

O PAPEL DO CADE EM FACE DA DESESTATIZAÇÃO (Proposta de aplicação simplificada do art. 54 da Lei nº 8.884/94)

Antonio Fonseca¹⁴

Introdução II. Desestatização e Liberalização III. Papel do CADE IV. Proposta de Aplicação Simplificada do art. 54 da Lei nº 8.884/94

I. Introdução

No período de 1991 a 1996, o Governo Federal privatizou cerca de 16 empresas, que atuam em setores vitais da economia nacional.¹⁵ Enquanto retrai a participação do Estado na atividade econômica, o programa de desestatização, dentre outras conseqüências, abre oportunidades de investimentos privados tão caros à economia, mas pode concentrar nas mãos de particulares ativos transferidos do Estado, com os riscos de danos à concorrência.

2. A concentração econômica é uma tendência mundial. Ser grande não é um mal em si. Não é menos verdade, porém, que um mercado concentrado tende a ser cada vez mais imperfeito. O monopolista tende a ser ineficiente¹⁶ e abusar do seu poder de mercado. Esse fato justifica um

¹⁴ Mestre e doutor em Direito, Procurador regional da República e advogado licenciado, conselheiro do CADE

¹⁵ Quadro Anexo. Dentre os setores econômicos envolvidos, destacam-se: Siderúrgico, Petroquímico, Ferroviário, Elétrico e Fertilizantes.

¹⁶ A teoria econômica estabelece que a ausência de pressão concorrencial pode induzir o monopolista a negligenciar a minimização dos custos de produção por unidade, isto é, a tolerar “ineficiência-X” (manutenção de excesso de capacidade, mordomias para os seus executivos, busca de favores políticos e outras formas de protecionismo).

controle do processo competitivo¹⁷, inclusive das operações de compra e venda pública de empresas do Estado com poder de mercado.

3. Em mesma sede constitucional, se restringe a participação do Estado na atividade econômica e se estabelece o primado da concorrência, como forma de se inibir o abuso do poder econômico e a dominação de mercados.¹⁸ Esta é a maior evidência jurídica da complementaridade das duas políticas, desestatização e concorrência, embora cada uma ostente escopo específico, estando ambas disciplinadas em leis diversas. A lei de desestatização disciplina a atuação do Estado enquanto agente econômico que, com interesse específico, deixa o mercado.¹⁹ O direito de concorrência formula padrões de convivência ética e democrática entre os agentes econômicos e disciplina a atuação estatal no desmantelamento das barreiras artificiais, em potencial ou concreto, hábeis a beneficiar uns contra outros agentes, num dado mercado.²⁰

4. Refletindo essas assertivas, o regulamento da política de desestatização determina que ultimada a privatização, o adquirente da parcela do capital privatizado ou controlador da sociedade privatizada tomará as providências necessárias à aplicação da lei de defesa da concorrência.²¹ Para atender a essa previsão legal e em face do número de privatizações ocorridas, vários processos foram formados na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e lá demoram por tempo mais do que o legalmente necessário.

5. Esses processos, a serem decididos pelo CADE, se arrastam na SDE/MJ por mais de três anos.²² Essa morosidade:

¹⁷ A esse propósito, merece destacar que a auto regulação dos mercados nunca foi uma idéia convincente. George Soule, *Ideas of The Great Economists*, p.47, 1952

¹⁸ CF, art. 173 e respectivos parágrafos.

¹⁹ Lei nº 8.031/90

²⁰ Lei nº 8.884/94

²¹ Decreto nº 1.204/94, art. 48

²² Ver Nota 1.

- provoca insegurança aos investidores, que têm de se submeter a um processo dispendioso e embaraçoso ao seu empreendimento;
- põe em dúvida a funcionalidade da política da concorrência e o papel dos órgãos integrantes do próprio sistema;
- propicia o desenvolvimento de práticas de corrupção no âmbito desse sistema.

