

## **DCO5917 - PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO**

Corrupção sob a perspectiva econômica. Relação entre corrupção e mercados competitivos (10/09)

Aluno: Victor Oliveira Fernandes – Nº USP 7213751

### **Leitura Obrigatória:**

LEWIS, D. Fighting Corruption and Promoting Competition. OECD, 2014.

STEPHAN, P. B. Regulatory Competition and Anticorruption Law. Virginia Journal of International Law. Pp. 53-70.

BASU, K; MCGAVOCK, T.; ZHANG, B. When Competition Corrupts: A Theoretical Analysis of Market Structure and the Incidence of Corruption. Policy Research Working Paper, 6596.

### **Leitura Complementar:**

ROSE-ACKERMAN, S. (ed.) International Handbook on the Economics of Corruption, Volume One. 2006, Northampton: Edward Elgar Publishing

Os três textos analisados na presente unidade buscam explorar as relações que se estabelecem entre a política de defesa da concorrência e a política de combate a corrupção. Cada texto enfrenta o tema a partir de uma metodologia de investigação própria. Enquanto o texto de David Lewis traz uma abordagem mais panorâmica que tem por objetivo destacar zonas de interseção entre os objetivos das duas políticas a partir de uma reflexão teórica, o texto de Paul Sthepan discute se a ampliação do espectro de repressão de atos de corrupção em regimes jurídicos internacionais é algo de fato desejável do ponto de vista do bem-estar social global. Por fim, o texto de Basu, McGavock e Zhang se descola do viés teórico dos dois primeiros artigos e propõe um modelo econômico aplicado que explicaria a existência de uma relação inversa entre concorrência e corrupção. Desse modo, é possível observar a existência de três metodologias próprias de investigação que, embora se complementem em alguma medida, não se afiguram comensuráveis.

De um modo geral, é possível afirmar que os dois primeiros textos examinam a convergência entre defesa da concorrência e combate a corrupção de formas distintas. Se por um lado o texto de David Lewis examina tal complementariedade na perspectiva da substância das duas políticas públicas, o texto de Paul Sthepan faz essa análise sob a perspectiva procedimental.

O texto de David Lewis explora a interseções dos sistemas a partir de uma perspectiva conceitual. O autor explica que, de um modo geral, tanto o antitruste quanto o direito

anticorrupção se preocupam com o fenômeno do *rent-seeking*, definição que pode ser associada à atividade de obtenção de renda dos consumidores por parte das empresas sem o correspondente acréscimo de produção no mercado por meio da manipulação das regras do ambiente em que a atividade econômica é prestada. A princípio, os atos tendentes à geração de *rent-seeking* são de preocupação tanto das autoridades antitruste quanto das autoridades anticorrupção, uma vez que eles se desenvolvem em um terreno de trocas e de diálogos entre o poder público e a iniciativa privada.

Lewis destaca que a imposição de regulações públicas ou a realização de políticas industriais constituem dois grandes exemplos de intervenção do Estado na ordem econômica que podem dar margem ao *rent-seeking*. É por isso que, na visão da literatura econômica tradicional, qualquer tipo de intervenção estatal naturalmente carregaria o risco de comprometer a concorrência e de possibilitar a corrupção de agentes públicos. Lewis, no entanto, sustenta que essa visão reducionista da teoria econômica deve ser afastada, já que, no âmbito dos estados nacionais, há diversas razões legítimas de interesse público que justificam a intervenção estatal nos mercados. Como propõe o autor, o grau de tolerância em relação essas formas de intervenção deve ser determinado pela força ou fraqueza da cultura de concorrência no país, pela distribuição de renda gerada pela intervenção no mercado e pela capacidade de o Estado investigar atos de corrupção e de restrições à concorrência.

Aprofundando a análise da interface entre concorrência e corrupção, Lewis faz uma revisão da literatura sobre o tema, a qual indica que há uma relação de causalidade dupla entre esses dois valores. Assim, mercados pouco competitivos levariam a mais corrupção, enquanto que mercados mais competitivos diminuiriam a corrupção. Conforme será descrito a seguir, essa tese predominante na literatura é de certo modo enfrentada pelo texto de Basu, McGavock e Zhang.

