

**CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: DOIS INSTRUMENTOS ANALÍTICOS
PARA A DETECÇÃO DE INDEVIDOS INCENTIVOS.**

**CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT: TWO ANALYTICAL INSTRUMENTS FOR
UNCOVERING UNDUE INCENTIVES.**

Victor Aguiar de Carvalho¹

RESUMO: A corrupção é problema complexo, com diversas possíveis causas inter-relacionadas. No presente artigo pretende-se suscitar que a corrupção também pode ser analisada sob a abordagem de que o ordenamento jurídico pátrio provavelmente concede incentivos indevidos e não antecipados ao fenômeno. Sem a pretensão de esgotar o assunto, examinam-se dois possíveis instrumentos analíticos que contribuiriam para a detecção e correção de incentivos indevidos à corrupção nas contratações públicas: a análise econômica do direito e a inserção de maiores preocupações quanto às consequências pragmáticas advindas das normas de contratação pública.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Contratações Públicas. Análise Econômica do Direito. Pragmatismo.

ABSTRACT: Corruption is a complex problem, with several possible interrelated causes. In this article, it is argued that corruption can also be analyzed under the approach that the Brazilian legal order probably offers undue and unanticipated incentives to the phenomenon. Without attempting to exhaust the subject, two possible analytical instruments that could contribute to the detection and modification of undue incentives to corruption in public procurement are examined: the economic analysis of law and the addition of pragmatic concerns to the analysis of public procurement rules.

KEYWORDS: Corruption. Public Procurement. Law and Economics. Pragmatism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dois instrumentos analíticos para a detecção e correção de incentivos indevidos à corrupção; 2.1. Análise Econômica do Direito; 2.1.1. Dilema de Agência e corrupção; 2.1.2. Rent-seeking e corrupção; 2.1.3. Corrupção e análise econômica do crime; 2.1.4. Teoria dos leilões; 2.2. O “Giro Pragmático” do Direito Administrativo; 3. Conclusões; Referências.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Two analytical instruments for uncovering and correcting undue incentives to corruption; 2.1. Economic Analysis of Law; 2.1.1. Agency Dilemma and corruption; 2.1.2 Rent-seeking and corruption; 2.1.3. Corruption and economic analysis of crime; 2.1.4. Auction theory; 2.2. The "Pragmatic Turn" of Administrative Law; 3. Conclusions; Bibliography.

1. INTRODUÇÃO.

¹Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro– Uerj. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-RJ. Procurador do Estado e Advogado.

A corrupção se trata de um problema complexo, com diversas possíveis causas inter-relacionadas. Com efeito, seria pertinente teorizar sobre as razões para a corrupção a partir de enfoques absolutamente distintos entre si: uma herança histórica do modelo colonial adotado, uma questão cultural, uma disfunção moral, uma tendência antropológica, dentre diversos outros fatores causais passíveis de serem elucubrados pela mente humana. Provavelmente todas as explicações desenvolvidas a partir de tais óticas, se bem construídas, seriam razoáveis e guardariam algum grau de potencial explicativo para o fenômeno.

Exemplificativamente, o Ministro Luis Roberto Barroso, em texto introdutório sobre o tema, defende a existência do que denomina de “três disfunções atávicas e crônicas”² que determinaram a formação da sociedade brasileira: o patrimonialismo, o oficialismo e o inigualitarismo³. Seriam características socioculturais introjetadas na organização brasileira, naturalizadas e por vezes praticadas até de forma inconsciente, que acabam por contribuir para a proliferação da corrupção⁴.

Não há dúvidas de que elementos socioculturais, que acabam por influenciar aspectos da ética pessoal dos indivíduos, são fatores causais para a corrupção⁵. Todavia, pretende-se aqui suscitar que a corrupção pode ser analisada sob uma outra abordagem, qual seja, a de que o ordenamento jurídico pátrio provavelmente concede incentivos perversos – e não antecipados quando da elaboração das normas⁶ – à corrupção.

Conforme Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, a corrupção pode ser analisada sob três enfoques distintos. O primeiro refere-se à corrupção como um problema

² BARROSO, Luis Roberto. Justiça: Corrupção e o Legado do Mensalão e da Lava-Jato. *Forum Veja – Do Brasil que temos para o Brasil que queremos: caminhos e sugestões para um país melhor*, p. 01. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Texto-base-F%C3%B3rum-Veja.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2016.

³ A desigualdade atávica da sociedade brasileira é mais detidamente analisada pelo Ministro Luis Roberto Barroso em recente texto publicado em co-autoria com Aline Rezende Peres Osório. V. BARROSO, Luis Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. “*Sabe com quem está falando?*”: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf> Acesso em: 09 jul. 2017.

⁴ Loc. cit.

⁵ DIMANT Eugen; SCHULTE, Torben. The Nature of Corruption: An Interdisciplinary Perspective. *German Law Journal*, vol. 17, n. 01, p. 53-72, 2016, p. 63. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b9128ab6aa60c971d60b31/1454969484150/PDF_Vol_17_No_01_05_Dimant%26Schulte_FINAL.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

⁶ Tratando especificamente de regulação, Cass Sunstein há muito já apontava as consequências não previstas como uma espécie rotineira de falha regulatória. Destacando a frequência de tal falha regulatória, concernente à dificuldade do Poder Legislativo em compreender a complexidade dos efeitos sistêmicos da intervenção, v. SUNSTEIN, Cass. R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 91-93

cultural⁷. Sob tal ótica, a cultura e a história de um povo devem ser vistas como fatores causais e explicativos para os episódios de corrupção, mas não como elementos determinantes ou como excusas, uma vez que diversos países do globo conseguiram superar seus períodos históricos de difundida corrupção⁸.

O segundo enfoque seria a corrupção como um problema político, relacionando a questão em exame à estrutura de organização política do Estado⁹. No Brasil, como já observado por alguns, o custo milionário das campanhas e os mecanismos para financiamento eleitoral são evidentes fomentadores de corrupção¹⁰, tanto que, como é sabido, alguns dos escândalos recentes associam desvios em licitações com a busca não apenas de locupletamento individual dos agentes envolvidos, mas também de financiamento político-partidário.

O terceiro enfoque, que as mencionadas autoras denominam de corrupção como um problema econômico, considera os elementos de organização política e cultural como circunstâncias postas, passando a focar nos incentivos para a corrupção advindos do arranjo institucional e normativo. O escopo de tal análise é o de identificar eventuais reformas que poderiam diminuir os incentivos à demanda ou à oferta de benefícios¹¹.

