

- In: SEMINÁRIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1993.
- _____. Los impuestos sobre la circulación y el consumo en la Comunidad Europea – Armonización legislativa y competencia de los Estados Miembros. In: SEMINÁRIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSENTHAL, Gerst. El regionalismo abierto de la Cepal. *Boletim de Integração Latino-Americana*, v. 14, p. 26-32.
- SABAINI, Juan C. Gómez. Coordinación de la imposición general a los consumos entre nación y provincias (Argentina), *Serie Política Fiscal* n. 47, Santiago de Chile, Cepal – GTZ.
- SANTIAGO, Igor Mauler. *A harmonização das legislações tributárias no Mercosul* (no prelo).
- SUPERVIELLE, Marcos. Ciencias sociales e integración. In: *O Mercosul e a Comunidade Européia – Uma abordagem comparativa*. Diálogos Brasil-Alemanha nas Ciências Humanas. 1. ed., Porto Alegre: UFRGS, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 2 ed., Belo Horizonte: FBDE, 1992.
- WILL, Michael R. Mercado comum e harmonização do direito privado. In: *O Mercosul e a Comunidade Européia – Uma abordagem comparativa*. Diálogos Brasil-Alemanha nas Ciências Humanas. 1. ed., Porto Alegre: UFRGS, 1994.

O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO: CRÍTICAS E SUGESTÕES

Luciano Sotero Santiago

“A Privatização sem concorrência não oferece grandes ganhos ao cidadãos” (Russel Pittman).

“A concorrência é um valor, um bem, da perspectiva pública da sociedade, não da perspectiva privada. Por isso, a necessidade de uma política de Estado de defesa da concorrência. Essa política de Estado está longe de ser confundida com políticas de governo, que buscam resultados de curto prazo” (Lúcia Helena Salgado).

Sumário

1. Introdução. 2. Programa nacional de desestatização. 3. A observância da defesa da concorrência pelo Programa Nacional de Desestatização. 4. O princípio constitucional econômico da livre concorrência em face do programa nacional de desestatização. 5. Os impactos causados pela privatização na livre concorrência. 6. As formas de atuação do sistema brasileiro de defesa da concorrência. 7. Participação do sistema de defe-

sa da concorrência no programa nacional de desestatização. 7.1. Da competência do sistema de defesa da concorrência. 7.2. Formas de atuação do sistema de defesa da concorrência. 8. Atual participação do sistema de defesa da concorrência nas privatizações. 9. Críticas à atual participação do sistema de defesa da concorrência nos processos de privatização e suas conseqüências. 10. Harmonização da política econômica de concorrência com a de privatização: das várias soluções para o problema. 11. Nossas sugestões. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A livre concorrência oferece mais opções para os consumidores. Significa também preços mais baixos. A melhor garantia para os consumidores conseguirem obter produtos de melhor qualidade a preços mais atraentes é o fato de existirem várias empresas competindo no mercado.

Atenta a tais vantagens e preocupada em proteger um dos marcos fundamentais da economia de mercado, a Constituição Federal, em seu art.170, inciso IV, tratou de proteger a livre concorrência.

Tal preocupação também ficou refletida na lei que instituiu o Programa Nacional de Desestatização,¹ visto que dois dos seus objetivos fundamentais – a ampliação da competitividade da economia brasileira e a demo-

1 Para Neide Malard, “a privatização não importa a abdicação do Estado de seus mecanismos de controle. Ao contrário, o Poder Público se fará presente não como agente econômico, produtor de bens ou serviços, mas para assegurar que a produção ocorra de conformidade com padrões de eficiência traduzidos em custos baixos, boa qualidade, preço justo e lucro razoável. Sabe-se que esses parâmetros só são atingíveis em mercados concorrenciais. (Transcrição de texto da palestra dada no Cade durante o estágio de janeiro de 1997.)

cratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas – harmonizam-se perfeitamente com a livre concorrência. Todavia, se na lei existe a intenção de resguardar a concorrência, o que se vê na prática é o contrário, pois, preocupado em reduzir a dívida pública, o governo vem desvinculando a política econômica de privatização da política econômica de concorrência. Prova disso é que ainda não houve, por parte dos órgãos responsáveis pela implementação do Programa Nacional de Desestatização, maior preocupação com os impactos causados à concorrência pela transferência de empresas estatais à iniciativa privada. Isto é constatado pela inexistência de qualquer análise prévia acerca dos efeitos da privatização sobre a estrutura de mercado.