Lewis propõe duas categorias de corrupção: (i) a corrupção de serviços públicos e (ii) a corrupção política. Ambas devem ser objeto de atenção tanto dos sistemas de defesa da concorrência quanto das autoridades de investigação criminal. A corrupção de serviços públicos diz respeito ao abuso de funções administrativas por parte de servidores públicos cujas decisões acabam por gerar imperfeições de mercado que favorecem determinadas empresas. O que é curioso da explicação do autor é que ele considera que, para a configuração dessa modalidade de corrupção, pouco importa se a conduta em si é jurídica ou antijurídica, se é ética ou antiética ou se a conduta chega a tipificar um ilícito penal. Na essência, essa forma de corrupção gera prejuízos para a concorrência porque o mecanismo de *rent-seeking* que deriva dessas condutas afeta a competitividade dos agentes de mercado e o grau das barreiras à entrada. Já segunda categoria exposta pelo autor, a corrupção política, não gera propriamente o *rent-seeking*, mas sim visa à obtenção de estabilidade política. De forma mais precisa, esse segundo tipo de corrupção é resultado da ação de uma elite que pretende se perpetuar no poder político. Esse segundo tipo de corrupção acaba sendo mais comum em países em desenvolvimento.

A partir desses conceitos preliminares, o diagnóstico central do texto é de que, em todo mecanismo utilizado para se criar oportunidades de *rent-seeking*, a corrupção acaba por desempenhar um papel potencial e, ao mesmo tempo, a livre concorrência também se vê ameaçada. Assim, existe um claro ponto de contato entre os regimes de defesa da concorrência e anticorrupção que pode ser explorado em dimensões institucionais.

Baseando-se nessa premissa, Lewis defende que as autoridades antitruste podem contribuir ativamente para o combate a corrupção. A primeira forma de se fazer isso é por meio da advocacia da concorrência pela via da “*competition assessment*”. Nesse sentido, as agências antitruste podem e devem se opor a regulamentações desnecessárias que impliquem fechamento de mercado e desproporcionalmente aumentam os incentivos de corrupção. Essa seria uma perspectiva inovadora de atuação das autoridades antitruste que deixariam de olhar somente para os efeitos anticompetitivos de uma norma jurídica, passando a avaliar também os riscos de *rent-seeking* dela derivados.

O autor defende também que as autoridades antitruste devem questionar não apenas se as políticas industriais seriam deletérias à concorrência, mas sim de que forma poderiam ser minimizados os riscos de desvios na ação de agentes públicos na implementação dessas políticas. Os órgãos de defesa da concorrência também devem estar atentos para o fato de que, especificamente em licitações públicas, a adoção de normas de transparência pode facilitar a colusão entre agentes econômicos. Por fim, o autor sugere que, nos casos em que a dominação de mercados for resultado de práticas de corrupção, é melhor que a intervenção antitruste dê lugar a um combate sistêmico da corrupção já que, nessas hipóteses, a repressão antitruste seria incapaz de atacar a raiz do problema dos mercados.

Essa convergência entre as políticas de defesa da concorrência e combate a corrupção acaba sendo examinada sob um outro enfoque no texto de Paul Stephan. No seu artigo, o autor discute se a atual tendência de ampliação do número de leis que reprimem atos de corrupção na ordem econômica internacional é algo de fato desejável do ponto de vista do bem-estar social global (*global-welfare*). O autor questiona se a pluralidade de leis anticorrupção no mundo não poderia gerar o risco de confusões jurídicas ou até mesmo uma verdadeira corrida dos países para a proteção dos seus campeões nacionais. Para enfrentar essa questão, Stephan parte do conceito de “*regulatory competition*” que não tem a ver precisamente com a ideia de regulação concorrencial, mas sim com a ideia de que, diante da sobreposição de regimes regulatórios, tais regimes acabam por concorrer entre si, diante de suas sobreposições. Assim, “*regulatory competition*” poderia ser melhor traduzido pela expressão “concorrência regulatória”.

A metodologia do texto é essencialmente comparativa, já que o autor analisa os benefícios e malefícios da concorrência regulatória no campo do Direito Antitruste e as compara com os eventuais benefícios e malefícios da concorrência regulatória no campo Anticorrupção. Stephan explica que a concorrência entre regimes jurídicos regulatórios distintos tende a gerar maiores benefícios à sociedade, assim como ocorre a concorrência entre agentes econômicos. Contudo, diante da existência de externalidades não adequadamente endereçadas pela regulação, essa premissa pode não se fazer verdadeira. Nos casos em que essas externalidades são significativas, a resposta à concorrência regulatória indesejável será o desenvolvimento de cooperações regulatórias, por meio das quais os Estados podem coordenar suas políticas, seja por acordos bilaterais, seja pela criação de instituições multilaterais de monitoramento. Assim, ambos os caminhos (a concorrência regulatória e a competição regulatória) tem vantagens e desvantagens. Se por um lado a concorrência é ineficiente diante de externalidades, a cooperação também tem o seu lado negativo, já que gera uma uniformidade de regimes jurídicos que facilita a coordenação e captura das regras por grupos de interesse.

