

A REGULAÇÃO DO REGIME JURÍDICO LICITATÓRIO E SUA ASSOCIAÇÃO COM A TEORIA ECONÔMICA: LIÇÕES PARA O CONTROLE DE CARTÉIS NAS LICITAÇÕES

VICTOR AGUIAR DE CARVALHO*

Sumário: 1. Introdução; 2. A associação do Direito com a Economia: aplicando a análise econômica ao Direito da Contratação Pública com o escopo de identificar eventuais consequências não antecipadas da regulação do regime jurídico licitatório; 3. A regulação do regime licitatório; 4. A relação da teoria econômica com a regulação do regime licitatório; 5. Comportamentos anticompetitivos como falha de mercado; 6. Consequências não antecipadas da regulação licitatória; 7. A prevenção à cartelização por meio da regulação do regime jurídico licitatório; 8. Conclusões; 9. Referências.

1. Introdução

Em regra, para os alunos de Direito, o estudo da contratação pública – e em especial do regime jurídico licitatório – revela-se uma tarefa árida. Como a temática é posta hoje, parece que a licitação se trata apenas de um conjunto de regras burocráticas utilizadas para que a Administração contrate ou adquira o que demanda e que nem sempre são capazes de garantir a integridade da relação econômica.

Um dos problemas mais usuais das compras públicas refere-se às suspeitas ou até evidências – por vezes não passíveis de serem cabalmente comprovadas – de ocorrência de práticas de cerceamento concorrencial nos certames, em especial de formações de cartéis pelos agentes privados que neles atuam.

No estudo jurídico nota-se pouca preocupação em buscar compreender que a licitação compreende uma relação econômica, pautada em normas regulatórias do Estado que se fundamentam na busca de eficiência alocativa.

A partir dessa constatação, emergem duas consequências imediatas: (1) ocorrendo o procedimento licitatório em uma realidade econômica e devendo buscar alcançar eficiência alocativa, a higidez concorrencial precisa ser uma preocupação; (2) sendo o desenho do regime jurídico licitatório uma forma de

* Doutorando 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-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

regulação estatal em uma atividade econômica de extrema relevância, está sujeito a eventuais falhas de mercado – como são os casos dos comportamentos anticompetitivos adotados pelos particulares – e também a falhas de regulação, como a produção de consequências não previstas.

Pretende-se no presente estudo analisar, ainda que brevemente, as questões acima e indicar que uma melhor regulação licitatória pode contribuir para uma mais hábil prevenção à cartelização nas licitações públicas.

Para tanto, o artigo divide-se em seis seções, além da introdução e da conclusão. Em primeiro lugar, suscita-se a relevância da associação entre Direito e Economia para a melhor compreensão do regime jurídico licitatório. Após, almeja-se indicar que o desenho do regime licitatório é uma forma de regulação estatal para, ato contínuo, ressaltar na seção seguinte a relação da teoria econômica com a regulação do regime jurídico licitatório. Em continuação, apontar-se-á que comportamentos anticompetitivos nas licitações são uma espécie de falha de mercado. Em seguida, será visto que a regulação licitatória podem advir consequências acidentais ou não antecipadas, capazes de, por vezes, criarem incentivos perversos à cartelização. Por fim, serão indicados alguns caminhos para que as questões suscitadas nesse trabalho possam contribuir para a melhor prevenção à cartelização nos certames.

2. A associação do Direito com a Economia: aplicando a análise econômica ao Direito da Contratação Pública com o escopo de identificar eventuais consequências não antecipadas da regulação do regime jurídico licitatório

Com um certo atraso em relação ao surgimento dos debates nos Estados Unidos, vivenciou-se no Brasil, nos últimos anos, crescente interesse por estudos que associam o Direito e as Ciências Econômicas¹.

A denominada Análise Econômica do Direito, enquanto campo de estudo que une ambas as matérias, é definida por Nicholas Mercurio e Steven G. Medema como “a aplicação da teoria econômica – primariamente de microeconomia e dos conceitos básicos de economia do bem-estar – para examinar a formação, estrutura,

¹ Bruno Meyerhof Salama bem sintetiza o surgimento dos estudos em comentário: “O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado. Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* pp. 02-03. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: 02 ago. 2016.)

processos e impacto econômico do Direito e das instituições legais”². Já para Bruno Meyerhof Salama pode-se sucintamente “conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”³.

Uma premissa básica da teoria econômica neoclássica, trazida à análise jurídica em especial pela Escola de Chicago⁴, é a de que os agentes econômicos respondem a incentivos⁵. Assim, por um olhar econômico sobre as relações jurídicas, uma das funções do Direito em geral seria justamente a de alterar os incentivos concedidos aos atores sociais e econômicos, com o escopo de impulsionar os comportamentos socialmente desejados e desestimular os indevidos⁶.

Como ressaltado em texto de Maria Tereza Leopardi Mello 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 públicas⁷.

² MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 01.

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit. p. 03.

⁴ Para um exame detido do pensamento da Escola de Chicago, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. pp. 94-155.

⁵ Sobre o tema, v. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 04.

⁶ Sobre o exame das normas jurídicas a partir de uma lógica econômica de criação de incentivos, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. p. 104.

⁷ MELLO, Maria Tereza Leopardi. O direito, a pesquisa empírica e a economia. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO Patricia (Org.). *Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, pp. 152-153.

No que tange às contratações públicas, é de se observar que o regime jurídico licitatório cria um sistema de diversos e diferentes incentivos econômicos, que concede aos agentes públicos e privados envolvidos estímulos e desestímulos para a adoção de determinadas condutas.

Tal constatação seria óbvia para um economista. De fato, a teoria econômica neoclássica, que até hoje serve de base para o estudo introdutório da microeconomia, aponta que as pessoas tendem a adotar comportamentos racionais maximizadores de sua satisfação (ou utilidade) pessoal. Nessa toada, os agentes econômicos seriam propensos a adaptar seu comportamento de acordo com as circunstâncias do meio, sempre em busca de melhor atender o seu próprio interesse⁸.

Conquanto a suposta racionalidade perfeita do *homo economicus* haja sido criticada por diversas escolas posteriores do pensamento econômico, com reflexos também nas linhas de pensamento adotadas para a Análise Econômica do Direito⁹, certo é que até hoje as ciências econômicas acreditam na importância da concessão dos incentivos corretos para o alcance dos resultados almejados.

Todavia, os juristas, em sua formação tradicional, não são ensinados a pensar as relações sociais em termos de incentivos, de modo que lhes é menos evidente que as normas jurídicas e o desenho institucional contribuem para determinadas condutas por vezes indesejáveis.

Com isso, apropriando-se das palavras de Gustavo Binbenbojm acerca do poder de polícia, até o momento o Direito brasileiro dedicou pouca reflexão à necessidade de interpretar o regime jurídico licitatório 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”¹⁰.

