



**IBP1396\_06**  
**BID RIGGING NAS RODADAS DE LICITAÇÃO – MARCO**  
**JURÍDICO-INSTITUCIONAL E SUA PREVENÇÃO**  
Heloisa Borges Bastos Esteves<sup>1</sup>, Douglas Pereira Pedra<sup>2</sup>

**Copyright 2006, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP**

Este Trabalho Técnico foi preparado para apresentação na *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*, realizada no período de 11 a 14 de setembro de 2006, no Rio de Janeiro. Este Trabalho Técnico foi selecionado para apresentação pelo Comitê Técnico do evento, seguindo as informações contidas na sinopse submetida pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho Técnico, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, seus Associados e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho Técnico seja publicado nos Anais da *Rio Oil & Gas Expo and Conference 2006*.

## Resumo

A partir da segunda metade da década de 1990, modificações no marco legal da Indústria do Petróleo no Brasil, dentre as quais a flexibilização do monopólio da Petrobras e a criação da ANP, deram início a uma nova era na indústria, marcada pela introdução da concorrência em todos os seus segmentos. No *Upstream* a concorrência foi instrumentalizada através da realização de leilões públicos – as rodadas de licitação – mecanismo que dá ensejo a preocupações antitruste tipicamente associadas à sua execução. Este trabalho tem por objeto o exame da prática colusiva tradicionalmente denominada *bid rigging*, modalidade de cartel que consiste em acordos entre competidores para determinar o vencedor de determinada licitação pública a fim de, por meio de ações coordenadas, maximizar os lucros das empresas participantes do conluio. Inicialmente, será apresentada uma introdução do tema, seguida de uma breve resenha acerca da prática de *bid rigging*. A seguir, é discutido o marco jurídico-institucional atualmente em vigor, e então são identificadas as possíveis medidas preventivas que podem ser adotadas. Por fim, são apresentadas as principais conclusões do trabalho.

## Abstract

The flexibilization of the Petrobras monopoly and the creation of a Regulatory Agency – the National Petroleum Agency, ANP – highlight the beginning of a new era in the oil industry, identified by the introduction of competition in all segments. In the *Upstream*, competition was instrumentalized through public auctions – the “Brazil Rounds” – a mechanism that originates competition concerns typically associated to its execution. This work will analyze the collusive practice known as *bid rigging* – deals among competitors to determine the winner of a public auction with the objective of, through coordinated actions, maximize the participants’ profits. Initially, an introduction to the subject will be presented, followed by a brief summary of the main theoretical contributions on the subject. Then, we present an investigation of the Brazilian competition legal framework on anticompetitive practices on the *upstream*, followed by the suggestion of measures that could be adopted as a prevention strategy towards the occurrence of this kind of anticompetitive practice. Finally, a brief conclusion will be presented.

## 1. Introdução

A década de 1990 trouxe para a economia brasileira diversas mudanças tanto macroeconômicas – destacando-se a estabilização da inflação e a abertura da economia – quanto microeconômicas – alterações institucionais e setoriais, em especial no que se refere às indústrias de infra-estrutura.

Na indústria do petróleo e gás, as modificações tiveram início com a EC 09/95, que flexibilizou o monopólio da Petrobras nos segmentos de exploração, produção, refino e transporte de hidrocarbonetos. A indústria como um todo passou, então, por um processo de redefinição do papel do Estado orientado pelo objetivo de introdução da concorrência nos distintos segmentos. No *Upstream*, a concorrência foi instrumentalizada através de um mecanismo de

<sup>1</sup> Doutoranda em Economia – IE/UFRJ, Mestre em Economia – IE/UFRJ, Bacharel em Economia – IE/UFRJ e Bacharel em Direito – UERJ. Especialista em Regulação de Petróleo e seus Derivados, Gás Natural e Álcool Combustível – Coordenadoria de Defesa da Concorrência/ANP.

<sup>2</sup> Pós-graduando em Direito do Estado – UERJ, Bacharel em Direito – UNIRIO. Especialista em Regulação de Petróleo e seus Derivados, Gás Natural e Álcool Combustível – Coordenadoria de Defesa da Concorrência/ANP.

leilões de concessão para exploração de blocos exploratórios. O modelo escolhido para a licitação de blocos no Brasil foi o modelo de leilão de primeiro preço com envelope selado.

