivas deste tipo, adiciona-se ainda um importante fator *estratégico* complementar: as próprias restrições em questão indicam *clara e antecipadamente* para o mercado *quais* empresas terão condições de participar de cada licitação específica. Assim, mesmo que se considere que ao nível da estrutura normal de oferta o mercado não seja tão concentrado a ponto de facilitar condutas cartelizadas, *a cada licitação redesenha-se uma estrutura de oferta concentrada* - que, ademais, tende aproximadamente a se reproduzir à medida que as restrições se repetem em licitações sucessivas -, *a qual além disso é de conhecimento antecipado dos participantes*. Configuram-se, assim, *todos os requisitos objetivos e subjetivos* - pequeno número de grandes empresas que ademais se reconhecem mutuamente como “concorrentes” - para viabilizar *comportamentos de cartel* ou colusivos.

A *conclusão* a que se chega é que a aplicação de tais cláusulas - que mostramos serem demasiado restritivas - em licitações públicas para a prestação de serviços de engenharia, especialmente os de grande porte, apresentam

⁶⁴ Dados constantes do artigo de Eduardo Capobianco, *loc. cit.*

um efeito *oligopsônico* - e tendente a *quase monopsonico*, à proporção que tais cláusulas se difundem amplamente nas licitações públicas - na estrutura de *demanda* do mercado; tal efeito, por sua vez, traz ainda conseqüências fortemente restritivas sobre as condições de *oferta* no mercado. Estes últimos são de natureza tanto *estrutural* - por elevar a concentração do mercado relevante, como *estratégica* - ao *criar ou reforçar substancialmente o já elevado poder de mercado* das empresas líderes, em geral de maior porte, aumentando assim significativamente a probabilidade de as mesmas virem a adotar *condutas anticoncorrenciais* no âmbito desses mercados.

4. Conclusão

As conclusões nas quais desembocou a presente análise são fatais para a interpretação que admite a legalidade da exigência da “capacitação técnico-operacional” nos editais para a contratação de serviços de engenharia. De fato, ficou demonstrado que tal interpretação é absolutamente incompatível com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (para não mencionar os princípios estruturalmente análogos da isonomia e da eficiência administrativa). A adoção generalizada da exigência da “capacitação técnico-operacional” como condição de habilitação em licitações públicas viola aquilo que definimos como o núcleo essencial do princípio da livre iniciativa, qual seja, a possibilidade constitucionalmente assegurada a cada agente econômico de concorrer nos mercados e com isso submeter-se às pressões dele oriundas no sentido de inovar e/ou de atualizar-se em termos produtivos e tecnológicos, isto é, de empreender *algo novo* e/ou *mais eficiente* ao nível dos seus produtos, seus processos produtivos e suas formas organizacionais.

Simetricamente, foi visto que também o núcleo essencial do princípio da livre concorrência é afetado pela referida exigência, na medida em que, ao influir de maneira decisiva na delimitação da estrutura dos mercados (por meio de uma criação artificial de barreiras à entrada), acaba-se por reduzir de modo substancial e no limite até mesmo eliminar as pressões competitivas atuantes sobre as grandes empresas do setor. Deste modo, impede-se que o mecanismo dinâmico da concorrência possa cumprir sua função socialmente progressiva, consistente na difusão das inovações e dos padrões técnico-produtivos que refletem o estado da técnica e, com ela, na diluição das vantagens competitivas e no aproveitamento social dos benefícios gerados por agentes privados. Os efeitos líquidos agregados da exigência da “capacitação técnico-operacional” convergem num círculo vicioso em que é concedido ao grupo seletivo das grandes empresas que dominam o mercado de prestação de serviços de engenharia o privilégio, impensável numa economia de mercado, de gozar de modo despreocupado e eterno de lucros extraordinários - em pre-

juízo dos pequenos e médios concorrentes, da eficiência administrativa e, uma vez mais, do contribuinte.

Diante destas considerações, não pode restar qualquer dúvida a respeito da *inconstitucionalidade* da interpretação aqui criticada. Esta conclusão, por outro lado, nos instiga a comentar rapidamente o principal - na verdade, o único - argumento que supostamente justificaria a legalidade da exigência da “capacitação técnico-operacional”. Embora uma eventual legalidade não possa ser invocada contra a evidência de inconstitucionalidade contida no presente texto, e que, ademais, não seja tema específico do presente Parecer a discussão da exigência da “capacitação técnico-operacional” da perspectiva do Direito Administrativo *stricto sensu*, gostaríamos ainda, por respeito à completeza da análise, de dizer algumas palavras sobre o caráter *altamente controverso* da construção interpretativa que busca defender, a todo custo, a inconstitucional exigência da “capacitação técnico-operacional”.

Com efeito e em *primeiro* lugar, *diferentemente* do que ocorre com as restantes exigências (capacidade econômico-financeira e “capacitação técnico-profissional” relativa ao *staff* técnico responsável pelo serviço, o requisito da “capacitação técnico-operacional” *não está expressamente previsto em lei*; em *segundo* lugar, se utilizarmos como critérios complementares de interpretação os métodos sistemático e teleológico, conclui-se facilmente que o argumento invocado pelos defensores da legalidade da “capacitação técnico-operacional” é extremamente frágil.