6. O presente relatório analisa o problema e oferece uma proposta que respeita as leis vigentes e não afeta o curso normal dos projetos de privatização. A solução de consenso sugerida reflete uma preocupação básica do CADE de responder adequadamente aos legítimos objetivos das duas políticas e envolve:

- um compromisso por parte do órgão responsável pela desestatização de incluir em cada projeto a realização de estudos especializados de impacto sobre a concorrência por cada mercado relevante;
- um compromisso por parte dos órgãos de defesa da concorrência (SDE/MJ, SEAE/MF e CADE) de apreciar os atos de concentração decorrentes das privatizações e aprová-los formalmente em prazo não superior a noventa dias;
- um compromisso de desempenho, por parte da empresa, em termos mediante os quais o CADE exercerá, pelo período de cinco anos, um monitoramento das respectivas políticas comercial, industrial e de eficiências.

II. Desestatização e Liberalização

Ordem constitucional

7. Cumpre sublinhar os pontos de contatos da legislação e estabelecer a complementaridade jurídica e econômica das duas políticas (desestatização e concorrência). Se uma complementa a outra, é imperioso que as duas agências

responsáveis pela sua implementação se articulem²³ adequadamente. Para boa compreensão dessa articulação, é de mister esclarecer as intencionalidades objetivadas (sentido lógico) de alguns conceitos constitucionais e legais à luz da leitura econômica dos motivos e efeitos que envolvem as mesmas políticas.

8. Embora não haja conexão lógica entre empresa pública e ausência de eficiência, a prática tem apontado que as duas coisas sempre andam juntas. Daí, tem se tornado uma parêmia cada vez mais verdadeira a superioridade da gerência privada sobre a gerência pública. Sensíveis a essa realidade, os constituintes de 1988 estabeleceram que, fora das hipóteses especificadas na Constituição²⁴, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado representa uma exceção do modelo constitucional-econômico. Excepcionalmente, essa exploração direta somente será permitida na presença de imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo definidos em lei.²⁵

9. Desdobrando-se o princípio em apreço, a Constituição, em disposição bastante em si, equipara as entidades para-estatais que explorem atividade econômica às empresas privadas, aplicando a todas o mesmo regime jurídico, sem afetar os objetivos institucionais dos dois modelos gerenciais. A sociedade para-estatal persegue a maximização do bem-estar social. A empresa privada tem por escopo egoísta a maximização do lucro.

10. Dando conseqüências aos cânones constitucionais, o programa de desestatização representa uma reordenação estratégica do Estado na participação da economia. A exploração direta em certas atividades, por razões históricas ou contextuais, deixa de atender a exigências

²³ A julgar pela observação das práticas administrativas, pode-se afirmar que, de ordinário, o desenvolvimento de uma articulação útil fica prejudicado pelo pendor egoísta das autoridades. Os resultados são inadequado *enforcement* da lei e desvio de escopo das políticas públicas. O acervo que se vê no Anexo reflete a nocividade da desarticulação que, em algumas situações, pode ser categorizada como espécie de “contravenção” administrativa, expressa mediante omissão injustificada (art. 44 da Lei nº 8.031/90 e art. 26 da Lei nº 8.884/94).

²⁴ Confirmam-se, por exemplo, as especificações inscritas no § 3º do art. 2º da Lei nº 8.031/90, bem assim os artigos 8º e 9º da mesma Lei.

²⁵ CF, art. 173, *caput*.

de segurança nacional e interesse coletivo relevante. O modelo preponderante, então, é de liberalização.

11. A ornam a ordem econômica, são essenciais a livre iniciativa e a livre concorrência²⁶, dois princípios fundamentais. O primeiro qualifica relações entre a iniciativa privada e o Estado e o segundo qualifica as relações entre agentes econômicos. À luz do princípio da livre iniciativa, a desestatização caminha no sentido de liberalizar o planejamento da produção, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional e em lei.²⁷ Sob o pálio da livre concorrência, a desestatização sinaliza a liberalização das condições de entrada e de maximização da eficiência.

12. A alocação da propriedade, por meio da desestatização, afeta a estrutura de incentivos e o comportamento gerencial, proporcionando uma expectativa de eficiência e inovação.²⁸ A desestatização, desse modo, fortalece o mercado enquanto categoria jurídico-econômica e expressiva de valor patrimonial sob a tutela do Estado.²⁹ A legislação reflete essa expectativa que, todavia, não se realiza automaticamente, como se verá mais adiante.

Ordem legal

13. A desestatização interessa ao cidadão enquanto contribuinte e consumidor. Como contribuinte, o cidadão espera melhor retorno da parte do seu patrimônio reservada aos encargos do Estado. Para o consumidor, a desestatização cria uma possibilidade de maximização dos benefícios líquidos

²⁶ CF, art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único.