De fato, em se pretendendo uma contratação pública hígida, o arranjo institucional e normativo concernente ao regime licitatório não deveria conceder, como faz atualmente, eventuais facilidades para que os agentes privados adotem práticas de restrição concorrencial¹¹. Com o escopo de se corrigir tais incentivos

⁸ Loc. cit.

⁹ Nessa seara merece destaque a economia comportamental, que associada ao Direito deu origem à denominada “*behavioral law and economics*”, doutrina muito em voga nos últimos anos. Mediante combinação de conceitos de economia e psicologia, defende-se que a forma de tomada de decisões dos seres humanos em muitas situações se afasta das previsões típicas de racionalidade estrita da teoria neoclássica. A “*behavioral law and economics*”, pressupondo a racionalidade limitada dos agentes, busca identificar consequências para o Direito e para a formulação de políticas públicas advindas do viés cognitivo humano. Para exame, v. WRIGHT, Joshua D., GINSBURG, Douglas H. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*. *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 3, set. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147940>. Acesso em: 23 jun. 2016.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

¹¹ Já se defendeu que, por suas peculiaridades, a contratação pública concede ambiente fértil para a proliferação de práticas restritivas da concorrência, em especial dos conluios entre os potenciais ofertantes. Nesse sentido, v. LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões.

perversos, há que se compreender as consequências pragmáticas produzidas por determinadas normas ou decisões de desenho institucional¹².

Ocorre que o Direito, por si só, não é dotado de instrumentos suficientes para proceder à análise das consequências pragmáticas – muitas das quais não antecipadas – que possam surgir quando da regulação do regime jurídico licitatório. Para um reexame sério de normas de contratação pública, é preciso necessariamente lançar mão de ferramentas econômicas, em especial – no caso das contratações públicas – da teoria dos leilões¹³.

Outrossim, para o adequado entendimento dos possíveis efeitos indesejados de algumas normas de contratação pública, há que se refletir sobre o tema à luz da dinâmica concorrencial, buscando-se identificar os desincentivos à competição advindos de determinadas previsões da regulação licitatória e de que modo uma melhor regulação poderia promover e proteger eficazmente a concorrência nos certames em exame.

Por meio da ótica que aqui se coloca não se pretende construir a partir da Análise Econômica do Direito uma espécie de teoria filosófica, em abstrato, sobre a justiça ou sobre o funcionamento das instituições. Intenciona-se apenas utilizar conceitos da teoria econômica como instrumento para a releitura de institutos próprios do Direito – no caso específico, do regime jurídico licitatório.

Nesse contexto, 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

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011, pp. 4-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIxibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdidCntd=76299&idPublicacao=6>>. Acesso em: 20 set. 2015. Para uma coleção de fatores que contribuem para o surgimento de colusões em licitações, ver também ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹² Gustavo Binenbojm aponta como uma tendência contemporânea do Direito Administrativo o que denominou, “giro pragmático do Direito Administrativo”, caracterizado tanto pela “descrição de uma tendência contemporânea da disciplina, nem sempre consciente” como por “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” (Ibid. p. 54.). O autor suscita como campo próprio para a análise pragmática do Direito Administrativo justamente a modelagem de editais de licitações e minutas de contrato em setores de infraestrutura (Ibid. p. 62.).

¹³ A denominada teoria dos leilões é indubitavelmente o instrumento mais relevante para a análise econômica das licitações. 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 leilões (Cf. KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 15.). Tendo em vista a relevância assumida pelos leilões nas transações econômicas, a teoria em comento 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 importantes. A respeito do crescimento dos estudos empíricos, v. KLEMPERER, Paul. Op. cit. 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.

Direito e Economia é uma realidade concreta e inafastável¹⁴. De fato, a distinção entre os campos de atuação do direito e da economia mostra-se cada vez mais embaçada. Assim, deve-se fomentar 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”¹⁵.

Em linha semelhante, Fernando Araújo, pensando especificamente na análise contratual, mas em raciocínio que pode ser estendido a diversos outros campos jurídicos, já apontava que as abordagens jurídicas e econômicas são “largamente convergentes e extensamente sobrepostas”, não parecendo sequer se justificarem análises autônomas, salvo pelo desconhecimento de uma das ciências em tela. Em verdade os exames jurídico e econômico parecem evidentemente complementares entre si¹⁶.

A Análise Econômica do Direito deve, assim, ter como escopo auxiliar na melhor compreensão de institutos jurídicos para, após, contribuir para uma análise normativa sobre de que modo se deveriam modificar as leis ou instituições para o alcance dos resultados almejados¹⁷. 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 normativo¹⁸.

3. A regulação do regime licitatório

O termo regulação, enquanto conceito jurídico, apresenta diversas definições na literatura¹⁹. No passo em que a atividade regulatória perdeu a vinculação necessária com o Estado²⁰, as fronteiras da nomenclatura se tornaram turvas,

¹⁴ Em idêntico sentido, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

¹⁵ MELLO, Maria Tereza Leopardi. Op. cit. p. 153.

¹⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

¹⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. p. 32.

¹⁸ Sobre a utilização de ferramentas econômicas, somadas à tradicional análise 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, v. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Op. cit. p. 33. No mesmo sentido, mas especificamente preocupadas com o tema da corrupção, v. 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.

¹⁹ Na verdade, a expressão “regulação” é utilizada com conotações distintas tanto em contextos jurídicos como também em textos de outras áreas do conhecimento. A ausência de precisão terminológica levou a que tal conceito adquira variados significados, a depender da obra e do autor. No mesmo sentido, v. OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing Ltd., 2004, p. 01.

²⁰ De fato, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge explicam que nas últimas décadas vivenciou-se a crescente exploração de métodos não-tradicionais de regulação, como aquelas baseadas em controles de Mercado ou em meta-regulação. Para um melhor exame sobre a recente evolução dos instrumentos regulatórios e de sua dissociação da anterior necessária vinculação ao Estado, v. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 07-08.

gerando imprecisão terminológica. Já se observou, nesse cenário, que a definição de regulação varia na literatura dependendo do tipo de problema ou de questão abordada pelo autor, sendo que, por vezes, um mesmo escritor pode adotar, implícita ou explicitamente, diferentes conceitos para regulação em escritos distintos^{21 22}.

Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge citam três diferentes conotações para o instituto em exame²³:

- (1) Regulação como um conjunto específico de comandos – de acordo com tal sentido, a regulação se refere à imposição de um conjunto de normas vinculantes, a serem aplicadas por um órgão ou ente dedicado tal propósito;
- (2) Regulação como influência deliberada do Estado – por essa conotação ampliada do termo, a regulação abrangeria todas as ações estatais elaboradas para influenciar comportamentos sociais ou econômicos adotados pelas pessoas em suas relações;
- (3) Regulação como toda forma de influência social ou econômica – de acordo com esse sentido, todos os instrumentos – sejam de origem estatal ou privada – hábeis a influenciar comportamentos seriam considerados meios de regulação. Esse conceito mais abrangente de regulação tem por mérito incorporar como regulatórias práticas não apenas estatais, mas também privadas, como a autorregulação.