É possível perceber que especialmente os dois últimos enfoques, quais sejam, a corrupção como um problema econômico e como um problema político, estão relacionados aos incentivos que a estrutura normativa e institucional concede aos agentes na qual nela se inserem. Por exemplo, no caso da organização política brasileira, o altíssimo custo de uma campanha necessária para que o agente político se mantenha no poder inegavelmente cria um incentivo perverso para que o agente político eventualmente faça um sopesamento de custo-benefício e reste inclinado a se apropriar de instrumentos da esfera pública para custear a sua corrida eleitoral.

Cabe, de plano, um esclarecimento terminológico. Os escritos sobre corrupção usualmente utilizam o termo “incentivo” para se referirem às facilidades ou aos espaços que

⁷ V. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government - Causes, Consequences and Reform*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016, p. 37.

⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Op. cit. p. 37.

⁹ Loc. cit.

¹⁰ Para tal ponto, v. BARROSO, Luis Roberto. *Reforma Política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio*, p. 04. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/reforma-politica-portugues.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.; e IDEM. *Justiça: Corrupção e o Legado do Mensalão e da Lava-Jato. Forum Veja – Do Brasil que temos para o Brasil que queremos: caminhos e sugestões para um país melhor*, p. 02. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Texto-base-F%C3%B3rum- Veja.pdf>>.

Acesso em: 20 jun. 2016.

¹¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Op. cit. pp. 36-37.

permitem o florescimento dos atos de desvio. Nesse trabalho, em diversos momentos também se lançará mão da lógica de incentivos para apontar potenciais possibilidades de corrupção. Trata-se da apropriação de um jargão econômico. Em linguagem jurídica talvez fosse preferível falar-se em “riscos à corrupção”, cabendo observar que, por exemplo, no Decreto nº 8.420/2015, quando se versa sobre programas de integridade para pessoas jurídicas, utiliza-se justamente o termo “risco” ao se referir à possibilidade de desvios. De todo modo, adotar-se-á aqui a terminologia mais usual da literatura, com o uso da expressão “incentivo à corrupção”.

É difícil pensar em outra atividade governamental que ofereça mais riscos ou incentivos à corrupção do que as contratações públicas¹². Não bastasse o enorme volume financeiro em jogo, os objetivos das partes envolvidas no procedimento são diversos. O escopo da Administração na seara licitatória é o de promover a competição entre os interessados, de modo a adquirir ou contratar as obras, bens ou serviços por ela demandados sob as condições mais vantajosas possíveis. Já o interesse imediato do agente privado é outro: conquistar o contrato nos termos menos onerosos para si. É justamente nesse conflito de interesses entre Administração e particulares que surgem os incentivos à corrupção. O agente público pode identificar espaços para auxiliar algum dos proponentes em troca de benefícios pessoais¹³.

No mais, a magnitude do desperdício econômico advindo da corrupção precisa ser destacada, indicando a relevância de que o tema receba maior esforço de estudo. Segundo a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, o custo médio anual da corrupção no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do PIB¹⁴. Para o ano de 2017, tal percentual significa aproximadamente de R\$ 91,08 a R\$ 151,8 bilhões consumidos por corrupção¹⁵. Se considerado o mundo inteiro, a corrupção drena cerca de US\$ 2 trilhões a cada ano¹⁶.

Ocorre que não é tarefa fácil identificar no ordenamento jurídico os mecanismos que geram indevidos incentivos à corrupção. A busca por uma atuação preventiva, de

¹² No mesmo sentido, TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Curbing corruption in public procurement – a practical guide*, p. 08. Disponível em: <http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide>. Acesso em: 09 jul. 2017.

¹³ Em semelhante análise, LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane. Corruption and collusion: strategic complements in procurement. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; SØREIDE, Tina. *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 108.

¹⁴ Dado extraído do sítio eletrônico da FIESP. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

¹⁵ Cálculo feito a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que apontam que o PIB do Brasil no ano de 2017 foi de aproximadamente R\$ 6,6 trilhões. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes.html>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁶ Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Curbing corruption in public procurement – a practical guide*, p. 04. Disponível em: <http://www.transparency.org/whatwedo/publication/curbing_corruption_in_public_procurement_a_practical_guide>. Acesso em: 06 ago. 2017.

desincentivo, anterior à ocorrência dos fatos¹⁷, demanda ou a utilização de ferramentas com as quais, em regra, o operador do Direito não está familiarizado – como é o caso do instrumental econômico – ou a reorientação de técnicas interpretativas para o maior cuidado com as consequências não desejadas.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, almeja-se nesse trabalho, ainda que brevemente, examinar dois possíveis instrumentos analíticos e interpretativos que contribuiriam para a detecção e correção de incentivos indevidos à corrupção. Evidentemente não se tratam das duas únicas ferramentas relevantes para o exame que se propõe. São apenas dois exemplos, escolhidos para compor o objeto do presente texto, em razão de se inter-relacionarem.

O primeiro refere-se à Análise Econômica do Direito, inserida no contexto de estudo das contratações públicas. Considerando que o Direito, por si só, não parece ser dotado das ferramentas técnico-analíticas necessárias para a descoberta de todos os potenciais incentivos perniciosos, recorrer-se à econômica se apresenta como um caminho útil.

O segundo instrumento relevante para a detecção dos incentivos seria a inserção de maiores preocupações quanto às consequências pragmáticas advindas das normas de contratação pública. Ou seja, quando do desenho e interpretação de tal arranjo normativo, considerar atentamente as consequências pragmáticas que delas podem surgir.

2. DOIS INSTRUMENTOS ANALÍTICOS PARA A DETECÇÃO E CORREÇÃO DOS INCENTIVOS INDEVIDOS À CORRUPÇÃO.

2.1. Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito é certamente um instrumento importante para a identificação no ordenamento jurídico dos mecanismos que geram indevidos incentivos à corrupção. A conexão parece evidente. Afinal, o próprio termo “incentivo”¹⁸ é uma apropriação de um jargão econômico.

¹⁷ No mesmo passo, BENEDETTO, Maria De. Corruption and Controls, *European Journal of Law Reform*, issue 4, p. 479-501, 2015. p. 480.

¹⁸ Para uma explanação ilustrativa sobre a importância do conceito de incentivos para o pensamento econômico e para as suas reflexões sobre a organização social, ver o capítulo denominado “Os incentivos, sempre eles...” em GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, pp. 211-232.

