

Jean Alves: Corrupção na Petrobras é o chamado bid rigging

06/01/2015

A operação "lava jato", colocou um foco de luz — ainda maior — sobre as práticas de *cartelização* no cenário brasileiro. No dia 11 de dezembro de 2014, foi ofertada denúncia criminal pelo Ministério Público Federal em desfavor de 36 pessoas que, sob a ótica do órgão ministerial, estão envolvidas no esquema de fraude a licitações, lavagem de dinheiro, organização criminosa, entre outros delitos.

Aspecto digno de nota, é que segundo o MPF, com o fito de fraudarem licitações e contratos obtidos com a Petrobras, as *empresiteiras organizaram-se em cartel*, simulando um campeonato de futebol com *cartas marcadas*. Referida alusão, corresponde a uma prática concertada entre as empresas para extirpar a concorrência e elevar os lucros dos agentes econômicos que pretendem desvencilhar-se das amarras do poder estatal.

Atento ao registro histórico e à dinâmica da atualidade, aponta-se que a regularidade das licitações — não apenas na esfera jurídica, mas também, pela sua importância no cenário do desenvolvimento e equilíbrio econômico — ganhou importância pelos benefícios alcançados através do caráter competitivo da livre concorrência entre as empresas participantes do certame licitatório. Para compreender, temos que ter uma pré-compreensão sobre o conceito de concorrência — essencialmente em uma posição prévia. Max Weber^[1], ao seu tempo, já assinalava que “dizemos que há mercado quando há competição”, sendo possível, nessa esteira de pensamento, afirmar que o princípio da livre concorrência obriga os agentes econômicos a disputarem entre si o [livre] mercado. Isso significa poder afirmar que a disputa — podendo também ser compreendida no sentido de rivalidade — traz benefícios significativos à coletividade, uma vez que impõe aos agentes econômicos a diminuição dos preços (para a sobrevivência no modelo capitalista) e, conseqüentemente, estimula-os a ofertarem melhores produtos — a fim de perseguirem os lucros proporcionados pelo mercado.

Com tais — indispensáveis — advertências, recorda-se que a Administração Pública, direta ou indireta, quando pretender, em linhas gerais: alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permitir obras, ou mesmo realizar serviço de uso exclusivo de bem público estará obrigada a realizar o procedimento licitatório. Sobre o conceito de licitação, chega-se ao momento de resgatar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao esclarecer que trata-se de: “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”. ^[2]

Representando a espinha dorsal da Administração direta e indireta, os contratos públicos podem reproduzir — em sua grande maioria — a maior parcela da economia de um Estado. Nesse sentido, um estudo amplo feito pela OECD^[3] apontou que 15 % do produto interno bruto de alguns países são relativos aos contratos públicos, estipulando ainda, que nos países em desenvolvimento essa porcentagem possa ser ainda mais significativa.^[4]

Na medida em que os agentes econômicos, ao revés de competirem, conspiram entre si para fraudar o certame licitatório — mediante conluio ou através da concertação de propostas — haverá um controle interno de preços (o qual seguramente será elevado em porcentagens exorbitantes), bem como incidirá — sem medo de errar — a baixa na qualidade dos serviços ou bens destinados à coletividade.

De mais a mais, a formação de cartéis atuantes em licitações indica — ainda que indiretamente — o desvio de recursos públicos que poderiam ser destinados a programas governamentais, tais como: saúde, educação, moradia, saneamento básico, etc. [5] Em suma, com base na ordem econômica constitucional a qual está fundada na livre iniciativa a fim de assegurar aos seus destinatários uma existência digna, conforme os ditames da justiça social se faz necessário a repressão às ações coordenadas dos agentes econômicos que tenham por objetivo se desvencilharem das armaduras do Estado a fim de obterem lucros incessantes.

