

## Exceções e Isenções à Lei de Defesa da Concorrência: o Caso para a Flexibilidade em Países em Desenvolvimento<sup>1</sup>

### Introdução

Há inúmeras razões pelas quais legislações de defesa da concorrência devem ser aplicadas indistintamente a setores da atividade econômica. Não obstante, em determinadas situações a introdução de exceções e isenções à lei antitruste pode ser necessária para justamente reforçar os valores que se procura promover com a aplicação desta legislação. Algumas vezes, para a consecução de determinada política pública, pode fazer sentido limitar a concorrência, sem que isto signifique, necessariamente, o enfraquecimento do *enforcement* antitruste.

Assim, no contexto deste seminário em que se discute o caráter instrumental da política de concorrência para a promoção da competitividade e do desenvolvimento, é propício examinar os distintos mecanismos legais existentes para a concessão de imunidade à determinada atividade econômica, as razões que justifiquem tal tratamento diferenciado, bem como a possível perda de eficiência daí resultante. Naturalmente, o ponto ótimo em que a restrição à aplicação uniforme e não discriminatória da legislação antitruste, não criará incentivos à ineficiência, dependerá do grau de desenvolvimento e do tamanho da economia de cada país.

A seguir, contextualizaremos o surgimento dos termos aqui estudados, bem como classificaremos alguns tipos mais comuns de exceções e isenções e concluiremos com algumas reflexões sobre o tema.

### Histórico e Definições

A tensão inerente ao debate acerca de isenções e exceções é melhor ilustrada a partir do exemplo dos Estados Unidos, onde surgiram os próprios conceitos aqui debatidos. Como durante meio século os Estados Unidos eram praticamente o único país que aplicava a lei antitruste, naturalmente, toda a política de concorrência era voltada para regular o mercado doméstico. Nesse contexto, paradoxalmente, surgem as exceções e isenções como esforço de aplicar ao limite a lei antitruste, como demonstram o *Webb-Pomerene Act* e a *Noerr Pennington Doctrine*.

O *Webb-Pomerene Act* foi implementado em 1918 e, em linhas gerais, isenta de responsabilidade antitruste as empresas envolvidas em um cartel de exportação, desde que não sejam sentidos quaisquer efeitos dentro do mercado norte-americano. Assim, práticas que usualmente constituem ilícitos antitruste, não estão sujeitas às penalidades do *Shermann Act* ou do *Clayton Act*, se tiverem por intuito apenas conferir maior competitividade às empresas americanas no mercado internacional. Já a *Noerr-Pennington Doctrine*, foi uma decisão da Suprema Corte de 1961, que estabeleceu que esforços para influenciar o governo, ainda que com o propósito de ganhar vantagem anticompetitiva, não infringiriam a legislação antitruste. Originalmente esta doutrina foi empregada para permitir a formação de lobbies, mas ganhou aplicação efetivamente importante relacionada às práticas *antidumping*, com vistas a impedir que condutas anticompetitivas originadas fora dos Estados Unidos tivessem efeitos no mercado doméstico. Na realidade, contudo, tornou-se apenas um instrumento para proteger indústrias incapazes de fazer frente à competição externa. A contradição entre estes institutos é patente: para supostamente proteger o mercado norte-americano dos efeitos de possíveis condutas anticompetitivas ou, ainda, de modo a fortalecer as empresas domésticas para a competição internacional, são autorizadas infrações à concorrência se os efeitos destas forem restritos ao mercado externo.

Os termos “isenções e exceções” (como também “exclusão, imunidade ou autorização”) têm significados específicos dentro do contexto de cada sistema legal. No entanto, estes são

### São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601  
12º andar - 01452-924  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel: (11) 3555 5000

### Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B  
6º andar - 70714-900  
Brasília, DF - Brasil  
Tel: (61) 2109 6070

### Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440  
15º andar - 22250-908  
Rio de Janeiro, RJ - Brasil  
Tel: (21) 3503 2000

Artigo  
junho 2004

muitas vezes utilizados indistintamente, para conceituar formas de aplicação diferenciada da legislação antitruste e, não necessariamente, a sua exclusão ou enfraquecimento. Normalmente utiliza-se “isenção” de forma mais abrangente o tratamento dado a um determinado setor ou cobrir certos tipos de acordo como, por exemplo, o desenvolvimento de produtos padronizados<sup>2</sup>. “Exceções” por outro lado, tendem a referir-se a situações específicas, freqüentemente atribuídas caso a caso, aplicando-se a regra da razão. Uma espécie comum de exceção é a aprovação de determinadas operações de concentração que possibilitarão o exercício de poder de mercado, com base em eficiências da operação ou em critérios de interesse público.

Isenções e exceções são normalmente empregadas em circunstâncias em que há indícios de que, dada a existência de falhas de mercado, a concorrência por si só não seria suficiente para garantir a existência de *players* eficientes; ou, ainda, quando há questões sócio-econômicas ou políticas além da eficiência econômica a serem consideradas. Na prática, contudo, verifica-se que não há de fato distinção entre as exceções ou isenções conferidas com o objetivo de promover a eficiência pró-competitiva e aquelas dadas por razões de política industrial.

