

Possíveis impactos da escolha do mecanismo de leilão utilizado em outorgas de concessão no Brasil: análise a partir do modelo de concorrência pelo mercado

Enrico Spini Romanielo¹

Resumo

O presente trabalho objetiva analisar os possíveis impactos que da escolha de um determinado mecanismo de leilão a ser utilizado em licitações de concessão no Brasil. Mais especificamente, busca-se avaliar qual mecanismo de leilão a ser adotado pelas autoridades nacionais é o mais adequado para cumprir com os objetivos colimados pelas políticas antitruste e regulatória. Para tanto, partindo-se do modelo de concorrência pelo mercado proposto por DEMSETZ (1968) e da Teoria Econômica dos Leilões, pretende-se responder a três perguntas: (i) a escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?; (ii) a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente?; e (iii) a escolha do tipo de leilão consegue maximizar a receita do vendedor e, ao mesmo tempo, mitigar a Maldição do Vencedor? Averiguou-se que o *leilão inglês moderno* é o mecanismo que responde a todas as perguntas, devendo ser adotado nos leilões de concessão. Ademais, faz-se mister garantir uma ampla participação nos certames mediante a remoção das barreiras à entrada. Como conclusões, sugerem-se três medidas fundamentais a serem tomadas: (i) atuação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), analisando os editais de licitação previamente, de forma a sugerir a retirada das barreiras à entrada que possam comprometer a ampla competição; (ii) ampliação da advocacia da concorrência por parte da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE); e (iii) a adoção do *leilão inglês moderno* por parte das agências reguladoras nas futuras licitações de concessão.

Abstract

This paper analyzes the possible impacts resulting from the choice of the bidding mechanism by the State when proceeding with public procurements in Brazil. Specifically, it tries to determine which bidding mechanism is better to accomplish antitrust and regulatory purposes. In order to do so, the study uses the DEMETZ's (1968) *ex ante* competition model and the Economic Theory of Biddings to answer three questions: (i) is the choice of the bidding mechanism able to prevent bid rigging?; (ii) is the choice of the bidding mechanism able to ensure the selection of the most efficient player?; and (iii) is the choice of the bidding mechanism able to maximize the State's revenue and to avoid the Winner's Curse? It was found that the *modern English bidding* is the mechanism that answers all the three questions, which is why it should be adopted. Besides, it is necessary to ensure, by removing barriers to entry, that a great number of bidders actually participate in the bidding. Therefore, three measures are suggested to be adopted: (i) a preventive approach by the Administrative Council of Economic Defense (CADE), which needs to analyze the licitation issuances, suggesting the removal of unnecessary barriers to entry; (ii) a wide advocacy by the Secretariat of Economic Oversight of the Ministry of Finance (SEAE); and (iii) the adoption of the *modern English bidding* mechanism in future public biddings.

Área de interesse 7 - Trabalho, Indústria e Tecnologia

Subárea 7.2 – Economia Industrial e de Serviços

¹ Advogado da área de Direito Concorrencial do escritório Machado Associados. Economista. Especializando em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (GV Law) em São Paulo.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar os possíveis impactos da escolha de um determinado mecanismo de leilão a ser utilizado em licitações de concessão. Mais especificamente, busca-se avaliar qual mecanismo de leilão a ser adotado pelas autoridades nacionais é mais adequado para cumprir com os objetivos colimados pelas políticas antitruste e regulatória.

Trata-se de objeto de estudo situado na fronteira nem sempre bem definida entre a defesa da concorrência e a regulação econômica. Ainda que as duas áreas possam ser, inicialmente, bem definidas, cada qual com princípios peculiares, verifica-se uma crescente convergência entre elas (RODAS & OLIVEIRA: 2004, p. 140). Prega-se, cada vez mais, pela necessidade de uma regulação concorrencial que busque, dentre outros objetivos, aqueles colimados pela defesa da concorrência, realizando o princípio expresso no art. 170, IV da Constituição Federal de 1988.

Sabe-se que há muitas formas de regulação que o Estado pode adotar, variando desde os mecanismos clássicos como controle de preços e qualidade dos serviços prestados até a imposição de tributação e criação de mercados de direitos privados (BREYER: 1982). Dentre essas formas, destaca-se o modelo proposto por DEMSETZ (1968), segundo o qual a melhor maneira de se regular um setor no qual a competição não é viável seria a introdução de concorrência *ex ante*, realizando-se leilões de atuação naquele mercado.

Fundamentalmente, trata-se de uma maneira de se introduzir a concorrência, promovê-la por meio de instrumentos regulatórios (leilões). Neste sentido, uma parte da Teoria dos Jogos dedica-se ao estudo do desenho do mecanismo ótimo de leilão a ser adotado para que sejam alcançados objetivos previamente definidos.

Surgem, portanto, três perguntas iniciais a serem respondidas com a bagagem oferecida pela teoria econômica: (i) a escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?; (ii) a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente?; e (iii) a escolha do tipo de leilão consegue maximizar a receita do vendedor e, ao mesmo tempo, mitigar a Maldição do Vencedor? As respostas obtidas serão aplicadas à realidade brasileira.

O trabalho é, pois, dividido em quatro partes, além desta introdução. Em um primeiro momento, ilustra-se a passagem do modelo de Estado empresário para o Estado regulador, evidenciando, como formas de intervenção estatal indireta na economia, as políticas antitruste e regulatória. Depois, estuda-se o modelo proposto por DEMSETZ (1968) de introdução da

concorrência pelo mercado, bem como a Teoria Econômica dos Leilões. A terceira seção é dedicada a responder às três perguntas feitas inicialmente. Por fim, apresentam-se as conclusões.

Para a confecção do estudo foram utilizadas pesquisas bibliográficas, por meio do método dedutivo, através de técnicas de análise e interpretação textual da mais balizada doutrina nacional e estrangeira. Trata-se de um artigo essencialmente interdisciplinar, envolvendo temas atinentes ao Direito Econômico e às Ciências Econômicas, em especial a Teoria dos Jogos.

1 – Do Estado empresário ao Estado regulador

A doutrina econômica clássica, nascida com Adam Smith, considerado pai do liberalismo econômico, pregou de forma dominante, por muito tempo, a abstenção do Estado na economia. Este deveria se afastar do mercado, deixando-o que se regulasse de forma autônoma.

A idéia é simples: os agentes econômicos são plenamente racionais e detêm todas as informações necessárias para tomarem suas decisões de forma a maximizar seus interesses. A prosperidade econômica seria alcançada a partir das ações racionais e virtuosas do homem econômico, o qual, tentando alcançar seu bem estar pessoal, contribuiria para o bem estar de toda sociedade. Ao Estado caberia abster-se de intervir no plano econômico, sendo responsável somente por elaborar um ordenamento jurídico que protegesse a propriedade privada e garantisse a execução dos contratos, dando ampla liberdade de ação aos indivíduos, racionais e virtuosos.

Contudo, a realidade mostrou-se diferente. A expansão do capitalismo desregrado trouxe inúmeras conseqüências econômicas e sociais nefastas, cujo ápice pode ser visualizado com a Crise de 1929 e as duas Guerras Mundiais. Fica claro, a partir de então, que certo nível de regulação e intervenção estatal é imprescindível.