O desenho de mecanismos de leilão é um dos temas que mais se desenvolveu nas últimas décadas no âmbito de literatura econômica. Conforme a disposição desses mecanismos é que se pode prever se o promotor do leilão logrará maximizar os seus objetivos pretendidos com o referido leilão. Para que os resultados almejados ocorram, entretanto, as regras do leilão devem compreender tanto as etapas anteriores à sua realização, quanto aquelas pertinentes ao leilão em si e ao desenvolvimento do contrato de concessão, quando o vencedor do leilão já terá sido conhecido. Em todos os momentos deve-se atentar para a elaboração de regras que previnam e punam a ocorrência de fraudes ao leilão (dentre elas o *bid rigging*).

*Bid rigging*, o objeto central deste trabalho, é uma modalidade de fraude a leilão caracterizada também como ilícito antitruste. A seção seguinte trará uma breve resenha das principais contribuições da literatura especializada a este respeito, com especial atenção para os trabalhos cujo objeto foram leilões de licitação de licenças de exploração de petróleo e gás. A terceira seção discutirá o marco jurídico-institucional atualmente em vigor e as regras dos leilões de blocos da ANP. Então, serão identificadas possíveis medidas preventivas a ser adotadas para fins de redução da probabilidade de ocorrência de fraudes nos leilões da ANP e, por fim, são apresentadas as principais conclusões do trabalho.

## 2. *Bid rigging* – Contribuições da Literatura

A prática colusiva tradicionalmente denominada *bid rigging* é uma modalidade de cartel<sup>1</sup> que consiste em acordos entre competidores para determinar o vencedor de determinado leilão<sup>2</sup> (público ou privado) a fim de, por meio de ações coordenadas, maximizar os lucros das empresas participantes do conluio. Esquemas de *bid rigging* reduzem o potencial de rivalidade e a competição entre as empresas do setor e aumentam os custos do setor público (particularmente neste caso reduzem os ganhos esperados dos leilões de blocos exploratórios).

Diversas formas de apresentação de um *bid rigging* já foram identificadas, sendo duas formas, teoricamente, ilimitadas. Entretanto, de forma não exaustiva<sup>3</sup>, pode-se propor o seguinte rol de formatos de sua prática, conforme comumente descrito na literatura a respeito do tema:

### i) Bid Supression

Acordo em que os participantes combinam sua não participação em um leilão ainda não realizado, ou sua retirada em leilão já iniciado, de modo a beneficiar um dos participantes previamente selecionado dentre eles.

### ii) Complementary Bidding, Cover Bidding ou Cover Pricing

Acordo em que alguns de seus participantes incumbem oferecer lances propositadamente insuficientes para vencer o leilão tão somente para forjar-lhe uma aparência de normalidade e concorrência. Anteriormente já constava do acordo qual dos participantes deveria ganhar o leilão.

### iii) Bid Rotation

Acordo em que os lances a serem feitos pelos participantes do conluio são determinado por meio de método sistemático ou aleatório. Desse modo, procede-se a um rodízio, entre eles, dos vencedores nos leilões de seu interesse.

### iv) Sub-contracting

Acordo pelo qual remunera-se o participante que não venceu o leilão, mas tomou parte no conluio, por meio de sub-contratos que lhe permitirão, a posteriori, auferir parte dos ganhos relativos ao leilão.

### v) Market Division (ou Market Sharing)

Acordo pelo qual os participantes do leilão concordam em não concorrer em mercados previamente determinados. Tais mercados podem estar configurados em termos tanto de uma determinada área geográfica quanto de um determinado produto ou grande consumidor.

Cartéis em geral reduzem o bem-estar social ao restringir o processo competitivo nos mercados<sup>4</sup>. Na verdade, em qualquer mercado as firmas têm incentivos para coordenar suas decisões e elevar o lucro do conjunto de firmas

<sup>1</sup> Cartéis, em geral, são as práticas anticompetitivas verticais (restrições praticadas por ofertantes de bens/serviços de um mercado que afetam outro mercado ao primeiro relacionado verticalmente - a montante ou a jusante) que consistem em acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes, que afetam parte substancial do mercado relevante, envolvendo o estabelecimento de preços, quotas de produção e distribuição ou divisão territorial, dentre outros.