²⁷ Parágrafo único do art. 170 da CF.

²⁸ Corolário dessa expectativa é que o programa de desestatização não pode negligenciar ou ignorar a relevância das forças competitivas. O mesmo programa, todavia, não garante por si a realização dessa expectativa.

²⁹ Cabe ao Estado zelar pelo mercado interno que integra o patrimônio nacional, categoria de patrimônio público (CF., art. 218 c.c. art. 23-I). A leitura econômica desse princípio indica que o livre jogo das forças competitivas é um valor fundamental que deve ser protegido, como mecanismo contributório para realização material da cidadania (Curso de Direitos Humanos promovido pela **Fundação Friedrich Naumann Stiftung** sob os auspícios do Partido Liberal Alemão, setembro de 1996). Isso convola a defesa da concorrência ao status de direitos humanos de terceira geração, realçando-se a função social do mercado e respeito ao direito do cidadão a opções. Em simetria com esse princípio, vale lembrar que o Congresso americano, no passado, chegou a proclamar a propriedade intelectual elemento do patrimônio nacional.

proporcionados por preços mais competitivos e melhoramento da qualidade dos bens ou serviços produzidos pela sociedade privatizada. Não adianta transferir ativos só para melhorar o perfil da dívida pública sem nenhuma contribuição para a eficiência econômica. Daí, somente sob essa dupla ótica, do contribuinte e do consumidor, a desestatização pode realizar o desideratum da ordem econômica.³⁰

14. A justificativa para desestatização repousa nos seguintes objetivos gerais:

- transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- saneamento do setor público, mediante redução e melhoria do estoque da dívida pública;
- redirecionamento dos esforços do Estado para prioridades nacionais;
- fortalecimento do mercado de capitais, mediante aumento da oferta de valores mobiliários e da democratização do capital;
- incentivo ao investimento privado em setores estratégicos;
- competitividade e capacidade empresarial mediante modernização do parque industrial.³¹

15. Fundada nos motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, acima especificados, uma operação de desestatização somente adquire sua cabal legitimação se atender, no mínimo, a três das condições legais abaixo:

- aumento de produtividade;
- melhoramento da qualidade de bens ou serviços;
- geração de eficiências e desenvolvimento tecnológico ou econômico
- distribuição equitativa de benefícios;
- não eliminação da concorrência de parte substancial de mercados relevantes;
- observância de limites necessários à realização de objetivos predeterminados.³²

³⁰ Nesse desideratum inclui-se a função social da propriedade (CF, art. 173, inciso III), melhor compreendida pela busca do bem-estar social através da aplicação eficiente do capital.

³¹ Lei nº 8.031, art. 1º.

³² Art. 54, § 2º da Lei nº 8.884/94.

Análise econômica

16. Como se disse, a desestatização é apenas um passo inicial na busca de realização de eficiência, que não se dá automaticamente. É certo que a desestatização em si traz uma expectativa de eficiência alocativa, somente pelo fato de que a gerência privada, para quem uma porção de ativos públicos é transferida, é melhor preparada para identificar ineficiências e explorar novas oportunidades.³³ A desestatização, todavia, não garante por si a realização de eficiência no interior da empresa. A experiência britânica, uma das mais conspícuas,³⁴ confirma a assertiva.

17. Profundo conhecedor da experiência britânica em privatização, Prof. Beesley afirma que o objetivo frisante da privatização é desenvolver o desempenho industrial mediante crescimento do papel das forças de mercado. Isto não será possível se não forem adotadas medidas para promover a concorrência.³⁵

18. Dois estudiosos americanos³⁶ daquela experiência confirmam a teoria. A tônica da sua obra é a necessidade de rigoroso controle do comportamento de maximização do lucro pelas empresas privatizadas com domínio de mercado.³⁷

19. A análise teórica desenvolvida por Vickers e Yarrow sustentam que, em termos de eficiência, a preferência pela propriedade privada sobre a propriedade pública mais se justifica em mercados onde a concorrência prevalece.³⁸ Os benefícios da concorrência se faz sentir pela atitude no

³³ M. E. Beesley, *Privatization, Regulation and Deregulation*, p. 33, Routledge, 1993. Um ponto de vista mais radical sustenta que a privatização é por si só desejável, ao argumento de que “liberdade política depende da propriedade privada, ou que a intervenção do governo deve ser minimizada, porque quanto maior essa intervenção, maior a ameaça a essa liberdade.” Beesley, ob., cit., p. 24.

