

A atuação do CADE diante da desestatização

Marusa Vasconcelos Freire¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O programa de privatização e a livre concorrência. 3. A falácia resultante da falta de critérios claros no PND. 4. A disciplina legal. 5. Conclusão.

1. Introdução

Em recente visita ao Brasil, Russell Pittman, chefe do setor de concorrência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, sugeriu que o País, ao privatizar sua infra-estrutura, poderia aproveitar para promover um alto grau de competição com maiores benefícios ao consumidor sem nenhum tipo de regulamentação em alguns setores do mercado.

Diretamente relacionado ao assunto, vem a nossa reflexão outro tema: a importância da atuação dos órgãos de defesa da concorrência no processo de privatização, uma vez que as reorganizações societárias decorrentes deste processo resultam muitas vezes na ocupação de uma posição dominante no mercado, o que termina por acarretar lesões à concorrência e sérios riscos ao consumidor, que não percebe qualquer benefício decorrente daqueles atos.

Apresentaremos breves considerações sobre a matéria.

2. O programa de privatização e a livre concorrência

O Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031, de 12.04.90, ao redefinir o papel do Estado na economia, procura priorizar a participação da livre iniciativa desprovida de tutela governamental no processo produtivo e econômico do país, permitindo que o Estado se retire dos campos de atividade econômica em que sua presença é desnecessária, com vistas a garantir o cumprimento das funções governamentais em consonância com as necessidades sociais e os desafios políticos e econômicos da Nação.

¹ Procuradora do Banco Central do Brasil, exerce atualmente o cargo de Procuradora-Geral do CADE.

Dos objetivos definidos por aquele diploma legal, podem ser destacados de forma indireta, como bem aponta Nuno T. P. Carvalho em sua obra *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*,² alguns princípios que nortearam a elaboração do PND. Entre eles, importam a nossa análise os que determinam que a privatização deve visar a competitividade do parque industrial do país e que deve ser feita de modo a democratizar a propriedade do capital das empresas incluídas no programa.

Nenhum dispositivo especial definindo como seria preservada ou aumentada a competitividade das empresas integra aquela lei, bem como não se estabeleceu legalmente o que se define por competitividade.

Registre-se, desde logo, que este conceito — “competitividade” — deve merecer atenção por parte do CADE, uma vez que tem estado presente em quase todas as novas regulamentações que visam ordenar as atividades econômicas privadas decorrentes das Emendas à Constituição de 1988, especialmente às que se relacionam com as concessões e permissões de serviços públicos.

Embora em sua origem etimológica possa se identificar sua relação com a concorrência, porque deriva de competir, que por sua vez vem do latim *competere* que significa concorrer com outrem na busca de um objetivo, esse tipo de conceito, que a princípio pode ser confundido com um conceito abstrato, é encontrado em larga escala na ciência jurídica, e pode ser qualificado como integrante da categoria dos conceitos determinados pela função, que abrange os *conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável*.³

Esta identificação, segundo o nosso ordenamento jurídico, só pode ser estabelecida em concordância com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim, a “competitividade” pode ser tomada como sinônimo de livre concorrência no mercado interno ou de reforço da capacidade de a indústria brasileira competir, como um todo, com a indústria estrangeira tanto no mercado internacional quanto dentro do país, como entendeu Nuno T. P. Carvalho.

Na exposição de motivos do PND, verifica-se que existia uma expectativa de que os mecanismos naturais do mercado cuidassem do aspecto da livre concorrência e de que a desestatização resultasse naturalmente na ampliação da competitividade, uma vez que a exploração de atividades econômicas pelo

2 Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1995, p. 166.

3 Larenz, Karl — Metodologia da Ciência do Direito, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal.

Estado teria levado a uma enorme concentração, sem qualquer preocupação com as regras da livre concorrência.

Ocorre que, o baixo nível de poupança da população brasileira não possibilitou a atuação natural desses mecanismos de desconcentração do poder de mercado, desviando-se desse modo o programa do seu objetivo de democratização do capital das empresas estatais.⁴

3. A falácia resultante da falta de critérios claros do PND

Como o legislador não estabeleceu expressamente o primado da defesa da livre concorrência, embora seja este um preceito constitucional que a lei deva obedecer, e como não existiam critérios claros que pudessem ser aplicados aos interessados tanto no momento de participar dos leilões como no momento de venda das ações, alguns equívocos foram se firmando em relação ao PND, o que levou às seguintes conclusões, também equivocadas:

1) como as empresas que estavam sendo vendidas já detinham, muitas delas, posição dominante no mercado relevante, não havia motivo para nova análise da questão do domínio no mercado;

2) como a participação dos interessados nos leilões era precedida de uma inscrição formal, com cadastramento e análises formais, pensou-se que a simples admissão ao leilão já pressupunha uma autorização para a aquisição da posição dominante pelas empresas participantes.