Como ressaltado por Maria Tereza Leopardi Mello, em texto sobre a pesquisa empírica interdisciplinar entre Direito e Economia, a análise econômica do Direito considera que as normas jurídicas são parte do sistema de incentivos que influencia as decisões e comportamentos dos indivíduos, de modo que a modificação de tais incentivos acarreta efeitos no mundo real. Veja-se:

(...) se o economista considera a norma jurídica como parte de um sistema de incentivos (uma das proposições básicas da AED), é necessário saber quais são – de fato – esses incentivos (constituído de um conjunto de elementos jurídico-institucionais). (...) O passo seguinte será saber como esses incentivos operam e quais os mecanismos que fazem com que as normas jurídicas afetem as ações humanas reais – decisões dos agentes privados, decisões das autoridades, decisões relativas às formas de organização adotadas, etc

- Dependendo de se e como as normas afetam decisões/comportamentos, elas podem provocar efeitos no ‘mundo real’; procura-se, nesse ponto, identificar uma relação causal (entre norma, comportamento e resultados) e, nesse aspecto, a pesquisa pode se beneficiar do instrumental existente para análise e avaliação de políticas públicas¹⁹.

Não parece relevante consumir esforço tentando segmentar quais seriam os campos teóricos próprios para a análise jurídica e quais seriam os próprios para a avaliação econômica. Contemporaneamente, a inter-relação entre Direito e Economia é uma realidade concreta e inafastável²⁰. De fato, a distinção entre as áreas de atuação do direito e da economia mostra-se cada vez mais embaçada. Assim, objetiva-se aqui uma relação complementar entre tais ciências, buscando-se aquilo que cada disciplina pode acrescentar à outra, a fim de que os componentes distintos das duas ciências conduzam à produção conjunta de “novos conhecimentos que não seriam possíveis, não fosse essa integração”²¹.

Não obstante, cabe uma ressalva. A Análise Econômica do Direito e da corrupção não pode ser conduzida sob um viés radical. Não se pode admitir que atos de corrupção incidentes sobre uma atividade de interesse público sejam encarados sob uma racionalidade baseada no sistema econômico de preços. Se assim o fosse, considerar-se-ia eficiente que a prestação estatal fosse alocada em favor daquele disposto a pagar mais por ela, independentemente do pagamento haver sido feito de forma escusa²². O aspecto de

¹⁹ MELLO, Maria Tereza Leopardi. O direito, a pesquisa empírica e a economia. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO Patrícia (Org.). *Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp. 152-153.

²⁰ Em idêntico sentido, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

²¹ MELLO, Maria Tereza Leopardi. Op. cit. p. 153.

²² ROSE-ACKERMAN, Susan. Introduction and overview. In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. xiv.

reprovabilidade moral da conduta de corrupção imprescindível no exame, mesmo quando se utilizam de técnicas econômicas para o estudo.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito e da corrupção deve ter como escopo auxiliar a melhor compreender o fenômeno para, após, contribuir para uma análise normativa sobre de que modo se deveriam modificar o ordenamento ou instituições para o alcance dos resultados almejados²³. Acredita-se, portanto, que Análise Econômica tanto pode ser útil para uma inicial avaliação descritiva, como para, após, ingressar-se em uma abordagem de cunho normativo.

Ao fim, o objetivo pretendido é o de que se utilize também a ferramenta econômica, somada à jurídica, para, por meio de rearranjos institucionais e normativos, buscar alterar a estrutura de incentivos com a qual se confrontam os indivíduos e a sociedade, com o escopo de, no caso em exame, combater a corrupção nas contratações públicas²⁴.

Não se trata, aqui, portanto, de pretender construir a partir da Análise Econômica do Direito uma espécie de teoria filosófica, em abstrato, sobre a justiça ou sobre o funcionamento das instituições. Acredita-se apenas na utilização de conceitos da teoria econômica como instrumento para a melhor compreensão de normas e institutos jurídicos.

A seguir serão especificadas algumas das ideias, advindas da teoria econômica, que parecem úteis para a compreensão do fenômeno da corrupção e para a identificação dos incentivos perniciosos para a sua propagação.

2.1.1. Dilema de agência e corrupção.

A Transparência Internacional²⁵, conceituada organização não- governamental dedicada ao combate do problema em exame, define corrupção em linhas gerais como o “abuso do poder delegado para ganhos privados”²⁶.

²³ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 32.

²⁴ Cf. SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, p. 01. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141>. Acesso em: 23 jun. 2016; também MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. p. 33.

²⁵ De acordo com informações disponíveis em seu sítio eletrônico, a Transparência Internacional, organização não-governamental fundada em 1993 e sediada em Berlim, atua em mais de cem países, inclusive no Brasil, sendo referência internacional no combate aos atos de corrupção. Para maiores informações, v. <<https://www.transparency.org/whoweare/organisation/>>.

²⁶ Tradução livre a partir do original em inglês “the abuse of entrusted power for private gain”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *How do you define corruption?* Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>> Acesso em: 06 ago. 2017.

O elemento central da definição – “poder delegado” ou “poder confiado”, tradução livre do original em inglês “entrusted power” – é suficientemente amplo para abrangar qualquer ato, de natureza pública ou privada, que se espera que um terceiro desempenhe adequadamente a partir do poder que lhe é outorgado²⁷. Considere-se, por exemplo, o poder confiado pelo empregador ao empregado para adotar algum ato de empresa. Se o empregador abusar de tal poder para obter vantagens pessoais em detrimento dos interesses da empresa que representa, cometerá um ato de corrupção nos termos definidos pela Transparência Internacional. Igualmente, um agente político que desvirtua o poder emanado pelo povo para obtenção de proveitos privados – pessoais ou partidários – também incorre em corrupção.

Susan Rose-Ackerman, por sua vez, afirma que a corrupção representa um uso ilícito da propensão dos particulares a pagar por um dado benefício como um critério de tomada de decisão²⁸. Já Johann Graf Lambsdorff, outro autor de referência no tema, prefere adotar uma definição mais singela para o fenômeno, tratando a corrupção como o mau uso do poder público para benefícios privados²⁹.

Os conceitos acima citados de corrupção pautam-se, todos, no denominado problema ou dilema de agência. Também conhecido como problema do agente- principal³⁰, o dilema de agência é comumente utilizado como ferramenta da Análise Econômica do Direito para descrever uma situação em que uma pessoa, o principal (no caso, um ente público ou, na construção a que aqui se adere, o interesse do próprio povo), é representado por outra, o agente (no caso, um agente público), sendo que, por vezes, seus interesses podem se revelar conflitantes.

