

Prêmio IBRAC-TIM 2016

O PROBLEMA CONCORRENCIAL DO *BID-RIGGING* NO BRASIL E O EXEMPLO DA COREIA DO SUL: UMA ALTERNATIVA AO MODELO BRASILEIRO?

Allan Fuezi de Moura Barbosa

Resumo: O presente trabalho aborda o problema concorrencial do *bid-rigging* no Brasil, de modo a verificar como essa figura pode ser combatida, no âmbito das contratações públicas, sob a perspectiva concorrencial. Então, ao verificar as limitações do sistema brasileiro relativo ao combate desta prática colusiva, propõe-se a adaptação do modelo da Coreia do Sul ao país, seja por meio da liberação dos mercados, da criação de incentivo pecuniário para terceiros que não participam da conduta, ou mesmo da concepção de um *screen* baseado no BRIAS, como forma de prevenção ao ilícito concorrencial.

Palavras-chave: Cartel; *bid-rigging*; direito da concorrência; contratação pública; BRIAS. **Keywords:** Cartel, *bid-rigging*; competition law; public procurement; BRIAS.

Introdução

A contratação pública tem grande relevância para a economia mundial, porquanto, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2012), esse setor corresponde a cerca de quinze por cento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países membros da mencionada entidade, podendo chegar a patamares superiores em países em desenvolvimento, como o Brasil. Desse modo, diante de tal influência no âmbito dos orçamentos dos Estados, qualquer elemento que vise comprometer o procedimento da contratação pública pode gerar grandes prejuízos aos países, decorrentes de um impacto direto nas poupanças públicas (CAMACHO, 2013, p. 213) e, por consequência, aos contribuintes.

Nesse sentido, os ordenamentos jurídicos dos países devem conter mecanismos para evitar a prática de condutas diversas aos anseios legítimos das contratações públicas, notadamente quando estas visam a gerar prejuízos aos Estados. Nesse sentido, tendo em vista que esse domínio não é de aplicabilidade restrita das regras de natureza administrativa, o microssistema antitruste tem

grande préstimo na busca do atendimento das finalidades dos contratos públicos, por meio da atuação das autoridades da concorrência¹.

Assim sendo, o presente trabalho tem o enfoque em infração à concorrência praticada no âmbito da contratação pública - o denominado *bid-rigging* -, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito propositivo de soluções para o combate às práticas, diante da ineficiência do sistema.

1. O problema do *bid-rigging*: aspectos gerais

Inicialmente, cumpre investigar os aspectos gerais do problema, a partir da definição do ilícito e do seu enquadramento jurídico no Brasil, para, então, verificar as formas de ocorrência e o contexto de incidência dessa prática.

1.1. Definição e enquadramento jurídico brasileiro

A figura danosa do *bid-rigging*, igualmente denominada de *collusive tenders*, compreende o conluio explícito² entre agentes econômicos adversários, em sua horizontalidade, com vistas à mitigação da concorrência em procedimentos de contratação pública, por meio da elevação dos preços³ ou da redução da qualidade do produto ou serviço.

Em síntese, trata-se da prática de cartel ilícito em licitação, mas com mecanismos de compensação próprios entre os concorrentes, sobretudo pela utilização da subcontratação⁴.

Nesse aspecto, de acordo com a (OCDE, 2008), a busca pela realização do objetivo do *value for money*⁵ pelos entes adjudicantes fica

¹ Ver Moraes e Rodrigues (2013, p. 85).

² Desse modo, é importante destacar que o autor se filia ao conceito jurídico segundo o qual somente pode ser considerado ilícito concorrencial a conduta explícita, diferentemente da concepção de R. Posner (2001, p. 102).

³ V. Srabana Gupta (2001, p. 453-467).

⁴ Entre as hipóteses sugeridas por Taufick (2012, p. 200), destaca-se a subcontratação.

⁵ Considera-se como um objetivo de eficiência pública, na busca da proposta econômica mais vantajosa, em sentido amplo, e não necessariamente do menor preço, consagrado no art. 3º. Da Lei n. 8.666/1993. Portanto, através dessa avaliação (RODRIGUES, 2015, p. 202), também podem ser considerados critérios secundários ou horizontais, notadamente àqueles atinentes à proteção ambiental, à defesa de minorias, tais como a

comprometida, à medida em que as empresas não agem de acordo com a expectativa de competição. Isso, pois o menor valor ou a melhor qualidade do produto ou serviço são desejáveis, uma vez que podem gerar a economia de recursos e o seu provável reinvestimento na aquisição de outros bens ou serviços; caso contrário, o grau de nocividade torna-se superior ao cartel⁶. Por conta disso, a concertação de propostas supramencionada é considerada uma prática ilegal em todos os países membros da OCDE sob a normatização concorrencial e, em alguns desses, ainda é considerada um crime.

No Brasil, considerando-se apenas a perspectiva antitruste, o *bid-rigging* pode ser enquadrado na Lei n. 12.529/2011, no *caput* do artigo 36, cumulado com o inciso I do §3º do referenciado dispositivo, em especial a alínea “d”⁷, sem prejuízo ao somatório a outra conduta prevista no rol exemplificativo⁸ dos incisos constante no referido parágrafo. Até porque, o conluio em contratação pública, que é uma infração à ordem econômica⁹, tem o objetivo ou a potencialidade de limitar, falsear ou prejudicar a livre iniciativa¹⁰ e a livre concorrência¹¹, de modo a dominar mercado relevante de

empregabilidade de deficientes e mulheres, bem como o fomento à contratação das pequenas e médias empresas.