³⁴ Tony Prosser and Michael Moran, **Privatization and Regulatory Change: The Case of Great Britain**, in *Privatization and Regulatory Change in Europe*, p. 36, Open University Press, 1994.

³⁵ Ob. cit., p. 37.

³⁶ John Vickers and George Yarrow, *Privatization, and Economic Analysis*, MIT Press, 1988.

³⁷ Idem, p. 8.

³⁸ Ob. cit., p. 426.

tratamento de custos e preços, aquela provocada pelo ambiente concorrencial.

20. No capítulo conclusivo da sua obra, os mesmos autores escrevem que “the economics of privatization cannot be separated from the economics of competition and regulation.” Eles concluem, em caráter mandatório, que a privatização seja acompanhada de medidas adequadas para reduzir custos e conter o poder de mercado. Em outras palavras, os autores sentenciam: “unless effective competition and/or regulation are introduced, the privatization of firms with market power brings about private ownership in precisely the circumstances where it has least to offer.”³⁹

21. A leitura econômica dos efeitos ou impactos sobre a ordem econômica de uma concentração de mercado, decorrente de uma operação de desestatização, não traz nenhuma diferença ontológica se comparada a uma aquisição privada. A análise da operação deve seguir os mesmos critérios aplicados a qualquer outra operação. O papel do CADE, neste particular, não é menos significativa.

III. Papel do CADE

22. Não é possível falar do papel do CADE fora da intencionalidade objetivada no arcabouço normativo que orna a ordem econômica nem estabelecer o alcance da competência da agência e oferecer esclarecimentos tópicos sobre o mesmo assunto ignorando os argumentos precedentes.

Alcance da competência do CADE

23. Quatro pontos devem ser esclarecidos: o CADE é mais do que um tribunal administrativo; o papel do CADE não é definido apenas na Lei nº 8.884/94; zelar pela observância e aplicação da Lei nº 8.884 não é função privativa do CADE; aos poderes públicos constituídos o CADE solicita providências mas não impõe nem expede ordens.⁴⁰

³⁹ Ibidem, pp. 426/427.

⁴⁰ A competência do CADE prevista no art. 54 não precisa ser necessariamente refletida a partir da extrema medida do desfazimento da operação. O Plenário do CADE tem demonstrado, ao longo do tempo, grande sensibilidade às políticas públicas. O CADE, na verdade, não pode desfazer uma operação de privatização. Essa é uma tarefa que, em suma, caberá à Justiça (CF, art. 5º, inc. XIX). Se ocorrer a oportunidade de desfazimento de uma

24. O fato de a Lei impropriamente definir o CADE como “órgão judicante”⁴¹ tem contribuído para a formação de uma imagem de tribunal administrativo atribuído ao órgão, mas o CADE é mais do que isso. O CADE aprecia e decide as infrações estrito sensu à ordem econômica, examina ato de concentração, oficia às autoridades na busca de medidas saneadoras, peticiona ao Poder Judiciário como parte ou assistente, responde a consultas e instrui o público.

25. Essas funções estão definidas na Lei 8.884/94 e podem ser completadas por leis esparsas. Por exemplo, a Lei nº 7.347/85 trata da ação civil pública que pode ser utilizada para reparar danos causados à ordem econômica, podendo a medida judicial ser requerida por autarquia cujo mandato incluía a proteção do bem jurídico que se deseja preservar.⁴²

26. O bem jurídico objeto da defesa da ordem econômica é compreendido pelos mercados, que constituem uma forma de patrimônio público nacional. Como tal, o zelo pela ordem econômica inclui-se também na competência constitucional do Ministério Público.⁴³ Ademais, a garantia de direitos não se realiza ou não se aperfeiçoa, nas democracias, senão mediante a atuação do Poder Judiciário. Daí, o CADE não é o único órgão a zelar pela ordem econômica e, por conseguinte, ele não tem o monopólio da aplicação da Lei nº 8.884. Em outras palavras, essa Lei não foi feita para ser aplicada somente pelo CADE. Isto significa que a aplicação da Lei em algumas situações não possa ser feita pelo CADE mas somente pelo Judiciário, embora com o auxílio dele. O concurso do Judiciário, todavia, não exclui totalmente o papel do CADE.