Nesse contexto, o fenômeno da corrupção pode ser analisado por meio do dilema de agência, haja vista que, quando ocorre tal desvio, o agente público busca locupletar-se em detrimento do interesse imediato do ente público (que, por sua vez, presumidamente defende o interesse mediato do povo)³¹³². Com efeito, o agente público corrupto não pretende alcançar

²⁷ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government - Causes, Consequences and Reform*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016, p. 09.

²⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. Introduction and overview. In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. xvii.

²⁹ LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform – Theory, Evidence and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 16.

³⁰ Para uma visão geral sobre a utilização do problema do agente-principal na Análise Econômica do Direito, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 208-209 e 419-421.

³¹ Nesse sentido v. ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 681.

³² Há quem modele a relação agente-principal nas contratações públicas colocando a burocracia responsável pela

o melhor interesse público, mas sim se aproveitar da máquina pública para auferir benefícios pessoais.

Ainda conforme Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, a corrupção se materializaria basicamente sob dois mecanismos distintos: ou o agente corrupto age de maneira incompatível com o mandato que exerce; ou, ainda que praticando atos consistentes com os seus poderes, cobra ou aceita benefícios pessoais por ações que não deveriam depender de vantagens adicionais para serem providenciadas³³.

O agente corrupto é capaz de alcançar seu intento por possuir maiores informações sobre o mercado, os potenciais ofertantes e o objeto demandado do que as detidas por outros membros do ente licitante. Em outros termos: há uma relação de assimetria informacional entre o agente e o principal, que o agente pode optar por explorar para o seu locupletamento no caso de divergência de interesses entre as partes³⁴. Nesse quadro, a oferta de favorecimentos pessoais pode induzir o agente a acatar os incentivos a que está submetido e passar a agir contra os interesses do principal³⁵.

A superação do problema de agência passa pela melhor escolha do agente e pelo melhor alinhamento do seu interesse com o do principal, o que demanda inevitavelmente a construção de um melhor arranjo institucional e o mais eficiente controle administrativo.

Por exemplo, considera-se que o pagamento, em diversos países em desenvolvimento, de vencimentos baixos para agentes públicos que cuidam de licitações representa um relevante fator de contribuição para que a corrupção floresça³⁶, uma vez que a necessidade material básica acaba por se tornar um incentivo à corrupção³⁷.

Pensar no fenômeno da corrupção sob a ótica do dilema de agência é útil para melhor observar que, quando existir um cenário de incentivos a criar divergência entre os

licitação como agentes e, por outro lado, como principal, o Governo. A lógica subjacente seria a de que os interesses da burocracia corrupta não estão em sintonia com aqueles do governo eleito. Nesse sentido, v. TREPTE, Peter. *Transparency and accountability as tools for promoting integrity and preventing corruption in procurement: possibilities and limitations*. Paris: OCDE, 2005, pp. 5-8. Não nos parece a melhor abordagem, uma vez que as autoridades máximas do governo também podem estar corrompidas, em especial em um cenário de corrupção sistêmica. Assim, em vez de modelar uma dicotomia entre burocracia da ponta da Administração e Governo, prefere-se tratar aqui o principal como o povo, cujos interesses devem ser tutelados pela pessoa jurídica de direito público.

³³ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. Op. cit. p. 09.

³⁴ TREPTE, Peter. Op. cit. p. 06.

³⁵ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. Op. cit. p. xvii.

³⁶ Ibid. p. 07.

³⁷ Para que a questão reste devidamente contextualizada, deve-se ter em mente que, como ressalta Tina Sørdeide, em alguns países em desenvolvimento o salário mensal de um agente público que lida com licitações é menor do que 100 dólares. Cf. SØREIDE, Tina. *Corruption in public procurement – causes, consequences and cures*, p. 04. Disponível em: <<http://www.cmi.no/publications/file/843-corruption-in-public-procurement-causes.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

interesses do agente e do principal e quando houver assimetria de informação entre as partes, estará criado o quadro para que o agente atue em seu exclusivo benefício pessoal, inclusive sucumbindo às possibilidades de corrupção.

Não é difícil perceber que na contratação pública ocorre exatamente o cenário acima traçado. Os interesses do principal, ou seja, os interesses do povo, não necessariamente serão adequadamente tutelados pelos agentes públicos envolvidos, que podem objetivar angariar também benefícios pessoais indevidos. Logo, há espaço nessa relação para o surgimento de oportunidades de corrupção, em associação aos agentes econômicos privados, que almejam obter o contrato com o Poder Público ao menor custo possível. Em outros termos: as discrepâncias entre os interesses dos diversos atores que se colocam na relação de contratação pública fornece os incentivos e o espaço para as práticas corruptas. Identificar tais casos, portanto, é relevante para a modificação do sistema de incentivos presente no ordenamento.

2.1.2. *Rent-seeking* e corrupção.

Segundo a teoria econômica, a regulação governamental sobre o mercado pode dar ensejo à competição, entre os agentes privados, que buscarão se apropriar, como se monopolistas fossem, das rendas oriundas daquele mercado regulado³⁸.

No caso em exame, os agentes econômicos privados podem disputar entre si para se apropriarem dos lucros advindos de licitações como se monopolistas fossem³⁹. Tal comportamento estratégico e egoístico, que acaba por gerar uma ineficiência para o bem-estar da sociedade, é conhecido na literatura como *rent-seeking*⁴⁰.

Em verdade, *rent-seeking* pode ocorrer por mecanismos lícitos e ilícitos. A tentativa de legítima influência política para que uma legislação seja aprovada em benefício de um determinado setor é uma espécie branda de *rent-seeking*. Por outro lado, corromper agentes públicos, em busca de benefícios em algum mercado, é um comportamento de *rent-seeking* que acarreta perdas sociais ainda maiores.

³⁸ Cf. VISCUSI, W. Kip et al. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, pp. 89-90.

³⁹ Veja-se que na presente subseção se presume que as normas do regime jurídico licitatório são normas de regulação estatal. Sobre tal visão, v. CARVALHO, Victor Aguiar de. regulação do regime jurídico licitatório e sua associação com a teoria econômica: lições para o controle de cartéis nas licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 46-57, abr. 2017.