O *bid rigging*, entretanto, constitui exemplo atípico da prática de cartelização, uma vez que é prática horizontal (a restrição é afeta o próprio mercado onde a prática é adotada).

<sup>2</sup> Para os fins deste trabalho, o termo leilão deve ser compreendido em seu sentido adotado pela teoria econômica, qual seja, todo procedimento formal de licitação utilizado com vistas à promoção da compra e venda de determinados bens e serviços.

<sup>3</sup> Essas formas de *bid rigging* não compõem uma lista exaustiva de sua conformação, nem são excludentes umas em relação às outras, e têm o propósito apenas de sistematizar suas modalidades.

através da imposição de restrições à concorrência<sup>5</sup>. Em particular, a prática de *bid rigging* reduz, para o organizador do leilão, os benefícios decorrentes da concorrência, uma vez que o funcionamento do processo competitivo depende de as decisões dos concorrentes serem tomadas de modo independente. No caso de o leilão em questão se tratar de um procedimento licitatório público, na presença de *bid rigging*, os ganhos inicialmente previstos para a Administração deixarão de ser auferidos em sua totalidade. Esquemas de *bid rigging* impõem, portanto, perdas para o setor público. De fato, a prática de conluio entre participantes de uma licitação pública atua sempre em desfavor do órgão licitante, atuando negativamente sobre sua expectativa de maximização de sua receita esperada.

Estudo da OCDE<sup>6</sup> revela que esquemas de *bid rigging* são de difícil detecção<sup>7</sup>, sendo sua comprovação feita, em geral, por meio de provas indiretas. Diversos economistas têm, então, desenvolvido modelos econométricos de identificação de ofertas ou padrões de comportamento colusivos.

Existem hoje à disposição daqueles interessados em prevenir e coibir a prática de conluio entre participantes de leilões, um conjunto de técnicas intensivas em recursos computacionais que permitem detectar padrões de comportamento em leilões tipicamente associados à prática de conluio entre seus participantes. Tais técnicas utilizam as informações disponíveis sobre os participantes e seus lances nos leilões na busca por tais padrões e é importante que a ANP promova o desenvolvimento de metodologia adequada às características das rodadas de licitação (metodologia esta ainda inexistente).

Adicionalmente, os seguintes sinais podem revelar indícios da ocorrência de *bid rigging*<sup>8</sup>: i) a mesma empresa sempre vence determinado leilão e uma ou mais empresas reiteradamente apresentam propostas perdedoras; ii) as mesmas empresas participam dos leilões e aparentemente há um rodízio dos vencedores entre elas<sup>9</sup>; iii) alguns lances do leilão são evidentemente não competitivos dentro de um parâmetro razoável de expectativas a respeito dos lances; iv) determinada empresa apresenta lances substancialmente díspares, nos leilões de que participa, sem que para isso haja explicação em termos de custos; v) o valor dos lances sobe sempre que uma empresa nova ou não contumaz nos leilões deles participa; vi) um participante vencedor sub-contrata o trabalho de empresas que participaram naquele mesmo leilão que o declarou vencedor; vii) uma empresa retira sua proposta vencedora em um leilão e, subsequentemente, tem seu trabalho contratado pelo novo vencedor; viii) aumentos de valores das propostas dissociados de variações nos parâmetros econômicos considerados determinantes; ix) existência de semelhanças objetivas nas propostas apresentadas por diferentes participantes dos leilões, tais como erros ortográficos ou organização e disposição de seus elementos; x) as propostas escritas contém alterações físicas que indicam modificações de última hora em seu conteúdo; ou uma empresa leva ao leilão mais de uma proposta e decide qual apresentará apenas após estarem determinadas as demais empresas participantes; xi) um participante emite declarações suspeitas, tais como referências a associações de indústria, referências a possível conhecimento prévio das propostas de seus concorrentes, referências ao fato de determinado contrato já “pertencer” a determinado participante, referências a possíveis discussões ou entendimento prévios acerca das propostas dos participantes;

Além disso, deve-se estar atento às condições que favorecem a ocorrência de *bid rigging*, tais como<sup>10</sup> o reduzido número de participantes em um leilão, a baixa substituíbilidade do produto ou serviço licitado, o alto grau de homogeneidade do produto ou serviço licitado, a ocorrência de leilões periódicos reiterados, a existência de associações, clubes, institutos ou relações de negócio ou pessoais que facilitem o contato e a interação entre os participantes dos leilões e seus agentes, a reunião, em uma mesma cidade ou edifício, dos participantes do leilão. Parece particularmente preocupante para o caso dos leilões de licitação da ANP o fato de que, das seis condições que aumentam a probabilidade de ocorrência de cartéis em leilões, cinco estão sempre presentes.