Disso decorre, portanto, o risco de setores importantes da economia brasileira sofrerem uma alta concentração. Pouco foi dito a respeito, mas o fato é que se medidas de natureza concorrencial tivessem sido tomadas antes das privatizações já feitas, monopólios estatais não teriam se transformado em monopólios ou oligopólios privados. Privatizar sem se preocupar com a defesa da livre concorrência não é uma boa estratégia. Esta prática proporciona, na maioria das vezes, a criação de monopólios privados, os quais, além de não gerarem benefícios nem para os consumidores e nem para competitividade da economia brasileira, acabam quase sempre desrespeitando o princípio da livre concorrência contido na Constituição.

2 O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

Influenciado pela onda privatizante² que assolou a economia mundial e encontrando amparo na Constituição Fede-

2 A privatização ganhou força com o neoliberalismo, que foi uma reação contra o Estado Intervencionista. Dentre os formuladores dessa ideologia podemos citar: Hayek, Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga. A respeito do tema, ver: SADER,

ral,³ o governo brasileiro instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND),⁴ que foi criado pela Lei n. 8031, de 12 de abril de 1990, e atualmente está regulamentado pelo Decreto n. 1.204, de 29 de julho de 1994.

Vários são os objetivos fundamentais a serem buscados pelo Programa Nacional de Desestatização:

- a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas;
- b) contribuir para a redução e melhoria do perfil da dívida pública, concorrendo para o saneamento do setor público;
- c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- d) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- e) permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

3 A OBSERVÂNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PELO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

Sob pena de ofensa expressa à Constituição Federal e aos objetivos fundamentais da Lei n. 8.031/90 e à finalidade da Lei n. 8884/94, o Programa Nacional de Desestatização não pode ser implementado sem que seja observado e resguardado o princípio constitucional econômico da livre concorrência.

A importância de se respeitar o referido princípio nos processos de privatização decorre do fato de que o Programa Nacional de Desestatização pode proporcionar a transferência de um monopólio público para o setor privado, o que, em tese, pode alterar de modo danoso a estrutura do mercado brasileiro, ocasionando um aumento considerável do grau de concentração de setores importantes da economia brasileira.

Enir; GENTILE, Pablo. *Pós-neoliberalismo – As políticas sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995. A privatização pode ser entendida como a transferência das atividades econômicas estatais para a iniciativa privada. A sua principal finalidade é diminuir o tamanho do Estado e retirar-lhe o papel de principal agente condutor da economia. Ressaltamos que a análise da privatização não é o objetivo central deste trabalho, daí as considerações sobre o tema serem breves e superficiais. Para um estudo mais aprofundado ver: MOREIRA, Terezinha. O processo de privatização mundial – Tendências recentes e perspectivas para o Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 97-112, jun. 1994; BORGES, Alice Gonzalez. Privatização de estatais e revisão constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Salvador, v. 17, p. 7-24, jan./jun. 1992; PICCINI, Maurício Serrão. A infra-estrutura nas diferentes esferas do setor público e a participação da iniciativa privada. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 79-114, dez. 1996; SOUTO, Marcos Juruema Villela. O programa brasileiro de privatização de empresas estatais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, p. 261-274, abr./jun. 1991; ESTATIZAÇÃO ou privatização – Os limites da intervenção do Estado. Brasília: Funcep, 1987; ZINI JR., Álvaro Antônio (Org.). O mercado e o Estado no desenvolvimento econômico nos anos 90. Brasília: IPEA, série n. 137, jun. 1993; ATIENZA, Javier Corcuera. Estado y economia en época de crisis – Las privatizaciones. *Revista de Estudios Políticos*, n. 91, p. 9-45, enero/marzo, 1996.

3 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

4 O PND realizou uma série de privatizações, dentre as quais destacam-se as seguintes: a) **Setor Siderúrgico**: Usiminas, Açominas, Cosipa, Acesita, CST, Piratini, Cosinor e CSN; b) **Setor Petroquímico**: Copesul, PQU, Copene, Petroflex, Salgema, CPC, Poliolefinas, Polipropileno, Alcalis, Pronor, PPH, Polisul, Oxiteno, Politeno, Nitrocarbono, Nitriplex, Coperbo, Ciquine, Polialden, Acrinor, Deten, CBE Koppol, CQR, CB; c) **Setor Ferroviário**: RFFSA (Malha Oeste, Centro-Oeste, Sudeste); d) **Setor Elétrico**: Escelsa, Light, Sesa; e) **Setor de Fertilizantes**: Ultrafertil, Fosfertil, Goiasfertil, Arafertil, Indag; f) **outros setores**: Embraer, Celma, Mafersa, Caraíba, SNBP.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DA LIVRE CONCORRÊNCIA EM FACE DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