⁶ De modo mais direto, “[c]artéis hardcore são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas em toda parte como ilícito antitruste, mas em vários ordenamentos também como criminosos’ (SCHUARTZ, 2002, p. 61).

⁷ Seguindo esse entendimento da figura do *bid-rigging*, TAUFICK (2012, p. 200).

⁸ O presente trabalho segue a doutrina majoritária de que o elenco do mencionado parágrafo é exemplificativo, de modo a considerar que não existe ilícito per se na sistemática brasileira, dependendo-se da produção ou da potencialidade de produção dos efeitos do *caput* do artigo 36 (v. FORGIONI, 2013, p. 134). Em sentido contrário, Salomão Filho (2007, p. 99-104) enquadra as hipóteses do art. 20 da Lei 8.884/1994 (atuais *caput* e incisos do artigo 36, da Lei 12.529/2011) como definição de ilícitos, com fórmulas gerais, diferentemente da maior parte da doutrina, que os considera como efeitos das condutas violadoras da concorrência, pois entende ter as regras que preveem os ilícitos caráter penal.

⁹ Assim, a violação antitruste ultrapassa uma infração a uma lei concorrencial, mas atinge princípios constitucionais. V. GRAU, 2010, p. 86-89

¹⁰ De acordo com FERRAZ JÚNIOR (1989, p. 50), “Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes.”

¹¹ Para Grau (2010, p. 212), a livre concorrência “significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”.

bens ou serviços, para o aumento arbitrário dos lucros das concorrentes, através da prática de preços de monopólio. Essa conduta, portanto, pode ocorrer a partir de acordos ou ajustes entre concorrentes, sob qualquer forma, de modo a promover ou influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre os licitantes.

Dessa maneira, a recente legislação brasileira concede um enfoque bastante relevante para a figura, na medida em que a indicação específica a essa figura na norma pressupõe uma indicação programática ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para o direcionamento específicos de esforços do órgão, com vistas à prevenção e à repressão dessa conduta anticoncorrencial.

1.2. *As formas de ocorrência*

Por sua vez, o *bid-rigging* pode se expressar sob diversas formas, as quais poderão ser implementadas isolada ou conjuntamente, para a melhor realização dos objetivos da conduta. Nesse sentido, sobrelevam-se quatro maneiras de cometimento da conduta, quais sejam, a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura, a supressão de propostas, o rodízio de propostas ou propostas rotativas e a divisão do mercado.

A primeira corresponde a de maior frequência de implementação pelos conluíus, por meio da qual os concorrentes estabelecem um comportamento na submissão das propostas, que pode ser a apresentação de lance mais elevado que a do licitante escolhido, a oferta demasiadamente alta para ser aceita, ou a submissão de proposta na qual contenham condições específicas inaceitáveis para o comprador (OCDE, 2008). Quanto à supressão das propostas, trata-se de um meio que é utilizado para que não haja apreciação final da oferta de uma empresa, seja pela abstenção de participação, ou mesmo de retirada de uma proposta previamente apresentada pelo concorrente; contudo, pode ser de fácil detecção, quando um desistente é subcontratado posteriormente pela vencedora do certame, ou quando recebe pagamento sem causa proveniente desta¹², provavelmente pelo declínio na participação.

¹² No estudo realizado por McAfee e McMillan (1992), a partir de um modelo de cartel em licitação com e sem pagamentos colaterais entres os membros, os autores concluem que há diferença do ponto de vista do licitante, uma vez que com transferência de valores gera eficiência por meio da maximização dos lucros esperados pelos integrantes do cartel, diferentemente de quando não há transferência.

No tocante às propostas rotativas, os concorrentes permanecem na disputa, mas definem apresentar alternadamente a proposta vencedora. O acordo de rotatividade das ofertas pode variar, de modo que podem atribuir os mesmos valores monetários a cada empresa ou quantia que tenha relação com o respectivo tamanho do participante (OCDE, 2008). Por fim, em relação à divisão do mercado, as empresas definem a delimitação do mercado e acordam não concorrer em áreas geográficas específicas, ou perante determinadas entidades adjudicantes. Todavia, em função do contexto em que se dão as contratações públicas, alguns mercados são mais suscetíveis à ocorrência de *bid-rigging*, de modo que se faz necessária a verificação do ambiente propício para a maior ocorrência dessa figura.

1.3. O contexto de incidência

A OCDE (2008) compilou algumas características em que a ocorrência dessa modalidade de cartel se torna mais presente, a saber: a) existência de um pequeno número de empresas; b) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; c) condições quanto à oferta e à procura no mercado; d) propostas recorrentes/licitações frequentes; e) a existência de associações comerciais ou de classe; f) natureza dos produtos ou serviços idênticos ou simples; g) nível reduzido ou nulo de alternativas e h) nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica

Primeiramente, no tocante ao pequeno número de empresas participantes, esse atributo diz respeito à maior facilidade dos concorrentes na composição de um acordo quanto à concertação, de modo a gerar um conjunto mais coeso das firmas¹³ envolvidas na prática colusiva, já que os custos de transação serão menores, na definição conspiratória. Já o nível reduzido ou nulo de entradas no mercado tem relação direta com a existência de barreiras à entrada, que ajudam a proteger as empresas operantes contra a entrada de novos players, uma vez que o ingresso de um competidor é dispendioso, difícil ou moroso.

