

Análise dos casos de corrupção na Petrobras sob a ótica dos princípios regulatórios propostos por Joseph Stiglitz

Analysis of the cases of corruption in Petrobras from the point of view of the regulatory principles proposed by Joseph Stiglitz

Submetido(submitted): 12/12/2016

Parecer(revised): 09/01/2017

Aceito(accepted): 16/02/2017

Fernando Antônio da Silva Falcão *

Resumo

Propósito – Analisar, sob a ótica dos princípios da regulação propostos por Joseph Stiglitz, como as falhas de governo e de mercado contribuíram para a ocorrência dos casos de corrupção na Petrobras.

Metodologia/abordagem/design – A abordagem deste artigo consistiu em uma breve análise dos casos de corrupção na Petrobras a partir das informações da Operação Lava Jato para, em seguida, com base nos princípios da regulação estabelecidos por Joseph Stiglitz, verificar, de forma crítica, como as falhas de mercado e de governo contribuíram para o cometimento das fraudes, conluio e corrupção na empresa estatal.

Resultados – Foi verificado que falhas de mercado e de governo contribuíram decisivamente para a ocorrência da corrupção na empresa estatal.

Implicações práticas – O presente estudo pode servir de auxílio para o desenho de uma regulação que, efetivamente, desincentive a prática de fraudes, conluio e corrupção nas licitações públicas.

Palavras-chave: corrupção, governo, mercado, falha, regulação.

Abstract

Purpose – To find, in light of the principles of regulation proposed by Joseph Stiglitz, how government and market failures contributed to the occurrence of corruption cases in Petrobras.

Methodology/approach/design – This article analyzes corruption scandals in Petrobras based on the information gathered in Operation Car Wash and, based on the principles of regulation established by Joseph Stiglitz, critically verifies how market and government failures contributed to the fraud, collusion and corruption in the state-owned enterprise.

Findings – Market and government failures contributed decisively to the occurrence of corruption in the state-owned enterprise.

Practical implications – The present study can help designing a regulatory framework that effectively discourages the practice of fraud, collusion and corruption in public bids.

Keywords: corruption, government, market, failure, regulation.

*Possui graduação em Administração de Empresas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Ocupou o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Atualmente é Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.reservado para a biografia do(a)s autor(es)(as) a ser preenchido após aceite do artigo. Email: falcaoas@tcu.gov.br.

Introdução

A partir do ano de 2014, o Brasil vem tomando conhecimento das apurações da maior investigação envolvendo crimes de desvio de recursos públicos, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro já conduzida no País: a Operação Lava Jato. Na verdade, não são apenas apurações, pois já estão em curso várias ações penais, ações civis públicas por atos de improbidade administrativa e há decisões judiciais, inclusive a prolação de sentenças condenatórias, confirmadas por Tribunal Regional Federal.

A Operação Lava Jato revelou a existência de um esquema formado para desviar recursos da Petrobras e, assim, abastecer com dinheiro obtido de forma ilegal contas bancárias no Brasil e no exterior, até então secretas, de pessoas físicas e jurídicas, várias destas criadas nos chamados “paraísos fiscais” para encobrir os reais proprietários dos valores ali depositados. O dinheiro foi utilizado também para aquisição de bens e imóveis de luxo, como meio para “lavar” os valores desviados e assim legalizar tais recursos.

Basicamente, grandes grupos empresariais se reuniram, formando um cartel, com o nítido objetivo de fraudar os procedimentos licitatórios, direcionando os resultados dos certames, manipulando os preços propostos e elevando os valores das contratações.

A manutenção da atuação desse cartel, pelo menos entre o período de 2004-2014, somente foi possível por meio da corrupção de funcionários e agentes políticos, que definiam as pessoas para ocupar os cargos principais no processo decisório na empresa estatal.

Bilhões de reais foram desviados da Petrobras, prejudicando a imagem da empresa no Brasil e no exterior, reduzindo drasticamente o seu valor patrimonial, afetando os seus investimentos e empregos, e prejudicando o desenvolvimento do País.

E o mais impressionante é que o “esquema” de fraudes funcionou por mais de uma década, sem que a legislação e as instituições brasileiras tenham sido capazes de coibir a prática continuada dos crimes de desvio de recursos públicos, corrupção ativa e passiva, e lavagem de dinheiro.

No tocante ao arcabouço normativo que regula as relações comerciais e econômicas em questão, diversas são as teorias regulatórias que poderiam ser utilizadas para analisar a matéria escolhida para ser objeto do presente estudo. Contudo, para dar uma maior objetividade, optou-se por uma análise sob a ótica do trabalho elaborado pelo Professor Joseph Stiglitz (STIGLITZ, 2009).

Nesse trabalho, o Professor Stiglitz, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2001, trata das falhas de governo e de mercado, a teoria geral da regulação, a intervenção do governo, inclusive por meio da regulação, e demonstra alguns resultados.

Neste estudo serão analisadas, no primeiro capítulo, algumas das fraudes cometidas em procedimentos licitatórios da Petrobras pelo cartel já referido, a participação dos funcionários da empresa e de agentes políticos, o impacto/prejuízo causado nos preços contratados e como ocorreu a lavagem de dinheiro. Para isso, serão utilizadas informações públicas dos trabalhos da Polícia Federal, da Receita Federal do Brasil, do Ministério Público Federal, do Tribunal de Contas da União, da Petrobras, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Justiça Federal em Curitiba/Paraná.