O princípio constitucional econômico da livre concorrência, apesar de harmonizar-se aos objetivos fundamentais do PND – ampliação da competitividade da economia brasileira e a democratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas –, não vem se constituindo fator⁵ importante a ser considerado no processo de privatização. Prova disso é que ainda não houve, por parte dos órgãos responsáveis⁶ pela implementação do PND, maior preocupação⁷ com os impactos causados à concorrência pela transferência de empresas estatais à iniciativa privada.

5 OS IMPACTOS CAUSADOS PELA PRIVATIZAÇÃO NA LIVRE CONCORRÊNCIA

Vários foram os impactos causados pela privatização na estrutura de mercado. Ressalte-se que muito desses efeitos geraram uma série de problemas no âmbito concorrencial. A título de ilustração temos os seguintes casos: **a)** Companhia Vale do Rio Doce; **b)** Petroflex e Coperbo; **c)** Ultrafertil e Fosfertil.

a) Companhia Vale do Rio do Rio Doce: a privatização da Vale gerou vários impactos no âmbito concorrencial, visto que suas atividades econô-

5 A redução da dívida pública é o fator primordial para determinar a privatização de certa empresa.

6 Comissão Diretora do PND e BNDES.

7 A despreocupação com a defesa da concorrência pode ser constatada na inexistência de qualquer análise prévia sobre quais seriam os efeitos e impactos da privatização na estrutura concorrencial do mercado e na ausência de medidas de salvaguarda da concorrência nos editais de privatização.

micas se estendem a diversas áreas relevantes, tais como: mineração, transportes e operações portuárias, siderurgia/metalurgia e ferro-ligas, pesquisa mineral, fertilizantes, madeira, celulose e papel. Além do mais, a Vale detém participações acionárias em outras empresas, como Usiminas, Açominas, Cosipa, Companhia Siderúrgica Nacional e Companhia Siderúrgica de Tubarão.

Dessa privatização decorreu uma alta concentração em setores importantes da economia. Basta dizer que o transporte ferroviário da malha sudeste e centro-oeste do País ficou monopolizado pelo novo controlador da Vale.

b) Petroflex e Coperbo: a Petroflex era uma empresa ligada à Petrobrás, com sede em Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto social a produção de borrachas sintéticas, principalmente SBR (butadieno/estireno) em emulsão, utilizado na fabricação de pneus, *camelback*, cabos, mangueiras, solados, tapetes e peças moldadas diversas. Sua produção corresponde a cerca de 38% do mercado de elastômeros.

A Coperbo, companhia pernambucana de borracha localizada no Cabo, Estado de Pernambuco, iniciou suas atividades em 1965. Possui duas linhas de produção: uma de multipropósito, para fabricação de BR (polibutadieno), e e outra para SSB (estirobitadieno).

A privatização dessas duas empresas propiciou a transferência do duopólio estatal da fabricação de SDE e SSB e do monopólio de produção de polibutadieno para a iniciativa privada.

c) Fosfertil e Ultrafertil: as referidas empresas⁸ foram incluídas no PND, em 11/9/90, pelo decreto n. 99.523, sendo privatizadas, respectivamente, em agosto de 1992 e julho de 1993. Do leilão de privatização resultou a seguinte composição do controle acionário: Fertifós S.A.⁹ 69,88%;

8 A inclusão das empresas Fosfertil e Ultrafertil no Programa Nacional de Desestatização foi devida à privatização do Sistema Petrofertil, o qual era vinculado à Petrobrás.

9 A Fertifós é composta pelo Holding formado pelas seguintes empresas: IAP, Manah, Solorrco, Fertibrás, Fertiza, Takenaka.

Cia. Vale do Rio Doce: 10,96%; Cinnabar: 7,96%; Fertibrás S.A.: 2,86%; Benzenex: 2,86%; Diversos: 6,21 %.