⁴⁰ Para exame do tema a partir de uma obra clássica, v. KRUEGER, Anne O. *The political economy of the rent seeking society*. Disponível em: <<https://assets.aeaweb.org/assets/production/journals/aer/top20/64.3.291-303.pdf>> Acesso em 28 jun. 2016. Para uma visão voltada ao tratamento da corrupção à luz da teoria do *rent-seeking*, v. LAMBSDORFF, Johann Graf. Corruption and rent-seeking, *Public Choice*, vol. 113, n. 1/2, out. 2002, pp. 97-125.

Com efeito, o comportamento de rent-seeking e a corrupção levam a uma ineficiência advinda da contratação de bens, obras e serviços mais caros, fornecidos pelas empresas que não necessariamente são as mais capacitadas para tanto no mercado. Induzem, ainda, a um viés na escolha de projetos e políticas públicas, haja vista que os agentes públicos envolvidos podem passar a optar, por exemplo, pela construção de obras faraônicas, que permitam desvios por corrupção, em detrimento de gastos básicos em direitos sociais como educação e saúde. Não fosse o bastante, se os agentes políticos também forem alcançados pelo comportamento de rent-seeking e por corrupção, passará a haver a tendência à criação de leis ineficientes, que gerem novas oportunidades de renda para o esquema de corrupção⁴¹.

Embora a corrupção seja vista como um exemplo de rent-seeking, uma vez que igualmente representa uma tentativa de escapar da livre organização do mercado, há pontos de divergência com outros mecanismos de busca por apropriação da renda.

O primeiro refere-se à antijuridicidade do comportamento. A corrupção é um ato reprovável pelo ordenamento jurídico, enquanto que outras formas de rent-seeking são admissíveis. Ocorre que tal critério pode ser pouco explicativo, haja vista que comportamentos reprováveis podem não ser considerados antijurídicos se o Legislador não tiver interesse em cercear tais práticas por eventualmente delas se favorecer⁴².

Sob outra ótica, a corrupção se diferencia em razão da absoluta falta de transparência. Como a corrupção é uma atividade antijurídica, sua existência se dá sempre de modo camuflado, subterrâneo, razão pela qual, ao contrário do que passa com os mecanismos lícitos de tentativa de apropriação de renda, não há qualquer ciência por parte da sociedade sobre o fato de que determinada decisão foi tomada influenciada por corrupção⁴³.

Em suma, a teoria do rent-seeking pode contribuir para que se tenha uma visão menos ingênua dos atos de corrupção. Afinal, a teoria econômica não se surpreende com o comportamento adotado pelos agentes privados de tentar se apropriar, como se monopolistas fossem, das possibilidades de renda surgidas com a regulação estatal. Assim, cabe ao Estado adotar as medidas necessárias para se prevenir do risco de corrupção, não a encarando apenas como um fruto de uma herança histórica e cultural, mas sim como um fenômeno econômico previsível e que poderia ser melhor prevenido pelo rearranjo dos incentivos.

2.1.3. Corrupção e análise econômica do crime.

⁴¹ SØREIDE, Tina. Op. cit. pp. 05-06.

⁴² V. LAMBSDORFF, Johann Graf. Op. cit. p. 104.

⁴³ Ibid. pp. 104-105.

Em emblemático artigo, publicado ainda em 1968, Gary S. Becker delineou os principais elementos da Análise Econômica dos mecanismos de persecução e punição aos atos antijurídicos⁴⁴.

Superando possíveis explicações relacionadas a fatores sociais ou de personalidade, o autor interpreta a conduta de desvio como uma ponderação racional entre custos e benefícios. Assim, o agente ingressaria em uma conduta antijurídica *latu sensu* apenas se a sua utilidade esperada na adoção de tal comportamento superar a expectativa de benefícios em agir de maneira diversa⁴⁶.

Ainda que o fenômeno da corrupção se relacione a uma multiplicidade de fatores causais mais complexos, inclusive histórico-culturais, como já abordado acima, a clássica lógica da Análise Econômica do Crime, de todo modo, indubitavelmente concede intuições relevantes sobre o combate aos desvios de conduta, inclusive os relacionados à corrupção, mediante a eliminação dos incentivos, ou a criação de desincentivos, a tais práticas.

Com efeito, a escolha de sucumbir ou não à adoção de práticas corruptas certamente passa, em alguma medida, por uma ponderação de maximização de utilidade, realizada pelo sopesamento entre benefício esperado e risco esperado⁴⁷.

Desse modo, um combate efetivo à corrupção indubitavelmente depende de um sistema eficiente e crível de recompensas e punições. Como destacado por Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, o Estado precisa de “carrots and sticks”⁴⁸ para promover a eficiência ao mesmo tempo em que desincentiva as eventuais possibilidades de desvios por meio de um sistema de persecução e punição crível⁴⁹.

Nesse contexto, qualquer fator que altere a relação de equilíbrio entre a possibilidade de proveito econômico privado advinda da corrupção e o cálculo de risco de sofrer punição altera a perspectiva de se incorrer em corrupção.

⁴⁴ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁴⁵ Esclarece o autor que em sua análise pretende construir uma lógica geral capaz de açambarcar todos os tipos de desvios de conduta, e não apenas atos criminosos em sentido estrito (tipos, antijurídicos e culpáveis, segundo a doutrina adotada no Brasil). *Ibid.* pp. 02-03.

⁴⁶ *Ibid.* p. 09.

⁴⁷ DIMANT Eugen; SCHULTE, Torben. *Op. cit.* p. 60.

⁴⁸ A tradução literal da expressão, cenouras e porretes, talvez não expresse adequadamente em português a ideia de que incentivos e punições, claros e críveis, são necessários para induzir comportamentos.

⁴⁹ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Op. cit.* p. 179.

Assim, a corrupção pode ser controlada, em algum grau, por meio do aumento do seu custo esperado, calculado pelo risco de detecção e punição, multiplicado pelo tamanho da sanção imposta⁵⁰. Desse modo, penas mais rigorosas aplicadas aos atos de corrupção, mas também – e em especial – maior probabilidade de condenação judicial após o devido processo legal contribuem para a redução da corrupção, desde que mantidas constantes todas as demais variáveis⁵¹.

O Ministro Luis Roberto Barroso, após explicar que a corrupção é um fenômeno complexo, com “causas diversas e profundas”⁵², reconhece na impunidade um fator de fomento à corrupção. O referido autor, em abordagem semelhante à que já se suscitou acima, identifica que os seres humanos tomam decisões constantemente ponderando incentivos e riscos. De tal modo, em um cenário de impunidade, há uma tendência de crescimento da corrupção⁵³. Nessa senda, evoluções na legislação, na atitude das autoridades dedicadas ao combate à corrupção e na jurisprudência que contribuam para a redução da impunidade certamente desincentivam a ocorrência de corrupção⁵⁴.