É assim que surge e se desenvolve o Estado do Bem Estar Social, caracterizado por forte intervenção na economia, cuja representação máxima foi a política do *New Deal*, implementada pelo Presidente Roosevelt nos EUA após a Crise de 1929.²

² O *New Deal* foi baseado nas idéias keynesianas. John Maynard Keynes, afastando os pressupostos da economia clássica, coloca que os agentes não são completamente racionais e não têm como prever o futuro, fazendo, no máximo, previsões quanto ao mesmo. Reina a incerteza quanto ao futuro no sistema, e os investimentos, força motor do desenvolvimento econômico, são advindos de decisões baseadas em previsões quanto a este futuro. Devido à natureza incerta do capitalismo, os investimentos sofrem abalos, levando a economia a um ciclo de crescimento e crise. Cabe ao Estado realizar uma forte intervenção, de forma a minimizar a incerteza e atuar diretamente na economia, buscando aproximar a sociedade de uma situação de pleno emprego.

Essa intervenção estatal pode se dar de duas formas: (i) direta, assumindo o Estado para si as funções de um verdadeiro empresário, produzindo e ofertando bens e serviços à população; ou (ii) indireta, deixando as funções de produção e oferta para a iniciativa privada, limitando-se o ente estatal a regular e fiscalizar tal atuação.

Durante muito tempo, a intervenção estatal no domínio econômico foi vista somente como o intervencionismo direto (MARQUES NETO: 2006, p. 73). No Brasil, o Estado foi um dos principais responsáveis pela industrialização. Os modelos de desenvolvimento adotados pelo país desde a primeira República até a década de 1990 foram marcados por forte intervenção e presença estatal, de modo a fortalecer a economia nacional.

No entanto, esse modelo de desenvolvimento vem sendo abandonado. Assiste-se a um processo gradual e generalizado no qual o Estado deixa a função de empresário para a iniciativa privada, limitando-se a regular a atividade econômica.

Essa forma de intervenção estatal na economia, de forma a definir parâmetros da atuação da iniciativa privada, controlando-a, se dá, fundamentalmente, através de dois mecanismos: a regulação e a política antitruste. É dizer, o Estado reconhece a maior eficiência da iniciativa privada, mas, ao mesmo tempo, constata que não pode deixar o mercado às vicissitudes da auto-regulação, tendo em vista os efeitos perversos que disso resultam. Assim, lança mão dos instrumentos mencionados.

A política antitruste pode ser entendida como conjunto de ações tomadas pelo Estado no sentido de promover, estimular e defender a concorrência. Sua origem remonta aos EUA, onde, diante de um processo de intensa concentração empresarial no final do século XIX, clamou-se pela promulgação de legislações que limitassem a iniciativa privada em prol da concorrência.³

As origens do antitruste brasileiro estão na Constituição de 1934, a qual afirmava caber ao Estado organizar a ordem econômica, utilizando, pela primeira vez, a expressão economia popular em seu art. 117.⁴ Contudo, a primeira legislação ordinária sobre a matéria, a qual cria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), atual órgão antitruste julgador pátrio, foi a Lei nº 4.137/62. Tal diploma teve pouca efetividade, tendo em vista que, àquela época, o

³ Credita-se, contudo, ao Canadá a promulgação da primeira legislação antitruste do mundo. Ainda sob domínio inglês, edita-se o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, em 1889, o qual foi ampliado em 1910 pelo *Combines Investigation Act*, editado para cuidar dos casos de fusões e aquisições. OLIVEIRA & RODAS: 2004, pp. 4 a 6.

⁴ A Constituição de 1937 também continha previsões que podem ser consideradas um embrião do antitruste. Contudo, o primeiro diploma brasileiro que visa à repressão do poder econômico é o Decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, conhecido como Lei Malaia, de tônica administrativa (e não penal), fruto de um projeto nacionalista e protecionista do deputado Agamemnon Magalhães. O Decreto, contudo, teve vigência muito limitada, inferior a um ano. FORGIONI: 1998, p. 111.

modelo de desenvolvimento nacional requeria a forte presença estatal na economia, sacrificando a concorrência em prol do fortalecimento econômico do país.⁵

Somente no início da década de 1990, quando os modelos de desenvolvimento apoiados na atuação direta do Estado mostraram-se esgotados⁶, é que se criam condições para uma efetiva política antitruste no país.

Assim, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, promulga-se a Lei nº 8.158/91, a qual tinha a intenção de celerizar os processos administrativos, razão pela qual se cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE). O CADE passa a funcionar ao lado da SNDE, a qual lhe dava suporte pessoal e administrativo.

Em 1994, finalmente, promulga-se a atual lei antitruste do Brasil, a Lei nº 8.884/94. Este diploma estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁷, prevendo tanto a faceta preventiva como a repressiva da política antitruste. Pode-se dizer que a referida lei, apesar de seus defeitos, vem logrando consagrar uma tradição no que tange à defesa da concorrência, mostrando-se efetiva e de larga aplicação.

A segunda forma de atuação indireta do Estado na economia é, como dito, a regulação. Regulação significa o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos (RAMIRES: 2005, p. 65). É dizer, o Estado fiscaliza alguns setores da economia, estratégicos ou de interesse público, cuja prestação direta é feita pela iniciativa privada.

BREYER (1982) aponta para a existência de diversas formas de regulação econômica. Segundo o autor, o controle de preços e metas de qualidade, alcunhado de *regulação clássica*, é apenas uma maneira de se regular a economia, não sendo, muitas vezes, a mais ideal. Dentre as formas alternativas, pode-se citar a tributação, a criação de mercados de direitos privados, a

⁵ FORGIONI (1998, p. 127) argumenta, ainda, que o Poder Judiciário revisava freqüentemente as decisões do CADE, retirando a efetividade da política antitruste nacional.

⁶ O contexto internacional apontava para o triunfo do liberalismo econômico e político. Alguns fatos históricos que corroboram essa conclusão: (i) comemoravam-se duzentos anos de Revolução Francesa, símbolo do triunfo burguês sobre o absolutismo estatal; (ii) a Guerra Fria acabara com o fracasso do socialismo soviético, mostrando uma suposta supremacia do sistema capitalista; e (iii) elaborava-se o Consenso de Washington, o qual impunha medidas de caráter neoliberal aos países periféricos como condição para seu desenvolvimento. No Brasil, a situação não era diferente: (i) o modelo de substituição de importações havia falhado, levando o país a uma situação de extrema estagnação e crise econômica durante a década de 1980 (Década Perdida), a qual planos econômicos de orientação heterodoxa não conseguiram resolver; e (ii) Fernando Collor de Melo ganhou as eleições presidenciais prometendo modernizar o país a partir da sua abertura comercial e desregulamentação.

⁷ O SBDC é formado pelo CADE, tribunal administrativo de natureza autárquica vinculado ao Ministério da Justiça; Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça; e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda. Estes dois últimos órgãos (SDE e SEAE) têm a função de instruir o processo no qual se investiga dano ou prejuízo à concorrência, remetendo-o ao CADE para que este julgue.

imposição de obrigações de *disclosure* de informações importantes ao consumidor (como no caso da indústria de cigarros), dentre outras.