No que pertine à decomposição do capital da Ultrafertil, deve-se ressaltar que a Fosfertil adquiriu 90% das ações, sendo que os outros 10% foram adquiridos pelos empregados.¹⁰ Deve-se lembrar, ainda, de que o acionista majoritário da Fosfertil é um grupo de empresas (IAP, Manah, Solorrco, Fertibrás, Fertiza e Takenaka) que trabalham na área de fertilizantes e se apresentam com o nome de Fertifós.

O mercado de fertilizantes é de grande importância para a economia nacional e para a atividade agrícola, pois dele depende toda a produção de alimentos do País.

Segundo Neide Malard,

“o mercado de fertilizantes pode ser dividido em três segmentos: um constituído por empresas que apenas industrializam e comercializam as matérias-primas necessárias à obtenção de fertilizantes; outro formado por empresas que industrializam as referidas matérias-primas, misturando-as e comercializando o produto final, que é o fertilizante; e um terceiro, composto pelas empresas que adquirem as matérias-primas dos dois segmentos anteriores, para posterior mistura e comercialização.”¹¹

A privatização¹² da Fosfertil e da Ultrafertil gerou para o setor de produção de matérias-primas básicas e intermediárias para fertilizantes com-

“Antes da privatização da Ultrafertil e Fosfertil, vinha-se abastecendo regularmente das matérias-primas nitrogenadas junto ao Sistema Petrofertil, vinculado à Petrobrás, que reunia as empresas Nitrofertil, Fosfertil, Goiasfertil, Ultrafertil e ICC. A Ultrafertil garantia-lhe as cotas necessárias dos produtos que utilizava em suas misturas. Atendendo aos seus pedidos regularmente, possibilitava não apenas uma situação saudável de concorrência, mas também a permanência no mercado de empresas de pequeno porte, que contrabalançavam o enorme poder econômico das grandes empresas do segmento intermediário, com as quais concorria, como IAP, Manah, Solorrco, Takenaka, Fertiza e Fertibrás, que constituem o conhecido grupo das 6. O mercado é regionalizado, permitindo a concorrência entre empresas de pequeno porte e grande porte, face ao atendimento preferencial e personalizado que as pequenas empresas dispensam ao agricultor, que é o consumidor final. As empresas do segmento de ponta dependem das empresas dos outros dois segmentos, existindo, assim, uma forte relação de subordinação e poder entre elas. O uso não-abusivo desse poder mantinha a concorrência em níveis saudáveis, e permitia a solvabilidade das inúmeras empresas de pequeno porte no segmento da ponta. Esse poder, no entanto, vem sendo agora usado abusivamente pelo grupo das 6. O mercado de industrialização de produtos nitrogenados tinha e ainda tem a estrutura de um monopólio, eis que a Ultrafertil é a única fornecedora das matérias-primas, dela dependendo tanto as grandes quanto as pequenas misturadoras. Embora monopolista, a Ultrafertil, enquanto pertencente à Petrofertil, jamais aproveitou-se de sua posição dominante de forma abusiva. Em 1992, no entanto, teve início o processo de privatização. Naquele ano foi privatizada a Fosfertil, e, em 1993, foi a vez da Ultrafertil. Ambas foram adquiridas pelo Grupo Fertifós, o Grupo das 6 – IAP, Manah, Solorrco, Takenaka, Fertiza e Fertibrás – que dispõe de 70% das ações da controladora Fertifós. A partir da privatização, as empresas nacionais de pequeno porte passaram a depender do poder econômico e da vontade de suas gigantes concorrentes, controladoras da empresa fornecedora monopolista. O resultado disso foi a redução das quantidades de produtos nitrogenados fornecidas às empresas que não pertenciam ao grupo das 6. As participantes daquele grupo, ao contrário, passaram a adquirir quantidades cada vez maiores desses produtos, rateando entre si as eventuais sobras, e negando às empresas pequenas seus pedidos tradicionais de compra. Além dessa recusa de venda, foi adotado um mecanismo de discriminação de preços em função das quantidades adquiridas, o qual vem destruindo as pequenas empresas e, por conseguinte, eliminando a concorrência. O BNDES não exerceu seu poder-dever de prevenir uma situação de concentração econômica prejudicial ao consumidor, em um setor vital como o agrícola. Ao contrário, avalizou a transferência de um monopólio estatal para o grupo de seus maiores clientes. O que se tem é uma integração vertical, em que um grupo de empresas oligopsonistas controla seu vendedor monopolista. Vale-se o grupo de posição dominante para recusar a venda de produtos às empresas de pequeno porte, adotando uma política discriminatória de preços, para eliminá-las da concorrência” (Cade – Processo Administrativo n. 08000.016384/94-11).