Para a preocupação externada no presente trabalho, a principal lição que se extrai da análise econômica do crime é a de que as instituições e normas jurídicas devem ser moldadas também com a preocupação de desincentivar o comportamento corrupto. Como bem resume Carlos Emmanuel Ragazzo:

As regras estabelecem os custos das ações humanas (o que fica mais claro quando há sanções explícitas, como multas, penas alternativas e aprisionamento). Assim, os indivíduos fazem suas escolhas sobre comportamentos lícitos ou ilícitos com base no binômio sanção (grau de penalidade) e fiscalização (probabilidade de ser capturado e punido)⁵⁵.

Frise-se que não se pretende aqui defender que a corrupção ocorre tão somente por um cálculo racional de que o ato compensa. Contudo, mais uma vez, a importância dos incentivos concedidos aos agentes para a determinação de seus comportamentos não pode ser ignorada.

⁵⁰ Cf. SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Op. cit. p. 06.

⁵¹ DIMANT Eugen; SCHULTE, Torben. Op. cit. pp. 60-61

⁵² BARROSO, Luis Roberto. *Justiça: Corrupção e o Legado...* p. 02.

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ As evoluções legislativas, de atitude e de jurisprudência já vivenciadas pela sociedade são ressaltadas pelo Ministro Luis Roberto Barroso no texto supracitado. Ibid. pp. 02-04. Outrossim, o referido doutrinador propõe, ainda, o fim do foro privilegiado como mais uma medida de redução de incentivos à corrupção.

⁵⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A regulação da concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 102.

2.1.4. Teoria dos leilões.

O instrumento mais relevante para a análise econômica das licitações é a denominada teoria dos leilões. Tal ferramenta utiliza técnicas matemáticas e de teoria dos jogos para avaliação das estratégias ótimas que deveriam ser adotadas pelo leiloeiro (no desenho do certame) ou pelos ofertantes em um leilão⁵⁶.

Aponta-se o trabalho de William Vickrey, ganhador do prêmio Nobel em economia no ano de 1996, no texto intitulado *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, como a obra seminal que reconheceu aspectos de teoria dos jogos na dinâmica adotada em leilões⁵⁷.

A teoria dos leilões apresenta importância não apenas teórica, como também prática. Conquanto não sejam uma ferramenta nova⁵⁸, uma expressiva quantidade e variedade de bens, serviços e instrumentos financeiros são negociados por meio de leilões. Nas últimas décadas tal ferramenta se propagou ainda mais, não só por seu uso no comércio eletrônico, como também pela sua inserção nas negociações de privatizações ou em novos mercados de energia, transporte, licenças para poluição ou telefonia⁵⁹. Com efeito, os leilões para as concessões das licenças de exploração de internet 3G na Europa são algumas das mais importantes e estudadas do mundo⁶⁰.

Tendo em vista a relevância assumida pelos leilões nas transações econômicas, a teoria em tela vem sendo, mais recentemente, objeto também de estudos empíricos, que servem para comprovar os seus resultados teóricos a partir da análise de dados concretos extraídos de setores importantes⁶¹.

⁵⁶ Cf. MATOSO, Flávia. *Teoria dos Leilões: uma abordagem para a promoção da defesa e da advocacia da concorrência*, V Prêmio SEAE – Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, 2010, pp. 475-476. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2010/v-premio-seae-2010/Estudantes_2_lugar_Flavia_Diagramado.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁵⁷ Cf. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 15.

⁵⁸ Há quem afirme que leilões já eram utilizados na Babilônia centenas de anos antes da era cristã. Na cultura popular são conhecidos os leilões de escravos e dos espólios de guerra realizados pelos Romanos no Império. Cf. KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2. ed. San Diego: Elsevier, 2010, p. 01.; e KLEMPERER, Paul. Op. cit., p. 01.

⁵⁹ Nesse sentido, v. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, pp. 09-10.

⁶⁰ Para exame, v. KLEMPERER, Paul. *The biggest auction ever: the sale of the British 3G Telecom Licences*. Disponível em: <<http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/papers/2002/w4/biggest29nov.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

⁶¹ A respeito do crescimento dos estudos empíricos, v. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, pp. 09-10. Como exemplo de trabalho da espécie, v. DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008.

Para a teoria econômica, um leilão pode ser interpretado como um jogo de informação incompleta, em que os jogadores (participantes do leilão) não conhecem com exatidão a avaliação que os demais fazem acerca do objeto leiloadado, não sabendo com precisão, portanto, quanto cada um está disposto a pagar (ou a receber) para se sagrar vencedor da disputa⁶².

Ainda de acordo com as ciências econômicas, uma licitação como usualmente concebida nada mais é do que um leilão reverso, ou seja, um procedimento em que a entidade pública estabelecerá qual o objeto que demanda e, após determinar as regras do leilão, receberá ofertas dos particulares para o fornecimento de tal objeto e deverá optar pela proposta mais vantajosa⁶³. Diz-se que se trata de um leilão reverso porque, diferentemente do leilão convencional, o promotor do leilão (Administração) não oferece um bem ao mercado, mas sim recebe propostas do mercado para o fornecimento de um objeto por ela demandado.

Considerando o fato de que a licitação se trata de um leilão reverso, as conclusões típicas da teoria dos leilões devem ser interpretadas invertendo-se a métrica de preços⁶⁴. Melhor esclarecendo: os resultados de maior receita (ou de maior preço) na teoria dos leilões correspondem a menor custo (ou menor preço) nas licitações.

Além da questão acima, inexistem outras diferenças entre um leilão tradicional, em que o leiloeiro vende produtos, e as licitações, em que o leiloeiro é o comprador e os fornecedores são os ofertantes, que pretendem prover a Administração com o objeto demandado. Desse modo, as conclusões mais relevantes da teoria dos leilões aplicam-se também às licitações, razão pela qual a análise econômica da contratação pública se faz utilizando-se o instrumental em exame.

Um resultado fundamental da ferramenta em comento é o denominado teorema da equivalência das receitas, que indica que, respeitadas determinadas condições ideais, o leiloeiro obterá o mesmo retorno utilizando distintos tipos de leilões. A partir do referido teorema, a teoria dos leilões se desenvolve em análises que relaxam as premissas ideais assumidas (como neutralidade de risco e simetria dos ofertantes, independência das propostas e das informações),

⁶² FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 296.