No que concerne às condições do mercado, essa particularidade tem conexão com a subsequente característica, que trata das propostas recorrentes e/ou licitações frequentes, porquanto a procura do setor público deve ter o perfil constante e previsível¹⁴, como forma de gerar maior estabilidade ao cartel,

¹³ Segundo PORTER e ZONA (1993), o conjunto de firmas submetendo lances deve ser pequeno e estável.

¹⁴ PORTER e ZONA (1993) consideram que a demanda deve ser quase perfeitamente inelástica.

tendo em vista que mudanças significativas nas condições da oferta e da procura podem desarticular o *bid-rigging*. Esse fator, assim, viabiliza que os participantes distribuam entre si os contratos, ou mesmo punam a empresa que descumprir o acordo de concertação, no certame previsto posteriormente.

Por sua vez, a atuação de associações comerciais ou entidades de classe patronais, para além dos seus fins legítimos, podem se subverter aos anseios ilegais e anticoncorrenciais, quando utilizadas para encontros e ocultamento das discussões sobre as formas de implementação da conduta, viabilizando uma oportunidade de comunicação entre as firmas de troca de informações, sobretudo sobre a formação do preço¹⁵. A seu turno, os produtos ou serviços idênticos ou simples permitem a uma composição acerca da estrutura de preços comuns. Logo, os bens devem ser homogêneos, uma vez que a diferenciação desses não é admitida, ou melhor, a similaridade que conduz à durabilidade do cartel¹⁶.

Quanto ao nível reduzido ou nulo de alternativas, trata-se da verificação de diminuto número ou inexistência de produto substituto, o que acarreta maior segurança do conluio, na medida em que a entidade adjudicante não teria como resistir, e.g., à elevação dos preços, decorrente da concertação, diante da escassez de opções. Por outro lado, o nível reduzido ou nulo de inovação tecnológica, enfim, representa um fator favorável não somente à celebração do acordo de cartel, mas também à manutenção desse ao longo do tempo. Afinal, pela própria sistemática do setor, a diferenciação que não seja disruptiva na contratação pública pode não ter relevância e dificilmente tal proposta seria considerada como a que melhor atendeu ao *value for money*, uma vez que a entidade adjudicante não tem a intenção de inovar em processos e procedimentos, porquanto os contribuintes, em regra, não estão dispostos a arcar com os custos de uma inovação que ainda não é uma prática estabelecida no mercado.

Por fim, torna-se importante salientar que a OCDE (2003) já reconheceu que, apesar dos cartéis domésticos ocorrerem em todos os setores da economia, há frequência maior na construção civil e materiais de construção, como cimento, concreto e asfalto, vendas para instituições governamentais,

¹⁵Por conta disso, a OCDE defende que a transparência excessiva, com a divulgação de informações detalhadas da proposta vendedora do certame, deve ser mitigada, já que isso permite a obtenção de informações pelos concorrentes, inclusive para a confirmação do cumprimento das condições do acordo do cartel. No entanto, esse entendimento é passível de controvérsias no Brasil, uma vez que o princípio da publicidade rege os atos da Administração Pública, por força do art. 37, CF/88 e do art. 3º., da Lei n. 8.666/1993 do Brasil.

¹⁶ PORTER e ZONA (1993), em livre tradução.

produtos alimentares a granel, equipamentos elétricos, vendas a varejo de gasolina e serviços, notadamente, de transportes locais, de profissionais e de saúde¹⁷. Dessa maneira, os contratos públicos, por si só, formam um setor de incidência (vendas para instituições governamentais), e esta condição pode ser potencializada, se o objeto desses contratos for um daqueles de maior frequência, como acima mencionado, de modo que, por exemplo, quando se conjugam contratação pública para construção civil ou para serviços, em geral, torna-se o ambiente muito mais compatível à colusão¹⁸.

2. Do modelo brasileiro

Antes mesmo de realizar qualquer sugestão prospectiva, é importante notar, em de breve síntese, analisar-se-á o modelo de contratação pública brasileira e da forma de combate da prática infracional, para a melhor compreensão de como eventual proposta pode ser adaptada ao ordenamento jurídico pátrio.

2.1. A difusão de competência e a diversidade de modelos procedimentais

No Brasil, a competência legal para a edição de leis acerca da matéria da contratação pública, consoante o artigo 22, *caput* e inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, a competência privativa da União para legislar sobre contratação pública somente abrange as normas gerais, de modo que cada ente federativo possui a competência para a produção legislativa específica. Esse fato propicia uma falta de uniformização integral, em âmbito nacional, acerca da matéria, o que facilita as concertações entre os concorrentes, uma vez que se torna mais difícil uma investigação pelo CADE, que, para a verificar os indícios da prática de um ato colusivo, deveria conhecer da eventual existência de mais de cinco mil e quinhentos diplomas legais, considerando-se os municípios, estados, distrito federal e União, sem contar entidades vinculadas a esses entes, todos com regime próprio de contratação, como a Petróleo

¹⁷ Para a OCDE (2003, p. 10): “[d]omestic cartels occurred in all economic sectors, but they were relatively more common in some sectors including construction and construction materials (cement, concrete, asphalt), sales to government institutions, bulk food products, electrical equipment, retail sales of petrol and the services sector, including in particular local transportation, services, the professions and health care”.

¹⁸ Em especial, diante da afirmação (OCDE, 2003, p. 10) de que “[w]ithin this group of sectors the ones most affected, by a large margin, were construction materials and services and government procurement”.