10 Fonte: BNDES.

11 Cade – Processo Administrativo n. 08000.016384/94. As empresas Fosfertil e Ultrafertil estariam incluídas no primeiro segmento.

12 A respeito da privatização do setor de fertilizantes, é interessante ver a posição da Voufertil, pequena empresa do setor, que, sentindo-se prejudicada com as práticas comerciais da Ultrafertil e Fosfertil, formulou uma representação junto ao Sistema de Brasileiro de Defesa da Concorrência, alegando o seguinte:

postos duas conseqüências – elevação do nível de concentração e a criação de uma integração vertical¹³ – que, em tese, acabaram por acarretar uma série de práticas abusivas e lesivas¹⁴ ao mercado de mistura e comercialização de fertilizantes.

Dentre as condutas anticoncorrenciais supostamente cometidas pelo grupo das 6 (IAP, Manah, Solorrico, Takenaka, Fertiza e Fertibrás), temos:

a) a formação de um cartel;

b) a fixação de quantidades mínimas para a aquisição de produtos fundamentais, como o nitrato de amônia e nitrocálcio, superfosfato triplo, MAP granulado e o DAP (art.21, inciso XII, da Lei n. 8.884/84), quantidades estas insuportáveis para empresas de pequeno e médio porte, causando a diminuição da participação do adquirente no mercado, ou a sua exclusão (art. 21, inciso VI, da Lei n. 8.884/94);

c) a recusa de fornecimento (art. 21, inciso VI, da Lei n. 8.884/94), o que foi objeto de denúncia perante a SDE pela empresa Prodap Ltda. – Indústrias de Rações balanceadas, em face da recusa de venda pela Fosfértil;

d) a diminuição das cotas históricas de fornecimento, implicando aumento da capacidade ociosa das empresas adquirentes, e, por via de conseqüência, perda de participação no mercado (art. 21, inciso V, da Lei n. 8.884/94);

e) a concessão de descontos por volume de compra, só atingível pelas grandes empresas, dando condições excepcionais aos que podem comprar

13 Para Neide Malard, “a privatização desse segmento resultou não apenas no monopólio privado do setor de fertilizantes, como ainda na verticalização do mercado, situação que, sem qualquer dúvida, pode gerar toda sorte de problemas concorrenciais, em razão do poder de mercado que desfrutam, isolada e coletivamente, as empresas que adquiriram a empresa estatal” (Cade – Processo Administrativo n. 08000.016384/94-11).

14 As práticas, em tese, abusivas foram extraídas do Inquérito Civil Público n. 04/94, formulado pelo Ministério Público Federal de São Paulo, e que serviu para embasar a Ação Civil Pública n. 95.0051034 proposta em face do grupo Fertifós.

mais, em face dos que podem comprar pouco, dadas as características locais onde atuam, num mercado cuja faixa de ganho é baixa (inciso I, do art.20 e c./c. 21, inciso III, da Lei n. 884/94);

f) criação de dificuldades à constituição de empresas concorrentes (art. 21, inciso V, da Lei n. 8.884/94), vez que as já existentes encontram dificuldade em manterem a capacidade de produção.

6 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), ambos vinculados ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ligada ao Ministério da Fazenda.¹⁵

A atuação do sistema de defesa da concorrência pode ser feita de duas maneiras: a) pela regulação de conduta; b) pela regulação de estrutura.

15 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência funciona da seguinte forma: ao Cade cabe o julgamento das condutas abusivas e dos atos de concentração; à SDE cabe a realização de investigações e apurações das condutas abusivas, bem como a instrução dos atos de concentração e à SEAE cabe a emissão de pareceres técnicos sob os aspectos econômicos envolvidos. A ilustre Conselheira do Cade, Lúcia Helena Salgado, acrescenta outros participantes do sistema de defesa da concorrência, como, por exemplo, o Ministério da Fazenda, o Ministério da Indústria e Comércio e Turismo, o Ministério da Agricultura, Saúde, Transportes e Comunicações, quando prestam informações e pareceres referentes a casos que envolvam a sua área de atuação, o Banco Central, a Secretaria de Administração Federal e o Tribunal de Contas e extinta Sunab, o Departamento da Polícia Federal e os Procons. “A menção a esse conjunto de organismos não significa que funciona hoje um sistema perfeitamente integrado e eficaz. A política de defesa da concorrência hoje no Brasil requer uma série de aperfeiçoamentos” (Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil. *IPEA*, texto para discussão n. 385, outubro de 1995, p. 17 a 19).