---

<sup>4</sup> A análise microeconômica tradicional conclui que a concorrência nos mercados gera o maior nível de bem-estar para a sociedade (situação onde há maior nível de produto e menor nível de preços). Restrições à concorrência, portanto, reduzem o bem-estar da sociedade como um todo, ao promoverem um maior nível de preços e/ou restringirem a oferta de produtos.

<sup>5</sup> Ressalta PORTER (2005) que a colusão, caso bem-sucedida, beneficia os participantes às custas dos consumidores, ofertantes ou do governo.

<sup>6</sup> OCDE (1998)

<sup>7</sup> Um problema recorrente para as autoridades de defesa da concorrência é a identificação da ocorrência do cartel, uma vez que sendo a prática ilegal, os participantes do acordo evitam a produção de evidências diretas, fazendo com que as autoridades desenvolvam metodologias de identificação de evidências indiretas da ocorrência de cartéis.

<sup>8</sup> Adaptado de “*Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What they are and what to look for – An Antitrust Primer*” disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>> acessado em 08 de maio de 2006.

<sup>9</sup> Os esquemas de rodízio podem ser mais ou menos sofisticados, dependendo do grau de evolução do cartel, e não necessariamente exigirem comunicação freqüente entre os participantes. Nos EUA, um caso famoso é o XXXX, onde o rodízio era determinado pelas fases da lua.

<sup>10</sup> Adaptado de “*Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What they are and what to look for – An Antitrust Primer for Procurement Professionals*” disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf>> acessado em 08 de maio de 2006.

O Office of Fair Trading<sup>11</sup>, autoridade britânica de defesa a concorrência, e o Departamento de Justiça norte-americano<sup>12</sup> fazem as seguintes recomendações a promotores de leilões, concernentes à detecção de conluio entre seus participantes:

- i) Procurar não restringir excessivamente a participação de licitantes por meio de exigências de qualificações;
- ii) Efetuar ampla divulgação de sua licitação;
- iii) Exigir o maior detalhamento possível das propostas a serem apresentadas;
- iv) Manter registro de todas as propostas apresentadas em suas licitações, para fins de comparação;
- v) Exigir que licitantes vencedores celebrem sub-contratos por meio de processos concorrenciais;
- vi) Disponibilizar informações a respeito das estruturas de controle dos grupos empresariais a que pertençam os participantes dos leilões;
- vii) Treinar os servidores envolvidos no processo licitatório e no acompanhamento da execução dos contratos de concessão para que estejam atentos a possíveis indícios de conluio entre os participantes dos leilões.

No caso de leilões de blocos exploratórios, diversos trabalhos exploram a distribuição dos lances buscando identificar padrões de comportamento que poderiam caracterizar indícios de ocorrência de práticas anticompetitivas. Os efeitos deletérios da prática são identificados desde a década de 60, sendo que desde a década de 70 há restrições e fortes punições específicas para a prática<sup>13</sup>.

Uma vez familiarizados com alguns dos principais aspectos da prática do *bid rigging*, passaremos agora a analisar os leilões de concessão da ANP e o marco legal vigente.

### 3. Os Leilões de Concessão da ANP e o marco legal em vigor

Há diferentes modalidades de leilões previstas na literatura econômica e regras para sua execução passíveis de adoção pelo promotor de um leilão, a depender das especificidades do mercado que o objeto do leilão integra. Cada uma dessas modalidades e regras, no entanto, uma vez escolhidas, passam a vincular a realização dos resultados inicialmente previstos e desejados pelo promotor do leilão.

No caso da ANP, seus principais objetivos nas rodadas de licitação são a maximização da receita com bônus de assinatura, dadas as exigências de qualidade das propostas de trabalho, e a efetiva concessão do maior número possível de blocos colocados à disposição<sup>14</sup>. Modalidade de leilão e regras das rodadas de licitação, e suas eventuais alterações, devem, pois, ser determinadas de forma a atender a estes objetivos da melhor forma possível.