Brasileiro S.A. - Petrobrás, regulado pelo Decreto do Presidente da República nº 2.745, de 1998.

Não obstante, exemplificando-se no caso da União, ainda existem diversos modelos procedimentais para a licitação, a saber (MELLO, 2007, p. 539 ss.): a) concorrência, para valores mais elevados; b) tomada de preços, para negócios de vulto médio; c) convite, para modesta significação econômica; d) concurso, para trabalho técnico ou artístico; e) leilão, para a venda de móveis; f) pregão, previsto na Lei n. 10.520/2002, para bens e serviços comuns, ou seja, sem necessidade especial a ser atendida, padronizados pela experiência e tradição do mercado¹⁹, qualquer que seja o valor estimado da contratação, podendo ocorrer por meio eletrônico.

2.2. *Da dependência de meio exógeno*

Para o combate aos cartéis de um modo geral, inclusive aqueles ora estudados, o Brasil, assim como a maior parte dos países, vale-se predominantemente de um método exógeno para a detecção da conduta - a leniência, com previsão nos artigos 86 e seguintes da Lei n. 12.529/2011, sendo celebrado por intermédio da Superintendência-Geral do CADE²⁰. Essa, enquanto um acordo de colaboração, por meio da apresentação de provas do conluio, firmado por uma ou mais empresas envolvidas na prática anticoncorrencial, constitui um conjunto de incentivos diretos, por meio da obtenção de redução ou eliminação das multas que seriam aplicadas, e indiretos, pelo receio de que outra empresa firme um acordo dessa natureza previamente²¹. No entanto, para alguns autores, no caso específico de *bid-rigging*, a possibilidade de realização de um acordo de clemência se torna mais restrito, porquanto a contratação pública talvez seja o meio mais comum e de

¹⁹ Nesse sentido, observar o ensinamento de Justen Filho (2013).

²⁰ ²⁰ V. CORDOVIL (2011, p. 191-192).

²¹ ²¹ No dizer do Leslie (2004, p. 641), “[l]eniency creates a direct incentive to confess, but it also creates an indirect incentive that both creates distrust and feeds upon it. If authorities offer one suspect a reward to defect, she may accept the offer simply in order to receive the reward. However, if in addition to offering her the reward, the authorities also inform her that they are offering the same reward to her partner, that is going to increase the probability of her accepting the offer to defect. Now, not only does she have the direct incentive of receiving something valuable (whether money or immunity), but she has to worry that if she does not accept the government’s offer, the alternative is not the status quo ante.”

maior sucesso dessa prática²², sobretudo ao considerar a atual política de incentivos.

2.3. *O encerramento do mercado nacional*

Particularmente no caso brasileiro, com a modificação da Lei Federal de Licitações e Contratos Públicos (Lei n. 8.666, de 1993), a partir da edição da Lei n° 12.349, de 2010, passou-se a implementar, ostensivamente, a política de fomento ao “conteúdo nacional”, por meio da previsão de margens de preferência²³ de contratação de empresas locais²⁴. Trata-se, pois, de um procedimento da contratação pública lastreado em uma barreira não-tarifária²⁵,

Todavia, essa postura é diametralmente oposta com a tendência mundial de abertura da contratação pública em âmbito mundial, sobretudo após a aprovação de um protocolo, em 2012, para a modificação do Acordo sobre Contratos Públicos (ACP) firmado em sede da Organização Mundial do Comércio, em 1994²⁶, como resultado da negociação em paralelo da Rodada do Uruguai. A partir dessa modificação²⁷, acredita-se que o ACP promoveria a concorrência, ao menos, de quatro maneiras (ANDERSON; KOVACIC, 2009, p. 72-73): a) abertura progressiva dos signatários à concorrência internacional, através do acesso ao mercado ou ao comprometimento de tratamento não

²² Segundo Heimler (2012, p. 851), “[c]ollusion in public procurement, however, seems not to have been much affected by leniency programs. This is rather unfortunate because public procurement is an area where cartels are probably quite common and successful, as the U.K. and Dutch examples show. The discovery of bid-rigging cartels requires other tools and most importantly, the cooperation of the bidding bodies”.

²³ De acordo com a Lei Federal de Licitação e Contratos Administrativos, no § 5º, do Art. 3º: “Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.”

²⁴ Os problemas dessa política são analisados por A. REICH (1999, p. 13 ss).

²⁵ Ver artigo ainda sem publicação sobre o caso da União Europeia e do BRICS, em Rodrigues (2016).

²⁶ São partes signatárias do ACP: Arménia, Canadá, União Europeia, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Coreia, Liechtenstein, Países Baixos no que diz respeito à Aruba, Noruega, Singapura, Suíça, Taipé Chinês e Estados Unidos. Por sua vez, a administração do Acordo é realizada pelo Comitê dos Contratos Públicos.

²⁷ Dessa vez, quarenta e sete signatários firmaram o acordo.

discriminatório a todas as empresas; b) a concepção de um quadro geral de regras transparentes e não discriminatórias para todos os concorrentes, nacionais ou estrangeiros; c) a exigência do Acordo na implementação de um sistema interno de impugnação de adjudicações questionáveis (“*domestic review procedures*”), juntamente com normas de imparcialidade e independência dos órgãos que compõem esse sistema; d) possibilita o recurso ao Entendimento de Solução de Controvérsias (Dispute Settlement Understanding - DSU) da OMC, na medida em que a parte considere que houve a violação de compromissos do Acordo.