Em seguida, no segundo capítulo serão apresentados os conceitos, pressupostos teóricos e as ideias expostas pelo Professor Joseph Stiglitz no trabalho intitulado “*Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*”, ensaio publicado no livro “*Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*”, acima referido.

No terceiro capítulo serão relacionadas e comentadas algumas normas que regulam as relações comerciais e econômicas desenvolvidas entre a Petrobras e as empresas contratadas para aquisição de bens e serviços, bem como que tratam de corrupção e outras atividades ilícitas.

No quarto capítulo, será procedida uma análise dos atos de fraude, conluio, lavagem de dinheiro e corrupção na Petrobras, sob a ótica exposta pelo Professor Joseph Stiglitz no trabalho citado anteriormente.

O objetivo deste artigo é verificar se as falhas de mercado e de governo apontadas pelo Professor Stiglitz podem estar entre as causas que permitiram o cometimento de diversos crimes na Petrobras, dentre os quais o desvio de recursos públicos, a corrupção ativa e passiva e a lavagem de dinheiro, de forma continuada por mais de uma década.

1. Uma breve análise dos atos de corrupção na Petrobras

O Brasil é um país de dimensões continentais, estando entre aqueles com maior extensão territorial. De acordo com um estudo do Fundo Monetário Internacional, desde 2015, o Brasil é a nona maior economia do mundo (FMI, 2016). Possui a 15ª maior reserva comprovada de petróleo, conforme o relatório estatístico anual da empresa petrolífera BP (Exame, 2015).

De acordo com o Boletim Mensal de Energia, elaborado pelo Ministério das Minas e Energia (MME, 2016), na matriz energética nacional, o petróleo ocupa o primeiro lugar como fonte de energia.

Por outro lado, no último relatório da Transparência Internacional foi ressaltado que a corrupção é um problema enfrentado no mundo inteiro. O problema está no grau em que ocorre nas relações econômicas. Nesse relatório (**Unsupported source type (DocumentFromInternetSite) for source Tra16.**),

a Transparência Internacional classificou o Brasil na 76ª posição, entre os 168 países classificados no índice de percepção de corrupção no setor público.

E aqui é importante ressaltar que a Transparência Internacional define a corrupção como *“the abuse of entrusted power for private gain”* (INTERNATIONAL, 2016) ou, em tradução livre, o abuso de um poder confiado para obter um ganho particular.

E é nesse contexto ou mercado que está inserida a Petrobras, a segunda maior empresa do País, por critério de valor de mercado (ECONOMÁTICA, 2016).

A empresa foi fundada em 3 de outubro de 1953 pelo Governo Federal, permanecendo, até hoje, sob o controle estatal. De acordo com o Relatório da Administração de 2015, a União Federal possui 50,3% do capital votante da empresa (Petrobras R. d., 2016). A Petrobras tem como principais empresas subsidiárias/controladas a Petrobras Distribuidora, Petrobras Biocombustível, Transpetro (Petrobras Transporte S. A.), Gaspetro e Liquegás (PETROBRAS, 2016).

Em 2015, a Petrobras investiu R\$ 76,3 bilhões, teve uma receita de vendas de aproximadamente R\$ 321,64 bilhões e um prejuízo de R\$ 34,83 bilhões (PETROBRAS, 2016).

A partir dessas cifras bilionárias e, em adição, tendo em vista o controle estatal, grupos políticos e empresariais pressionam o Governo Federal para obterem espaço na gestão da empresa com o objetivo de escolherem pessoas para ocupar cargos no chamado “Sistema” Petrobras.

Esses grupos políticos e empresariais atuam junto às empresas desse Sistema visando a definição de investimentos e o controle das aquisições de bens e serviços, ainda que, para atingir tal objetivo, seja necessário transgredir as normas que regulam tais aquisições da empresa estatal.

A partir do ano de 2014, investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal do Brasil, com a autorização da Justiça Federal em Curitiba/Paraná, revelaram a existência de um esquema montado por grandes grupos empresariais brasileiros, agentes políticos e funcionários da Petrobras, para, por meio da formação de um cartel, definirem a prioridade e a localização dos investimentos da empresa estatal, fraudarem procedimentos licitatórios e manipularem preços, causando prejuízos de bilhões de reais.

A comprovação da existência do cartel e o seu funcionamento somente foi possível a partir das colaborações premiadas firmadas por funcionários da Petrobras, bem como por funcionários e empresários das demais empresas envolvidas com o Ministério Público Federal. Foram assinados ainda acordos de leniência por pessoas jurídicas participantes do cartel.