Na esfera do desenvolvimento econômico, mais precisamente na década de 90, houve um significativo aumento na conspiração generalizada entre os concorrentes de licitações públicas que visam obter maiores lucros através de práticas coordenadas que permitam benefícios todos os participantes de um só procedimento licitatório. [6]

Referidas práticas são conhecidas na literatura antitruste como *Bid Rigging*, consistentes em uma ramificação peculiar do cartel tradicional que é aplicada exclusivamente em licitações públicas, pela qual os participantes do certame licitatório, ao revés de competirem entre si — mediante a apresentação de propostas reais — estabelecem um prévio acordo com a finalidade de eleger o vencedor de determinada licitação. Desse modo, essa prática coordenada entre os pactuantes, através de mecanismos de compensação às empresas não vencedoras, permite benefícios a todos os envolvidos no conluio.

Sobre o conceito de *Bid Rigging* na literatura brasileira, merece destaque o esclarecimento de Cleveland Prates Teixeira:

Bid rigging consiste no estabelecimento de um acordo entre competidores para conjuntamente eleger o vencedor de determinada licitação pública, com objetivo de favorecer todos os pactuantes mediante a concessão de mecanismos de compensação às empresas não vencedoras. Essa prática pode envolver competidores acordando em não submeter propostas em determinada licitação, ou ainda a apresentação de propostas acima daquela eleita para vencer o certame.[7]

Para reforçar a compreensão sobre o *Bid Rigging*, no âmbito internacional, cumpre sublinhar as anotações estabelecidas pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD), *in litteris*:

Bid aparelhamento (ou licitações fraudulentas) ocorre quando as empresas, que seriam esperados para competir, secretamente conspiram para aumentar os preços ou reduzir a

qualidade dos bens ou serviços para os compradores que desejam adquirir produtos ou serviços por meio de um processo de licitação. Organizações públicas e privadas, muitas vezes dependem de um processo de licitação para obter melhor valor para o dinheiro. Preços baixos e / ou melhores produtos são desejáveis porque resultam em recursos quer ser salvo ou liberto para uso em outros produtos e serviços. O processo competitivo pode conseguir preços mais baixos ou de melhor qualidade e inovação só quando as empresas genuinamente competirem (ou seja, definir os seus termos e condições, honestamente e de forma independente). Licitação aparelhamento pode ser particularmente prejudicial se ela afeta os contratos públicos. Tais conspirações tirar recursos dos compradores e os contribuintes, diminuir a confiança pública no processo competitivo, e minar os benefícios de um mercado competitivo.^[8]

Note-se a diferença entre o conceito clássico de cartel e este destinado ao *bid rigging*. O primeiro, assim como destaca a Secretaria de Direito Econômico (SDE), trata-se de “(...) um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação”.^[9] Em outras palavras, o cartel é um acordo formal entre as empresas oligopolista com a finalidade de concordarem questões de preços, produção, quotas de mercado, alocação de clientes, alocação de território etc. Porquanto, o segundo, cuida-se de prática específica com o fito de fraudar licitações públicas mediante a combinação de propostas e preços — aqui, o objetivo é vencer a licitação e favorecer todos os pactuantes, e não controlar o mercado de um determinado produto.

Os consumidores — em geral — têm o direito de obterem o amplo benefício da livre concorrência. É possível notar que as ações coordenadas entre as empresas praticantes dos esquemas de *bid rigging* não geram apenas lucros elevados aos seus cofres particulares, mas causam danos impactantes no desenvolvimento econômico, social e cultural do Estado-vítima. Alerta também para o fato de que às práticas de *bid rigging* em licitações públicas permitem que os *bidders* obtenham lucros extraordinários. Além disso, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico aponta que essas práticas geram uma elevação nos preços estimada entre dez e 20% em comparação com os preços de um mercado competitivo.

De acordo com a OECD, o objetivo comum nas práticas de *bid rigging* é o aumento do valor da proposta vencedora, gerando o lucro dos agentes econômicos escolhidos. Ainda segundo a

OECD, os esquemas de *bid rigging* incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os pactuantes com os lucros adicionais obtidos pelo *bidder*^[10] escolhido para vencer determinado certame licitatório. O que se constata, dessa forma, é que os pactuantes que combinam não apresentarem propostas — com o objetivo de perderem o certame — ao final, serão subcontratados ou obterão contratos de fornecimento do *bidder* cuja proposta foi adjudicada. Não obstante esses mecanismos de partilha, os esquemas de *bid rigging* foram aprimorados e incorporaram-se — a estes — novos métodos de compensação aos *bidders* que aderem ao pacto anticoncorrencial. O acordo entre os *bidders* pode também incluir pagamentos em dinheiros feitos pelo *bidder* que obteve a proposta adjudicada, são os chamados pagamentos compensatórios. ^[11]