Ademais, inseriu-se disposições transitórias para os países em desenvolvimento que pretendam aderir ao ACP, que somente fora firmado por países desenvolvidos, mas o Brasil, até o momento, permanece na defesa de um encerramento do seu mercado.

3. Do modelo da Coreia do Sul

Ante os problemas verificados no sistema brasileiro, cumpre observar como o procedimento de contratação pública ocorre em um país onde o combate do *bid-rigging* é tido como referência, no intuito de obter elementos capazes de adaptação à realidade nacional.

3.1. O sistema coreano de contratação e combate à colusão

Em relação à Coreia do Sul, inicialmente, nota-se que esse país, diferentemente do Brasil, está incluído no rol de signatários do ACP, de modo que o mercado da contratação pública ali constante tende a ser mais aberto e com maior promoção da concorrência. Nesse contexto, em que a contratação pública corresponde a cerca de dez por cento do Produto Interno Bruto (PIB) local²⁸²⁸, a autoridade da concorrência, denominada de *The Korea Fair Trade Commission* (KFTC), a partir da segunda metade da primeira década dos anos 2000, passou a implementar uma política mais contundente no que diz respeito à prevenção do *bid-rigging*.

Desse modo, no âmbito dos contratos públicos em geral (OCDE, 2008), a Coreia do Sul confiou a condução dessa atividade ao *Public Procurement Service* (PPS), que corresponde a um sistema central de compras

²⁸ Referência percentual desde OCDE (2008) até OCDE (2016), especialmente de construção civil e instalações de geração de energia elétrica e de ferrovias.

governamentais de grande porte²⁹, nas esferas estadual e local, enquanto que as aquisições militares ficaram a cargo do Ministério da Defesa Nacional. Outrossim, o grande esforço do país para o combate ao cartel em contratação pública ensejou a implementação do pregão eletrônico, em março de 2000, bem como a ampliação da transparência do programa de leniência.

Por sua vez, adotou-se uma prática incomum na seara concorrencial de incentivo difuso, quando, em 2002, ao conceber um programa de incentivo financeiro, de até um bilhão de *wons* (moeda local), para os não participantes do cartel (OCDE, 2008). Trata-se de um complemento ao programa de leniência, ao abarcar a contraprestação pecuniária a quem, ainda que não participe da conduta, tenha conhecimento de elementos ou de meios de prova dos fatos.

Ademais, no ano de 2006, foi desenvolvido um *screen* de natureza diferenciada, denominado de *Bid Rigging Indicator Analysis System* (BRIAS), que é um mecanismo que automaticamente analisa e mede a possibilidade de ocorrência de conluio em contratação pública de grande escala, com base em informações recebidas do PPS online. Cuida-se de uma evolução de uma análise de documentos físicos que se iniciou em 1997 (OCDE, 2008, p. 119), mas somente com a implementação do pregão eletrônico em 2000 passou a ser possível o cálculo automático do indicador, considerando a estreita cooperação entre a entidade adjudicante e a autoridade da concorrência.

Como forma de dar maior substrato legal ao sistema, no ano de 2007 (OCDE, 2014), o *Monopoly Regulation and Fair Trade Act* (MRFTA) foi alterado³⁰ para constar expressamente o conluio em contratação pública como

²⁹ Atualmente, os valores a partir dos quais deve haver centralização na aquisição são \$100.000, para bens e serviços, e \$3.000.000, para projetos de construção (LIM, 2016).

³⁰ A atual legislação prevê que: “*Article 19-2 (Measure to Prevent Collaborative Acts Concerning Bidding in Public Sector) (1) The Fair Trade Commission may request for the submission of data on bidding and other cooperations to the heads of central administrative agencies, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public Agencies (hereinafter referred to as “head of a public agency”) to uncover or prevent unfair collaborative acts related to bidding placed by the State, local governments or public enterprises under the Act on the Management of Public Agencies. <Amended by Act n. 9554, Mar. 25, 2009>. (2) When the head of a public agency prescribed by Presidential Decree announces bidding or when a successful bidder is determined, he/she shall submit information on the bidding to the Fair Trade Commission. (3) The extent of information on the bidding that has to be submitted to the Fair Trade Commission pursuant to paragraph (2) and procedures for submission thereof shall be prescribed by Presidential Decree. [This Article Newly Inserted by Act n. 8631, Aug. 3, 2007].*” (*Monopoly Regulation and Fair Trade Act*)

uma modalidade de cartel. No ano subsequente, o sistema BRIAS passou a ser adotado nos órgãos da administração central, nos governos locais e empresas estatais, ampliando sobremaneira as únicas quatro grandes empresas que eram submetidas ao sistema em 2007. Já em 2013, a KFTC passou a receber automaticamente as informações do sistema de licitação não doméstica (internacional) do PPS³¹.

Dessa forma (LIM, 2016), o KFTC é capaz de coletar muitos anos de dados atinentes aos lances, porque, pelo menos, mais de noventa por cento das propostas em licitações públicas são realizadas através de sistemas eletrônicos de contratação e, portanto, tais informações são armazenadas no banco de dados ligado aos sistemas de compras, logo que o lance é executado. Esse sistema, atrelado à infraestrutura de TI, facilita a análise do histórico de propostas, durante um longo período de anos. Não obstante, há pouca diferença entre os sistemas de licitação do governo central, dos governos locais e das empresas públicas, uma vez que a oferta de cada um desses segue o mesmo formato de dados, não havendo necessidade de padronização de diferentes modelos (LIM, 2016) e, assim, permitindo a compreensão das ofertas apresentadas em todas as entidades da Administração Pública que se submete ao PPS, de modo unificado.