⁶³ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional, p. 28. *Texto para discussão*. Brasília: Ipea, 2014, p. 31. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁶⁴ SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*, p. 11. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/137713/Premio2011_Tema_2_3.pdf> Acesso em: 07 dez. 2017.

e permitem verificar que, em determinadas circunstâncias, um modelo de leilão traz resultados melhores do que outros⁶⁵.

A lição mais importante que a teoria dos leilões transmite – e que é significativamente ignorada por legisladores e administradores públicos no Brasil – é que o desenho de leilões ou de licitações não é um produto de prateleira⁶⁶, em que um modelo único serve para qualquer situação. Um bom leilão ou uma boa licitação deveria ser arquitetada de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada caso⁶⁷.

Assim, a teoria dos leilões revela-se uma ferramenta imprescindível para a análise econômica da eficiência das licitações para a contratação pública sob distintos ângulos, inclusive para o exame dos traços do sistema de contratações públicas brasileiro que facilitam ou criam incentivos para as práticas de corrupção.

2.2.O “Giro Pragmático” do Direito Administrativo.

Já nas discussões legislativas para a aprovação da Lei no 8.666/93 prevaleceu uma concepção de modelo legal licitatório que, em alguma medida, figura no imaginário do legislador brasileiro até os dias de hoje: a de que se deve apostar em uma legislação detalhista, minuciosa e abrangente, a ser cumprida rigorosamente pela Administração pública, para que de tal percurso resulte a boa contratação pública⁶⁸.

Essa visão sobre o regime licitatório restou conhecida na literatura como “maximalista”⁶⁹.

Ocorre que o maximalismo legislativo existente no direito das licitações não foi, a toda evidência, acompanhado pela devida preocupação acerca do sistema de incentivos criado por alguns dispositivos daquele arranjo normativo e institucional para contratações públicas. Assim, hoje tem-se um regime que possivelmente cria perversos incentivos ou facilidades não só para o florescimento da corrupção, como também para a adoção de práticas, pelos particulares, para cerceamento da concorrência, como é o caso do cartel.

⁶⁵ Sobre o ponto, v. WEISHAAR, Stefan E. *Cartels, Competition and Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 42.; e KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 02 e pp. 16-19.

⁶⁶ Para a mesma ideia, Paul Klemperer utiliza a expressão “*one size fits all*” (que, em tradução literal, significaria “um tamanho serve para todos”), afirmando que “*Auction design is not ‘one size fits all’*”. (KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 04).

⁶⁷ Loc. cit.

⁶⁸ Cf. ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 104-105.

⁶⁹ Sobre os embates entre as correntes de pensamento maximalista e minimalista para a contratação pública durante os debates legislativos que levaram à aprovação do que hoje é a Lei nº 8.666/93, v. Ibid. pp. 104-111.

Em outros termos, apropriando-se do discurso de Gustavo Binенbojm acerca do poder de polícia, até o momento dedicou-se pouco esforço intelectual para tratar o regime de contratações públicas como um “sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos pré-determinados”⁷⁰.

Para cercear possíveis elementos no arranjo institucional e normativo licitatório brasileiro que concedem incentivos ou facilidades ao surgimento de episódios de corrupção, o primeiro passo, naturalmente, é compreender as consequências pragmáticas produzidas por determinadas normas ou decisões de desenho institucional.

Veja-se, portanto, que existe umbilical relação entre a Análise Econômica do Direito, que trata o Direito como um sistema de incentivos aos agentes que interagem na relação, com a busca das consequências pragmáticas produzidas por um desenho institucional e normativo.

Gustavo Binенbojm denomina “giro pragmático do Direito Administrativo” o fenômeno que caracteriza tanto “a descrição de uma tendência contemporânea da disciplina, nem sempre consciente”⁷¹ como “uma estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela Administração Pública”⁷².

Com respaldo nas lições de Thamy Pogrebinski, o mencionado autor suscita três elementos conformadores do pragmatismo filosófico: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo⁷³.

Em apertada síntese, o antifundacionalismo representaria o afastamento de supostas verdades eternas, imutáveis, dogmáticas e apriorísticas, assumindo-se, pelo método pragmático, uma postura crítica e experimental de contínuo questionamento das hipóteses estabelecidas⁷⁴.

Por sua vez, o contextualismo representaria a valorização da experiência do contexto histórico, social, político econômico e cultural local para a investigação científica e descoberta das consequências de uma determinada medida para aquela realidade concreta

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 54.

⁷² Loc. cit.

⁷³ Loc. cit.

⁷⁴ Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*: a intervenção do Estado na Economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 36-37.

específica⁷⁵. Em outras palavras, o método pragmático não poderia desconsiderar o contexto real, considerando, ainda, a “intersubjetividade que lhe confere sentido e valor”⁷⁶.

Já o consequencialismo guarda relação com a observação das consequências ou resultados futuros advindos do ato, norma ou decisão. Busca-se, assim, a “antecipação prognóstica”⁷⁷ relativa a uma dada medida, o que exige do analista pragmático ênfase na observação empírica e experimentalista⁷⁸.

A medição das consequências, para a facilitação da corrupção, provocadas por determinadas normas licitatórias depende de que o Direito lance mão das ferramentas próprias da Análise Econômica. Assim, viabiliza-se que o exame crítico e pragmático não se limite a um mero discurso, sem demonstração empírica ou teórica das alegadas falhas.

Não se versa, aqui, sobre a utilização do pragmatismo para análise dos possíveis efeitos de decisões judiciais, tema a que a literatura mais se dedica usualmente⁷⁹. Defende-se, sim, uma análise pragmática das decisões de construção e estruturação estatal em sentido amplo, seja em sua faceta legislativa, seja quanto aos atos e decisões administrativas.

Não se ignora que na elaboração legislativa já existe, inexoravelmente, uma preocupação quanto aos resultados pragmáticos. Como bem destacado por José Vicente Santos de Mendonça, “o juízo político consistente na produção de leis é, por excelência, pragmático. Embora condicionado pelo respeito à Constituição, o legislador mira, antes de tudo, o resultado”⁸⁰. Com efeito, no Brasil, a produção legislativa conta, por vezes, até mesmo com o suporte técnico de um bem estruturado corpo próprio de consultores⁸¹. Todavia, suscita-se aqui que talvez nem todos os resultados possíveis estejam sendo devidamente considerados quando da análise legislativa e que os eventuais espaços para a corrupção nas normas de contratação pública merecem maior detida atenção⁸².