Regras e modalidade influenciam a formulação e estratégia das propostas dos licitantes, bem como determinam a eficiência alocativa dos leilões. Este trabalho, entretanto, não se destina à análise das distintas alternativas de modalidades de leilão disponíveis, mas utiliza como ponto de partida as regras escolhidas para o caso dos leilões de licitação de blocos exploratórios no Brasil.

#### 3.1 – O Modelo de Leilões da ANP – *Brazil Rounds*

<sup>11</sup> Citado em “Bid-Rigging, an Offence Against Competition”, disponível em <<http://www.jftc.com/news&publications/Publications/PDF%20DOCUMENTS/Bid-rigging%20-%20an%20Offence%20Against%20Comp..pdf>> acessado em 08 de maio de 2006.

<sup>12</sup> Adaptado de “Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What they are and what to look for – An Antitrust Primer for Procurement Professionals” disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf>> acessado em 08 de maio de 2006.

<sup>13</sup> HENDRICKS e PORTER (1992), por exemplo, ponderam que em dezembro de 1975 foi proibida a realização de consórcios entre as grandes empresas de petróleo para lances nos leilões de blocos exploratórios da plataforma continental norte-americana (a medida é parte do *Energy Policy and Conservation Act*). A frequência dos lances conjuntos havia aumentado significativamente desde o início da década de 70, gerando preocupações por parte dos *policymakers* norte-americanos.

<sup>14</sup> Este é um objetivo geral dos leilões. Há, entretanto, particularidades que devem ser consideradas em cada caso. Em se tratando de leilões de áreas inativas com acumulações marginais, por exemplo, outros objetivos podem ser inferidos, em particular a reativação de áreas inativas com acumulações marginais a partir da hipótese de que estas áreas não atraem o interesse de grandes empresas mas podem ser interessantes para pequenas e médias empresas (pág. 07 do Pré-Edital da segunda rodada de licitações de áreas inativas com acumulações marginais). Há, neste caso em particular, diferenças significativas em relação ao leilão de blocos com risco exploratório: a redução do risco do negócio (uma vez que não está presente o risco de não haver petróleo na área concedida), a percepção de que as áreas são indesejáveis para grandes empresas e o interesse do Estado de maximizar o aproveitamento de seus recursos naturais (reativando áreas inativas). Tais particularidades explicariam, por exemplo, características curiosas deste leilão, como os reduzidos custos de entrada no leilão bem como a ausência de “barreiras à saída” (entendidas como a ausência de custos significativos a autores de propostas vencedoras que desistam posteriormente de assinar o contrato de concessão).

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis adotou, para o processo de licitação de blocos exploratórios, um modelo de leilão de primeiro preço com envelope selado<sup>15</sup>. A escolha é coerente com o objetivo de maximização da receita esperada do poder público com os bônus de assinatura, dado ser o processo um leilão de valor privado.

As regras do leilão de licitação são estabelecidas nos pré-editais divulgados anteriormente a cada rodada e estes costumam apresentar semelhanças no que se refere à operacionalização dos leilões, em especial no que diz respeito à modalidade de leilão e à possibilidade de formação de consórcios até o momento de apresentação das ofertas, fatores que, combinados, irão determinar a probabilidade de conluio entre os agentes.

A depender da conformação existente entre formato de leilão escolhido e possibilidades de interação entre os agentes, determina-se a probabilidade de diferentes agentes combinarem seus comportamentos estratégicos, restringindo o caráter competitivo dos leilões e reduzindo ganhos de seu promotor. Monitorar e coibir tais comportamentos impõe-se ao órgão regulador, na qualidade de promotor da licitação para outorga de concessões, do contrário os agentes internalizam a baixa prioridade do tema para o órgão regulador e pode dar-se a redução do interesse de agentes idôneos em participar das futuras rodadas de licitação, o que reduz tanto a concorrência quanto a receita esperada em futuros leilões de concessão.

### 3.2 – Bid rigging e o marco legal em vigor

Conforme já mencionado, *bid rigging* é uma modalidade de comportamento colusivo entre agentes econômicos que se caracteriza como sendo um acordo entre participantes de um leilão com vistas a restringir ou falsear a concorrência no referido leilão.