3.2. *A inovação do BRIAS*

Especificamente em relação ao BRIAS, que tem a sua regulamentação em Decreto Presidencial na conformidade da previsão do MRFTA³², os escores do sistema verificam a possibilidade de conluio nas

³¹ A evolução do sistema pode ser observada em KIM (2014).

³² O Enforcement Decree of The Monopoly Regulation and Fair Trade Act dispõe que: Article 34 (Submission of Data on Bidding Required for Analysis of Bid Rigging Indicators in Public Sector)

(1) "Public agency prescribed by Presidential Decree" in Article 19-2 (2) of the Act means any public agency falling under any of the following subparagraphs: 1. Central administrative agencies established under the Government Organization Act or other Acts; 2. Local governments under Article 2 of the Local Autonomy Act; 3. Public corporations under Article 5 of the Act on the Management of Public Institutions.

(2) Submission of data on bidding under Article 19-2 (2) of the Act shall be applicable only to cases where the number of participating companies in the bid concerned is not more than 20, and the estimated price is equal to or greater than the amount as prescribed in the following subparagraphs: 1. Bidding on construction projects under subparagraph 4 of Article 2 of the Framework Act on Construction Industry: Five billion won; 2. Bidding on construction projects, other than those under subparagraph 1: 500 million won; 3. Bidding on purchase of goods or provision of services: 500 million won.

contratações, ao sopesar cada um dos itens de avaliação. (OCDE, 2008, p. 119). Em outras palavras, a partir da descrição de informações obtidas diretamente do sistema de contratação eletrônica denominado de *Korea ON-line E-Procurement System* (KONEPS), o BRIAS observa os dados, como preço de licitação proporcionalmente considerado em relação ao preço de referência, o número de participantes, além do método de competição, para, então, aplicar uma fórmula que gera um escore potencial de *bid-rigging*. Se acima de um certo limiar, o sistema de indicador de conluio, em seguida, sugere a necessidade de recolher mais informações sobre o processo de contratação. E, enfim, nos casos em que se justifique, uma investigação é instaurada para a apuração da infração concorrencial (OCDE, 2016, p. 33).

No entanto, segundo Younghun Lim (2016), para além da análise acima, no ano de 2015, fora desenvolvida uma nova ferramenta para descobrir para quais produtos e/ou serviços os escores acima do limiar aceitável ocorrem repetidamente. Nesse sentido, Lim (2016) acredita que essa nova ferramenta pode ser considerada muito mais eficiente e eficaz, porque o KFTC pode concentrar os esforços não em inúmeras ofertas suspeitas de fraude, mas em um produto ou do serviço específico; exemplifica que, até agosto de 2016, utilizando-se dessa ferramenta, descobriram a conduta anticompetitiva em dois mercados de produtos.

Por conseguinte, o que torna o *screen* em análise um modelo *sui generis* é o fato de que o BRIAS teve limitada contribuição direta para a descoberta e punição de *bid-rigging*, uma vez que apenas três dos casos inicialmente identificados levaram à condenação pela KFTC (OCDE, 2016, p.33). Inicialmente, poder-se-ia afirmar que a capacidade de investigação é

(3) Data on bidding under Article 19-2 (3) of the Act means matters prescribed in the following subparagraphs: 1. Agencies ordering bid and bidding agencies; 2. Type and methods of bidding; 3. Date and details of the placement of the bid; 4. Estimated prices, expected prices and low-end price; 5. Number of bidders; 6. Bidding details by bidders; 7. Profile of successful bidder; 8. Successful bid price; 9. Number offailed bid and number of price increase in expected price; 10. Other data requested by the Fair Trade Commission for the analysis of bid rigging indicators.

(4) Heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) shall submit matters prescribed by each subparagraph of paragraph (3) to the Fair Trade Commission through the Korea On-line e-Procurement System under Article 8 (2) of the Government Procurement Act within 30 days from the date when a successful bidder is determined: Provided, That where the heads of public agencies under each subparagraph of paragraph (1) do not request the Administrator of the Public Procurement Service to conclude a contract, the heads of public agencies may submit the relevant data by directly entering the data in the information processor operated by the Fair Trade Commission.

limitada, pois o indicador (bandeira vermelha) teria uma base de investigação menos sólida que em casos de colaboração voluntária. Ocorre que, de acordo com Relatório da OCDE (2016), durante o período de funcionamento do sistema, o número de casos de clemência aumentou significativamente e parte dessa elevação diz respeito à maior conscientização e ao receio dos participantes do conluio da descoberta da infração, ambos gerados pela implementação do BRIAS³³³³.

Assim, pode-se considerar o modelo da Coreia do Sul diferenciado, na medida em que tem uma característica de método preventivo, uma vez que o objetivo do sistema de defesa da concorrência, especialmente no combate ao *bid-rigging*, tende a focalizar³⁴ a atuação dos agentes econômicos de modo a gerar o cumprimento de uma obrigação negativa de colusão em contratação pública. Se assim não cumprir, diante do receio na descoberta da conduta e, conseqüentemente condenação, os agentes tendem a colaborar com a autoridade da concorrência para extinguir ou minorar as penalidades.