27. A questão da competência do CADE pode ser também explorada em face do art. 15 da Lei nº 8.884/94. Segundo esse dispositivo, a Lei se aplica também às pessoas jurídicas de direito público, “bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas.” Em razão do seu poder

privatização, o CADE usará como base legal a Lei nº 8031, não a Lei 8884/94, para promover a medida. Especulação em torno dessa possibilidade, todavia, é um delírio que desafia a mais comezinha inteligência.

⁴¹ Art. 3º.

⁴² Inc. V do art. 1º e inc. II do art. 5º

⁴³ CF, art. 219 e inciso III do art. 129.

legal de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e expedir ordens, teria o CADE a capacidade de constringer entidades de direitos públicos?

28. Se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração lato senso à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei,⁴⁴ após simples procedimento de apuração ou verificação da infração, ou ainda de qualquer providência administrativa. Se de balde o seu esforço, está aberta a via extrema do Judiciário. O uso de outras jurisdições, via atuação auxiliar, não exclui nem diminui o papel do CADE como guardião da ordem econômica, sendo certo que, na República, nenhuma autoridade goza de poderes absolutos.

29. O sentido dessa digressão é que a busca de uma solução de consenso, em articulação com outros órgãos, para assegurar o melhor resultado na aplicação da Lei de Concorrência, não somente atende ao ditame do bom senso e da conveniência administrativa, como também é perfeitamente compatível com o amplo papel do CADE

Papel do CADE: pontos e contrapontos

30. A inconveniência do exercício desse papel tem sido acenada em foro não convencional, sob argumentos superficiais tais como retardamento do PND, configuração estrutural, legitimidade do leilão e exclusão da Lei de Concorrência pela Lei de Desestatização.

31. O risco de retardamento do programa de desestatização pela participação do CADE é meramente especulativo. Para realização de estudo especializado sobre a concorrência, o CADE poderá exercer destacado papel, se convidado a participar do processo. Vale frisar que essa participação não é condição sine qua non para boa elaboração do estudo de cenário de mercado. Inequivocamente, essa participação não é reivindicada pelo CADE.

⁴⁴ Inciso X do art. 7º

32. Dir-se-ia que nada muda se a sociedade privatizada já detinha poder de mercado. Não é bem assim. Posição dominante nas mãos do Estado tem o propósito de maximizar bem-estar social, definida por imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme especificado na Constituição e em lei.⁴⁵ Posição dominante nas mãos do particular tem o propósito de maximizar o lucro. Ainda que se possa falar de função social da empresa ou da propriedade, certo é que os dois propósitos encerram compromissos antagônicos subsumidos a padrões altruístas em contraposição a padrões egoístas, respectivamente. Daí o equívoco palmar da proposição, feita alhures, de que a transferência de ativos na direção Estado/iniciativa privada, por não mudar a configuração estrutural de mercado, escapa do controle preventivo das concentrações.

33. A legitimidade da aquisição de ativos via leilão de desestatização, em face da Lei 8031, é relativa. O ato precisa também ser legitimado em face da lei da concorrência. Conclusão diversa, isto é, que exclua a operação do crivo do art. 54 da Lei 8.884, ofende o princípio do tratamento igualitário;⁴⁶ mais do que isso, nega os postulados básicos da ordem econômica e da teoria que a informa.

34. Resta a exegese ou hermenêutica da lei no tempo e no espaço. Parece um despautério dizer, como se leu alhures, que o Programa Nacional de Desestatização (PND) é um regime especial, por isso exclui as regras gerais de defesa da concorrência. A conclusão é um primor de imprecisão. A regra, secular, é que “a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente.”⁴⁷ O princípio está hoje desdobrado,⁴⁸ embora conservado o mesmo conteúdo.

35. Em termos claros, uma lei só revoga, total ou parcialmente, outra lei quando expressamente o declare ou estabeleça algum elemento de incompatibilidade. A Lei nº

⁴⁵ CF, art. 173.

⁴⁶ CF, art. 173 § 1º.