O surgimento do debate acerca da regulação pode ser contextualizado historicamente com a crise do paradigma do Estado liberal clássico, fruto do acirramento dos conflitos sociais desenvolvidos em seu âmbito, como as crises cíclicas do capital, a Crise de 1929 e a Primeira Guerra Mundial. O Estado passa a estar disposto a intervir firme e profundamente na economia, sempre na busca de determinados objetivos previamente definidos. (RAMIRES: 2005, p. 54)

O fato é que, tradicionalmente, os setores de infra-estrutura, como o de telecomunicações, energia elétrica e transportes terrestres, entre outros, foram marcados pela suposta presença de *monopólios naturais*, o que exige, devido aos elevados investimentos e à alta escala mínima viável, a presença de apenas um *player* atuando. Assim, para que fossem evitados abusos impostos ao consumidor, tais setores foram objeto de intensa regulação estatal, como supervisão de preços, limites à entrada, estipulação de metas. (FAGUNDES, PONDÉ & POSSAS: 2002, p. 189)

Assistiu-se no Brasil, durante toda a década de 1990, a um processo de privatização mediante o qual setores que antes contavam com forte presença estatal foram delegados, total ou parcialmente, à iniciativa privada. Neste sentido, podem-se citar dois exemplos fundamentais: (i) o sistema TELEBRÁS foi desmantelado e vendido a quatro principais *players*, cada qual atuando em uma região pré-definida, os quais passaram a deter as redes de telecomunicações já construídas; e (ii) os direitos de construção e manutenção de rodovias federais foram vendidos à iniciativa privada mediante leilões de concessão. Nos dois casos, foram constituídas agências reguladoras (respectivamente, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e a agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT) para monitorar a atuação privada.

Formaliza-se, portanto, a passagem do Estado de um papel de empresário para um papel de regulador, fiscalizando a atividade econômica.

Sabendo, pois, das duas formas fundamentais de atuação estatal indireta na economia (defesa da concorrência e regulação), tem-se que as evoluções históricas de ambas sugerem uma delimitação de fronteiras. Enquanto a defesa da concorrência visaria assegurar a proteção dos mecanismos de mercado, sendo aplicada em setores nos quais a competição é viável, a regulação tradicional teria como objetivo a substituição desses mecanismos, tendo em vista falhas de mercado consideradas insuperáveis (em especial, a presença de monopólios naturais),

o que inviabilizaria a competição e, portanto, a sua defesa. (RODAS & OLIVEIRA: 2004, p. 137)

RODAS & OLIVEIRA (2004, p. 139), citando trabalho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não publicado, colocam quatro diferenças entre os dois institutos:

- o objetivo da política antitruste é mais restrito, atendo-se, em geral, a garantir a eficiência alocativa, enquanto a regulação tem objetivos mais amplos, como a universalização dos serviços, a integração regional, a proteção do meio ambiente;
- a política antitruste procura trabalhar com mecanismos de mercado, enquanto a regulação tenta substituí-los;
- a autoridade antitruste age quando provocada, enquanto o regulador estabelece regras *a priori* que devem ser seguidas pelos administrados;
- o antitruste prefere impor medidas estruturais, enquanto a regulação prefere medidas comportamentais.

Não obstante a existência de tais diferenças, os próprios autores atestam que é verificada uma convergência crescente entre as duas áreas. A tendência da regulação é desenvolver mecanismos que permitam a existência da competição naqueles setores, incidindo, portanto, as normas de defesa da concorrência. (RODAS & OLIVEIRA: 2004, p. 140)

Surge, pois, o conceito de regulação concorrencial. O Estado, ainda que diante de setores caracterizados por monopólio natural e objetos de regulação, deve se preocupar com a introdução, quando possível, da competição entre os agentes. Essa preocupação está, de fato, presente nas legislações setoriais que definem os regimes (i) das telecomunicações (Lei nº 9.472/97), (ii) do petróleo, gás natural e biocombustíveis (Lei nº 9.478/97), e (iii) dos transportes terrestres (Lei nº 10.233/01).

Sendo assim, uma das formas possíveis de se garantir a competição em setores regulados, com forte presença de monopólios naturais, é mediante a introdução da concorrência *ex ante*, ou pelo mercado, conforme será visto abaixo.

2 – A concorrência pelo mercado e a Teoria Econômica dos Leilões

Feito um breve apanhado acerca da passagem do modelo de Estado empresário para o paradigma do Estado regulador, passa-se a estudar o modelo proposto por DEMSETZ (1968) da concorrência pelo mercado e a Teoria Econômica dos Leilões.

2.1 – O modelo de Demsetz

Harold Demsetz propôs, em artigo publicado em 1968, uma espécie alternativa de regulação econômica. Segundo o autor, a teoria econômica do monopólio natural não consegue dar fundamentos suficientes que justifiquem a atuação reguladora do Estado (a qual, inclusive, poderia trazer custos excessivos e desnecessários para os agentes econômicos). Para ele, não é claro que um menor número de firmas atuando significa, *per se*, que haverá comportamento monopolístico e, como consequência, perdas sociais. Um menor número de firmas indica, por outro lado, a existência de grandes economias de escala naquele determinado mercado, o que exige a atuação de poucos (senão um) *players*. (DEMSETZ: 1968, pp. 55 a 57).

Neste sentido, afasta-se a necessidade da regulação clássica, entendida como o controle de preços e do comportamento do agente pelo Estado. Seria necessário introduzir um processo competitivo *ex ante* ou pelo mercado, no qual os interessados (*bidders*) fariam seus lances e, assim, o melhor lance ganharia o direito de exploração do serviço (*franchise*) no momento *ex post*, ou no mercado. O único papel do Estado seria o de desenhar um mecanismo para selecionar o lance vencedor. (DEMSETZ: 1968, p. 58)

Um mecanismo de leilão que garantisse a outorga do serviço ao agente que oferecesse a melhor proposta garantiria a competição pelo mercado, sendo desnecessária, pois, a regulação. Isso aliviaria as firmas do desconforto causado pelas agências reguladoras. Caso houvesse competição suficiente no leilão, o ganhador auferiria lucros normais no desempenho de sua atividade, não caracterizando, portanto, os prejuízos do monopólio. O papel do Estado seria, então, o de um leiloeiro. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 396)

De acordo com PEREIRA & LAGROTERIA (2001, pp. 151 a 153), o leilão é o melhor mecanismo de regulação de que o Estado dispõe. O argumento dos autores é de que, no momento da privatização, o Estado está na melhor posição econômica para negociar: ele é o monopolista, e os candidatos são múltiplos, devendo competir entre si pela outorga. O leilão, se bem desenhado, permite a obtenção do melhor resultado da licitação.

Portanto, a motivação do leilão, como alternativa à regulação, é de que a concorrência *ex ante* faz as vezes do papel exercido pela concorrência ativa no mercado. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 397)

Sabendo disso, volta-se a atenção para a Teoria Econômica dos Leilões para que se possa averiguar se existe um tipo de leilão ideal para que o Estado proceda com os seus objetivos.

2.2 – A Teoria Econômica dos Leilões

Os leilões constituem a forma mais antiga de mercado. Diversos bens são vendidos através de leilões há muito tempo, mas eles somente chamaram a atenção dos economistas na década de 1970, quando ocorreram as crises do petróleo. Diante de tal quadro, os EUA decidiram leiloar o direito de perfuração de áreas costeiras onde havia a perspectiva de existência de reservas petrolíferas. Assim, o governo norte-americano requisitou a economistas que desenhassem o formato do leilão a ser utilizado para tanto (VARIAN: 2003, p. 333). De acordo com FIANI (2006, p. 326), é possível, à luz da teoria econômica, desenhar um mecanismo de jogo de forma que suas regras sejam elaboradas a fim de se alcançar objetivos previamente estabelecidos.