A extensão das exceções e isenções varia significativamente de país para país. Em alguma medida, isto parece denotar apenas que algumas jurisdições utilizam menos dispositivos legais expressos, valendo-se da aplicação da lei para definir se uma determinada conduta e/ou setor merecem um tratamento diferenciado pelo respectivo sistema de concorrência. Além disso, outra razão para tanto, refere-se à dinâmica de cada país ao lidar com a interface entre concorrência e demais políticas governamentais. O peso atribuído à política de concorrência em relação às demais políticas de um governo, bem como a natureza complementar ou contraditória destas, resultará em graus diferentes de tensão. Esta dinâmica, por sua vez, aponta para as duas questões centrais deste debate: primeiramente, a quais destes objetivos se deve dar prioridade e, em segundo lugar, se de fato, exceções e isenções se fizerem necessárias, qual é a sua racionalidade e se os objetivos políticos desejados não poderiam ser alcançados através de meios menos restritivos.

As distinções mais freqüentes entre os diversos tipos de exceções e isenções referem-se às de natureza setorial e não setorial. As de natureza setorial têm muitas vezes motivações políticas e econômicas específicas do país em questão e podem abranger todo ou parte de um determinado setor. Em relação às exceções e isenções de natureza não-setorial, verifica-se que estas normalmente compreendem práticas ou acordos, que apesar de aparentemente anticompetitivos, em situações específicas podem na realidade aumentar a eficiência e/ou serem pró-competitivos. Estes podem, alternativamente, ser considerados ambíguos do ponto de vista da concorrência, razão pela qual, merecem uma análise caso a caso.

Dentre as mais comuns exceções e isenções, pode-se citar também aquelas conferidas às empresas públicas ou a práticas estimuladas ou sancionadas pelos governos. Igualmente digno de nota é o tratamento dado por algumas jurisdições a certas condutas e/ou atividades que, por não produzirem efeitos sensíveis no mercado, são excluídos da aplicação da legislação antitruste. Este critério de análise é também conhecido como regra de *minimis*.

### Conclusão

Ao optar por conferir tratamento diferenciado ou mesmo excluir da aplicação à lei antitruste determinado setor e/ou atividade, não se pode perder de vista, que isto poderá perpetuar ou induzir distorções que poderão afetar a eficiência da atividade econômica em outros mercados. Mesmo quando as ligações entre os inúmeros mercados não são aparentes, esta conexão existe, devido ao papel desempenhado por preço e sinalização de lucro na alocação de recursos entre as diversas linhas de atividade econômica<sup>3</sup>.

A defesa da concorrência desempenha uma função fundamental na prevenção às práticas restritivas privadas, bem como a políticas públicas que possam desnecessariamente impedir

### São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601  
12º andar - 01452-924  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel: (11) 3555 5000

### Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B  
6º andar - 70714-900  
Brasília, DF - Brasil  
Tel: (61) 2109 6070

### Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440  
15º andar - 22250-908  
Rio de Janeiro, RJ - Brasil  
Tel: (21) 3503 2000

Artigo  
junho 2004

a realocação de recursos escassos de uso pouco valiosos para os uso muito valiosos. Isto ocorre, por exemplo, quando se protege determinada indústria da pressão da concorrência o que permite, então, que as empresas incumbentes restrinjam a oferta, elevem os preços e aumentem o lucro. Uma consequência provável será um leque menor de escolhas para o consumidor, bem como a transferência de renda para o produtor, na forma de preços mais elevados. Para indústrias que dependam deste determinado bem ou serviço como insumo, os preços mais elevados provavelmente resultarão no aumento de custos e podem ter impacto na posição ocupada por estas naquele mercado. Os aumentos de preços e de lucros que geralmente resultam da restrição à concorrência, podem também ocasionar a escassez de recursos ou redirecioná-los da produção de outros bens e/ou serviços. Adicionalmente, empresas insuladas da concorrência, dificilmente terão incentivos para inovar e/ou se tornar mais eficientes.

Enfim, a concessão de exceções e isenções à lei de defesa da concorrência pode resultar em distorções em um determinado mercado, o que, geralmente, reflete negativamente em outros setores da atividade econômica. Assim, deve-se avaliar sempre com muita cautela se os supostos benefícios a serem auferidos com a concessão de exceções ou isenções serão efetivamente superiores aos

---

<sup>1</sup> Apresentado no Seminário preparatório para a UNCTAD XI “**O Papel da Política de Concorrência na Promoção da Competitividade e Desenvolvimento: Experiências da América Latina, Caribe e outras regiões**”. São Paulo, 10-12 de junho de 2004.

<sup>2</sup> Ver UNCTAD, “Consultations on Competition Law and Policy: The Scope, Coverage and Enforcement of Competition Law and Policies and Analysis of the Provisions of the Uruguay Round Agreements Relevant to Competition Policy, and Their Implications for Developing Countries”, TD/B/COM.

<sup>3</sup> Ver KHEMANI, R. Shyam. “Application of Competition Law: Exemptions and

## São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601  
12º andar - 01452-924  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel: (11) 3555 5000

## Brasília

SCN - Quadra 4 - Bloco B  
6º andar - 70714-900  
Brasília, DF - Brasil  
Tel: (61) 2109 6070

## Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440  
15º andar - 22250-908  
Rio de Janeiro, RJ - Brasil  
Tel: (21) 3503 2000