⁴⁷ Redação original do art. 4º das disposições introdutórias ao Código Civil. O dispositivo é reprodução de idênticos princípios inscritos no direito português (Ord., 3, 64, lei de 8 de agosto de 1769).

⁴⁸ Parágrafos 1º e 2º do art. 2º da LICC (Dec 4.657/42).

8.031 não contém dispositivo que expressamente afaste a aplicação da Lei nº 8.884 às operações decorrentes do PND. Como não existe essa exclusão expressa, interessa apenas examinar a cláusula da incompatibilidade implícita. Esta, objetivamente avaliada, somente pode ser considerada em face de um fato (matéria), de uma relação qualificada e de um valor. A análise da incompatibilidade exige um esquadramento e esforço comparativo da estrutura lógica de cada elemento normativo contido nas centenas de proposições dos dois textos sob comento. Esse trabalho hercúleo pode ser simplificado, concentrando-se apenas no essencial.

36. Para que uma lei ou parte dela seja excludente de outra ou parte da mesma, em razão da matéria, é necessário que ambas tratem do mesmo assunto. A Lei de Desestatização disciplina a alienação de ativos de propriedade do Estado e para esse fim fixa objetivos fundamentais, objeto, modalidades operacionais de execução, condições para alienação e bem assim atribui poder de gerência ou gestão e responsabilidades específicas. A Lei de Defesa da Concorrência disciplina os mecanismos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e para esse efeito fixa princípios e regras básicas, estabelece competências, procedimentos e punições, bem assim atribui responsabilidades específicas. Examinando o núcleo de cada uma, as leis referidas cuidam de coisas diferentes: compra e venda pública e controle do processo competitivo, respectivamente.

37. As leis são também fontes de relações jurídicas, isto é, estabelecem um regime dentro do qual pessoas se vinculam a outras, em situações concretas de comportamento, num plano de coordenação ou subordinação. As duas Leis em apreço abrem espaço para formação de centenas de relações jurídicas, de diferentes naturezas. No essencial, a Lei de Desestatização qualifica uma relação de coordenação entre comprador privado e vendedor público, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência qualifica uma relação de subordinação entre um controlador (agência ou autoridade da concorrência), de um lado, e o agente econômico ou auxiliares, do outro lado. No conceito de auxiliares são incluídas as autoridades públicas, que de alguma forma possam contribuir para a perpetração de uma ofensa, em sentido lato ou estrito, à ordem econômica. Até

prova em contrário, não há identidade de relação entre as centenas de situações de vínculos jurídicos que ambos os textos ostentam.

38. Resta o elemento de valor ou axiológico. A incompatibilidade de duas leis ou proposições legais, em face desse elemento, somente pode ser afirmada diante de uma oposição ou choque de vetores finalísticos, identificados no contexto das estruturas lógicas que ornaram os mesmos textos, ou desarmonia ideológica que as respectivas intencionalidades objetivadas inspiram. Ora, nenhum especialista ousaria desafiar o caráter complementar das duas políticas, desestatização e concorrência. Sobre o conteúdo jurídico e econômico dessa subsidiariedade já se tratou, a cuja realidade valorativa a sensibilidade do especialista não pode faltar. Em suma, seja explícita ou implicitamente, a Lei de Desestatização não exclui a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Isso é lógico, intuitivo e fora de qualquer dúvida razoável.

IV. Proposta de Aplicação Simplificada do Art. 54 da Lei nº 8.884/94

Justificativas e fundamentos

39. A proposta persegue a realização de um estudo prévio de cenário de mercado, de modo a permitir uma resolução simplificada e rápida do exame dos atos de concentração decorrentes de operações de privatização. A realização de estudo prévio permite ainda um entrosamento de políticas, resultante de uma atuação articulada das agências envolvidas, preservadas as respectivas atribuições e liberdade de atuação. Como resultado, espera-se alcançar uma simplificação de procedimentos, tornando desnecessária a participação de advogados e garantindo uma redução de custos para a clientela e para o CADE.