Existem, basicamente, dois grandes gêneros de leilão: (i) o de valor privado, que é aquele cujo objeto não tem o mesmo valor para todos os participantes, é dizer, a utilidade que cada um auferirá é definida de acordo com aspectos subjetivos; e (ii) o de valor comum, definido como aquele em que o item a ser leiloado tem o mesmo valor para todos os arrematadores, mas estes não sabem exatamente qual é, razão pela qual realizam estimativas. (PINDYCK & RUBINFELD: 2002, p. 493)

Trata-se, na verdade, de dois tipos ideais de difícil constatação na realidade em seus estados puros. O mais comum é que se tenham leilões com características dos dois tipos. Os leilões de concessão, por exemplo, são essencialmente de valor comum, uma vez que as receitas econômicas advindas do serviço concedido são iguais para todos (tendo em vista que a tarifa a ser praticada é definida pelo Estado), com algumas características de valor privado, já que cada participante sabe de sua própria curva de custos, o que faz com que os lucros a serem auferidos possam ser diferentes.

Sabendo disso, os leilões podem ser divididos em quatro espécies distintas (VARIAN: 2003, pp. 334 e 335):

- **Leilão inglês ou de lances abertos**: o leiloeiro parte de um preço de reserva, que é o menor preço pelo qual se admite vender o objeto. A partir desse preço, os participantes oferecem, em viva-voz e sucessivamente, preços mais

altos. Quando nenhum participante se dispõe a um novo lance, o bem é vendido àquele que apresentou o lance mais alto. Pode-se idealizar também o contrário, dependendo do objetivo do leiloeiro: fixa-se um preço máximo (o de uma tarifa a ser praticada, por exemplo), devendo os participantes reduzirem sucessivamente seus lances até que somente um continue no jogo e se consagre como vencedor;

- **Leilão holandês**: o leiloeiro inicia com um preço alto e o reduz sucessivamente até que alguém faça o lance e, com isso, arremate o objeto, dando fim ao jogo;
- **Leilão de lances fechados**: cada participante oferece seu lance em papel e o deposita em um envelope fechado. O leiloeiro, então, abre todos os envelopes ao mesmo tempo, ganhando aquele que fez a proposta mais alta;
- **Leilão do filatelista ou de Vickrey**: similar ao de lances fechados. O objeto é outorgado ao participante que der o lance mais alto, mas este paga o segundo preço mais elevado. Tendo em vista sua pequena utilização prática, o estudo não tratará do leilão de Vickrey (PEREIRA & LAGROTERIA: 2001)

3 – Respostas às perguntas elaboradas

Apresentadas as espécies de leilão estudadas pela teoria econômica, faz-se necessário buscar as respostas das três perguntas elaboradas inicialmente.

3.1 – A escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?

A realização de um leilão cria um mercado pelo bem ou serviço objeto do jogo, competindo os jogadores entre si de acordo com as regras definidas pelo leiloeiro. Trata-se de um mercado onde a competição é possível. Vale lembrar que o leilão é uma forma de se introduzir a concorrência *ex ante* em um setor caracterizado por monopólio natural.

Sendo assim, como em todo mercado, eventuais práticas anticompetitivas podem surgir. Dentre elas, a mais danosa é o cartel.

Primeiramente, deve-se entender o que é o cartel e como ele é caracterizado, bem como seus potenciais efeitos nefastos para o mercado. Em um segundo momento, apresenta-se o

problema dos cartéis de licitação, verificando-se, por fim, a capacidade de evitá-lo mediante a escolha do tipo de leilão a ser empregado.

O cartel é uma forma de cooperação entre competidores, um acordo horizontal, vale dizer, envolve agentes econômicos que fazem parte do mesmo mercado relevante.⁸ O combate a tal tipo de prática se dá mediante a atuação repressiva da política antitruste.

De forma simplificada, a racionalidade de um cartel é restringir ou limitar a concorrência em determinado mercado com o objetivo de se auferir lucros monopolistas por parte do grupo. Assim, os participantes do acordo conseguem combinar e impor um preço mais elevado, causando transferência de renda da sociedade para os agentes envolvidos e resultando, enfim, em mal-estar social e perda de eficiência econômica. Além disso, por não haver pressão competitiva, tem-se uma redução dos investimentos em melhoria na qualidade dos bens ou serviços prestados.

RODAS & OLIVEIRA (2004, pp. 41 a 45) citam algumas condições que tornam a ocorrência de um cartel mais provável. Dentre elas, destacam-se: (i) baixo número de agentes competindo⁹; (ii) produtos homogêneos; e (iii) altas barreiras à entrada. Tais características podem facilitar a formação e o sucesso de um cartel, o qual é, essencialmente, um acordo instável.¹⁰

DOMINGUES & GABAN (2008, p. 184), analisando as formas de configuração e identificação do cartel mostram que, nos EUA, entendia-se que o simples paralelismo de preços (ou de condutas) não era suficiente para caracterizar a prática. No entanto, esse posicionamento foi alterado em 1946, no julgamento do caso *American Tobacco Co.*: ainda que o *Department of Justice* (DOJ), órgão norte-americano responsável pela investigação de condutas ilícitas do ponto de vista concorrencial, não houvesse conseguido obter provas materiais que comprovassem a existência de um acordo, a Suprema Corte condenou as empresas envolvidas baseando-se no mero paralelismo de preços.

Em 1954, o posicionamento mudou novamente, fixando-se o entendimento vigente até hoje: o fator mais importante para a configuração de um cartel é se as empresas tomam decisões

⁸ Deve-se ressaltar, porém, que um cartel pode envolver também relações verticais.

⁹ Frequentemente o cartel é associado a oligopólios. Tal distinção deve ser bem clara, vez que o oligopólio é uma estrutura de mercado na qual poucos agentes competem entre si, havendo diferenciação de produtos. Dessa forma, e tendo em vista o tamanho de cada empresa, é razoável supor que a ação de um *player* tenha influência na determinação da ação do outro. Essa é a racionalidade vigente em uma situação de oligopólio, o que não significa que necessariamente existirá formação de cartéis em estruturas oligopolizadas.

¹⁰ A instabilidade do cartel advém da tentativa que seus participantes enfrentam de quebrar o acordo e, assim, auferirem lucros ainda maiores.

de forma independente ou baseando-se em acordos. Assim, o simples paralelismo não é mais suficiente.¹¹ (DOMINGUES & GABAN: 2008, p. 186)

Desenvolveu-se, pois, a doutrina do paralelismo *plus*, segundo a qual a prática de cartel não é comprovada simplesmente pela semelhança de preços. Essa semelhança pode ser, pelo contrário, reflexo de ferrenha concorrência no mercado. É necessário demonstrar um *plus*, algo a mais do que o simples paralelismo, que comprove (i) a existência do acordo e (ii) a intenção ilícita de restringir a concorrência e auferir lucros monopólicos. (SALOMÃO FILHO: 2002, p. 161)

A legislação antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94) tipifica o cartel como infração à ordem econômica em vários dos incisos exemplificativos do art. 21. Além disso, a prática é constituída como tipo penal, de acordo com o art. 4º, III da Lei nº 8.137/90.

Vale ressaltar que o combate a cartéis tornou-se a prioridade máxima dos órgãos componentes do SBDC a partir de 2003. Até então voltados mais para a análise de operações de concentração econômica (basicamente fusões e aquisições), percebeu-se que a maioria delas não representam prejuízos significativos para a dinâmica concorrencial do mercado. De fato, o perigo maior reside nas condutas anticompetitivas, sendo a mais danosa o cartel.¹²

Feitas tais considerações, cabe avaliar o problema recorrente dos cartéis em licitações.