Na legislação brasileira, a prática encontra-se tipificada como ilícito administrativo anticoncorrencial na Lei n.º 8.884/94, em seus artigos 20, I<sup>16</sup>, e 21, VIII<sup>17</sup>. Como o leilão em questão trata-se de uma licitação promovida por órgão da Administração Pública, a prática configura ilícito penal tipificado no artigo 90<sup>18</sup> da Lei n.º 8.666/93.

Cumprido ressaltar que a ANP não dispõe de competência para aplicação dos dispositivos de repressão aos atos lesivos à concorrência estabelecidos na Lei 8.884/94, mas deve notificar o CADE e a SDE quando tiver conhecimento de indício deste tipo de infração, nos termos do artigo 10 da Lei 9.478/97<sup>19</sup>.

A regulamentação da ANP, no art. 8.º, inciso I<sup>20</sup>, da Portaria ANP 234/2003, estabelece, ainda, hipótese de configuração da prática de *bid rigging* como ilícito regulatório<sup>21</sup>. Como um dos objetivos da ANP é auferir a maior receita possível com bônus de assinatura nos leilões de concessão, a prática desse tipo de conluio, que restringe ou falseia a concorrência nestes leilões, dá-se em prejuízo dos objetivos da licitação para outorga dos contratos de concessão, sendo possível à ANP a aplicação do dispositivo estabelecido na referida Portaria.

Com relação às penalidades administrativas, a Lei de Defesa da Concorrência prevê multas para as empresas de até 30% do seu faturamento bruto e, para os administradores destas, de até 50% do valor da multa aplicável à empresa<sup>22</sup>. Em ambos os casos, havendo reincidência, os valores das multas podem ser aplicados em dobro.

<sup>15</sup> A literatura econômica identifica os leilões como competitivos ou não competitivos, sendo cinco os tipos básicos de leilões competitivos utilizados para a venda de bens: leilão inglês (ou de preço ascendente), leilão alemão (ou de preço descendente), leilão discriminatório (ou leilão de primeiro preço), leilão de segundo preço e leilão duplo. Para maiores informações acerca da teoria dos leilões e das principais modalidades de leilão identificadas na literatura, ver Milgrom e Weber (1982), Maskin e Riley (1985), Samuelson e Riley (1982), Harris Raviv (1988), Vickrey (1961), dentre outros.

<sup>16</sup> “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”;

<sup>17</sup> “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

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

<sup>18</sup> “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

<sup>19</sup> Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

<sup>20</sup> “Art. 8º A suspensão temporária do direito de participar de futuras licitações para obtenção de novas concessões e de impedimento de contratar com a ANP será aplicada, sem prejuízo das demais penalidades constantes deste regulamento, nos casos em que o infrator:

I - praticar atos em prejuízo dos objetivos de licitação para outorga de contrato de concessão;”

<sup>21</sup> Ou ilícito administrativo-regulatório.

<sup>22</sup> “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

A regulamentação da ANP, por sua vez, estabelece como sanção à prática de *bid rigging* a suspensão temporária do direito de participar de futuras licitações para obtenção de novas concessões e o impedimento de contratar com a ANP por até cinco anos. A penalidade pode ser estendida às empresas afiliadas da empresa infratora e prorrogada caso persista a irregularidade que deu origem à suspensão temporária<sup>23</sup>.

Há, contudo, obstáculos à coibição da prática de *bid rigging* no âmbito administrativo.

O ilícito administrativo anticoncorrencial deve ser notificado à SDE para que seja feita a instrução processual e seu posterior julgamento pelo CADE. Como não há monitoramento pela ANP, não há se pode identificar indícios da prática de *bid rigging*, nem tampouco notificar sua eventual ocorrência. Ademais, os processos que investigam condutas lesivas à concorrência podem levar anos até serem julgados pelo CADE<sup>24</sup>. Já o ilícito regulatório, por sua vez, além de igualmente depender do monitoramento, prescreve punição excessivamente branda (suspensão temporária, por no máximo cinco anos, dos leilões de outorga de concessões), e potencialmente inócua. Tal se dá pois o texto normativo prescreve a possibilidade de ser estendida a punição às afiliadas da empresa infratora apenas caso persista a irregularidade que deu origem à suspensão. Como a prática de *bid rigging* não necessariamente se protraí no tempo, a punição pode não ser estendida às afiliadas das empresas infradoras, as quais continuariam a participar dos leilões por meio daquelas.