²¹ Nesse sentido, v. BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK, p. 09. Disponível em: < <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

²² Contemporaneamente, pela diversidade dos novos métodos regulatórios postos em prática, há uma tendência à utilização do termo em exame sob um enfoque ampliado. Com efeito, Patrícia Baptista expõe que a atividade regulatória é “muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar”. A regulação englobaria, assim, um “conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica — seja ela essencialmente privada ou um serviço público — em consonância com os interesses da coletividade”. V. BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015, p. 59. Igualmente adotando uma concepção ampla para o fenômeno em análise, Alexandre Santos de Aragão define regulação nos seguintes termos: “... podemos condensadamente definir a regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.)

²³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. cit. p. 03.

Não se insere no escopo do presente estudo buscar a mais precisa definição do conceito de regulação. Importa aqui apenas observar que o estabelecimento das normas que conformam o desenho do regime jurídico licitatório é uma forma de regulação estatal em uma atividade econômica de extrema relevância.

A despeito da existência de diversas alusões na literatura estrangeira às normas do regime jurídico licitatório como normas regulatórias²⁴, no Brasil não é comum que se refira à licitação como uma regulação estatal. De fato, no país, os escritos em geral sobre o regramento para as contratações públicas concernem à referida atividade estatal especialmente sob um enfoque interno. Pretende-se aqui suscitar a reflexão sobre o regime licitatório também no que tange aos efeitos e incentivos produzidos para os agentes econômicos externos. Ou, mais especificamente, de que formas o regramento licitatório conduz à propensão à cartelização. Sob esse prisma, é absolutamente pertinente pensar no regime jurídico licitatório como um conjunto de normas regulatórias.

Nesse passo, utilizando-se dos termos de Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação licitatória tratar-se-ia de uma espécie de “macro regulação”, que se diferencia da regulação setorial, uma vez que seu “foco não é um setor da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados como centrais para a ordem econômica”²⁵. De fato, o regime jurídico licitatório incidirá sobre qualquer setor de atividade econômica, sempre que se pretender realizar uma negociação com o Poder Público.

Há quem ressalte, ao definir regulação, a sua relevância como um sistema de influência, de orientação e de controle sobre comportamentos ou condutas dos agentes envolvidos. Tal abordagem, relevante para o exame aqui proposto, associa-se ao pensamento analítico da teoria econômica, incorporado ao Direito por meio da denominada Análise Econômica do Direito, que reflete sobre as normas jurídicas como elementos que concedem incentivos capazes determinar ou, ao menos, influenciar o comportamento das pessoas destinatárias do regramento regulatório²⁶.

²⁴ Tratando explicitamente as normas do regime jurídico licitatório como regulatórias, ver, exemplificativamente, TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.; BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.; GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97112>> Acesso em: 26 set. 2016.; e SCHWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.554.586&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; LESSA, Paulo Todescan (Coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 98.

²⁶ É possível que essa produção de incentivos se dê por atuação das instâncias administrativas, como ocorre por meio das agências reguladoras. Na hipótese, estar-se-ia diante da função administrativa de regulação. Por outra senda, pode também ser produzida por outras fontes de criação de incentivos, como é o caso do Poder Legislativo.

Com efeito, para Pedro Costa Gonçalves, a regulação “associa-se a um sistema de influência, de orientação e de controle de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas”²⁷. Em outros termos, a criação de um arcabouço regulatório implica também a formatação de um sistema de incentivos capaz de influenciar o comportamento adotado pelos agentes econômicos.

Destacando a mesma ideia central de regulação como produção de incentivos a influenciar, determinar ou orientar condutas, Carlos Emmanuel Jopper Ragazzo conceitua a atividade em tela como “qualquer forma de controle comportamental, o que significa que há necessariamente uma intervenção estatal – exceção feita à autorregulação, assunto que não será objeto desta tese – e uma limitação ao direito à livre iniciativa”²⁸. Destaca o autor que esses “dois elementos (intervenção estatal e limitação de direito) e o seu objeto (um controle comportamental) constituem o núcleo central da ideia de regulação”²⁹.

Também Hugh Collins, professor da faculdade de Direito da Universidade de Oxford, após salientar que o termo regulação pode trazer diversos significados, adota um conceito amplo para o instituto em exame, concernente a qualquer conjunto de regras estabelecidas para governar o comportamento dos agentes a que a elas se submetem³⁰. Nessa senda, o autor frisa – no mesmo sentido que aqui se destaca – que as normas jurídicas são uma espécie de regulação estatal³¹.

O regime jurídico licitatório se trata, portanto, de regulação pública desenhada em especial pelo legislativo e, complementarmente, por meio do poder normativo da Administração, relativa aos critérios objetivos adotados visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, para a aquisição ou contratação dos objetos demandados pela Administração.

De fato, a licitação é um procedimento disciplinado por lei em que – assim como ocorre nos demais negócios travados em qualquer mercado – a demanda e a oferta dos bens e serviços desejados pelo Poder Público se encontram³². Ora, essa relação, pela sua importância para o bem-estar da sociedade e pela sua grandeza econômica, precisa ser adequadamente regulada, inclusive para que não haja distorções concorrenciais.

Seguindo a organização didática de Pedro Costa Gonçalves, a regulação da contratação pública envolveria, nesse sentido, dois aspectos distintos:

- (1) Por um lado, a regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos de contratação ou de licitação, que corresponde a um sistema completo de normas de direito

²⁷ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 95.

²⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 07.

³¹ Loc. cit.

³² GONÇALVES, Pedro Costa. *A regulação do mercado...*, p. 01.

administrativo que disciplina a adjudicação de contratos e a escolha de cocontratantes da Administração Pública (“direito da contratação pública”).

(...)

- (2) Por outro lado, a regulação jurídica dos operadores económicos que participam nos procedimentos ou mercados de contratação pública, desde a respetiva admissão até eventual exclusão, passando pela possibilidade de aplicação de sanções aos agentes económicos infratores³³.

Como se verá, para o alcance de seus objetivos a regulação licitatória é construída tradicionalmente sob a influência da teoria económica. Ocorre que, ao longo do tempo, tal compreensão vem sendo esquecida, permitindo-se que os intérpretes do Direito passem a encarar o regime jurídico licitatório apenas como um conjunto de regras burocráticas, que podem até mesmo restar apartadas de preocupações competitivas.

4. A relação da teoria económica com a regulação do regime licitatório

A regulação do regime licitatório está intrinsecamente associada à teoria económica por se referir à normatização de uma relação comercial, em que, como em qualquer mercado, há ofertantes e demandantes relacionando-se.

Há quem sustente até mesmo a existência de um específico “mercado de compras públicas”³⁴, com características próprias e singulares, que deveriam ser consideradas quando do desenho regulatório das licitações. Tal entendimento surge a partir da observação de segmentos de contratações governamentais muito específicos, como o de equipamentos bélicos, nos quais a demanda – ao menos a demanda lícita – se limita à formulada pelo Poder Público, que adotaria decisões de aquisições e contratações não apenas baseadas em premissas estritamente económicas, mas também pautado em considerações de interesse público ou meramente políticas³⁵. De fato, em tais mercados as premissas

³³ Ibid. pp. 01-02.