Segundo a versão pública do acordo de leniência firmado em 19/03/2015 pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE com as empresas

Setal Engenharia e Construções (atual Setec Tecnologia S/A) e SOG Óleo e Gás (anteriormente denominada Setal Óleo e Gás S/A e SOG Óleo e Gás S/A), entre as condutas anticompetitivas, foram praticados acordos de fixação de preços, de condições e de divisão de mercado entre potenciais concorrentes (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

De acordo com as informações obtidas no citado acordo de leniência, confirmadas por meio das colaborações premiadas e demais investigações, a partir de 2003-2004 um grupo de 9 empresas formou o chamado “clube das 9”, o qual foi ampliado, posteriormente, para 16 empresas (“clube das 16”), que, juntamente com funcionários da Petrobras e grupos políticos, se reuniam e definiam qual empresa venceria determinado procedimento licitatório da Petrobras e qual valor seria praticado por todos os licitantes. Ainda conforme o referido acordo, por volta de 2008/2009, foi criado o denominado “clube VIP”, formado por 5 empresas que, considerando o seu grande porte, exigiram a primazia para as grandes obras de montagem industrial “onshore”, ou seja, localizadas em terra (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

A seguir, o diagrama elaborado pelo CADE sobre o citado cartel:

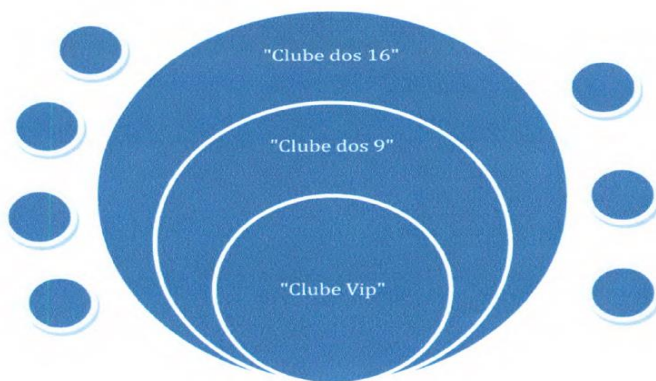


Figura 1. Diagrama de empresas atuantes no cartel

Por oportuno, o Ministério Público Federal, no âmbito da Operação Lava Jato, assim esquematizou os desvios de recursos na Petrobras (MPF, 2016):

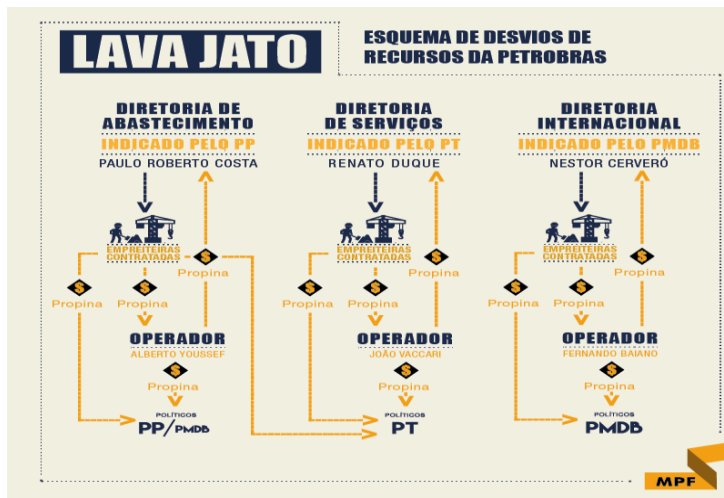


Figura 2. Esquema de desvios elaborado pelo MPF

O esquema acima demonstra muito bem como era o relacionamento entre os funcionários da Petrobras, as empreiteiras e os partidos políticos: as diretorias da empresa estatal foram “divididas” entre os partidos políticos indicados, os quais escolhiam determinada pessoa e/ou “davam” sustentação política para que esta se mantivesse no cargo de diretor ou de gerente da empresa. Esse funcionário era responsável por fazer com que os interesses das empresas cartelizadas fossem atendidos, atuando diretamente nas definições de projetos e de preços estimados, bem como fazendo com que somente fossem convidadas a participar das licitações tais empresas.

Importa ressaltar que não haveria como esse esquema se manter sem o envolvimento de funcionários da Petrobras, cuja participação foi garantida por meio do pagamento de percentual sobre o valor da contratação, a título de propina.

As propinas destinadas aos funcionários da empresa estatal e aos agentes/partidos políticos foram pagas por meio dos chamados operadores, os quais recebiam os valores das empreiteiras, movimentavam o dinheiro no exterior e, em seguida, repassavam aos destinatários finais, sob a aparência de dinheiro obtido de forma lícita.

Os valores foram movimentados no exterior por meio de contas bancárias abertas nos chamados “paraísos fiscais”, inclusive em nome de pessoas jurídicas. Tais valores circulavam por várias contas, por diversas instituições financeiras em vários países, sendo utilizados, posteriormente, para aquisição de bens imóveis e móveis de luxo, bem como para o financiamento de campanhas eleitorais.

Com base no regulamento da própria Petrobras, apesar de envolver milhões/bilhões de reais, os procedimentos licitatórios eram feitos por meio de convite às empresas escolhidas pelos funcionários dentre aquelas que faziam parte

do “clube”. Neste sentido, há confirmação em colaboração premiada de que, enquanto aguardavam a tramitação do procedimento à diretoria colegiada, os funcionários da Petrobras envolvidos tinham conhecimento das empresas que seriam convidadas para participar da licitação, podendo alterar a lista para atender aos interesses do cartel (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

No âmbito do Tribunal de Contas da União e das investigações da Operação Lava Jato foi possível constatar como as empresas cartelizadas atuavam para dar uma aparência de legalidade aos procedimentos licitatórios da Petrobras.