Nesse patamar, pode-se incluir não somente o BRIAS como um mecanismo indutor de condutas, mas também todo o sistema construído para o combate à infração, seja diretamente, a partir da centralização e virtualização da contratação pública, como também com a criação de incentivos financeiros para terceiros que denunciem a prática do cartel.

4. A possibilidade de adaptação do modelo coreano no Brasil

Da análise acima esposada, pode-se suscitar inúmeras propostas de modificação do sistema brasileiro, as quais subdivide-se em três grandes elementos: a) liberalização do mercado; b) alteração na Lei de Licitações e na Lei da Concorrência; c) concepção de um sistema BRIAS.

4.1. A liberalização do mercado

Conforme mencionado anteriormente, o ideal para a abertura das fronteiras do Brasil, que é um país de certo modo fechado para o comércio internacional, especialmente em relação a essa matéria, seria a adesão ao ACP,

³³ O resultado em análise representa o cumprimento da recomendação da OCDE sobre os contratos públicos, o qual incentiva o desenvolvimento e publicação de estratégias de gestão de riscos, incluindo sistemas para a geração de bandeiras vermelhas, como um elemento importante da sua eficácia.

³⁴ A focalização de expectativas tem desenvolvimento por Fernando Araújo (2007, p. 131 ss.).

seja pela possibilidade de inclusão de política transitória a países desenvolvidos, ou mesmo diante da possibilidade desses dispositivos de adaptação serem melhor desenhados para a realidade local, em um contexto em que a Direção-Geral da OMC está a cargo de um nacional, que pode contribuir para a melhor adequação ao acordo.

Não obstante, sabe-se que, para a adesão ao ACP, os custos de transação que os favoráveis a essa prática teriam para convencer a grande maioria contrária, talvez impeça até mesmo a discussão acerca da matéria, uma vez que o Brasil é um país de essência mais fechada ao comércio internacional, cuja parte do setor empresarial ainda tem uma relação de dependência muito grande do poder público³⁵, no que se chama de “capitalismo de Estado à brasileira”, sobretudo a partir da malsucedida política de “campeões nacionais”³⁶.

Desse modo, propõe-se uma liberação do mercado imediata e mais modesta, a partir do levantamento de barreiras não tarifárias, sobretudo em relação ao famigerado conteúdo nacional, que mais enseja a formação de *bid-rigging*, uma vez que reduz o universo de concorrentes potenciais na participação nos certames, isso quando não inviabiliza por completo a competição, muitas vezes pela contrapartida da corrupção³⁷.

4.2. Alterações na Lei de Licitações e na Lei de Concorrência

Para além da exclusão peremptória da Lei n. 8.666/1993 das barreiras não tarifárias mencionadas no tópico anterior, sugere-se a modificação dos procedimentos de contratação pública, no intuito de consagrar os pregões eletrônicos como regra geral na sistemática nacional, sem qualquer limite de valor, ou melhor, exigível obrigatoriamente para as licitações vultosas, comuns e especiais.

Em procedimentos de quantias relevantes, a Lei de Licitação e/ou a Lei da Concorrência devem prever a obrigatoriedade de remessa automática ao CADE, sob pena de responsabilização do agente público responsável, do edital, dos lances totais e do lance vencedor, para contratações públicas em toda a federação, da administração direta, indireta, bem como todos os órgãos e entidades vinculadas à poder público federal, estadual e municipal.

³⁵ E vice-versa, considerando-se os casos de corrupção recentemente desvendados.

³⁶ Para a justificativa dessa política, ver Alem e Cavalcanti (2005).

³⁷ Ver, para tanto, Sue Arrowsmith (2010, p. 8).

Ademais, dentro da legislação da concorrência, deve-se inserir a disposição de possibilidade de compensação financeira a terceiros que não participam do conluio, na hipótese de indicação de casos de cartel, por meio da apresentação de elementos da prática. Trata-se de um importante mecanismo, assim como a leniência, notadamente no âmbito das licitações, uma vez que um servidor público ou um cidadão atuante pode ter mais atenção aos certames, com vistas à constatação de alguma prática, diante da possibilidade de um retorno financeiro; até porque, pela normatização pátria, a publicidade dos atos permite o acesso direto a elementos que possam consubstanciar uma condenação. Por outro lado, aumenta-se o incentivo indireto das empresas em firmarem um acordo de leniência, além de se absterem ao cometimento do ato, através da focalização de expectativas dos agentes econômicos.

4.3. *Concepção de um sistema BRIAS*

Com base na remessa necessária de informações em licitações relevantes, o CADE pode instituir um *screen* assemelhado ao BRIAS da Coreia do Sul, como forma de identificar padrões preocupantes de condutas que violam a concorrência. Nesse caso, na hipótese de falta *know-how*, ou mesmo de infraestrutura de tecnologia da informação (TI) pelo órgão concorrential, este pode se valer de um termo de cooperação com o Observatório Nacional da Despesa Pública (ODP)³⁸, que já analisa os indicadores da despesa pública federal, por meio de mecanismos viabilizados pela TI.

In casu, o CADE poderia desenvolver um método próprio, ou mesmo agregar à análise dos índices produzidos pelos sistemas desenvolvidos no âmbito da ODP³⁹, com especificações de natureza econômica e concorrential. Por conseguinte, colima-se estimular uma prática não restrita à postura mais passiva de aguardar os acordos de leniência, mas conceder contundentes incentivos indiretos para a sua ocorrência, como se deu no modelo analisado.