A regulação de conduta corresponde

“à definição de regras de comportamento adequado (*fair*) para os participantes do mercado. A não-observância dessas regras submete o agente a punições. As condutas podem ser punidas *per se* ou a partir de uma avaliação do impacto das ações dos agentes sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores. Neste caso, aplica-se o critério da razoabilidade (*rule of reason*) a partir do levantamento de informações, análise dos condicionantes, motivações e efeitos da conduta sobre o mercado”.¹⁶

O controle de condutas não reprime e não condena a posição dominante de mercado, mas somente a sua utilização abusiva.¹⁷ Visa com isto inibir ou proibir certos tipos indesejáveis de condutas das firmas. Para este sistema de controle, ser grande no mercado, isto é, deter poder econômico, não é um mal por si só.¹⁸ O que é prejudicial é o abuso ou o desvirtuamento daquele poder ou daquela posição.¹⁹ Este tipo de controle é amplamente empregado no direito concorrencial da União Européia.

16 SALGADO, Lúcia Helena. Política de concorrência: Tendências recentes e o estado da arte no Brasil. *IPEA*, texto para discussão n. 385, outubro de 1995, p. 5. Segundo esta autora “a abordagem *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento: a agência ou as cortes precisam apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu [...] leis que obedecem à regra da razão requerem análises mais aprofundadas do que a mera constatação de se o comportamento ocorreu. A conduta é ilegal só se apresenta um efeito anticompetitivo líquido. Neste caso, a agência ou as cortes observam os efeitos dos comportamentos e contrabalançam os prejuízos com benefícios eventuais” (*op. cit.*, p. 6-7).

17 Condutas abusivas podem ser entendidas como práticas empresariais que visam dominar o mercado por meio do exercício abusivo do poder de mercado.

18 Para Elizabeth Farina, “o fato de uma empresa deter posição dominante em um mercado não gera, necessariamente, conseqüências negativas para a economia. O problema está no exercício do arbítrio que essa posição confere à empresa (Fundamentos da defesa econômica. *Revista de Estudos Econômicos da Construção*, n. 1, 1996, p. 29). Lúcia Helena Salgado assinala que “a coibição do abuso de posição dominante é um dos aspectos modernos da legislação antitruste, uma vez que é reconhecida a existência e a normalidade de posições dominantes de mercado, embora não seja tolerado seu abuso” (*op. cit.*, p. 5).

19 As expressões *poder econômico*, empregada na legislação brasileira, e *posição dominante*, utilizada na legislação comunitária européia, possuem o mesmo sentido.

A regulação de estrutura

“visa monitorar a configuração dos mercados, através do controle de aquisições, fusões e acordos entre empresas e a quebra de monopólios através da imposição do desmembramento de empresas. Às fusões e aquisições é atribuída, normalmente, uma série de benefícios: redução de custos, aumento de eficiência de gerência, geração de economias de escala e de escopo.”

O controle de estrutura preocupa-se mais com o grau de concentração econômica do mercado, evitando-se, assim, a formação de estruturas concentradas.²⁰ Desse modo, as aquisições e fusões de empresas passam a ser vigiadas, controladas e muitas das vezes até vetadas pelos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência. Esse tipo de controle preocupado com a formação dos monopólios e dos oligopólios é mais difundido no direito antitruste americano.

Comparando-se os dois sistemas, percebe-se que, enquanto na regulação de condutas o controle se dá *a posteriori*, na regulação de estruturas o controle é *a priori* (preventivo), visto que se busca evitar um aumento do grau de concentração no mercado e, conseqüentemente, o estabelecimento de posições dominantes no mercado.

No momento, existe uma tendência a se empregar mais a regulação de conduta. Tratando do tema, Elizabeth Farina, professora da FEA/USP, afirma:

20 Segundo Mário Luiz Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé, “outro foco importante das políticas antitruste é a ação sobre a estrutura dos mercados. O intuito nesse caso é procurar “cortar o mal pela raiz”, evitando principalmente a constituição de estruturas de oferta concentradas, que se supõe, como já observado, sejam originadoras de um poder maior de mercado por parte das empresas líderes e de estímulos para condutas não competitivas. Para isto, os principais instrumentos utilizados são o controle sobre fusões e a quebra de monopólios através da imposição do desmembramento de empresas” (Política antitruste: um enfoque Schumpeteriano. *Revista de Estudos Econômicos da Construção*, n. 1, 1996, p. 6).