Examinando especificamente o caso da política antitruste, o autor avalia que acaba prevalecendo um regime de concorrência internacional e não de cooperação internacional, já que nenhum dos fóruns como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) ou a *International Competition Network* (ICN) podem vincular a produção legislativa dos Estados Nacionais em matéria de defesa da concorrência. A proposta de colocar a agenda concorrencial dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC) acabou não indo adiante da Rodada de Doha. Mesmo assim, esse modelo “soft” de cooperação internacional antitruste parece atingir um modelo ótimo de coordenação regulatória.

Partindo dessa análise de caso da política antitruste internacional, o autor examina se a tendência atual de pluralidade de regimes jurídicos nacionais voltados ao combate à corrupção seria de fato desejável. A conclusão do texto é otimista a esse respeito. Stephan defende que, assim como ocorre no Direito Antitruste, no Direito Anticorrupção a concorrência entre regimes jurídicos regulatórios tende a ser boa porque impede o protecionismo nacional. Dada a transparência que marca as leis anticorrupção, caso um Estado tentasse ser leniente com a punição de uma empresa nacional, essa tendência seria facilmente detectada na comunidade internacional. Além disso, o autor afirma que não há externalidades significativas (como o suposto excesso de *enforcement*) que justificariam a prevalência de um regime de cooperação. Assim, entende-se que a possibilidade de múltiplos regimes diminuir os efeitos negativos da corrupção é alta.

Tanto no texto de Lewis quanto no texto de Stephan, portanto, há um argumento a favor do movimento internacional de edição de leis anticorrupção. Os posicionamentos otimistas dos dois autores, contudo, é de certa forma confrontado pelas ideias de Basu, McGavock e Zhang. Em seu texto, esses três autores propõem um modelo teórico que explica a existência de uma relação inversa entre concorrência e corrupção, o qual permite sustentar a tese de que, diferentemente do presumido pela literatura tradicional, a corrupção tende a florescer em mercados altamente competitivos, sendo menos presente em mercados poucos competitivos.

De uma forma geral, o raciocínio de Basu, McGavock e Zhang parte da premissa de que as empresas que corrompem o estado conseguem diminuir os seus custos de produção. Em mercados competitivos, em que a margem de lucro é bastante reduzida, as empresas que não praticam corrupção acabam tendo que sair do mercado, já que terão menos vantagem competitiva. O modelo matemático proposto pelos autores presume a existência de dois tipos de empresas, um tipo que age moralmente e outro tipo que não possui vinculação com a moralidade. Nesse cenário, os autores defendem que, dado o potencial de redução de custos, a corrupção acaba por se tornar inevitável nos mercados competitivos.

A conclusão dos autores, no entanto, não é de que qualquer esforço conjunto das políticas de defesa da concorrência e de combate à corrupção seriam inócuos. Na realidade, essa não é a questão em debate. O que o exercício econômico demonstra é que, em mercados competitivos, sempre haverá incentivos para que as empresas “amorais” pratiquem atos de corrupção, já que, para essas empresas, o pagamento de propinas sempre vai ter um efeito positivo no aumento da competitividade do negócio. Demonstra-se, portanto, que, no enfrentamento do tema da corrupção, torna-se bastante irreal a premissa trazida em alguns livros-textos de economia de que os indivíduos agem apenas conforme os seus próprios interesses. Qualquer avaliação das relações entre mercados competitivos e corrupção deve

levar em conta os custos psicológicos e individuais da corrupção e, portanto, o grau de distribuição da moralidade nas sociedades.

De forma ampla, os textos possuem propósitos diferentes no enfrentamento do tema. Enquanto os dois primeiros fornecem uma base teórica que legitima as iniciativas de combate à corrupção, seja em uma perspectiva nacional ou internacional, o intuito do último texto é apenas o de gerar uma crítica interna às metodologias econômicas que estimam correlações entre mercados competitivos e níveis corrupção. Todos eles mostram que, por diferentes enfoques, é possível estabelecer pontos de convergência entre os sistemas de defesa da concorrência e anticorrupção, ainda que não seja fácil definir a melhor forma de sua interação.