³⁴ Como exemplo, ver Christopher H. Bovis, que defende, em tradução livre a partir do original em inglês, que: “O Estado e seus órgãos entram no mercado em busca do interesse público. No entanto, as atividades do Estado e de seus órgãos não apresentam as características comerciais do empreendedorismo privado, pois o objetivo do setor público não é a maximização dos lucros, mas a observância do interesse público. Esta diferença fundamental surge como o fundamento para a criação de mercados públicos onde o interesse público substitui a maximização do lucro. Todavia, outras diferenças distinguem os mercados privados dos públicos. Estas concentram-se em elementos estruturais do mercado, competitividade, condições de demanda, condições de oferta, processo de produção e, finalmente, preços e riscos. Também fornecem uma indicação dos diferentes métodos e abordagens utilizados na sua regulação.” (BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law...*, pp. 11-12.)

³⁵ Em semelhante sentido, SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015, p. 39.

econômicas não seriam aplicáveis integralmente, havendo espaço para considerações de conveniência e oportunidade política no desenho do regime jurídico de contratação pública.

Todavia, é questionável que a regulação licitatória deva ser formulada tendo como parâmetro esses mercados peculiares. No caso do setor de defesa, por exemplo, a compra de armamentos certamente exigirá algumas particularidades. Mas demais bens e serviços demandados – como materiais de escritório para as atividades burocráticas internas, alimentação, vestimentas etc – dificilmente apresentarão distinções significativas que os diferenciem daqueles adquiridos pelo setor privado para finalidades semelhantes³⁶.

O mesmo raciocínio se aplica aos setores de educação e saúde, que são fontes de considerável parcela dos gastos públicos. Os produtos e serviços necessários para que o setor público atenda tais áreas serão análogos aos demandados pelo setor privado para a gestão de uma escola ou de um hospital particular. Afinal, em qualquer campo da atuação do Poder Público, considerável parcela dos bens utilizados são padronizados, consumidos não apenas pela Administração, mas também por pessoas físicas ou jurídicas privadas³⁷.

Assim, eventual tendência de buscar uma regulação licitatória que trate, para todas as hipóteses, o Poder Público como um adquirente diferenciado acabará por redundar em recomendações inapropriadas e em equívocos de desenho institucional e normativo³⁸.

A regulação do regime licitatório, por sua própria natureza, é instrumental, voltada para o alcance de fins socialmente desejáveis pelo Estado^{39 40}. Em países que adotem a economia de mercado, um dos propósitos a ser perseguido nas licitações será o bem-estar econômico. Tal objetivo, em alguma medida, a depender de cada ordem jurídica, será caracterizado pelo atingimento de eficiência econômica alocativa⁴¹.

Já se observou, assim, que é possível até mesmo identificar um determinado padrão regulatório característico que todo sistema licitatório desenvolvido obedece.

³⁶ Ibid. p. 40, quanto ao raciocínio aqui exposto.

³⁷ Loc. cit.

³⁸ Loc. cit.

³⁹ Cf. TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 63.

⁴⁰ Em toada semelhante, Anthony Ogus indica que, em uma economia de mercado, o Direito em geral possui uma função facilitadora, oferecendo arranjos normativos nos quais as relações econômicas e sociais se adequam. V. OGUS, Anthony. Op. cit. p. 02.

⁴¹ Certamente, no Brasil, o alcance da eficiência econômica não se trata do único objetivo a ser perseguido. O bem-estar econômico, nesse país, não se confunde puramente com a eficiência alocativa dos recursos da economia. O próprio texto constitucional não deixa margem a dúvidas. Em linha semelhante, destaca Patricia Baptista que “na determinação do papel contemporâneo do Estado brasileiro em relação à economia não se pode absolutamente perder de vista a existência de um arcabouço normativo constitucional que define esse papel. Assim, as políticas regulatórias no Brasil não devem deixar de ter em mira a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a promoção da justiça social (art. 170, caput) e do pleno emprego (art. 170, VIII), entre várias outras.” (BAPTISTA, Patricia. *A evolução do Estado regulador...*, p. 61.)

Como principais características similares, identificam-se: o procedimento, em regra, privilegia a competição por meio de propostas em detrimento de outras formas de aquisição; as condições de acesso à competição são estabelecidas objetivamente, exigindo, em geral, que os ofertantes, para serem selecionados como vencedores, cumpram determinados requisitos; o contrato em disputa é adjudicado em regra de acordo com critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório e admitidos pela regulação normativa existente; além disso, todo o procedimento se submete a instrumentos de controle *ex ante* e/ou *ex post*, a depender das características de cada ordenamento⁴².

Antes de prosseguir na análise da eficiência econômica alocativa buscada pela regulação licitatória, cumpre fazer um breve parêntesis. O Poder Público – adquirente ou contratante no campo licitatório – não se comporta como se uma pessoa privada fosse. Assim, em muitas hipóteses de compras e contratações, o Poder Público não tem como objetivo apenas a maximização de sua utilidade, como ocorre em regra com os agentes econômicos, segundo os preceitos da microeconomia⁴³. A Administração Pública precisa, simultaneamente, tutelar o bem-estar do povo. Nesse passo, é improvável que perseguir a máxima eficiência econômica seja o único objetivo estatal, em qualquer sociedade⁴⁴. Assim, além de seus interesses econômicos, o Poder Público também precisa tutelar demais escopos políticos e sociais.

Veja-se que, no Brasil, conforme se infere do disposto no art. 3º da Lei Geral de Licitações, seus objetivos precípuos são selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável, observando-se o princípio constitucional da isonomia e os demais princípios constitucionais ou infraconstitucionais licitatórios^{45 46}.

De todo modo, certo é que a regulação licitatória persegue a eficiência econômica alocativa como um dos seus ideais – provavelmente como o ideal basilar

⁴² TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 118.

⁴³ *Ibid.*, pp. 68-69.

⁴⁴ Cf. *Ibid.* p. 69.

⁴⁵ Sem prejuízo de eventuais objetivos secundários, por vezes promovidos por meio da função regulatória ou extraeconômica da licitação, que será brevemente abordada a seguir.

⁴⁶ Considerando os princípios da administração pública, previstos seja na Constituição, em especial no art. 37, *caput*, CRFB/88, seja em normas infraconstitucionais, resta a indagação se haveria outro caminho regulatório possível para ordenar o sistema de compras e contratações públicas que não fosse por meio de licitações como hoje concebidas. Eduardo Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros respondem que a licitação é a única forma de aquisição e contratação possível pautada nos previstos administrativos existentes no ordenamento pátrio. Isso porque, por exemplo, um sorteio poderia respeitar a legalidade, ser impessoal e isonômico, mas dificilmente seria eficiente ou respeitaria a economicidade. As compras e contratações diretas como regra, dispensando-se a licitação, possibilitaria em tese maior discricionariedade para a escolha dos melhores produtos e serviços, mas daria margem à pessoalidade e ao risco de violações à moralidade. Em suma, por mais que o regime jurídico licitatório necessite ser reformado, o método geral para compras e contratações tenderá a ser o mesmo. V. 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, pp. 13-14. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120>. Acesso em: 30 abr. 2016.