Ao que parece, os reflexos iniciais da operação "lava jato" se amoldam na modalidade de *bid rigging* conhecida como rotação de propostas, ou, na literatura internacional antitruste, como *bid rotation*. Nessa espécie, os *bidders* fazem uma conspiração ao longo do tempo. Explica-se. Há um revezamento pré-ordenado que determina um rodízio de vitórias em licitações durante um determinado período. Essa prática ocorre muitas vezes com vistas a melhor adequação entre o *bidder* vencedor e a demanda do serviço contratado. Não raro, as empresas que pactuam ações coordenadas de *bid rigging* possuem portes diferentes, e até mesmo finalidades diversas. Como exemplo: uma empresa pode ser fabricante e outra distribuidora — o que não as impedem de pactuarem com o fito de fraudar licitações públicas.

Novamente, o conceito é bem sistematizado por Cleveland Prates Teixeira:

bid rotation ocorre quando os concorrentes revezam-se como vencedores ao longo do tempo. Em esquemas de *bid rotation*, todas as empresas submetem ofertas, mas pré-determinam quem vencerá cada licitação. Um dos mais célebres casos deste tipo envolveu os maiores fabricantes de equipamentos elétricos nos Estados Unidos há vários anos atrás. As ofertas vencedoras foram definidas pelos envolvidos de acordo com as fases da lua. Em um dos casos no Canadá, uma mão de pôquer decidiu o vencedor. Normalmente, há uma divisão temporal equânime entre as empresas pactuantes para estabelecer a empresa vencedora, o que imprime um determinado padrão aos certames feitos. Se, por exemplo, existem 4 empresas participando do acordo em licitações feitas anualmente, a empresa ganhadora hoje, só voltará a ganhar no quinto ano após a primeira.^[12]

Na mesma esteira, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), esclarece que:

Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (por exemplo, a proposta de valor mais baixo). Essas formas de acordos de propostas rotativas podem variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou

atribuir valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Além disso, Luís Fernando Rigato Vasconcellos, em julgamento perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), emanou voto proferido no Processo Administrativo 08000.01164/97-53 rememorando que em casos de *bid rotation* no âmbito internacional houve: (...) *casos empíricos incluem o caso de empresas de equipamentos elétricos nos Estados Unidos, que decidiam a empresa vencedora conforme as fases da lua. No Canadá, houve casos em que um jogo de pôquer decidiu qual seria a empresa vencedora, dentre outros casos.*[13]

Seguindo esta linha de raciocínio, conclui-se que as hipóteses de *bid rotation* estabelecem um padrão temporal de escolha — relativamente às empresas que serão consagradas vencedoras dos certames licitatórios.

Registra-se, por oportuno, que as modalidades de *bid rigging* apresentadas são apenas exemplos de conluio que já foram verificados pelas autoridades antitrustes nacionais e internacionais. Cleveland Prates Teixeira anota, ainda, que, as modalidades de *bid rigging* não são excludentes podendo ser feitas concomitantemente, destacando: “Assim, para estabelecer uma rotação de empresas vencedoras, recorre-se, na maioria das vezes, a acordos para não submissão de propostas ou à submissão de preços mais elevados”.[14]

Nada obstante, destacam-se os casos de subcontratação. Nestes, os *bidders* não submetem propostas dignas de concorrência com o fito de perderem a licitação, ou, ainda, se retiram antes da análise final realizada pelo órgão contratante. Assim, o que importa ser enfatizado é que estes *bidders* serão subcontratados – posteriormente – pelo *bidder* previamente escolhido para vencer o certame. Geralmente são concedidos contratos de fornecimento às empresas de menor porte.[15]

Outra modalidade de *bid rigging* é a divisão de mercado. Nesta, por sua vez, os *bidders* realizam um estudo geográfico do mercado a fim atribuírem clientes específicos — ou tipos de clientes — ao perfil do *bidder* selecionado para vencer determinada licitação.