#### 4. Medidas Preventivas para o Caso Brasileiro

Uma das explicações econômicas para a existência de cartéis é o fato de que o conluio acarreta, em geral, ganhos extraordinários significativos para seus participantes. De forma simplificada, tais ganhos podem ser traduzidos da seguinte maneira:

$$L(E) = f(\pi; p_1) - f(C; p_2), \text{ onde:}$$

$L(E)$  = lucro extraordinário total esperado do cartel (do *bid rigging*)

$\pi$  = ganho esperado do conluio (representado pela diferença entre o valor atribuído pelos agentes ao bem licitado e o valor acordado pelo cartel)

$p_1$  = probabilidade de sucesso do conluio

$C$  = custos de organização/operação do cartel

$p_2$  = probabilidade de detecção do conluio<sup>25</sup>

Ora, como  $\pi$  é desconhecido *ex ante* pelo regulador, a forma mais eficaz de reduzir a ocorrência de um cartel para fraudar procedimentos licitatórios é atuar nas demais variáveis desta equação, ou seja: elevar a probabilidade de detecção do conluio e elevar os custos de organização do cartel.

É possível, então, a divisão das medidas propostas para o pré-edital de licitação entre medidas destinadas a elevar o custo de operação do cartel e medidas destinadas a elevar a probabilidade de detecção do conluio.

São propostas, portanto, como destinadas à elevação do custo de organização do cartel as seguintes medidas:

- i) Modificação do pré-edital de modo a impedir os agentes de interagir antes da entrega dos envelopes no dia do leilão.
- ii) Modificação do contrato de concessão, de forma a inserir uma cláusula prevendo uma multa contratual e banimento de leilões futuros em caso de conluio.

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro”.

<sup>23</sup> “Portaria ANP 234/2003. Art. 8º (...)

§ 1º A suspensão temporária descrita no caput deste artigo será aplicada por prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de cinco (cinco) anos, podendo ser estendida a empresas afiliadas da empresa infratora e prorrogada, a critério da ANP, caso persista a irregularidade que deu origem à suspensão temporária.

§ 2º Quando aplicada a infrator já punido com a penalidade prevista no parágrafo anterior, a suspensão temporária será de duas vezes o número de dias daquela penalidade previamente imposta, ou cinco anos, o que for menor”.

<sup>24</sup> Segundo o Relatório Anual do CADE de 1998-99, disponível no sítio eletrônico da autarquia, um processo administrativo dessa natureza, julgado em 1998, levava, em média, 1.018 dias na SDE e 509 dias no CADE. Recente relatório de estatísticas divulgado pelo CADE, revela que, dentre os processos administrativos julgados em 2005, o tempo médio de permanência desse tipo de processo foi de 461 dias. A SDE, por sua vez, não disponibiliza informações sobre essa estatística de seu desempenho.

<sup>25</sup> Note-se que  $p_2 = 1 - p_1$ .

- iii) Exigência de que o vencedor do leilão apresente à ANP as operações de subcontratação superiores a um determinado *quantum* por grupo econômico (com indicação detalhada do agente que está sendo subcontratado) em todas as fases posteriores ao leilão<sup>26</sup>.
- iv) Criação de um mecanismo para que a ANP possa receber denúncias de conluio entre participantes dos leilões de concessão, em que se garanta a proteção do sigilo do denunciante.

Adicionalmente, a fim de elevar a probabilidade de detecção do conluio, sugere-se:

- v) O desenvolvimento de metodologias de monitoramento de conluio entre os participantes dos leilões de concessão<sup>27</sup>.
- vi) Organização de banco de dados com informação completa sobre todos os leilões (já realizados e futuros), os agentes que se qualificaram (inclusive detalhes sobre o grupo econômico a que pertençam), aqueles que apresentaram ofertas, detalhamento das ofertas e das propostas vencedoras.
- vii) Exigência de assinatura de termo de não-conluio, a ser anexado ao contrato de concessão, com penas de multa e banimento para seu descumprimento.