–, haja vista que o objetivo primário é o de obter a contratação dos itens demandados pela Administração sob as condições mais vantajosas. Desse modo, é possível asseverar que a eficiência econômica alocativa deve ser o primeiro alvo a ser alcançado pela regulação licitatória⁴⁷.

Perceba-se, por essa toada, que a regulação licitatória se revela fortemente relacionada com os pressupostos da teoria econômica neoclássica, que apontam a competição e a eficiência como elementos fundamentais para ganhos de bem-estar social. Nesse sentido, Christopher Bovis bem sintetiza que:

Visualizando a licitação pelo prisma de um exercício econômico, a sua regulação mostra fortes influências neoclássicas. Tais influências adotam o mérito de eficiência no mercado relevante e a presença da competição, principalmente a competição por preço, que criaria as condições ideais para ganhos de bem-estar. A ligação entre a regulação licitatória e a abordagem neoclássica para a integração econômica nos mercados comuns se reflete no critério de adjudicação de contratos públicos com base na oferta mais baixa. Esta característica do quadro jurídico da contratação pública centra-se na competição por preços sendo inserida nos mercados relevantes, e assistida pelo requisito de transparência para anunciar contratos públicos acima de determinados patamares, resultaria na produção e distribuição de eficiências e conduziria o mercado em direção a uma alocação ótima de recursos⁴⁸.

Em semelhante caminho, acentuando que a regulação licitatória deveria, como premissa básica, tentar reproduzir a dinâmica de um mercado, estimulando a competição entre os participantes, o que naturalmente conduziria à eficiência econômica, Albert Sánchez Graells defende que:

De um ponto de vista económico, as normas licitatórias devem ser vistas como mecanismos reguladores que tentam promover a concorrência entre os potenciais ofertantes, a fim de extrair as

⁴⁷ No mesmo sentido, TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 129.

⁴⁸ Do original em inglês: “Viewing public procurement from the prism of an economic exercise, its regulation displays strong neo-classical influences. Such influences embrace the merit of efficiency in the relevant market and the presence of competition, mainly price competition, which would create optimal conditions for welfare gains. The connection between public procurement regulation and the neo-classical approach to economic integration in the common market is reflected upon the criterion for awarding public contracts based on the lowest offer. This feature of the public procurement legal framework focuses on price competition being inserted into the relevant markets, and assisted by the transparency requirement to advertise public contracts above certain thresholds it would result in production and distribution efficiencies and drive the market towards an optimal allocation of resources.” (BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law...*, pp. 22-23.)

melhores condições econômicas possíveis em todas as operações realizadas pelo adquirente público⁴⁹.

Ocorre que, na busca por tal escopo de eficiência econômica alocativa, a regulação licitatória em regra confia na suposta já existência de efetiva competição, elaborando normas a partir do pressuposto de que há concorrência no mercado em que ocorrem compras públicas⁵⁰. O regime jurídico licitatório parece presumir, de modo pouco crítico, que a contratação pública ocorre em um cenário de real disputa entre os potenciais concorrentes, o que nem sempre é uma verdade.

Com efeito, em condições ideais, a máxima eficiência econômica alocativa seria o resultado natural da concorrência no mercado. Contudo, isso somente ocorreria se presentes todas as condições idealizadas da concorrência perfeita. Na realidade dos fatos, as relações econômicas ocorrem em ambientes repletos das denominadas falhas de mercado, que precisam ser enfrentadas e corrigidas por meio da atuação regulatória.

A literatura apresenta distintas enumerações das possíveis falhas de mercado⁵¹. O rol mais usual inclui:

- (1) a existência de bens públicos segundo o conceito econômico, que são aqueles “não rivais” e “não excludentes”, conforme definições da teoria econômica. Ou seja, são aqueles cujo consumo por uma pessoa não impede o consumo simultâneo do mesmo bem por outras e aqueles quanto aos quais não seria viável excluir a utilização ou o aproveitamento por aqueles que não pagam pelo seu consumo. O exemplo clássico refere-se à segurança nacional;
- (2) assimetrias informacionais, decorrentes de diferentes conhecimentos ou das distintas possibilidades de apreensão, entre as partes envolvidas em uma relação econômica, acerca de informações relevantes para aquela operação;
- (3) a produção de externalidades negativas, ou seja, efeitos negativos suportados por terceiros em razão de uma atividade ou relação econômica da qual não fazem parte. O exemplo mais comum é a poluição provocada por uma determinada atividade econômica; e
- (4) estruturas ou comportamentos anticompetitivos.

⁴⁹ Do original em inglês “From an economic point of view, public procurement regulations should be seen as regulatory mechanisms that try to foster competition among potential sellers in order to extract the best possible economic conditions in all transactions conducted by the public buyer” (SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, p. 63.)

⁵⁰ *Ibid.* pp. 111-112.

⁵¹ Por exemplo, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge apresentam extensa lista de eventuais falhas de mercado, que, além das mais usuais, inclui fatores como inadequado poder de barganha, escassez e racionamento, necessidade de racionalização e coordenação em razão de custos de transação excessivos, dentre outros. V. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Op. cit.* pp. 15-22.

Para os fins do presente estudo, importa analisar os comportamentos anticompetitivos como falhas de mercado – em especial a conduta de colusão entre potenciais concorrentes –, e em que medida a regulação do regime jurídico licitatório pode contribuir para a correção da questão.

5. Comportamentos anticompetitivos como falha de mercado

A intervenção econômica regulatória no mercado é tradicionalmente justificada pela necessidade de correção de eventuais falhas de mercado, que ocorrem quando a dinâmica natural das atividades negociais não é capaz de produzir resultados esperados pelo interesse público^{52 53}.

No que concerne ao objeto desse artigo, é de se ver que práticas adotadas nos certames ou determinados aspectos da regulação do regime licitatório podem também ser fontes de falhas de mercado⁵⁴. Com efeito, assevera Albert Sánchez Graells que se deve “sublinhar que a regulação licitatória tem as mesmas imperfeições e apresenta as mesmas possibilidades de geração de falhas de mercado como qualquer outro corpo de regulação setorial”⁵⁵.

As estruturas e os comportamentos anticompetitivos são apontados como exemplos de falhas de mercado. Dentre as estruturas tradicionalmente comentadas estão os monopólios, que se caracterizam quando existe uma única empresa

⁵² Cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. cit. p. 15.