“As leis antitruste podem enfrentar as conseqüências do poder de monopólio de duas maneiras: i) aproximando a *estrutura* de mercado às características competitivas de forma a aumentar a probabilidade de emergência de condutas e desempenhos desejados, mais ou menos automaticamente; e ii) inibindo ou proibindo certos tipos indesejáveis de *conduta* das firmas.

Há uma tendência atual para que esta segunda modalidade de ação prevaleça, o que se tem refletido inclusive na denominação das leis, que passam a se chamar leis de defesa da concorrência ou leis de justo comércio [...] o controle das estruturas está sujeito a grandes dificuldades e, de fato, não tem logrado evitar o aumento da concentração, nem mesmo na economia norte-americana, restaria o controle da conduta das firmas. É nesse sentido que em vários países é adotada uma postura de defesa da concorrência ou do justo comércio, atribuindo-se um papel secundário para as ações antitruste.”²¹

Em outro estudo, a citada autora acrescenta:

“Existe uma tendência a dar importância cada vez maior ao controle das condutas que visem a eliminar a concorrência, em vez de promover a intervenção direta nas estruturas de mercado (grau de concentração, tamanho absoluto das empresas). As políticas anti-fusões perdem espaço para as políticas de justo comércio, o que reflete o reconhecimento de que a busca da eficiência é, na maioria das vezes, incompatível com um mercado pulverizado.”²²

21 FARINA, Elizabeth M.M.Q. Desregulamentação e poder econômico – Teoria e prática. *Revista de Economia Política*, n. 55, p. 86, 1994.

22 FARINA, Elizabeth M.M.Q. Fundamentos da defesa econômica. *Revista de Estudos Econômicos da Construção*, n. 1, 1996, p. 31.

A legislação concorrencial brasileira optou por adotar um sistema misto, ou seja, exerce tanto controle de estruturas como controle de condutas. A regulação de estruturas está expressa no art. 54 da Lei n. 8.884/94, enquanto a regulação de condutas está contida nos arts. 20 e 21.²³

23 *Regulação de estruturas* ⇒ art. 54 da Lei n. 8.884/94 ⇒ *controle dos atos de concentração* ⇒ “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. § 1º: O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições: I – tenham por objetivo, *cumulada ou alternativamente*: aumentar a produtividade; melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços; IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. § 2º: Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos das três condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.” *Regulação de condutas* ⇒ arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 ⇒ *controle das condutas abusivas* ⇒ “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II. § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.”

7 PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

7.1 Da competência do sistema de defesa da concorrência

Antes de se analisar as possíveis formas de participação do sistema de defesa da concorrência no contexto do Programa Nacional de Desestatização, é necessário abordar a questão referente à competência daquele sistema para apreciar os atos de concentração decorrentes da privatização.

Dois são os posicionamentos: um que é contrário à participação dos órgãos da concorrência nas privatizações, já que faltaria aos referidos órgãos competência legal para apreciação do tema, e outro que considera o Cade, a SDE e a SEAE competentes para análise dos atos de concentração decorrentes de privatização.

A corrente que sustenta a tese²⁴ de que o sistema de defesa da concorrência não possui competência legal para realização de um controle dos atos de concentração decorrentes da privatização argumenta o seguinte:

24 Esta corrente é representada pelos ilustres advogados Onofre Carlos de Arruda Sampaio, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José Carlos Magalhães. Onofre Carlos Arruda Sampaio entende que “a lei que criou o PND (Lei Federal n. 8.031, de 12 de abril de 1990) é uma lei especial que dispõe sobre todos os aspectos relevantes do processo de privatização.” Nessa lei, segundo Arruda Sampaio, “não há previsão de que os atos devam ser submetidos ao Cade, sendo lei especial, suas disposições prevalecem sobre aquelas da Lei 8.884/94, que tratam da matéria da concorrência no seu âmbito geral [...] não havendo disposição determinando a submissão ao Cade na Lei n. 8.031/90, apenas se houvesse uma disposição específica na Lei n. 8.884/94, estabelecendo que as operações de privatização deveriam ser revistas pelo Cade, é que poderia sustentar tal dever/poder do órgão” (*Gazeta Mercantil*). Tércio Sampaio Ferraz Júnior assinala que “com a legislação vigente não é possível o Cade desfazer uma privatização. A Lei n. 8.031/90 (PND) tem um processo especial de venda que se legitima desde que cumpridos os trâmites previstos, o que não é o caso da legislação atual, de se submeter as privatizações ao Cade [...]. Uma das razões para essa interpretação é que uma das partes envolvidas em um processo de privatização é o fundo que a Lei n. 8.031/90 estabelece e atrás dele está a própria União. É extremamente complicado lidar e examinar uma operação