Deve-se ressaltar que os leilões pressupõem que não existe comportamento colusivo entre os concorrentes, mas que cada um age dentro das regras competitivas definidas de forma independente e a buscar a maximização de interesses individuais. A cooperação subverte as características alocativas previstas no mecanismo de leilão e, ainda que não se provoque a perda de certas propriedades de eficiência estática, sempre se logrará a apropriação de alguma parte do excedente esperado pelo licitante. (FRANCO NETO: 2003, p. 453)

Sendo assim, em um modelo de leilão competitivo, a estratégia ótima dos participantes é decidir a melhor oferta para si, levando em consideração presunções do que serão as estratégias de seus adversários, constituindo-se, portanto, um Equilíbrio de Nash.¹³

No entanto, os jogadores podem (e o fazem, efetivamente) organizar-se, acordando os preços e lances que cada um dará, objetivando a maximização do lucro conjunto de forma anticompetitiva.

¹¹ Esse é, inclusive, o entendimento atual das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

¹² Neste contexto de prioridade de combate aos cartéis, o Ministro da Justiça lançou em 08 de outubro de 2008 o Dia Nacional de Combate a Cartéis. Trata-se de um esforço no sentido de conscientizar a sociedade dos efeitos maléficos do cartel.

Assevera FRANCO NETO (2003, p. 467) que a anulação da competição em um leilão pode se dar mediante (i) a renúncia da participação de certos agentes, submetendo-se uma única proposta em nome do grupo, ou (ii) através da submissão de ofertas em valores acertados previamente, direcionando o resultado do certame.

Ainda que a organização do cartel em licitações seja difícil, tendo em vista sua natureza essencialmente instável, enfrentando problemas como (i) a definição de uma regra para designar previamente o agente que irá representar o grupo no certame, (ii) a estipulação de uma regra clara para definir a forma de rateio interno dos lucros resultantes da colaboração, ao mesmo tempo (iii) garantindo a estabilidade do acordo, ela é possível e já foi enfrentada algumas vezes pelo SBDC.¹⁴

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), órgão responsável pela investigação de condutas anticompetitivas e instrução dos respectivos processos administrativos que serão julgados pelo CADE publicou, no segundo semestre de 2008, uma Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações. Segundo tal documento, as licitações são um ambiente propício para a formação de cartéis, os quais podem se dar de várias formas: (i) fixação de preços; (ii) direcionamento privado da licitação, definindo-se previamente quem será o vencedor do certame ou de uma série de licitações, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas; (iii) divisão de mercado, mediante a divisão de um conjunto de licitações entre os membros que, dessa forma, deixam de concorrer entre si; (iv) supressão de propostas com o intuito de favorecer o *player* escolhido pelo grupo; (v) apresentação de propostas com preços muito altos ou com vícios declassificatórios; (vi) rodízio, alterando-se os vencedores de determinados certames; (vii) sub-contratação, ou seja, os concorrentes desistem do certame na certeza de que serão sub-contratados pelos vencedores. (SDE: 2008, pp. 9 e 10)

Vê-se que as possibilidades são inúmeras e que o problema está sendo considerado pela SDE com bastante seriedade. Vale mencionar, ainda em tempo, que a Secretaria firmou um acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU) no dia 12 de março de 2009 que visa ao desenvolvimento e aprimoramento das ferramentas utilizadas na identificação e repressão a cartéis de licitação.

Isto posto, resta investigar se a escolha de determinado mecanismo de leilão consegue evitar a formação de cartéis. A resposta parece ser, contudo, negativa.

¹³ O Equilíbrio de Nash é “um conjunto de estratégias ou ações em que cada empresa faz o melhor que pode em função do que suas concorrentes estão fazendo”. (PINDYCK & RUBINFELD: 2002, p. 429).

Ocorre que, quando da realização de leilões de concessão, os eventuais participantes conhecem as regras previamente, vez que são devidamente publicadas no edital. Dessa forma, eles têm tempo para organizar-se conforme com as normas do jogo, elaborando um acordo de cooperação condizente com a dinâmica do leilão adotado pelo Estado.

Sendo assim, caso o leilão escolhido tenha sido o de lances fechados, os participantes podem (i) reunir-se para fixar os preços previamente, ajustando os lances a serem feitos, (ii) direcionar privadamente o resultado da licitação, (iii) eleger um membro como representante do grupo, definindo uma forma de remuneração para os outros integrantes do cartel, seja em pecúnia ou mediante subcontratação, (iv) combinar formas de supressão de propostas, ou (v) apresentar propostas com preços muito altos ou com vícios desclassificatórios.

Da mesma forma, no leilão holandês, os participantes podem definir o preço mediante o qual o objeto deverá ser arrematado pelo representante do grupo. Neste sentido, quando o leiloeiro chega a um preço determinado pelo cartel como lucrativo para todos os seus membros, o representante arremata o objeto leilado e, a partir disso, procede-se à compensação dos demais participantes do acordo.

Segue-se a mesma racionalidade para o leilão inglês: define-se um representante para o grupo o qual terá em mãos uma planilha de valores possíveis pelo qual o objeto poderá ser arrematado, valores esses que garantem a remuneração devida de todos os membros do acordo.

Pode-se, perceber, então, que nenhum mecanismo de leilão está imune ao problema da formação de cartel. DURÃES (1997, p. 16) relata que BIKCHANDAN & HUANG (1992) admitem que os quatro tipos de leilão são suscetíveis, de fato, à manipulação por parte dos licitantes.

Contudo, ainda que o problema não possa ser evitado pela escolha do mecanismo de leilão, ele pode ser, ao menos, atenuado. É fácil perceber que o leilão de lances fechados admite uma maior possibilidade de formas pelas quais um cartel pode atuar, vez que se trata de um jogo simultâneo, que ocorre em apenas uma etapa, com elevada assimetria de informação. Isso não só eleva as possibilidades de atuação do cartel como também as probabilidades de êxito do mesmo.

O leilão inglês, por sua vez, admite várias etapas, o que a Teoria dos Jogos chama de jogos seqüenciais. Segundo FIANI (2006, pp. 215 e 216), trata-se de uma situação na qual os jogadores tomam suas decisões conhecendo antecipadamente a escolha dos demais *players*, tendo, pois, maiores informações. Essas informações que um jogador dispõe acerca da ação de

¹⁴ Alguns exemplos de casos em que o SBDC lidou com cartéis de licitação: PA nº 08012.009118/98-26, PA nº

seus concorrentes pode alterar de forma bastante significativa as suas opções ao tomar sua decisão na próxima etapa do jogo.

No entanto, um leilão inglês onde os lances são dados em voz alta eleva sobremaneira as probabilidades de ocorrência de cartel, vez que torna a comunicação entre os concorrentes muito mais fácil. Assim, sinais combinados entre os *players* podem ser dados durante o jogo, significando a desistência de alguns em benefício de outro. Por outro lado, um *leilão inglês moderno*, no qual os concorrentes são colocados em salas separadas, sem possibilidade de comunicação entre eles, nas quais os lances são dados sucessivamente mediante um procedimento eletrônico, aumenta a instabilidade intrínseca do cartel, tornando sua exeqüibilidade muito mais complexa.

A questão central para evitar a formação de cartéis parece não residir, portanto, na escolha do tipo de leilão a ser utilizado, mas na determinação do maior número possível de participantes no jogo. SANTACRUZ (2003, p. 419) considera que, em um mercado com elevado número de competidores, onde a concorrência efetiva é alta, a prática do cartel se torna muito difícil.