⁵³ A clássica lógica de que a regulação existe apenas em razão do escopo de corrigir falhas de mercado é há muito criticada pela literatura. Algumas ideias, como a Teoria da Captura, apresentam o entendimento de que a regulação teria outras motivações, como, em apertadíssima síntese, a busca de grupos de interesse em promover seus próprios objetivos privados capturando o poder estatal. Para obras clássicas sobre o tema, v. STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.; e POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. Outros preferem destacar que a intervenção regulatória estatal não se justifica apenas para a correção de falhas de mercado, mas também para outros objetivos, como questões de ordem moral, fomento, desencorajar determinados comportamentos socialmente indesejáveis, dentre outros. Nesse sentido, v. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica...*, pp. 18-38. De todo modo, ainda que a regulação não seja organizada sempre com o escopo tão somente de obter a correção de eventuais falhas de mercado, certo é que esses desvios de funcionamento hígido, quando existentes, demandam, sim, intervenção estatal para a sua solução. Na mesma ordem de ideias, ver novamente RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit. pp. 21-30.

⁵⁴ Cf. SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU...*, p. 61. Frise-se que, para o autor, não são apenas as condutas anticoncorrenciais adotadas por particulares nos certames que podem ser fonte de falhas de mercado. A regulação licitatória e as práticas administrativas podem também alterar a estrutura do mercado nas quais ocorrem. Nesse sentido, a regulação licitatória teria o potencial de, em alguns mercados, distorcer a demanda, uma vez que, na ausência do regramento das compras públicas, a Administração teria que se comportar como qualquer particular. Na medida em que o regime jurídico licitatório permite ao Poder Público comportar-se de maneira diversa, constitui-se fonte potencial de falhas de mercado. Nesse sentido, *Ibid.* pp. 61-73.

⁵⁵ *Ibid.* p. 64.

fornecedora em determinado mercado, e os monopólios naturais, que acontecem quando economias de escala existentes no processo produtivo são de tamanha ordem que a demanda de todo o mercado relevante pode ser suprida a um menor custo por uma única empresa⁵⁶.

Ocorre que nem sempre o funcionamento do mercado falha por conta de ausência de competição em potencial naquele segmento ou setor econômico. Por vezes são as empresas participantes que adotam condutas incompatíveis com a efetiva e saudável concorrência. Tais comportamentos anticompetitivos são também apontados como exemplos de falhas de mercado⁵⁷.

Segundo a teoria econômica neoclássica, a promoção da concorrência tem o condão de trazer benefícios significativos para o bem-estar da sociedade, seja por propiciar uma alocação mais eficiente dos seus recursos escassos, seja por incentivar a inovação tecnológica e de organização produtiva.

Todavia, a mesma teoria econômica neoclássica que indica os benefícios para o bem-estar da sociedade advindos da maior concorrência também demonstra que o comportamento competitivo não parece ser a conduta preferida dos agentes privados. Afinal, se o mercado operasse em concorrência perfeita e sem barreiras à entrada de eventuais novos participantes, o acirramento da disputa entre os concorrentes tenderia, no limite, a igualar o preço do produto ao seu custo marginal, reduzindo o lucro econômico a zero^{58 59}. Assim, por óbvio, as empresas prefeririam que não houvesse competição no mercado, já que é a concorrência que impede a fixação de preços arbitrariamente elevados e a obtenção de maiores lucros, além de exigir a contínua busca por inovação e maior eficiência⁶⁰.

⁵⁶ Essa definição de monopólio natural é apresentada por Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge. *Ibid.* p. 16. Para Gregory Mankiw, ocorre monopólio natural “quando uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que o fariam duas ou mais empresas” (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 318). Em outros termos, constitui-se um monopólio natural quando há economias de escala ao longo da faixa de produção, de modo que os custos totais médios caem quanto mais se produz. Em suma: ocorre um monopólio natural quando os custos fixos são muito elevados e os custos marginais são baixos. *Ibid.* pp. 318-319.

⁵⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Op. cit.* pp. 19-20.

⁵⁸ Para melhor compreensão da formação do preço em equilíbrio no modelo de concorrência perfeita, v. MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, pp. 294-307.

⁵⁹ Para que se entenda o argumento é preciso considerar que, em economia, o conceito de custos é diferente do conceito contábil. Usualmente, em contabilidade, consideram-se apenas os custos explícitos. Em economia afirma-se a existência de custos implícitos, que são os custos de oportunidade – aqueles relativos ao que se deixa de ganhar para empregar recursos em uma atividade. Por exemplo, o dinheiro investido em um empreendimento deixa de render os juros que renderia se estivesse aplicado no mercado financeiro. O valor daquilo que se deixou de ganhar pela opção de alocação de um recurso seria um custo de oportunidade. Em suma: no equilíbrio em concorrência perfeita, o lucro econômico é zero, mas possivelmente o custo lucro contábil é positivo. Para melhor entendimento, v. MANKIW, N. Gregory. *Op. cit.* p. 307.

⁶⁰ Quanto à preferência das empresas por um cenário em que não haja competição, v. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 355-356.

De tal modo, o comportamento esperado racionalmente é que os competidores, em verificando viabilidade para tanto, busquem neutralizar a concorrência dominando o mercado ou procurem se coordenar, explícita ou tacitamente, para afastarem a competição e aumentarem o lucro conjunto⁶¹.

Existem diversas possíveis condutas de restrição à concorrência em razão de comportamentos anticompetitivos perpetrados por particulares. Aqui, são relevantes tão somente os comportamentos de cartelização como exemplos específicos de falhas de mercado⁶².

Como visto anteriormente, a regulação licitatória busca a eficiência econômica alocativa. Acontece que a concorrência perfeita, da qual naturalmente redundaria a eficiência alocativa, considera que os agentes econômicos envolvidos são tomadores de preços. Quando passam a ser formadores de preços do mercado – como ocorre com a organização de conluios entre si – não ocorrerão os resultados esperados de alocação social eficiente dos recursos, caracterizando-se a falha de mercado⁶³.

De fato, os modelos econômicos de hipotética concorrência perfeita presumem que as empresas participantes do mercado são independentes entre si e que desconhecem informações relevantes acerca da estrutura de produção, margem de lucros ou qualidade dos produtos de seus adversários. Se tivessem conhecimento de tais dados, poderiam buscar maximizar seus lucros atuando estrategicamente a partir das informações acerca do comportamento a ser adotado pelos seus rivais⁶⁴.

Na vida real, mesmo na ausência de colusão, é bastante improvável que os potenciais competidores desconheçam em absoluto todos os dados relevantes acerca da estrutura de produção de seus rivais. Além de todas as possibilidades de acesso lícito a informações sobre os potenciais concorrentes, tais empresas também podem deliberadamente coordenar suas estratégias de atuação, dando, assim, ensejo a uma falha de mercado⁶⁵.

É de se frisar que a tentativa de formação de conluios em licitações públicas para frustrar a concorrência está longe de ser uma prática rara⁶⁶. Sendo a cartelização

⁶¹ No mesmo sentido v. ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 347.