40. O estudo prévio, aqui identificado como RICO, encontra perfeito respaldo legal. No âmbito da Lei de Desestatização, o órgão gestor está autorizado a contratar “outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações”⁴⁹ O RICO seria um estudo especializado em

⁴⁹ Lei nº 8.031, art. 21, inc. IV.

face da necessidade legal de “justificativa da privatização” e de observância do objetivo fundamental da “competitividade”.⁵⁰ Segundo o regulamento, a Comissão poderá especificar outras informações ou elementos, objetos de divulgação, para salvaguarda do interesse público.⁵¹ Essas informações se inserem naquelas que possibilitam “aferir a aplicabilidade do disposto na Lei nº 8.884/94”.⁵² A não observância da Lei de Defesa da Concorrência representa esvaziamento da cláusula de conservação do mercado interno, como categoria de patrimônio público.⁵³

41. O fundamental é que o investidor, ao participar de um leilão de privatização, poderá calcular, com absoluta segurança, os riscos que correrá em face do controle preventivo do processo competitivo a que está sujeito. Não haverá mais demora na apreciação. Isso exclui a situação de favor que o investidor possa eventualmente se submeter. O sistema ficará menos vulnerável a expedientes corruptivos. O acervo de processos pendentes desaparecerá. Nada disso ocorrerá se não houver uma solução de consenso em torno dos termos abaixo especificados.

Linhas Básicas

42 A Comissão Diretora se comprometeria a, no curso do processo de desestatização, elaborar estudo especializado de impacto sobre a concorrência (Relatório de Impacto sobre a Concorrência - RICO). Na modelagem da operação e do respectivo edital seriam observadas as recomendações produzidas pelo RICO.

- a) O RICO projetaria um cenário de mercado e avaliaria os impactos decorrentes da possível aquisição por potenciais compradores e, se necessário, recomendaria medidas restritivas, a serem inseridas no edital de desestatização ou manual de instrução que o acompanhar, para assegurar o cumprimento das condições legais.⁵⁴

⁵⁰ Lei nº 8.031, art. 1º, inc. IV e letra “a” do art. 12.

⁵¹ Decreto nº 1.204, § 5º do art. 28.

⁵² Art. 48 do Dec 1204.

⁵³ CF, art. 218 c.c. art. 23-I.

⁵⁴ Parágrafos 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

- b) Na elaboração do RICO, o CADE, SDE/MJ e SEAE/MF poderão ser consultados, a critério da Comissão Diretora e/ou BNDES. Para esse fim, os primeiros colocarão à disposição dos últimos o apoio necessário solicitado.

43. O CADE se comprometeria a apreciar formalmente a operação, para cumprimento do art. 54 da Lei nº 8.884/94. O exame se louvaria no RICO e em parecer conjunto da SDE/MJ e SEAE/MF.

- a) O parecer se limitaria a verificar o cumprimento de requisitos formais a serem especificados em resolução do Plenário do CADE. Os requisitos formais incluirão documentação da privatização e da empresa ou consórcio adquirente e da sociedade privatizada, política comercial, política industrial e eficiências. Requisitos específicos poderão ser estabelecidos para o caso de privatização de sociedade concessionária ou permissionária de serviços públicos.
- b) Comissão formada por um técnico da SDE e da SEAE, presidida pelo primeiro, ofereceria parecer conjunto, no prazo de trinta dias. Na hipótese de divergência do técnico da SEAE, este se limitaria a indicar as razões do dissenso.

44. A empresa ou o consórcio vencedor do leilão apresentaria requerimento, independentemente de advogado, para cumprimento de exigências, incluídas no edital de desestatização ou manual de instrução que o acompanhar, e afinal assinaria compromisso de desempenho perante o CADE cujos termos seriam por este definidos.

- a) O compromisso, vigente por um período de cinco anos, consistiria no monitoramento pelo CADE da política comercial e/ou industrial e do plano de realização de eficiências. As alterações dessas políticas também serão trazidas à apreciação do CADE. O monitoramento poderá ser dispensado se da privatização não resultar concentração superior a vinte por cento do mercado relevante. O termo de compromisso poderá contemplar condições específicas para o caso de privatização de sociedade concessionária ou permissionária de serviços públicos.
- b) O monitoramento, de responsabilidade do CADE, poderá contar com a participação ou acesso de um representante do

órgão gestor (BNDES). Sendo defeso ao CADE interferir na liberdade da empresa na formulação das suas políticas, o monitoramento se limitaria à avaliação dessas políticas do ponto de vista da concorrência e adoção de medidas inibidoras dos eventuais efeitos ruinosos delas decorrentes.