De fato, viu-se anteriormente que uma das condições facilitadoras do conluio entre concorrentes é justamente a existência de poucos *players* no mercado, vez que isso torna mais fácil a organização e monitoramento do acordo.

Neste sentido, podem ser entendidas como barreiras à entrada no mercado constituído pelo leilão as exigências técnicas ou econômicas para a participação no certame, definidas no edital. Essas devem ser as menores possíveis, de forma a garantir a participação do maior número de agentes possível.

A OCDE (2009) coloca como uma das indicações para as autoridades estatais, no esforço para reduzir a probabilidade de ocorrência de cartéis de licitação, a retirada, na medida do possível, de tais exigências, sendo imperioso garantir, inclusive, a competição internacional.

Portanto, responde-se à primeira pergunta formulada de forma negativa: a escolha do tipo de leilão não consegue evitar a formação de cartéis entre os licitantes. Contudo, o leilão de lances fechados parece ser o mais suscetível à atuação colusiva., sendo preferível a escolha do *leilão inglês moderno*. De qualquer forma, é imperioso garantir a maior participação possível de agentes econômicos no certame, possibilitando, assim, uma ampla concorrência.

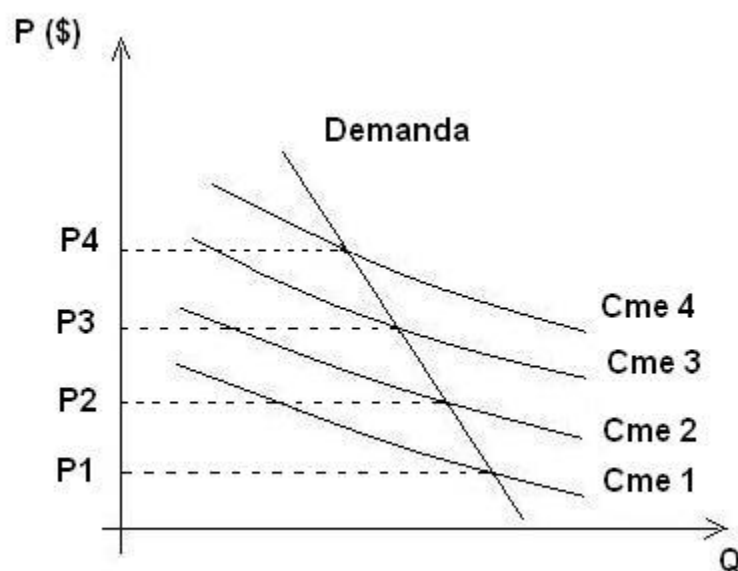
3.2 – A escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente?

O Estado pode ter dois objetivos ao realizar leilões de concessão: a maximização de sua receita ou a maximização dos interesses dos usuários do serviço. A escolha entre esses objetivos resultará na escolha do critério a ser utilizado nos leilões, a saber, (i) a melhor oferta pela outorga, ou (ii) a menor tarifa a ser praticada. O primeiro critério será analisado quando se tratar da Maldição do Vencedor.

A pergunta a ser respondida, nesta fase do estudo, é se a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente, objetivo último da concorrência.

Para tanto, utilizar-se-á do exercício teórico abaixo:

Gráfico 1 – Leilão inglês modificado



Fonte: HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 398.

O gráfico ilustra uma situação na qual existem quatro firmas competindo em um leilão de uma concessão qualquer. As quatro empresas possuem curvas de custos médios (CMe) diferentes, advindas de diferenças de eficiência entre elas, sendo a firma 1 a mais eficiente. Considere-se um *leilão inglês moderno* modificado: lances são dados sucessivamente via eletrônica, estando os agentes em salas separadas e sem comunicação; no entanto, o leiloeiro inicia o jogo com uma tarifa máxima a ser cobrada, sendo que o papel dos participantes é dar lances sucessivamente menores.

Supondo que o leiloeiro inicie com uma tarifa acima de P4, todas as firmas participarão do leilão, vez que seus respectivos custos médios encontram-se abaixo de P4. Lances sucessivamente menores serão dados, portanto. Uma vez que a tarifa estiver abaixo de P4, a firma 4 não participará mais do processo, tendo em vista que a tarifa a ser praticada é inferior aos seus custos. Quando a tarifa estiver abaixo de P3, a firma 3 sairá do certame pelas mesmas razões. Finalmente, quando o leiloeiro chegar abaixo de P2, a firma 1 se consagrará a vencedora do certame, cobrando uma tarifa um pouco abaixo de P2. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 399)

Isso traz uma consequência boa e outra ruim. A ruim é que a firma vencedora cobrará uma tarifa aproximadamente igual a P2, o que excede seu custo médio. Dessa forma, mister se faz garantir o maior nível possível de competição no leilão, tendo em vista que isto trará uma tendência de ser praticada a menor tarifa.

Por outro lado, a consequência boa é que a firma mais eficiente **sempre** irá se consagrar vencedora, tendo em vista que ela poderá dar melhores lances, é dizer, oferecer cobrar uma tarifa menor. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 399)

De acordo com este modelo, caso o mecanismo adotado houvesse sido o leilão holandês, quando o leiloeiro estivesse ainda em P4, qualquer das firmas poderia arrematar o objeto, não sendo garantido, portanto, que a firma 1 fosse a vencedora. Assim, não há certeza de que o *player* mais eficiente é o escolhido no leilão holandês, nem que será praticada a menor tarifa possível.

Da mesma forma, um leilão de lances fechados não consegue garantir a escolha do agente mais eficiente. Uma avaliação errônea acerca da atuação dos seus concorrentes poderia levar a firma 1 a oferecer um lance muito alto, não se consagrando vencedora do jogo.

Os leilões holandeses e de lances fechados, portanto, não conseguem garantir a seleção do agente mais eficiente nem a menor tarifa possível. O problema maior em tais mecanismos é a existência de alta assimetria de informação.

Esses resultados são corroborados por KLEMPERER (2008, pp. 593 e 594), segundo o qual os leilões ingleses geram a escolha do agente mais eficiente porque este pode sempre dar lances sucessivamente melhores que os seus concorrentes. Por outro lado, em um leilão de lances fechados os agentes somente têm uma chance para ofertar seus lances, e uma avaliação errada por parte da firma mais eficiente pode fazê-la perder o certame.

O modelo, contudo, não considera a questão da qualidade do serviço. Isso permitiria, em tese, um agente oferecer o menor preço e fornecer um serviço de má qualidade. A solução para isso é estabelecer previamente no edital critérios de qualidade mínimos do serviço a ser prestado, a partir do que os agentes competiriam entre si pela menor tarifa.

Portanto, responde-se à segunda pergunta formulada de forma positiva: a escolha do leilão inglês consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente. Ressalta-se ainda que, quanto maior for a competição no certame, menor tende a ser a tarifa escolhida.

3.3 – A escolha do tipo de leilão consegue maximizar a receita do vendedor e, ao mesmo tempo, mitigar a Maldição do Vencedor?

Como visto acima, o Estado pode ter dois objetivos ao realizar leilões de concessão: a maximização de sua receita ou a maximização da utilidade dos usuários do serviço. Será tratada, nesta parte do trabalho, a primeira hipótese.