Novamente, faz-se um recorte na literatura internacional, citando um estudo elaborado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a qual averba que, na modalidade divisão de mercado:

Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel. [16]

A OCDE aponta uma grande dificuldade na detecção de esquemas de *bid rigging*. Para tanto, conveniente destacar, à luz da teoria antitruste, que as análises de hipóteses de *bid rigging* devem levar em consideração diversos fatores. A exemplo deste processo de conhecimento, verifica-se; o número reduzido de participantes e padrão dos resultados observados; conteúdo e estrutura das propostas; a oscilação do preço da matéria prima que possa dar ensejo a elevação de preços no mercado atuante e, ainda; análise a longo prazo dos vencedores de outros processos licitatórios do mesmo mercado.

As práticas de *Bid rigging* geram uma falsa sensação de poder de mercado — controle artificial de preços — sem, todavia, qualquer efeito de aumento de eficiência na execução do serviço contratado. Além disso, esta prática coordenada permite aos pactuantes obter uma margem elevada de lucros. Este modelo de ação concertada gera um impacto catastrófico ao bem estar social, tendo em vista que estas contratações são realizadas com fundos públicos, o que certamente desvia recursos de outras áreas alarmantes, como saúde, educação, infraestrutura, defesa, integração nacional, etc.

Por fim, é importante mencionar que os esquemas de *bid rigging* extirpam a concorrência — princípio diretriz contemplado na Constituição do Brasil de 1988 — aumentando os gastos públicos, e, como corolário, desviam recursos que poderiam ser destinados à sociedade pertencente ao Estado-vítima.

[1]WEBER, Max. Economia e sociedade. Brasília: Ed: UNB, 1988, v. 1, p. 35.

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 466.

[3]OECD - *The Organisation for EconomicCo-operationandDevelopment*: A Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE) foi criada em 1948 para executar o Plano Marshall US-financiado para a reconstrução de um continente devastado pela guerra. Ao tornar os governos individuais reconhecer a interdependência de suas economias, ele abriu o caminho para uma nova era de cooperação que iria mudar a face da Europa. Incentivado por seu sucesso, a perspectiva de levar o seu trabalho à frente em um palco global, o Canadá e os EUA se juntou membros OECE em assinar a nova Convenção da OCDE em 14 de dezembro de 1960. A Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) nasceu oficialmente em 30 de setembro de 1961, quando a Convenção entrou em vigor.

A missão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento e Cooperação (OCDE) é promover políticas que melhorem o bem-estar econômico e social de pessoas em todo o mundo.

A OCDE é um fórum no qual os governos podem trabalhar juntos para compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns. Trabalha-se em conjunto com os governos para entender o que impulsiona a mudança econômica, social e ambiental – através de medidas de produtividade e fluxos globais de comércio e investimento. Há análises e comparação de dados para prever tendências futuras, estabelecendo padrões internacionais em uma ampla gama de coisas, de agricultura e de impostos para a segurança de produtos químicos.

Igualmente, objetiva-se uma visão para as questões que afetam diretamente a vida de todos os cidadãos diariamente, como o quanto as pessoas pagam em impostos e de segurança social, e quanto tempo de lazer que podem tomar.

Tradução livre: *"The Organisation for European Economic Cooperation (OEEC) was established in 1948 through the US-financed Marshall Plan for reconstruction of a continent ravaged by war. By making individual governments recognise the interdependence of their economies, it paved the way for a new era of cooperation that was to change the face of Europe. Encouraged by its success and the prospect of carrying its work forward on a global stage, Canada and the US joined OEEC members in signing the new OECD Convention on 14 December 1960. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) was officially born on 30 September 1961, when the Convention entered into force. The mission of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) is to promote policies that will improve the economic and social well-being of people around the world. The OECD provides a forum in which governments can work together to share experiences and seek solutions to common problems. We work with governments to understand what drives economic, social and environmental change. We measure productivity and global flows of trade and investment. We analyse and compare data to predict future trends. We set international standards on a wide range of things, from agriculture and tax to the safety of chemicals."* Disponível em: <http://www.oecd.org/about/history/>, acessado em 24.07.2014.