Os empresários definiam a(s) empresa(s) vencedora(s) para cada licitação e as propostas eram combinadas de modo a possibilitar a contratação da empresa escolhida pelo cartel. As demais empresas atuavam para dar cobertura a proposta dessa empresa escolhida. Em muitos casos, algumas empresas que não “venciam” determinado certame, foram subcontratadas pela empresa vencedora da “disputa” ou participavam de consórcios (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

Michael Kramer (KRAMER, 2014), em artigo publicado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE assim descreveu essa hipótese de “propostas complementares”:

“Under this scheme, cooperating bidders agree to submit higher priced or deliberately defective bids to ensure the selection of the designated winner at inflated prices. In exchange, the winner might pay a percentage of its profits to the losing bidders, hire them as subcontractors, or allow them to win other high priced contracts. Collusive bidders can submit complementary bids from shell companies or affiliates to give the appearance of competition.”¹

Foi constatada ainda a manipulação dos valores das propostas. A Petrobras aceitava propostas que fossem até 20% (vinte por cento) acima do valor por ela estimado. Quando as empresas consideravam que o preço estimado estava baixo, elas combinavam entre si para todas ofertarem valores acima. Dessa forma, a Petrobras revisava para cima o preço estimado e as empresas apresentavam novas propostas dentro do novo limite, mas próximas ao novo teto, maximizando os lucros (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

Considerando o ambiente cartelizado, as fraudes perpetradas e a manipulação dos preços, o Tribunal de Contas da União realizou estudo econométrico para estimar o prejuízo causado à Petrobras advindo da atuação do cartel: tendo em vista apenas as condutas irregulares praticadas no âmbito da Diretoria de Abastecimento da empresa, R\$ 8.9 bilhões (em valores atualizados

¹ Em tradução livre: De acordo com este esquema, os licitantes conluídos acordam em apresentar propostas com preços mais elevados ou deliberadamente com imperfeições para assegurar a escolha da vencedora designada a preços mais elevados. Em troca, a licitante vencedora poderá pagar um percentual de seus lucros para as licitantes perdedoras, subcontratar estas empresas ou permitir que elas outros contratos com preços elevados. Licitantes colusivas podem apresentar propostas complementares de empresas de investimento ou filiais para dar aparência de competição.

até 2015, o que equivale ao total gasto para construção dos 12 estádios da Copa do Mundo de 2014 no Brasil), ou R\$ 29 bilhões, caso seja ampliado o escopo do estudo para o total dos contratos com as empresas consideradas cartelizadas (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

Aliás, a própria Petrobras reconheceu os prejuízos com o esquema de corrupção e no ano de 2015, referente às demonstrações financeiras de 2014, e fez uma baixa contábil de R\$ 6.2 bilhões referentes à comissão de 3% (três por cento) que alguns de seus funcionários cobravam de propina sobre os contratos firmados, especificamente entre os anos de 2004 e 2012 (ECONÔMICO, 2015).

As informações apresentadas descreveram os atos de corrupção e fraude na Petrobras, a partir da atuação do cartel formado por empresas que se mantiveram no controle dos procedimentos licitatórios, inclusive dos preços praticados, para aquisição de bens e serviços. Foi informado o papel dos funcionários da empresa estatal para possibilitar a manutenção desse cartel no controle das licitações. Para isso, alguns funcionários receberam propina no percentual de até 3%, a qual foi repassada, em parte, para agentes/partidos políticos responsáveis por dar sustentação política a esses funcionários em postos-chave para o esquema.

2. Os conceitos, as ideias e os princípios propostos pelo Professor Joseph Stiglitz no ensaio “Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation”

Após uma breve análise sobre os atos de corrupção na Petrobras, é o momento de tratar dos conceitos e ideias expostos pelo Professor Joseph Stiglitz no ensaio “*Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*” (STIGLITZ, 2009), inserto no livro *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, editado por Edward Balleisen e David Moss.

O Professor Stiglitz não chamou, não apresentou esse conjunto de conceitos e ideias como uma teoria da regulação, mas trata como princípios gerais da regulação. Como se verá a seguir, no texto o Professor aborda a teoria geral da regulação, as falhas de governo e de mercado, que afetam o desenho regulatório. Ele também trata das questões relacionadas à opção governamental por determinado nível de intervenção na regulação e na própria economia e aos processos regulatórios.

Importante ressaltar que esse ensaio foi escrito em 2008, quando ocorria a crise econômica nos Estados Unidos da América iniciada por problemas no sistema financeiro decorrentes da emissão de hipotecas sem lastro (“*The system effects of banks’ bad lending*”). Naquele momento em que, segundo o citado Professor, a economia caía em recessão, com perdas de milhões de empregos e o governo despendendo bilhões de dólares em resgates para prevenir o

aprofundamento da recessão, havia uma necessidade para maior regulação governamental. Stiglitz registrou que mesmo Alan Greenspan (quem ele chamou de “*the high priest of laissez faire economics*”), então Presidente do Banco Central americano (*Federal Reserve*) tem admitido que pode ter ido longe demais na crença de que os mercados poderiam se autorregular.