Conclusão

³⁸ Órgão vinculado ao atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, criado pela Portaria n° 1215, de 25 de junho de 2009, do anteriormente designado Ministro da Controladoria-Geral da União, que tem como algumas das diretrizes operacionais, “a promoção da utilização da tecnologia da informação de cunho avançado, em seu âmbito de atuação” e a “a expansão do valor das informações por meio da visualização diferenciada das sínteses”, previstas no artigo 2º. da mencionada legislação.

³⁹ V. análise acerca da ODP, pela OCDE (2016, p. 34).

O *bid-rigging*, considerado como uma infração à ordem econômica no Brasil, encontra no país um cenário propício ao seu desenvolvimento, uma vez que as investigações dessa modalidade de cartel são prevalentemente pautadas em programas de leniência passivos, ao tempo em que a construção do procedimento licitatório se baseia em uma competência difusa/concorrente entre as entidades pública para as especificações legais. Some-se a isso, o fato de que o país dispõe de barreiras não tarifárias claras para os concorrentes potenciais estrangeiros, por meio da política controversa da preferência pelo “conteúdo nacional”.

Nesse sentido, utilizando-se de parâmetros encontrados no modelo da Coreia de Sul de combate a essa prática, propõe-se algumas alterações no sistema brasileiro. Primeiramente, é importante, ao menos, que o país expurgue do seu ordenamento jurídico a preferência pelo “conteúdo nacional” no âmbito das licitações. Além disso, deve-se implementar um sistema de informação obrigatória e automática ao CADE das contratações de grande relevância, o qual deve adotar um *screen* específico para a conduta em análise, nos moldes semelhantes ao BRIAS. Não obstante, como forma de reafirmar os incentivos indiretos para os agentes econômicos firmarem acordos de leniência, propõe-se a adoção de um incentivo financeiro para terceiros não participantes de cartel.

Enfim, ainda que o resultado desse sistema seja a ampliação do número de acordos de leniência firmados, esses terão partida da convicção de que a autoridade pública já possui provas para a sua investigação aprofundada e/ou condenação. Por outro lado, um sistema coeso e com baixos incentivos à colusão, poderá também permitir uma redução do número de práticas, pelo fato de os agentes econômicos passarem a notar que podem ser descobertos e condenados por tal prática.

Bibliografia

ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. Rio de Janeiro: BNDES, 2005. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2403.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2016.

ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E. Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets. *Public Procurement Law Review*. N. 18. Andover: Sweet & Maxwell, 2009, p. 67102.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARROWSMITH, Sue. *Public Procurement Regulation: An Introduction*. 2010. Disponível

em: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurem_entregulationintroduction.pdf>. Acesso de 5 de setembro de 2016.

CAMACHO, Cristina. Práticas restritivas da concorrência na contratação pública: a intervenção da Autoridade da Concorrência. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 213-234.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: RT, 2001.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges*. Paris: OCDE, 2003.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Public Procurement - The Role of Competition Authorities in Promoting Competition*. Paris: OCDE, 2008.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Paris: OCDE, 2012.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities: Note by Korea*. Paris: OCDE, 2014.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *The Korean Public Procurement Service: Innovating for Effectiveness*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. São Paulo: O Estado de São Paulo, publicado em 04.06.1989.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 6ª. Ed. São Paulo: RT, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14a. ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.

GUPTA, SRABANA. The Effect of Bid Rigging on Prices: A Study of the Highway Construction Industry. *Review of Industrial Organization* 19. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 453-467.

HEIMLER, Alberto. Cartels in Public Procurement. *Journal of Competition Law & Economics*, 8(4). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 849-862.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

KIM, Hong-Geun. Means of Bid-Rigging Detection: How to Detect Bid-Rigging in Public Procurement in Korea. *Workshop on Bid-Rigging in Public Procurement*. Putrajaya: 2014, em: http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/Bid-Rigging-Workshop-PPT_KFTC.pdf,

Acesso em 15 de agosto de 2016.

LESLIE, Christopher R. Trust, Distrust, and Antitrust. *Texas Law Review*. vol. 82, n. 3. Austin: The University of Texas at Austin, 2004, p. 515-680.

LIM, Younghun. I'm a KFTC's Staff in charge of Brias. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida pelo autor, em 21 de agosto de 2016.

MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. vol. 82, Issue 3. Pittsburgh: *The American Economic Review*: 1992, p. 579-599.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24a. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOON, Jaeho. Presentation. Roundtable Competition Policy and Public Procurement. 12th Session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy. Gênova, julho de 2012, p. 10. Disponível em

http://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp2012_RT_PP_JaehoMoon_e_n.pdf, Acesso em 3 de setembro de 2016.

MORAIS, Luís D. S.; RODRIGUES, Nuno Cunha. Contratação pública e práticas anti- concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas. In: TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (Org.). *Contratação pública e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 85-116.

PORTER; Robert H.; ZONA, J. Douglas. Detection of bid rigging in procurement auctions. Chicago: *Journal of Political Economy*, 1993, vol. 101, n. 3, p. 518-538.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

REICH, A. *International Public Procurement Law: the evolution of International Regimes on Public Purchasing*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Reimpressão da 1ª. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: relations between the EU and the BRICS in the context of the new EU Trade and Investment Strategy*. *Public Procurement Law Review*. Andover: Sweet & Maxwell, 2016 (no prelo).

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1ª. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In: *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*, Mário Luiz Possas (coord.). São Paulo: Singular, 2002.

SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: A Lei 12.525/2011 e a análise prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.