[4] Cf. <http://www.oecd.org/competition/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm>, acessado em 24.07.2014.

[5] Cf. por exemplo, o artigo 170, inciso VII, da Constituição do Brasil de 1988.

[6] Amplamente sobre o tema, a literatura internacional de ANDRADE, Tito, o qual esclarece que: Bid-rigging é considerada entre as atividades de "hard-core" que a mesa se mantém com grande intenção de perseguir. A proposta de Lei torna uma ofensa criminal para uma ou mais pessoas para entrar em um acordo para: (i) apresentar uma proposta em resposta a um convite à apresentação de propostas ou de propostas que foi estabelecida por acordo, ou: (ii) concorda em abster-se de apresentar uma proposta, em que o acordo em questão não é dado a conhecer à pessoa pedindo ou solicitando os lances antes ou no momento em que a proposta for

apresentada. Em outras palavras, a ação coordenada de licitações fraudulentas pretende frustrar a finalidade do procedimento licitatório, que é o de determinar o preço mais competitivo para um artigo ou serviço.

Em contraste com as disposições da conspiração, licitações fraudulentas é um delito per se. Isto significa que a lesão à concorrência é presumida e não precisa ser provada. Portanto, ao contrário da disposição conspiração, não há nenhum elemento 'undueness' para licitações fraudulentas. Um partido considerado culpado sob a provisão licitações fraudulentas podem estar sujeito a uma multa no critério do tribunal (no caso de uma corporação) ou prisão por um período não superior a cinco anos (no caso de um indivíduo) ou ambos. Tradução livre: Bid-rigging is considered to be among the "hard-core" activities that the Bureau remains intent on pursuing. Of the Act makes it a criminal offence for one or more persons to enter into an agreement to either (i) submit a bid in response to a call for bids or tenders that was arrived at by agreement, or (ii) agree to refrain from submitting a bid, where the agreement in question is not made known to the person calling for or requesting the bids at or before the time the bid is submitted. In other words, the coordinated action of bid-rigging is intended to frustrate the purpose of the bidding procedure, which is to determine the most competitive price for an article or service.

In contrast to the conspiracy provisions, bid-rigging is a per se offence. This means that the injury to competition is presumed and need not be proved. Therefore, unlike the conspiracy provision, there is no "undueness" element to bid-rigging. A party found guilty under the bid-rigging provision may be subject to a fine in the discretion of the court (in the case of a corporation) or imprisonment for a term not exceeding five years (in the case of an individual) or both. In: Cartels in a global context: Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 12, p. 173.

[7] TEIXEIRA, Cleveland Prates. Voto proferido no Processo Administrativo n.º 08000.004436/1995-04, como representante: Companhia de Saneamento Básico São Paulo (Sabesp), apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília, DF, mai. 2004.

[8] OECD. Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. July, 2012. Disponível em:

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299>. Acessado em 05.08.2014.

[9] Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a Cartéis em Licitações: Brasília, 2008, p.8.

[10] Entende-se por *bidders* os agentes econômicos que utilizam às práticas de *bid rigging* para fraudar licitações públicas.

[11] Cf. OCDE. In: Diretrizes para combater conluíus entre concorrentes em contratações públicas. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acessado em 10.09.2014.

[12] TEIXEIRA, Cleveland Prates. Voto proferido no Processo Administrativo n.º 08000.004436/1995-04, como representante: Companhia de Saneamento Básico São Paulo (Sabesp), apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília, DF, mai. 2004.

[13] VASCONCELLOS, Luís Fernando Rigato. Voto proferido no Processo Administrativo n.º 08000.01164/97-53, como representante: Companhia de Saneamento do Estado do Paraná (Sanepar), apreciado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Brasília, DF, mar. 2006.

[14] TEIXEIRA, Cleveland Prates. Voto cit., p. 73.

[15] Nesse contexto, entende-se por empresas de menor porte as quais não teriam condições de atenderem o órgão contratante, não obstante tenham se posicionado como aptas.

[16] OCDE, op., cit., p. 78. Acessado em 12.09.2014.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jan-06/jean-alves-corrupcao-petrobras-amolda-modalidade-bid-rigging/>