O referido ensaio foi dividido em três seções: (I) por qual razão é necessária a regulação; (II) as formas que a regulação poderia e deveria ter; e (III) a aplicação dos princípios apresentados a três objetos de preocupação atual (em 2008-2009): fundos de investimento soberanos, regulação de mercados financeiros e regulação ambiental relacionada à emissão dos gases do efeito-estufa. Para o presente estudo, serão abordados os princípios e ideias expostos na primeira e segunda seções.

De início, o Professor Stiglitz chama a atenção para um ponto relacionado à crise econômica, importante para o presente estudo: em resposta à crise, o *Federal Reserve* endureceu as regras regulatórias; e se com isso a crise poderia ter sido evitada ou mitigada, os Estados Unidos da América e o mundo pagarão um preço muito caro por falharem em ter uma regulação adequada.

Na primeira seção, o Professor lança uma questão simples sobre a teoria geral da regulação: por qual motivo é necessária uma regulação, subdividida em duas outras questões: por qual motivo as autorregulações do mercado não são suficientes, e se existe uma intervenção do governo, por qual motivo esta é sob a forma de regulação.

Como primeiro item dessa seção, o Professor Stiglitz tratou da necessidade de intervenção do governo.

Destacando as falhas de mercado convencionais como uma primeira categoria de razão para intervenção do governo, Stiglitz aponta que quando a informação é imperfeita (no sentido de que os níveis de informação não são os mesmos entre os agentes econômicos) não é possível atingir a eficiência de Pareto, na qual a situação de um agente somente pode melhorar em detrimento da situação de outro agente.

A partir da crença de Adam Smith de que os mercados são eficientes por si próprios, o Professor Stiglitz leciona que não existe marcos teóricos para a crença de que mercados não regulados levarão, geralmente, a sociedade ao bem-estar. Sem uma regulação adequada, empresas adotam condutas anticompetitivas, reduzindo a eficiência e os incentivos à inovação.

Stiglitz ressalta que, quando os mercados falham em produzir resultados eficientes, há justificativa para uma intervenção governamental. Há falhas de mercado relacionadas a problemas de: (a) externalidade (quando as ações de um agente econômico têm consequências para outro agente, não é compensador para este e nem ele recebe compensação); (b) competição; e (c) informação. Há regulações para reduzir as externalidades, manter a competição e/ou evitar o

abuso do monopólio natural, bem como para proteger os consumidores (divulgação, seguro, certificação).

Como segunda categoria, o Professor foca na irracionalidade do mercado, segunda vertente da análise subjacente à demanda por uma regulação (as falhas de mercado referidas acima foram a primeira vertente).

De acordo com o modelo de equilíbrio competitivo padrão, todos os indivíduos são racionais. O Professor ressalta que indivíduos, e até mesmo sociedades, necessitam serem salvos de si mesmos e os mercados sofrem de exuberância e pessimismo irracionais.

A partir dos estudos recentes da economia comportamental, verificou-se que a regulação pode reduzir a probabilidade dos efeitos adversos causados por indivíduos (externalidades), mesmo quando prejudicam somente a si mesmos, caso daqueles dependentes de drogas, cigarro, álcool.

Uma terceira categoria de motivo para intervenção governamental: a justiça distributiva. A regulação é um importante instrumento para atingir objetivos distributivos, especialmente se o governo enfrenta restrições orçamentárias.

Como segundo item da mesma seção, o Professor Stiglitz tratou de outras formas de intervenção governamental. Aqui, há menção à informação imperfeita, aos preços versus quantidades (verificou-se não ser correta a presunção de que as intervenções no preço são sempre preferíveis). O Professor ressalta que, na existência de informação imperfeita, é ótimo usar um conjunto complexo de controles composto por incentivos e restrições.

No terceiro item dessa seção, o Professor Stiglitz enumera alguns instrumentos da regulação: requisitos de informação, proibições ou obrigações.

Os requisitos de informação podem dar mais transparência e melhor informação. O Professor leciona que os mercados podem não funcionar bem com uma informação imperfeita ou distorcida e, conseqüentemente, requisitos que levem a aumentar a informação podem também levar a melhor alocação dos recursos.

Stiglitz continua afirmando que a mais direta das restrições são as proibições de comportamento, por exemplo, nas quais as firmas são proibidas de praticarem o conluio para acertar preço ou outras práticas anticompetitivas. A regulação aqui, frequentemente, foca não tanto em comportamentos, mas sim em fatores que podem afetar esses comportamentos, como os conflitos de interesse. Algumas vezes, para reduzir comportamentos anticompetitivos, precisa afetar os incentivos por meio de remédios estruturais, como a divisão da firma ou a limitação da abrangência da proteção da propriedade intelectual.

Quanto às obrigações, estão relacionadas à criação de fundos para comunidades carentes, ao estabelecimento de protocolos para fortalecer conectividade e à provisão de seguro-saúde.

O Professor Stiglitz escreve brevemente sobre a questão do processo regulatório e a implementação das regulações. Em relação ao processo, o Poder Legislativo delega autoridade para agências reguladoras. Há preocupações sobre a *accountability*, a transparência, a captura por interesses especiais e a efetividade. O Professor Stiglitz trata da independência dos bancos centrais, que controlam a taxa de juros e, em alguns países, a taxa de câmbio.