⁶² Ao tratar de mercados não competitivos como um dos tipos de falha de mercado, Carlos Emmanuel Ragazzo também cita como exemplo do fenômeno os mercados cartelizados, que pela teoria econômica apresentam resultados equivalentes aos efeitos de um monopólio. V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit. pp. 25-26.

⁶³ TREPTE, Peter. *Regulating Procurement...*, p. 131.

⁶⁴ *Ibid.* p. 116.

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ Para notícias na imprensa suscitando questões concorrenciais concernentes à formação de cartéis em contratações públicas, v. LEITÃO, Miriam. Cápsula do Tempo. *O Globo*. Rio de Janeiro: 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.; HAIDAR, Daniel; GORCZESKI, Vinicius. Delação da Andrade Gutierrez mostra um belo monte de propinas. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/delacao-da-andrade-gutierrez-mostra-um-belo-monte-de-propinas.html>>. Acesso em 30 abr. 2016. Em antítese, rebatendo as informações noticiadas, v.

um exemplo específico de falha de mercado por meio de comportamento anticompetitivo e cabendo à atuação regulatória o esforço de correção de tais desvios de funcionamento escorreito do mercado, deve a regulação do regime jurídico licitatório preocupar-se em evitar conceder ou retirar incentivos que eventualmente contribuam para a organização de acordos colusivos.

Para tanto, há que se perquirir se determinadas decisões adotadas no desenho do regime das licitações públicas não apresentam, como consequências não antecipadas, incentivos perversos à cartelização.

6. Consequências não previstas da regulação licitatória

Não é incomum que da atividade regulatória resultem consequências acidentais, não previstas, pelos formuladores do arranjo normativo⁶⁷. Por vezes, determinadas normas, que aparentam ser justificáveis ou positivas, podem, na prática, não funcionar ou acarretar resultados distintos daqueles esperados⁶⁸.

Ao abordar consequências regulatórias inesperadas, Cass Sunstein afirma que tais resultados não antecipados podem fazer a regulação se revelar inútil ou autoderrotável. Por inútil, o autor se refere a medidas que não tragam as consequências almejadas. Já a regulação autoderrotável seria aquela que, por trazer consequências diferentes das imaginadas, pode acabar piorando o cenário que pretendia corrigir⁶⁹.

Analisando-se o Direito à luz da ótica econômica, percebe-se que o quadro normativo estabelece custos e benefícios para os agentes, formando um sistema de incentivos a partir do qual os envolvidos pautam seus comportamentos⁷⁰. Um objetivo da análise juseconômica, nesse passo, é justamente o de perquirir quais seriam as consequências advindas “das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alteração seu comportamento caso esta regra seja alterada”⁷¹.

Ora, partindo-se da premissa de que os agentes econômicos responderão aos incentivos que lhes forem concedidos, ao se desenhar o regime jurídico regulatório de um determinado segmento deve-se ter a cautela de buscar

NORTE ENERGIA. *Opção pela mentira* – Nota em resposta à coluna de Miriam Leitão. Brasília: 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/2016/04/13/opcao-pela-mentira-nota-em-resposta-a-coluna-de-miriam-leitao/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

⁶⁷ Ressaltando 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.

⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. Political equality and unintended consequences, *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 4, p. 1390-1414, Maio 1994, p. 1390.

⁶⁹ Loc. cit.

⁷⁰ Cf. GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

⁷¹ Loc. cit.

compreender todos os estímulos produzidos, avaliando-se se de fato estão de acordo com o socialmente desejado.

É certo, todavia, que por vezes nem todos esses estímulos são antecipadamente previstos. Assim, o desenho institucional e normativo, ou a modificação em determinado momento do regramento existente, podem acarretar incentivos que não são socialmente almejados.

Dentre as utilidades da Análise Econômica do Direito encontra-se justamente a de trazer ao tradicional exame jurídico os instrumentos necessários para a verificação de todas as consequências geradas pelas normas, inclusive aquelas possivelmente indesejáveis e não previstas.

A existência de tais possíveis efeitos colaterais exige, portanto, que o exame jurídico não se limite a tão somente buscar identificar o conteúdo, o alcance da norma ou o seu ideal moral – como se faz tradicionalmente⁷² – para, indo além, tentar compreender o Direito sob uma lógica de incentivos⁷³.

Na regulação do regime jurídico licitatório, provavelmente nenhuma norma foi elaborada com o deliberado escopo de gerar ineficiências de qualquer ordem. Todavia, pode vir a acontecer, justamente pela possibilidade de consequências não previstas. No regramento das licitações há diversos elementos que criam incentivos indevidos para a formação de cartéis pelos potenciais concorrentes e que precisam ser corrigidos pelo Estado para uma mais eficaz atuação preventiva contra os conluios nas contratações públicas.

Por exemplo, elementos relativos à tentativa de aumento da participação nos certames, como a permissão para a formação de consórcios ou para a realização de subcontratações, podem se revelar instrumentos facilitadores de organização de cartéis⁷⁴. Do mesmo modo, medidas para o incremento da transparência, por vezes adotadas com o objetivo de aumentar a integridade dos procedimentos de contratação, podem fornecer as informações necessárias para que os membros dos cartéis monitorem os comportamentos dos parceiros de colusão⁷⁵, ao fim, instrumentos que são deturpados pelos particulares para facilitar a organização de cartéis.

Para que a regulação do regime jurídico licitatório possa habilmente considerar o risco de incentivos indesejados à cartelização, é imprescindível que os formuladores do arranjo institucional e normativo estejam atentos aos possíveis efeitos concorrenciais inesperados advindos de determinadas disposições.

⁷² Cf. GICO JR., Ivo. Op. cit. p. 18.

⁷³ Em semelhante sentido, MCCLUSKEY, Martha T. How the “Unintended Consequences” Story Promotes Unjust Intent and Impact, *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 22, p. 21-50, 2015, p. 27. Disponível em: < <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=blrlj>> Acesso em: 28 set. 2016.

⁷⁴ Cf. ALBANO, Gian Luigi et al. Op. cit. pp. 364-367.

⁷⁵ Ibid. pp. 352-253.

O Direito Administrativo das licitações, se permeado por preocupações concorrenciais, poderá auxiliar a cumprir esse papel, contribuindo, assim, para que o Estado, ao corrigir tais consequências acidentais, possa melhor prevenir a cartelização nas licitações.

7. A prevenção à cartelização por meio da regulação do regime jurídico licitatório

Enfrentar eficazmente a cartelização em licitações não é tarefa fácil. Afinal, por suas peculiaridades, a contratação pública concede ambiente fértil para a proliferação dos conluíus entre os potenciais ofertantes. Com efeito, notam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães que a participação de empresas de um mesmo setor econômico ou geográfico em certames semelhantes leva, ao longo do tempo, a uma tendência de aproximação das empresas concorrentes, capaz de conduzir por vezes à acomodação, tácita ou expressa, para arrefecer a rivalidade e repartir o mercado⁷⁶.