Nos dizeres de PEREIRA & LAGROTERIA (2001, p. 167), Vickrey demonstrou que as receitas esperadas pelo vendedor quando da realização de um leilão são as mesmas, independentemente do mecanismo utilizado, caso fossem observadas duas condições: (i) participantes neutros em relação ao risco, e (ii) leilões exclusivamente de valores privados. Os resultados de Vickrey ficaram conhecidos como Teorema da Equivalência das Receitas.

É necessário investigar tais hipóteses para os leilões de concessão, objeto de estudo do presente trabalho, para averiguar se estão ou não presentes. Caso estejam, qualquer tipo de leilão escolhido pelo Estado implicará na mesma receita.

A primeira hipótese é de difícil constatação na realidade. Sabe-se que os agentes econômicos são, via de regra, avessos ao risco. Sendo assim, quanto mais avesso ao risco for o participante do leilão, maior será o seu lance, objetivando arrematar o objeto do mesmo imediatamente, garantindo seu sucesso no certame. Portanto, a primeira hipótese de Vickrey é, desde já, relaxada.

Diferente resultado não pode ser atingido em relação à segunda hipótese. Os leilões de concessão são tipicamente de valores comuns (com alguns elementos de valores privados), nos quais os participantes fazem estimativas do valor comum V , ou seja, o valor presente das receitas líquidas futuras esperadas a partir da exploração do serviço concedido. (PEREIRA & LAGROTERIA: 2001, p. 170)

Afasta-se, pois, o Teorema da Equivalência das Receitas, tendo em vista suas premissas irreais. Por conseguinte, o tipo de leilão escolhido pelo Estado terá implicações no que tange à receita a ser obtida por ele. Resta saber, então, qual o mecanismo ótimo a ser adotado, é dizer, qual tipo de leilão consegue maximizar a receita do vendedor.

Neste sentido, faz-se mister ressaltar um problema comum relativo aos leilões. Trata-se da Maldição do Vencedor, abordado inicialmente por Capp, Clapp e Campbell em 1971, quando os autores observaram um leilão de direitos de perfuração de reservas petrolíferas. Eles constataram que, diante da assimetria de informação, distintas avaliações haviam sido realizadas acerca da probabilidade de prospecções futuras pelos participantes. Assim, observou-se que as companhias que obtiveram as maiores avaliações de especialistas licitaram mais agressivamente e foram vitoriosas. (DURÃES: 1997, p. 15)

A Maldição do Vencedor refere-se ao problema do distanciamento entre a proposta vencedora e o verdadeiro valor de mercado daquilo que está sendo leilado. O participante do certame vê-se, pois, diante de um trade-off, devendo avaliar os benefícios decorrentes de um maior lance (o que aumenta as probabilidades de êxito), ponderando os custos de fazê-lo (já que um lance muito alto pode se distanciar em muito do real valor do objeto leilado).

O lance vitorioso revela ao participante que ele provavelmente apresentou uma proposta acima do preço médio, aumentando, com isso, a probabilidade de incorrer em perdas no mercado pós-leilão.

Observando os três tipos de leilão nos quais o presente trabalho focaliza a atenção (inglês, holandês e de lances fechados), pode-se dizer que a estratégia ótima a ser adotada pelos participantes em cada um deles não é revelar o verdadeiro valor que atribuem ao objeto leilado, mas dar lances de acordo com o que eles acreditam que seja a avaliação de seus concorrentes. E, caso a avaliação não seja acurada, o objeto leilado pode acabar sendo arrematado por alguém que não lhe atribua o maior valor. (VARIAN: 2003, p. 337)

Isso gera uma situação que não é Pareto eficiente¹⁵. Somente se o vencedor for aquele que atribui ao objeto leilado o maior valor é que se terá uma situação Pareto eficiente.

PEREIRA & LAGROTERIA (2001, p. 159) demonstram que os leilões holandeses e os de lances fechados são estrategicamente iguais, sendo que a única escolha real a ser feita pelos players é selecionar o preço de seu lance.

¹⁵ Uma situação Pareto eficiente é aquela na qual não se pode mudar as variáveis sem causar uma perda de bem-estar de algum dos agentes envolvidos

A assimetria de informação é muito elevada nesses dois tipos de leilão. Os jogadores não possuem dados acerca da avaliação que seus concorrentes fazem do bem. Dessa forma, levando-se em consideração a hipótese de aversão ao risco, o maior lance será o vencedor. Contudo, o licitante com maior avaliação sempre acreditará, ainda que todos os seus concorrentes façam estimativas não viesadas, que superestimou o valor dos direitos que adquiriu. (PEREIRA & LAGROTERIA: 2001, p. 170)

Diante disso, a Maldição do Vencedor é fortemente observada nos leilões holandês e de lances fechados, o que não deve ser ignorado pelo desenhista do jogo, vez que tal situação pode comprometer a atuação do vencedor do certame, bem como levar a uma alocação ineficiente de recursos.

VARIAN (2003, p. 341) traz um exemplo das conseqüências drásticas da Maldição do Vencedor: no leilão de fluxos de feixes de frequência para serviços de comunicação pessoal organizado pela *Federal Communications Commission* (FCC), órgão regulador norte-americano do setor de telecomunicações, em maio de 1996, a *NextWave Personal Communications Inc.* ofereceu o maior lance (US\$ 4,2 bilhões por 63 licenças), consagrando-se como a grande vencedora. Contudo, em janeiro de 1998, a empresa entrou em concordata ao verificar que não podia pagar suas dívidas.

Outro exemplo de ocorrência da Maldição do Vencedor pode ser visto na desestatização do Banespa. Em 1998, o banco foi incluído no Programa Nacional de Desestatização, tendo-se definido que a venda das ações pertencentes à União seria feita em leilão público, de lances fechados, pelo preço mínimo de R\$ 1,85 bilhão. O vencedor foi o banco Santander, cujo lance de R\$ 7,05 bilhões (ágio de 281%) superou em muito o segundo maior lance, feito pelo Unibanco, o qual representou apenas 13,5% de ágio. (CASTELAR PINHEIRO & SADDI: 2004, p. 190)

É lícito afirmar, portanto, que os leilões de lances fechados e holandês podem contribuir para a maximização da receita do vendedor, mas não evitam a ocorrência da Maldição do Vencedor. Pelo contrário, esses tipos de leilão facilitam a ocorrência de tal fenômeno.

O leilão inglês, por sua vez, consegue mitigar o problema da Maldição do Vencedor. Isso é verdade porque os participantes podem rever suas estratégias constantemente em função do comportamento dos concorrentes. Em outras palavras, sendo os lances sucessivos, todos os participantes sabem exatamente o quanto seus concorrentes estão oferecendo naquele

determinado momento e, com isso, podem rever seus próprios lances baseando-se no comportamento alheio.

Dessa forma, reduz-se a assimetria de informação, e o licitante faz seus lances de acordo com o verdadeiro valor que atribui ao bem. Ele estipulará um máximo que pode pagar, saindo do certame caso esse máximo seja ultrapassado. Nas palavras de PEREIRA & LAGROTERIA (2001, p. 171), “as informações adicionais obtidas no decorrer do leilão inglês enfraquecem o temor de que o ganhador seja vítima da Maldição do Vencedor e, assim, levam a lances mais agressivos por parte dos compradores, o que aumenta o preço esperado da venda”.

DURÃES (1997, p. 15) ressalta que MILGRON & WEBER (1982) também analisaram o problema da escolha do mecanismo de leilão que, simultaneamente, maximizasse a receita do vendedor e mitigasse a Maldição. A conclusão não poderia ser diferente: o leilão inglês é o mais ideal, tendo em vista a possibilidade dos licitantes aumentarem suas avaliações observando o comportamento dos outros licitantes, o que reduz o risco de superavaliação.