Quanto à implementação, devido à possibilidade de captura por ideologias, o Professor afirma haver questões sérias sobre o desenho regulatório e a transparência. Em alguns casos, os benefícios de uma duplicação de múltiplos reguladores compensam os custos envolvidos.

Na segunda seção, o Professor Stiglitz aborda as falhas de governo e cita o que chamou de realidade no Governo dos Estados Unidos da América, nos últimos sete anos², envolvendo casos de incompetência, de corrupção e de ideologia.

Segundo o Professor, na escala então vivida naquele País, as falhas de governo não são inevitáveis. Algumas das mesmas reformas que funcionaram no setor privado são relevantes no setor público também: aumentar competitividade e transparência, aperfeiçoando estrutura de incentivos, onde resultados podem ser bem definidos e atribuídos a indivíduos de forma específica.

Para o Professor, havendo suficiente transparência e competição, há um processo corretivo. Governos que falham, serão repostos, pois perdem a legitimidade e a credibilidade.

Finalmente, o Professor Stiglitz ressalta que alguns processos regulatórios são mais sujeitos a falharem, e parte da arte do desenho do regime regulatório é identificar qual terá menor chance de ser capturado ou de serem cometidos abusos.

Novamente, o Professor resgata a questão de que quanto maior a chance de haver falha de governo, maior deve ser a quantidade de estruturas de fiscalização. Se todas elas tiverem os mesmos objetivos e a mesma informação, presumivelmente, adotarão as mesmas regras regulatórias. Se diferentes em informação e objetivo, levará a diferentes ênfases no poder coercitivo. Na crise econômica então vivida nos Estados Unidos da América, os custos da duplicação perdem em comparação aos custos da falha regulatória.

3. A legislação sobre as licitações no âmbito da Petrobras

A Constituição Federal estipulou no seu art. 37, entre outras disposições, que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos da lei.

² Aproximadamente, no período de 2001 a 2008.

A Lei 8.666/1993 foi editada para regulamentar o citado art. 37 da Constituição Federal. Tal lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Foi estipulado que se submetem à Lei 8.666/1993 os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente por todos os entes federados.

O art. 3º da Lei 8.666/1993, com redação dada pela Lei 12.349/2010, determina que:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O art. 23 da Lei de Licitações, com redação dada pela Lei 9.648/1998 assim dispõe sobre as modalidades de licitação com base no valor estimado da contratação:

- I - para obras e serviços de engenharia:
 - a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 - c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
 - a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

O Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento de um Recurso Extraordinário (RE 441280) no qual se discute a sujeição da Petrobras às normas para licitação previstas na Lei 8.666/1993. O julgamento está suspenso em razão de pedido de vista.

Em 30/06/2016, foi editada a Lei 13.303, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Importante ter em mente que os atos de fraude e corrupção ora tratados, e que estão sendo objeto de investigação e fundamento para condenação no âmbito

da Operação Lava Jato, foram praticados na vigência da legislação anterior, no caso a Lei 9.478/1997 e o Decreto 2.745/1998.

A Lei 9.478/1997 estabeleceu, em seu art. 67 (atualmente revogado), que os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, conforme decreto.

Nesse sentido, foi editado o Decreto 2.745/1998, por meio do qual foi aprovado o regulamento do procedimento simplificado em questão. Nesta norma foram estipuladas as modalidades de licitação concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Não foram estabelecidos limites financeiros para cada modalidade, como havia sido estabelecido no art. 23, incisos I e II, da Lei 8.666/1993 acima citado.

4. Os atos de fraude e corrupção praticados no âmbito da Petrobras sob a ótica da teoria regulatória apresentada pelo Professor Joseph Stiglitz

A partir dos ensinamentos acima citados do Professor Joseph Stiglitz, é possível identificar algumas falhas de mercado e de governo que contribuíram para a ocorrência das fraudes, conluio e corrupção na Petrobras.

No tocante às falhas de mercado apontadas no ensaio, foram destacadas as externalidades, os problemas de informação e a competição.

Notadamente, as falhas de mercado que mais influenciaram no processo de corrupção no âmbito da Petrobras, a partir das informações colhidas na Operação Lava Jato, foram os problemas de informação e a competição.

No tocante aos problemas de informação, o que se verificou nas investigações foi uma concentração de informações entre alguns funcionários, agentes políticos e alguns administradores de empresas, que decidiam sobre os investimentos que seriam feitos pela empresa estatal. Tais informações, que deveriam ser um segredo empresarial, eram repassadas para um pequeno grupo, que viria a manipular as licitações, em detrimento da competitividade e da obtenção do preço e das condições mais vantajosas para a Petrobras e para o interesse público. A informação, se não tiver que ser um segredo do próprio negócio, deveria ser um bem público. Caso contrário, acaba sendo utilizada para obtenção de vantagens pessoais, privadas, como verificado largamente na Operação Lava Jato.