*Além disso, tem prevalecido durante todo o programa de privatização o argumento um tanto deturpado, da "failing company defense", isto é, se não aceitas as condições propostas nos leilões pelas empresas participantes, a empresa a ser privatizada (muitas vezes, mas nem sempre, em difícil situação financeira) corre o risco sério de não conseguir sobreviver. Este último equívoco é um tanto mais subliminar do que evidente.*⁵

Em decorrência desses equívocos, argumentos falaciosos são utilizados com o objetivo de excluir a competência do CADE para apreciação dos atos decorrentes do programa de privatização. Todos, entretanto, procuram defender o fato de que, por ser a privatização preceito de direito público justificado pelo interesse social maior vender as estatais, a submissão das privatizações à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência seria paralisar ou retardar o processo em contrariedade ao interesse público norteador do PND.

4 Mameluque, Leopoldo — *Privatização — Modernismo e Ideologia*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

5 Cit. 2, pag. 168.

4. A disciplina legal

Não é essa a determinação que encontramos nas normas legais que regem a matéria. Em janeiro de 1993, para corrigir algumas imperfeições encontradas no programa, foi editado o Decreto 724/93, onde, além de incluir entre as diretrizes para os projetos de privatização a defesa da livre concorrência, (art. 6º, III), incluiu-se um dispositivo sob a epígrafe "Da Defesa da Concorrência".

Esse Decreto, foi revogado pelo Decreto 1.204, de 29 de julho de 1994, que, embora não repita o elenco de diretrizes para o PND, mantém um dispositivo de defesa da concorrência, com idêntica redação ao do diploma anterior, com atualização apenas no que se refere à citação da Lei 8.884/94:

Art. 48. Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigam-se a fazer com que a sociedade privatizada preste à Secretaria de Direito Econômico (SDE), após a liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994."

No que se refere à não repetição das diretrizes do PND, nenhum problema acarreta quanto à aplicabilidade das normas de defesa da concorrência uma vez que, como já mencionamos, esta decorre dos mandamentos constitucionais aos quais a lei e seu regulamento têm de se subordinar.

No plano legal, a atuação do CADE nos processos de privatização decorre da Lei 8.884/94, tendo em vista que a Lei 8.031/90 e nenhum outro diploma legal excluiu a sua competência, e, finalmente, do Decreto 1.204/94, que prevê expressamente a necessidade de sua apreciação em relação aos adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada.

Devem, portanto, segundo a Lei 8.884/94, ser submetidos ao CADE todos os atos decorrentes da aquisição de controle acionário de empresa privatizada para que este verifique a aplicabilidade das normas de defesa da ordem econômica, caso se tratem de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como prescrito no *caput* do art. 54, ou de atos a ele equiparados pelo § 3º daquele mesmo artigo.

O CADE, após verificar preliminarmente a aplicabilidade do art. 54, deverá proceder a sua análise considerando que, de certo modo, a concorrência e a liberdade de mercado restavam prejudicadas pela própria participação do Estado, com sua posição de império, na economia, e que o processo de privatização contribui para o fortalecimento da economia nacional, uma vez que atingido o seu objetivo o parque industrial do país terá ampliado a sua

competitividade. E esse raciocínio justifica o tratamento privilegiado para apreciação desses casos em conformidade com o §2º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Todavia, como é sabido, nem sempre a iniciativa privada objetiva um reforço de sua capacidade empresarial ao participar do processo de privatização, particularmente em nosso país, cuja história recente registra que uma grande parte da estatização de empresas deveu-se à falta de eficiência do setor privado, cujas empresas por não terem se tornado auto-suficientes recorreram ao Estado para garantir a continuidade das suas atividades.

Principalmente porque o atual programa de privatização permite o uso indiscriminado de títulos da dívida pública, interna e externa, nos leilões de privatização, que apesar de representarem em valor de face o equivalente ao preço pago pelas empresas privatizadas têm valor nominal muito abaixo do seu valor real, o que pode resultar na hipótese de que os adquirentes satisfaçam seus objetivos com a simples aquisição da empresa privatizada, que possui valor patrimonial em alguns casos superior ao preço mínimo dos leilões, para posterior alienação a terceiros, sem qualquer preocupação com o fortalecimento da economia.

Cumpre, então, ao CADE, especialmente nos casos de privatização de empresas que ocupem posição dominante e em setores estratégicos, verificar o que objetivaram as adquirentes ao participarem do programa de desestatização, bem como assegurar, mediante compromisso de desempenho, que as condições exigidas por lei para considerar o ato como legítimo sejam efetivamente cumpridas pelos adquirentes do controle acionário daquelas empresas.

Por outro lado, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais.

5. Conclusão

De acordo com o nosso ordenamento jurídico, e especialmente com as Leis 8.031/90 e 8.884/94 e o Decreto 1.024/94, os atos de aquisição do controle de empresa privatizada devem ser submetidos à apreciação do CADE.

Esta apreciação é essencial para garantir sejam alcançados os objetivos do Programa Nacional de Desestatização, uma vez que a atuação do CADE deverá assegurar o cumprimento das condições legais a que se sujeitam todo e qualquer ato que resulte em prejuízo à concorrência ou em posição dominante no mercado relevante.

E só cumprimento dessas determinações pode conduzir à ampliação da competitividade e da capacidade empresarial do parque industrial do País nos

diversos setores da economia, garantindo que a reordenação da posição estratégica do Estado na economia não transfira, simplesmente, à iniciativa privada, atividades indevidamente exploradas pelo setor público para serem por ela exploradas do mesmo modo.