Do ponto de vista *sistemático*, tal exigência é dificilmente compatível com os princípios da isonomia, da proporcionalidade e da eficiência na gestão administrativa; de uma perspectiva *teleológico-subjetiva*, ela vai radicalmente de encontro à intenção explícita que presidiu a redação final do mencionado art. 30 da Lei 8.666/93, que estabelece, de maneira exaustiva, um rol dos requisitos juridicamente permitidos para a qualificação técnica em licitações. De fato, a exigência da “capacitação técnico-operacional” fazia parte de inciso de um artigo do Anteprojeto de Lei que modificou a Lei 8.666/93, tendo sido contudo *expressamente vetado por razões de inconstitucionalidade* pelo Presidente da República à época; enfim, tendo em vista o critério *teleológico-objetivo* bem como o *mandamento hermenêutico da interpretação conforme à Constituição*, já mencionamos no presente Parecer os inúmeros aspectos que depõem desfavoravelmente àquela interpretação do referido art. 30, II, que visa a incluir em seu conteúdo a possibilidade de exigir a “capacitação técni-

co-operacional” como condição de habilitação em licitações públicas⁶⁵, de modo que a sua inconstitucionalidade está ao alcance da mão.

Especialmente este último critério da adequação às normas e princípios estabelecidos na Constituição é que deve ser visto, no direito moderno, como o decisivo⁶⁶; ele é uma consequência lógica da concepção do ordenamento jurídico como uma estrutura normativa hierárquica, ocupando a Constituição, ou melhor, os princípios constitucionais, a parte superior da hierarquia de normas⁶⁷. De acordo com tal critério hermenêutico, a interpretação de uma norma que demonstre consistência com as normas e princípios constitucionais deve ser sempre preferida a outras que não logrem tal consistência (ou que a logrem em um grau menor do que a primeira). Na eventual impossibilidade de se interpretar o texto em questão de maneira conforme à Constituição, o efeito imediato é a sua nulidade jurídica⁶⁸.

Diante disto, é - do ponto de vista *isolado* do Direito Administrativo, saliente-se - extremamente problemática a referida interpretação do art. 30, II, que este Parecer analisou nos seus efeitos para o Direito Concorrencial. Isto posto, vale a pena ressaltar, por outro lado, que os resultados da presente análise *repercutem* de modo *necessário* na forma pela qual a dogmática do *Direito Administrativo* deve enfocar o tema dos requisitos para a habilitação de empresas nos processos licitatórios públicos; isto porque o sistema jurídico forma uma unidade, o que impede o tratamento dos seus vários ramos como compartimentos estanques. Neste sentido, as normas do Direito Concorrencial e as do Direito Administrativo comunicam-se e relativizam reciprocamente a definição dos seus respectivos significados, em especial quando for possível o estabelecimento de canais de comunicação entre ambos ao nível dos princípios previstos explícita e implicitamente na Constituição Federal e no ordenamento jurídico⁶⁹.

⁶⁵ Sobre os critérios de interpretação, cf. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, (1992), pp. 208 e ss; cf. ainda Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, (1983).

⁶⁶ Na prática judiciária alemã, trata-se da figura da *verfassungskonforme Auslegung*.

⁶⁷ Como proposto por Hans Kelsen, esta concepção pode ser visualizada por meio de uma metáfora: o ordenamento é comparado a uma pirâmide, cujo vértice é representado pela “norma fundamental”, a qual tem por conteúdo o dever de obedecer à Constituição.

⁶⁸ Cf. Larenz, op. cit., pp. 227 e ss.

⁶⁹ A busca desta possibilidade de integração de normas e decisões com a *totalidade* dos princípios explícitos e implícitos no ordenamento jurídico é, aliás, um *imperativo* da atividade de interpretação do jurista, a qual tem por pressuposto a coerência lógica do sistema inclusive como condição de justiça; cf. a respeito os trabalhos de Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, (1985), bem como *Law's Empire*, Cambridge, (1986); cf. ainda Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, (1988), pp. 345 e ss.

Como devidamente demonstrado aqui, a *incompatibilidade manifesta* entre a exigência generalizada da “capacitação técnico-operacional” como condição de habilitação em concorrências públicas de um lado, e os princípios e normas que definem, regulam e protegem a ordem econômica constitucionalmente de outro, *converte em imperativa*, tanto para os juízes e as autoridades licitantes, como também para a dogmática jurídica, a adoção de uma *interpretação liberal* dos arts. 27 e 30 da Lei 8.666/93, em oposição radical àquela restritiva, limitadora da liberdade econômica (livre iniciativa) dos agentes econômicos e da livre concorrência, bem como contrária ao interesse público.