Com relação à competição, o objetivo da regulação é justamente coibir as práticas anticompetitivas, como a formação do cartel. Em adição, a Lei de Licitações regula as aquisições de bens e serviços governamentais, coibindo a restrição à competitividade. Para isso, como citado anteriormente, foram estabelecidas modalidades licitatórias vinculadas a valores, de forma que, quanto

maior o valor da aquisição, será adotada, de forma obrigatória, a modalidade que mais estimule a competição.

Contudo, a Lei de Licitações não está sendo aplicada no âmbito da Petrobras, conforme julgamento no Supremo Tribunal Federal ainda não concluído. A empresa aplicava, à época dos fatos investigados, regulamento próprio, também já citado.

E é justamente na aplicação deste regulamento, ao invés das modalidades e limites estabelecidos na Lei 8.666/1993, que está o problema, como se verá a seguir.

Em auditoria realizada na Petrobras pelo Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016), foi constatado que os gestores possuem amplo poder discricionário para escolher a modalidade licitatória, tendo sido largamente utilizada a modalidade convite, no período 2011-2014, conforme o gráfico abaixo (TCU, Acórdão 1583-2016 - Plenário, 2016).

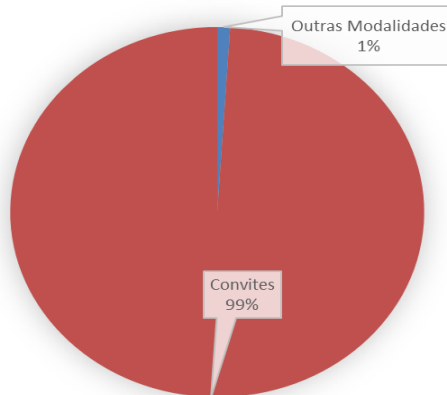


Figura 3. Contratações precedidas de licitação na Petrobras – 2011-2014

De acordo com a figura acima, resta demonstrada a preferência, quase absoluta, por utilização de modalidade licitatória na qual o licitante escolhe as empresas que participarão do certame. Esse elevado poder discricionário dos gestores da Petrobras, combinado com a ausência de limite financeiro para definição das modalidades licitatórias, permitiram a utilização indiscriminada do convite, em detrimento de modalidades capazes de estimular a competitividade.

Logo, os funcionários da empresa estatal decidiam quais empresas seriam chamadas para participar de cada procedimento licitatório. No caso do convite, a regra era que fossem chamadas pelo menos três empresas licitantes (item 3.1.3 do anexo do Decreto 2.745/1998). Tal regra era fácil de ser cumprida, até porque o cartel era formado por pelo menos dezesseis empresas, como já explicado acima.

Esse grupo era formado pelos agentes políticos, funcionários públicos e grupos empresariais que detinham a informação privilegiada e atuavam em

conluio, fraudando as licitações e manipulando os preços praticados nas propostas, de forma a dar uma aparência de competição.

Com relação às falhas de governo, observa-se a ocorrência de incompetência e de corrupção, esta última mais do que evidente. A questão dos compromissos ideológicos, apontada pelo Professor Joseph Stiglitz, não parece ter sido problema decisivo para os casos de corrupção ora tratados. De acordo com as investigações da Operação Lava Jato, vários agentes políticos, e mesmo partidos políticos (representando diversas correntes político-ideológicas), davam sustentação para manutenção do esquema de corrupção e se beneficiaram dos recursos públicos desviados.

Quanto à corrupção, está muito claro que um grupo de empresas pagou propina para alguns funcionários da Petrobras para que fosse mantida a atuação do cartel por pelo menos uma década. Além das fraudes nas licitações, procedimentos internos para aprovação de investimentos foram deliberadamente acelerados, causando prejuízos à empresa estatal, pois, no curso do processo decisório, não foi dada a devida atenção aos estudos de viabilidade técnica/econômica/financeira, e até mesmo investimentos na construção de refinaria foram feitos sem nenhuma viabilidade, como é o caso da Refinaria Abreu e Lima.

Em relação à incompetência, as estruturas governamentais de fiscalização e controle (Controle Interno da Petrobras, Ministério das Minas e Energia, Agência Nacional do Petróleo, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ministério da Fazenda, Ministério da Justiça, Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União, Congresso Nacional) falharam por não terem encontrado evidências consistentes da atuação desse grupo de empresas, agentes políticos e funcionários públicos na Petrobras, ao longo de tantos anos e tendo em vista os valores bilionários envolvidos. É bem verdade que os órgãos não possuem os mesmos meios investigativos, mas, ainda assim, houve falhas nos controles internos e externos.

Constata-se, portanto, que as falhas de governo e de mercado, indicadas pelo Professor Stiglitz em seu ensaio, contribuíram, de forma decisiva, para possibilitar a prática das fraudes, conluio e corrupção no âmbito da Petrobras.

5. Conclusão

No capítulo 1 foi apresentada a definição da Transparência Internacional para corrupção como sendo “*the abuse of entrusted power for private gain*” (INTERNATIONAL, 2016) ou, em tradução livre, o abuso de um poder confiado para obter um ganho particular.