## 5. Conclusões

Além das sugestões apresentadas na seção anterior, cumpre reiterar a importância de tanto o monitoramento quanto a coibição da prática de *bid rigging* tornarem-se prioritários para a ANP.

Para tanto, ressalte-se a importância de: (a) promover a revisão das regras dos futuros pré-editais, para que seja estabelecido prazo limite para a formação de consórcios entre participantes das rodadas, em data anterior à de realização dos leilões; (b) introduzir nos contratos de concessão penalidades contratuais para o agente que tenha sua eventual participação em esquema de *bid rigging* descoberta após a assinatura do contrato; (c) estabelecer metodologia de monitoramento pela ANP da prática de *bid rigging* que envolva a formação de banco de dados contendo informações cadastrais e econômicas dos participantes das rodadas de licitação, bem como informações sobre os contratos que os vencedores destas rodadas venham a firmar ao longo do exercício da concessão; (d) revisão da regulamentação da ANP para que desta passe a constar punições mais eficazes no combate ao *bid rigging*.

Desse modo espera-se reduzir o atual incentivo à prática de *bid rigging* por parte dos agente e eliminar o risco de redução da receita efetiva auferida pela ANP nos leilões de outorga de concessão. Além disso, espera-se minimizar o desincentivo à participação de agentes idôneos nos leilões, impedindo que seja reduzida a concorrência efetiva em leilões futuros e, conseqüentemente, que seja reduzida a receita esperada a ser obtida com as futuras rodadas de licitação.

## 6. Referências

- HARRIS, M. e RAVIV, A.. Allocation Mechanisms and the Design of Auctions. *Econometrica*, nº 49, páginas 1477-1499. 1988.
- HENDRICKS, K. e PORTER, R. H. Joint Bidding in Federal OCS Auctions. *The American Economic Review*. Vol. 82, nº 2, páginas 506-511. Maio de 1992.
- HENDRICKS, K.; PORTER, R. H. e TAN, G. Optimal Selling Strategies for Oil and Gas Leases with an Informed Buyer. *The American Economic Review*. Vol. 83, nº 2, páginas 234-239. Maio de 1992.
- MASKIN, E. S. M. e RILEY, J. G.. Auction Theory with Private Values. *AEA Papers and Proceedings*. Maio de 1985.
- MILGROM, P. e WEBER R. J. A Theory of Auctions and Competitive Bidding. *Econometrica*, nº 50:5, páginas 1089-1122. 1982.
- OCDE / Banco Mundial (1998). A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Disponível em <<http://www.oecd.org>> acessado em 08 de maio de 2006.
- PORTER, R. H. Detecting Collusion. *Review of Industrial Organization*. 26:147-167. 2005.

<sup>26</sup> A determinação do *quantum* deve ser deixada a cargo das Superintendências da ANP responsáveis pela regulação das atividades do *upstream*, que melhor conhecem a estrutura de contratação do setor. O importante é que seja possível a identificação dos grupos econômicos que se beneficiem em momentos posteriores por meio de negócios realizados com os vencedores do leilão. Isto se justifica pela identificação na literatura de estratégias que envolvem uma “recompensa” aos participantes do cartel: agentes que se abstêm de competir no leilão são posteriormente “premiados” com a subcontratação.

<sup>27</sup> Apesar das dificuldades materiais associadas ao desenvolvimento desse tipo de metodologia, sua implementação é fundamental à atividade de monitoramento de comportamentos colusivos, futuros e pretéritos, por parte dos participantes dos leilões de concessão da ANP.

- PORTER, R. H. The Role of Information in U.S. Offshore Oil and Gas Lease Auctions. *Econometrica*. Vol. 63, nº 1, páginas 1-27. Janeiro de 1995.
- SAMUELSON, W. F. e RILEY, J. G..Optimal Auctions. *American Economic Review*, Vol. 71, nº 3, páginas 381-92. Junho de 1982.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE. Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What they are and what to look for – An Antitrust Primer. Disponível em < <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>> acessado em 08 de maio de 2006a.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE.. Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What they are and what to look for – An Antitrust Primer for Procurement Professionals. Disponível em < <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf>> acessado em 08 de maio de 2006b.
- VICKREY, W. Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders. *Journal of Finance*, nº. 16, páginas 8-37. 1961.