Ora, a esta altura cabe indagar qual o “argumento” sobre o qual estão a agarrar-se os partidários da “capacitação técnico-operacional”. Quais “razões” podem ser aduzidas em favor de uma interpretação contra a qual depõem os argumentos jurídicos e econômicos apresentados ao longo deste Parecer, os quais convergem no veredicto da inconstitucionalidade de qualquer tipo de exigência referente à experiência pretérita da empresa como condição de sua habilitação em uma licitação? Uma vez que não existe *nenhum* argumento de natureza *substantiva* que pudesse justificar tal exigência, os seus defensores buscaram refúgio num argumento meramente *formal*, possibilitado aliás por um irônico acaso por ocasião do *veto presidencial* à mesma “capacitação técnico-operacional” que agora se pretende reintroduzir maliciosamente na Lei pela porta dos fundos. Este “argumento” diz o seguinte: de fato, o dispositivo do Anteprojeto de Lei referente à “capacitação técnico-operacional” foi vetado pelo Presidente da República; no entanto, o trecho do artigo que faz referência a prazos e quantidades não pode ser modificado, uma vez que ao Presidente somente cabe vetar, e não emendar; ora, dado que a Lei proíbe expressamente a exigência de prazos e quantidades para os responsáveis técnicos, a expressão “prazos e quantidades” ficou “solta”, sem poder referir-se a nada explícito; ora - argumenta-se então -, já que na Lei não pode haver expressões supérfluas, é necessário ressuscitar a defunta “capacitação técnico-operacional”, fazendo com que a expressão “quantidades e prazos” refira-se à pessoa jurídica, e não aos responsáveis técnicos.

A artificialidade desta solução salta aos olhos. Invoca-se um expediente meramente formal e extremamente duvidoso do ponto de vista hermenêutico moderno, para tentar, ao arrepio de todos os demais critérios e considerações de natureza substantiva, “salvar” uma expressão irrelevante do ponto de vista da finalidade legal. A máxima hermenêutica (que, recorde-se, não é nada além disto, uma máxima hermenêutica ao lado de muitas outras) acima invocada, segundo a qual a “lei não contém superfluidades”, foi obviamente usada de modo distorcido e contrário a uma concepção moderna de interpretação, a qual confere posição de predominância aos princípios constitucionais, que devem sempre zelar pelas suas consistência e estrutura. Neste sentido, o expe-

diente utilizado é um regresso a um formalismo absoluto do tipo escolástico, a uma variante do hoje felizmente quase esquecido *fiat justitia, pereat mundus*, com a importante qualificação de que a adoção da interpretação em questão não está baseada em qualquer representação de justiça (por mais questionável que pudesse ser), mas sim, e ao contrário, num apego irracional ao formalismo gramatical, completamente míope para o alto preço que se está pagando em termos de princípios constitucionais, eficiência econômica e interesse público: “Faça-se o formalismo, e que pereça o mundo”, é assim a premissa implícita no raciocínio daqueles que nada mais tem de interessante a dizer a respeito do artigo 30, II, da Lei 8.666/93.

Por último, que inexistente qualquer argumento de ordem substantiva para permitir a exigência de experiência pretérita das *empresas*, demonstra-se pelo fato de que não se consegue conceber um tipo de serviço de engenharia sequer (por mais complexo que seja) que não pudesse ser executado por uma *nova* empresa dotada da capacidade *econômico-financeira* necessária para contratar no mercado uma *equipe completa de responsáveis técnicos* suficiente para a tarefa específica. Imaginemos, num caso limite, a construção de uma imensa usina hidrelétrica. À primeira vista, pareceria pertinente, como uma medida de segurança para a contratante, a exigência da experiência anterior da *empresa*. Contudo, o absurdo inerente a este raciocínio torna-se claro ao nos indagarmos quem haveria, em sã consciência, de questionar a *participação* na licitação, por exemplo, de uma poderosa instituição financeira que decidisse *entrar* no mercado de prestação de serviços de engenharia de grande porte, *contratando a totalidade* dos membros de uma equipe técnica altamente especializada e experiente na construção de usinas hidrelétricas? Ao *impedir a entrada* desta empresa no mercado, a exigência da “capacitação técnico-operacional” tem como efeito a consolidação do privilégio inaceitável a que fizemos referência acima, neutralizando esforços inovativos e pressões competitivas, com todos os riscos e malefícios para a economia nacional e o interesse público daí decorrentes. A única opção do grande banco seria *adquirir* uma outra empresa que *já operava* no mercado em questão, *concentrando-o ainda mais* (e sem qualquer benefício visível para a concorrência).

Enfim, por todas as razões apresentadas neste texto, conclui-se que a interpretação do artigo 30, II, da Lei 8.666/93, que defende a possibilidade jurídica da exigência de “capacitação técnico-operacional” (certificado de execução dos serviços objeto da licitação no passado), é, seja qual for o tipo de redação em que vier a ser expressa, *inconstitucional*, pois viola não apenas os princípios da ordem econômica, isto é, os princípios da livre iniciativa (que é também fundamento da República) e da livre concorrência, mas também, e em consequência, os da isonomia e da eficiência administrativa.