⁷⁵ Ibid. p. 38.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 55.

⁷⁷ Loc. cit.

⁷⁸ Loc. cit.

⁷⁹ Ver, exemplificativamente, SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, R.P. (Org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011; e ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro Leal. *Pragmatismo Jurídico como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmiento. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. , p. 171-211.

⁸⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. cit. p. 87.

⁸¹ Veja-se que no último concurso público realizado para o cargo de Consultor Legislativo do Senado, havia previsão de subáreas para assessoramento legislativo das mais diversas: agricultura, transportes, comunicações e tecnologia da informação, meio ambiente, minas e energia, dentre outras, além das usuais searas do Direito. Nesse sentido, v. SENADO FEDERAL. *Edital nº 1, de 22 de dezembro de 2011*. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/transparencia/rh/concursos/pdf/2012/edital-01-cargo-consultor>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

⁸² Uma das possíveis explicações seria o conflito de interesses existente na figura do eventual legislador que

Cabe observar que, como destacado por Gustavo Binenbojm, o giro pragmático é uma tendência do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, sendo mecanismo para o enfrentamento dos problemas reais da Administração Pública e para a obtenção de reformas e resultados concretos e práticos. Não obstante, trata-se de uma visão ainda em fortalecimento, já presente em determinados ramos do Direito, mas ainda pouco adotada em outros⁸³.

Nessa esteira, parece que no Direito da Contratação Pública ainda falta em adotar a preocupação de exame global de todas as consequências e incentivos produzidos pelo arranjo institucional e normativo adotado no país, sendo certo que, para se rever tal sistema de incentivos, a inserção do exame pragmático das normas mostra-se imprescindível.

Por exemplo, Marçal Justen Filho, ao tratar de corrupção nas contratações públicas, suscita que o regime de prerrogativas extraordinárias existente na contratação pública cria oportunidades para escolhas prepotentes por parte dos agentes públicos, o que acarreta potencial risco de corrupção. Em seus termos:

A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o direito administrativo brasileiro é repleto dessas previsões⁸⁴.

Ao conferir à Administração poderes unilaterais para a tomada de decisões em determinados cenários, criando poder de monopólio para a concessão de benefícios ou imposição de custos⁸⁵, o regime de prerrogativas extraordinárias existente na contratação pública cria oportunidades de corrupção. Não parece ter havido, no entanto, entre os legisladores ou juristas, preocupação com as consequências pragmáticas de tais prerrogativas extraordinárias concedidas à Administração, que podem servir, nesse contexto, não como mecanismo de proteção ao interesse público, mas como ferramenta para desvios ímprobos.

pretende, de algum modo, beneficiar-se da corrupção na contratação pública, seja porque almeja assumir cargo no executivo, seja porque já possui influência em determinado órgão da Administração. Além dessa hipótese, há outra mais singela: determinadas consequências simplesmente não conseguem ser observadas quando da elaboração da norma.

⁸³ Ibid. pp. 61-63.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 05 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/corruptao-e-contratacao-administrativa-a-necessidade-de-reformulacao-do-modelo-juridico-brasileiro-0plrukcg5ficcjzrcnfcbbu>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁸⁵ Loc. cit.

Trata-se, no caso, de uma ilustração, dentre outras possíveis, de mecanismos existentes no arranjo normativo e institucional brasileiro que poderiam ser extirpados ou aprimorados após análise mais detida de todas as consequências pragmáticas produzidas.

3. CONCLUSÕES.

Não se duvida que a corrupção decorre de uma multiplicidade de fatores causais, inclusive histórico-culturais. Todavia, enquanto ocorre um processo de amadurecimento social e cultural que poderá, ao fim, levar à superação das disfunções que contribuem para a existência do problema no Brasil, o combate à corrupção desde já pode e deve ser travado por meio de rearranjos institucionais e alterações legislativas que modifiquem o sistema de incentivos e eliminem estímulos ou facilidades perversas à corrupção.

Considerando a frequência e a magnitude dos episódios de corrupção nas contratações públicas do país, é uma hipótese forte a cogitação de que haja no arranjo institucional e normativo pátrio incentivos ou facilidades à ocorrência de tais casos.

O Direito, todavia, não parece possuir por si só todos os instrumentos necessários para a detecção e correção de tais incentivos. Assim, recorrer às ferramentas econômicas, por meio da denominada Análise Econômica do Direito, parece um caminho pertinente.

Ao longo do texto, demonstrou-se, ainda que de maneira incipiente, como algumas preocupações ou ferramentas econômicas, como a busca por cenários de rent-seeking ou a análise de comportamentos sob a ótica do dilema de agência, podem contribuir para a identificação e correção dos incentivos perversos que contribuem para a corrupção.

No mais, caminhando-se no mesmo contexto de percepção e correção de incentivos indevidos, a maior inserção de preocupações pragmáticas na interpretação do ordenamento das contratações públicas pode levar a que intérpretes e operadores restem mais atentos às consequências indesejadas advindas de determinadas previsões do ordenamento e, assim, tentem corrigir tais incentivos indevidos à corrupção.

REFERÊNCIAS.

ANDERSON, Robert D; MÜLLER, ANNA CAROLINE; KOVACIC, William E. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance.

In: ARROWSMITH, Sue; ANDERSON, Robert D. (Ed.). *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

[ARGUELHES, Diego Werneck](#); LEAL, Fernando Angelo Ribeiro Leal. *Pragmatismo Jurídico como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: Daniel Antonio de Moraes Sarmento. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v., p. 171-211.

BARROSO, Luis Roberto. Justiça: Corrupção e o Legado do Mensalão e da Lava-Jato. *Forum Veja – Do Brasil que temos para o Brasil que queremos: caminhos e sugestões para um país melhor*, p. 02. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Texto-base-F%C3%B3rum-Veja.pdf>> Acesso em: 09 jul. 2017.

_____; *Reforma Política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/reforma-politica-portugues.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

_____; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. “*Sabe com quem está falando?*”: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf> Acesso em: 09 jul. 2017.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BENEDETTO, Maria De. Corruption and Controls, *European Journal of Law Reform*, issue 4, p. 479-501, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARVALHO, Victor Aguiar de. regulação do regime jurídico licitatório e sua associação com a teoria econômica: lições para o controle de cartéis nas licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 46-57, abr. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5a ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DE SILVA, Dakshina G. et al. The impact of public information on bidding in highway procurement auctions. *European Economic Review*, vol. 52, p. 150-181, 2008.