Somente o leilão inglês consegue, ao mesmo tempo, maximizar a receita do vendedor e mitigar a Maldição do Vencedor. As informações obtidas no decorrer do processo são o fator chave disso, vez que permitem aos participantes a revisão de suas estratégias, desistindo do certame quando o valor vigente ultrapassar o máximo a ser pago por cada um deles. Segundo essa lógica, o vencedor será sempre aquele que atribuir maior valor ao objeto leilado, garantindo uma situação Pareto eficiente.

Deve-se ressaltar, ainda, que a maior competição no certame tende a levar a maiores lances, o que contribuiu para com a maximização da receita.

Portanto, responde-se à terceira pergunta formulada de forma positiva: a escolha do leilão inglês consegue maximizar a receita do vendedor e mitigar a Maldição do Vencedor, devendo-se garantir a maior concorrência possível para que se tenha um melhor resultado.

4 – Conclusões

Este artigo tratou do modelo de concorrência pelo mercado proposto por DEMSETZ (1968) averiguando, sob a ótica da Teoria Econômica dos Leilões, se existe um tipo de leilão mais adequado do ponto de vista concorrencial e regulatório. Especificamente, foram feitas três perguntas: (i) a escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?; (ii) a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente?; e (iii) a escolha

do tipo de leilão consegue maximizar a receita do vendedor e, ao mesmo tempo, mitigar a Maldição do Vencedor?

A primeira pergunta teve resposta negativa: a escolha do tipo de leilão não consegue evitar a formação de cartéis em processos licitatórios. Eles serão organizados independentemente do mecanismo escolhido pelo Estado porque os eventuais participantes do conluio conhecem as regras do certame previamente, vez que elas são publicadas em editais. Assim, confeccionam a cooperação de acordo com as regras do jogo.

No entanto, viu-se que o leilão de lances fechados é o mais suscetível à formação de cartel e, por outro lado, o *leilão inglês moderno* aumenta a instabilidade do acordo colusivo, sendo, pois, preferível a sua adoção. Ademais, o Estado deve garantir a maior participação possível nos certames licitatórios, mediante a redução das barreiras à entrada, de forma a aumentar a concorrência e reduzir a possibilidade de formação de cartéis.

A segunda pergunta teve resposta positiva: a escolha do leilão inglês consegue garantir a seleção do *player* mais eficiente. Viu-se, a partir de um exercício teórico simples, que, em um leilão inglês cujo critério seja a menor tarifa, consagra-se vencedor o agente com a menor curva de custos, praticando, pois, a menor tarifa possível. Frisou-se, ainda, que quanto maior a competição no certame, menor tende a ser a tarifa vencedora.

A terceira pergunta também teve resposta positiva: a escolha do leilão inglês consegue garantir a escolha do *player* mais eficiente. Viu-se, a partir de um exercício teórico simples, que, em um leilão de viva-voz cujo critério seja a menor tarifa, consagra-se vencedor o agente com a menor curva de custos médios, praticando, pois, a menor tarifa possível. Frisa-se, ainda, que, quanto maior for a competição no certame, menor tende a ser a tarifa vencedora.

Dessa forma, resumindo os resultados obtidos, observam-se duas conclusões prévias: (i) a adoção do *leilão inglês moderno* é a mais preferível do ponto de vista regulatório e concorrencial, vez que reduz a possibilidade de formação de cartéis de licitação, garante a seleção do *player* mais eficiente e maximiza a receita do vendedor, mitigando ao mesmo tempo a ocorrência da Maldição do Vencedor; e (ii) deve-se garantir o máximo possível de competição nos certames licitatórios.

No entanto, como bem observado por FAGUNDES, PONDE & POSSAS (2002, p. 206), podem existir conflitos entre os objetivos do regulador, quando este estabelece as regras de licitação, e a legislação antitruste. É possível que existam situações nas quais o interesse público da ótica regulatória conflite com as regras de defesa da concorrência.

Sabendo disso, e analisando o ambiente institucional e normativo da defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil, sugere-se a adoção das seguintes medidas:

- É fundamental que o CADE exerça um papel preventivo na defesa da concorrência nos certames licitatórios mediante uma análise prévia dos editais elaborados pelas agências reguladoras. Assim, elas mandariam ao Conselho os editais de licitação para que este, como autoridade antitruste pátria máxima, possa averiguar as barreiras à entrada no certame, promovendo uma ampla participação e forte concorrência pelo mercado. Dessa forma, reduzir-se-ia a probabilidade de formação de cartéis em licitação, além de contribuir para a obtenção da menor tarifa possível ou para a maximização da receita do vendedor, dependendo do objetivo adotado pelo Estado no caso;
- Ampliação da advocacia da concorrência por parte da SEAE, divulgando a cultura antitruste entre os órgãos estatais de forma a sensibilizá-los da importância do tema para a economia nacional. Isso fará com que a defesa da concorrência seja levada em consideração nas decisões adotadas, dentre elas a realização de procedimentos licitatórios;
- Por fim, as agências devem preferir a adoção dos *leilões ingleses modernos*. Demonstrou-se que ele é o mais adequado, vez que (i) aumenta a instabilidade dos cartéis de licitações, (ii) resulta na escolha do *player* mais eficiente para atuar no mercado pós-leilão, e (iii) consegue maximizar a receita do vendedor, ao mesmo tempo em que mitiga a ocorrência da Maldição do Vencedor, evitando, por consequência, uma alocação ineficiente de recursos.

A adoção dessas três medidas irá melhorar a atuação do Estado no que diz respeito à defesa da concorrência e à regulação, contribuindo, em última instância, com a promoção do interesse público e com o desenvolvimento econômico do país.

Referências bibliográficas

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CASTELHAR PINHEIRO, Armando. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities in: *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, pp. 55 a 65.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste: combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURÃES, Marisa Socorro Dias. Teoria dos leilões: abordagem comparativa com ênfase nos leilões de títulos do Tesouro no Brasil e em outros países. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIpremio/divida/2afdpIVPTN/DURAES_Marisa_Socorro.pdf>. Acesso em 19 de junho de 2008.

FAGUNDES, Jorge. PONDE, João Luiz. POSSAS, Mario Luiz. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição in: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002, pp. 189 a 210.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FORGIONI, Paula Andréa. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

FRANCO NETO, Áfono Arinos de Mello. Acerto de vantagens em licitações: o caso envolvendo o consórcio Marítima/LISNAVE e o estaleiro EISA in: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 453 a 471.

HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. VISCUSI, W. Kip. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3 ed. MIT Press: Londres, 2000.

KLEMPERER, Paul. Competition Policy in auctions and ‘bidding markets’ in: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press: Cambridge, 2008, pp. 583 a 624.

LAGROTERIA, Eleni. PEREIRA, Edgar Antonio. Leilões ou regulação? Onde está o monopolista? in: *Revista do IBRAC*, vol. 8, número 3, 2001, pp. 147 a 173.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e a ANATEL in: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OCDE. *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money*. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42340158.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2009.

PINDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações. A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RODAS, João Grandino. OLIVEIRA, Gesner. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos *in*: MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003, pp. 415 a 434.

SDE. *Cartilha sobre combate a cartéis em licitações*. 2008. Disponível em:<>. Acesso em 04 de setembro de 2008.

VARIAN. Hal R. *Microeconomia. Princípios básicos – uma abordagem moderna*. 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.