Para a formação de um cartel, as potenciais concorrentes devem percorrer quatro etapas essenciais: em primeiro lugar, as empresas precisam conhecer quais são as componentes do mercado. Além disso, necessitam se comunicar. Em seguida, devem chegar a um acordo entre si. Por fim, precisam desenvolver mecanismos de monitoramento da estratégia adotada. Destarte, qualquer previsão do regime jurídico licitatório que crie facilidades para que as empresas cumpram essas etapas estará criando incentivos perversos à cartelização.

Com efeito, deve-se observar que as relações econômicas não se desenvolvem em abstrato, mas a partir das regras de Direito existentes. No caso que especificamente concerne ao presente trabalho, a organização de possíveis cartéis não ocorre no vácuo, mas sim aproveitando-se de falhas de regulação do regime jurídico⁷⁷.

Como exemplo pode-se trazer à baila a questão, já suscitada, acerca do tipo de informações que devem ser disponibilizadas no certame licitatório relaciona-se tanto à habilidade de os potenciais fornecedores se conhecerem, como à capacidade de chegarem a um acordo e de o manterem ao longo do tempo.

Em semelhante caminho, o cerceamento à concorrência provocado pelo próprio Estado ao eventualmente criar obstáculos indevidos à participação de concorrentes também potencializa a formação de conluíus entre os agentes privados,

⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 95.

⁷⁷ Em semelhante abordagem, tratando das relações entre regulação e mercado, v. VANBERG, Viktor J. *Mercados y Regulación: El Contraste entre el Liberalismo de Mercado y el Liberalismo Constitucional*. *Isonomía*, vol. 17, out. 2002, p. 79-114.

uma vez que, com menor número de potenciais ofertantes, é mais fácil às empresas alcançarem um acordo entre si.

Há diversos outros aspectos relevantes do Direito da Contratação Pública para a facilitação ou impedimento da formação de conluios, como a escolha entre um leilão dinâmico ou de preço único e fechado, a divisão ou não do contrato em diferentes lotes, a possibilidade de formação de consórcios ou de realização de subcontratações, a frequência da realização dos leilões e a duração dos contratos, dentre outros temas. Em todas as hipóteses havia um objetivo almejado pelo legislador e consequências acidentais ou não antecipadas da regulação, que contribuíam para a formação de cartéis.

Não seria viável, no restrito escopo do presente estudo, analisar detidamente cada uma das situações acima. De todo modo, resta a lição de que uma regulação licitatória que esteja atenta a potenciais consequências indesejáveis de suas normas pode ser habilmente utilizada para corrigir eventuais incentivos à formação de cartéis e, assim, auxiliar no cerceamento da falha de mercado atinente à adoção, pelos agentes privados, de comportamentos anticompetitivos.

8. Conclusões

Algumas lições podem ser extraídas do breve estudo aqui desenvolvido. Em primeiro lugar, a organização das normas que constituem o desenho do regime jurídico licitatório é uma forma de regulação estatal. Pela extrema relevância de tal atividade econômica, não é surpreendente que a lógica subjacente à referida regulação se pautar na busca da eficiência econômica alocativa, inspirada na teoria econômica neoclássica.

Esse fato não pode ser ignorado. Por vezes, legisladores, administradores e intérpretes parecem tratar o regramento das contratações públicas apenas como um conjunto de regras burocráticas que servem para que a administração contrate ou adquira o que demanda, o que se revela uma visão limitada de tal seara regulatória.

A regulação licitatória pode eventualmente se deparar com as mesmas falhas de mercado existentes em qualquer outro corpo de regulação setorial. Dentre elas, merece destaque a possível organização de conluios como exemplo de comportamento anticompetitivo.

Analisar a regulação licitatória por meio da associação do Direito e da Economia permite a produção de pesquisas e conhecimentos que não seriam viáveis pela utilização de apenas uma de tais disciplinas. É possível, a partir de tal visão, melhor vislumbrar a ocorrência de eventuais consequências não antecipadas da regulação das licitações, que acabem por criar incentivos ou facilidades ao indevido cerceamento concorrencial.

Com isso, contribuir-se-ia mais eficazmente para a possível correção, pela melhoria da própria regulação licitatória, de possíveis falhas de mercado atinentes ao surgimento de comportamentos anticompetitivos nas licitações, o que somente será

possível em se promovendo interpretações juseconômicas e pragmáticas acerca de todas as possíveis consequências – inclusive das indesejadas – originadas de normas do regime jurídico licitatório.

9. Referências

- ALBANO, Gian Luigi et al. Preventing collusion in procurement. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of Procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BAPTISTA, Patricia. A evolução do Estado regulador no Brasil – Desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.
- BOVIS, Christopher H. *EU Public Procurement Law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
- COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- 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.
- 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. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=23120>. Acesso em: 30 abr. 2016.

- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97112>> Acesso em: 26 set. 2016.
- _____. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- Haidar, Daniel; GORCZESKI, Vinicius. Delação da Andrade Gutierrez mostra um belo monte de propinas. *Revista Época*. Rio de Janeiro: 08 abr. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/delacao-da-andrade-gutierrez-mostra-um-belo-monte-de-propinas.html>>. Acesso em 30 abr. 2016.
- KLEMPERER, Paul. *Auctions: Theory and Practice*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- LEITÃO, Miriam. Cápsula do Tempo. *O Globo*. Rio de Janeiro: 10 abr. 2016. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/capsula-do-tempo.html>>. Acesso em: 30 abr. 2016.
- LIRA, Bruno; NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=76299&idPublicacao=6>>.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução da 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MCCLUSKEY, Martha T. How the “Unintended Consequences” Story Promotes Unjust Intent and Impact, *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 22, p. 21-50, 2015, p. 27. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1236&context=blrlj>> Acesso em: 28 set. 2016.
- 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.

- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- NORTE ENERGIA. *Opção pela mentira* – Nota em resposta à coluna de Miriam Leitão. Brasília: 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/2016/04/13/opcao-pela-mentira-nota-em-resposta-a-coluna-de-miriam-leitao/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.
- OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing Ltd., 2004.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- _____. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2015.
- SCHWARTZ, Joshua I. *Regulation and Deregulation in Public Procurement Law Reform in the United States*. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.554.586&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016.

- SILVA, Ângelo Henrique Lopes. *Preço de reserva sigiloso em licitações públicas*. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfce XVIPTN/Tema_3_3.pdf> Acesso em: 02 out. 2016.
- SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. *Yale Law & Economics Research Paper n. 529*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141>. Acesso em: 23 jun. 2016.
- STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota et al (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- _____. Political equality and unintended consequences, *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 4, p. 1390-1414, maio 1994.
- TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- VANBERG, Viktor J. *Mercados y Regulación: El Contraste entre el Liberalismo de Mercado y el Liberalismo Constitucional*. *Isonomía*, vol. 17, out. 2002, p. 79-114.
- WRIGHT, Joshua D., GINSBURG, Douglas H. Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty. *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 3, set. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147940>. Acesso em: 23 jun. 2016.