Rose-Ackerman e Palifka (ROSE-ACKERMAN e PALIFKA, 2016) ensinam que a definição acima, em uma tradução livre, capta o problema do

agente-principal na raiz de todos os tipos de corrupção política e econômica, tais como suborno, fraude, nepotismo, tráfico de influência, conflitos de interesses, fraudes contábeis, fraude eleitoral. O termo-chave é o “poder confiado”, que se refere às tarefas que são esperadas para um agente executar de acordo com as regras vigentes.

As apurações da Operação Lava Jato, inclusive as colaborações premiadas e os acordos de leniência, comprovaram a formação de um cartel por grandes empresas para decidir os investimentos da Petrobras e direcionar as contratações àquelas que dele fizessem parte.

Desta forma, o direito à igualdade nas concorrências foi posto à margem para beneficiar grupos econômicos dispostos a corromper agentes públicos em troca de elevados ganhos ilícitos e da manutenção do controle dos investimentos e das aquisições da empresa estatal.

Em adição, os atos de corrupção violaram também as normas regulatórias do mercado, impossibilitando a ampla concorrência e o acesso aos mercados. Em adição, o *International Council on Human Rights Policy* registrou, no documento *Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda: Challenges, Possibilities and Opportunities* (ICHRP, 2016), que, em tradução livre, “aqueles que cometem atos de corrupção tentarão se proteger da detecção desses atos e buscarão se manter nas suas posições de poder. E fazendo isso, tendem a destruir a integridade das instituições que são fundamentais para o Estado de Direito”.

O Professor Joseph Stiglitz questiona em seu ensaio sobre a necessidade da regulação governamental.

No presente caso, os prejuízos causados à Petrobras por um cartel atuando juntamente com funcionários públicos e agentes políticos demonstram que a atual regulação do governo não foi capaz de coibir práticas e crimes como os que estão sendo investigados no âmbito da Operação Lava Jato.

As falhas de governo e de mercado apontadas neste artigo atestam a necessidade da regulação governamental e indicam que a opção pela sua intervenção deve vir acompanhada de um complexo desenho regulatório que possa, efetivamente, desincentivar as condutas anticompetitivas e a corrupção ativa e passiva.

Referências Bibliográficas

- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. London: Laccademia Publishing, 2015.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. (Eds.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

- BÖCKENFÖRDE, E.-W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- CARLSSON, U. The Rise and Fall of NWICO: From a Vision of International Regulation to a Reality of Multilevel Governance. **Nordicom Review**, v. 2, p. 31-68, 2003.
- ECONOMÁTICA. Economática, 23 nov. 2016. Disponível em: <<https://economica.com/estudos.html>>.
- ECONÔMICO, V., 6 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4017554/petrobras-perde-r-62-bi-com-corrupcao-e-tem-prejuizo-de-r-216-bi>>.
- ERK, J. Austria: A Federation without Federalism. **Publius**, v. 34, n. 1, p. 1-20, Winter 2004.
- EXAME, R. E. Site da Revista Exame. **Exame.com**, 22 nov. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/estes-10-paises-tem-as-maiores-reservas-de-petroleo-no-mundo/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- FIESP, F. D. I. D. E. D. S. P., 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>>.
- FMI, F. M. I. Site do Portal Brasil - Governo Brasileiro. **Portal Brasil**, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/10/fmi-brasil-volta-ao-posto-de-8-maior-economia>>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- HÄBERLE, P. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**. Karlsruhe: C.F.Müller, 1962.
- HUMBOLDT, W. V. **On Language: On the Diversity of Human Language Construction and its Influence on the Mental Development of the Human Species**. Tradução de Peter Heath. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- ICHRP, I. C. O. H. R. P., 19 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.ichrp.org/es/proyectos/131>>.
- INTERNATIONAL, T. Transparency International - What is Corruption, 3 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption>>.
- KRAMER, M. Fighting Corruption and Promoting Competition. **Global Forum on Competition**, 30 Janeiro 2014.

- LEVY, B.; SPILLER, P. (). **Regulations, Institutions and Commitment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- LUHMANN, N. **Law as a Social System**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MME, M. D. M. E. E. Ministério das Minas e Energia. **Site do MME**, 22 nov. 2016. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/publicacoes-e-indicadores/boletins-de-energia?p_p_auth=qUItiYSy&p_p_id=20&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_20_struts_action=%2Fdocument_library%2Fview_file_entry&_20_redirect=http%3A%2F%2Fwww.mme.gov.br%2Fweb>.
- MPF, M. P. F. MPF - Caso Lava Jato, 5 dez. 2016. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>.
- OCDE, O. P. C. E. D. E. **OECD Working Group on Bribery Annual Report**. Paris. 2008.
- PETROBRAS. Site da Petrobras, 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/principais-subsidiarias-e-controladas/>>.
- PETROBRAS, R. D. A. D. 2., 28 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/relatorios-anuais/relatorio-de-administracao>>.
- PRICE, M. E.; NOLL, R. G. (). **A Communications Cornucopia**: Markle Foundation Essays on Information Policy. Washington, DC: Brookings Institution Press, 1998.
- ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. (Eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2010.
- ROSE-ACKERMAN, S.; PALIFKA, B. J. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. New York: Cambridge University Press, 2016.
- STIGLITZ, J. E. In: EDWARD BALLEISEN AND DAVID MOSS, E. **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York, NY: Cambridge University Press, 2009. p. 16-44.