- a) que a lei de Desestatização é especial em relação à Lei n. 8.884/94;
- b) que a lei de Desestatização não prevê que os atos decorrentes da privatização devam ser submetidos ao Cade;
- c) que falta à Lei n. 8.884/94 dispositivo específico que estabeleça que os atos de concentração decorrentes das privatizações sejam analisados pelo Cade;
- d) que o processo de privatização é um processo especial de venda que se legitima desde que cumpridos os trâmites previstos;
- e) que a União está envolvida no processo de privatização, motivo determinante para excluir a competência do Cade;
- f) que o Cade não pode anular um leilão de privatização;

Uma análise percuente das alegações acima nos motiva a dissentir da tese que nega competência legal aos órgãos do sistema de defesa da concorrência.

Inicialmente, é oportuno frisar que a competência daquele sistema tem seu *fundamento de validade retirado diretamente da própria Constituição*, que resguarda o princípio constitucional econômico da livre concorrência.²⁵ O fato de a Lei de Desestatização ser considerada especial em

de compra e venda em que do outro lado está a União obrigada a um processo que a lei lhe determinou. Não dá para confundir os dois processos, eles são distintos, quando o legislador previu os trâmites da privatização, com razão, não estabeleceu isso. Mesmo se o governo quisesse submeter às privatizações ao Cade, ele tinha que criar um processo especial, e não igual ao que se submetem outras empresas, porque as partes do art. 54 da Lei n. 8.884/94 são diferentes” (*Gazeta Mercantil*). José Carlos Magalhães também entende que “a lei do PND é especial e regula inteiramente o processo de privatização. Para ele, a lei geral (8.884/94) não revoga a lei especial. Esse é um princípio que está na Lei de Introdução ao Código Civil. Como o processo de privatização inclui um leilão, nele deve haver previsão de que os proponentes devem estar previamente autorizados pelo Cade. Se essa não existir, certamente o Cade não pode posteriormente anular o leilão. Se eu participo de um leilão preparado pelo governo e cumpro todas as exigências e depois de tudo feito vem um órgão do próprio governo e diz que não dá para aprovar a operação porque se estabeleceu uma concentração em um mercado” (*Gazeta Mercantil*).

25 Art. 170, inciso IV, e art. 173, § 4º, ambos da Constituição Federal.

relação à lei n. 8884/94 é irrelevante para se verificar a competência legal ou não do Cade, SDE e SEAE na análise dos atos de concentração advindos da privatização. Isso porque não há qualquer antinomia (contradição ou oposição) entre aquelas leis; ao contrário, elas se complementam e se harmonizam. Nesse aspecto, basta ver que a ampliação da competitividade da economia brasileira e a democratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas constituem dois dos objetivos fundamentais da Lei de Desestatização.

Em suma, o argumento da lei especial somente seria válido se houvesse uma incompatibilidade entre a Lei de Desestatização e a Lei de Proteção da Concorrência, o que não há.

A não-previsibilidade, pela Lei de Desestatização, de que os atos de concentração advindos da privatização sejam submetidos ao Cade não cria óbice para que aquela autarquia aprecie aqueles atos. O fato de as normas de Direito Econômico regular a atividade econômica sob o prisma macrojurídico²⁶ faz com que elas tenham uma característica toda especial, de modo a permitir uma sobreposição dessas normas a outras que regulem situações microjurídicas. A razão para isto está na proteção do interesse social a ser buscado pelas normas de Direito Econômico. O que foi dito pode ser melhor compreendido no caso de fusões entre empresas. Tal matéria é regulada tanto pelo Direito Comercial (lei de sociedades anônimas), como pelo Direito Econômico (lei de proteção da concorrência). Todavia, enquanto o Direito Comercial regula a fusão pelo aspecto microjurídico, de modo a atender aos os interesses individuais dos sujeitos envolvidos e a protegê-los naquela relação comercial (no caso, o interesse seria o das empresas), o Direito Econômico regula aquela fusão sob a ótica macrojurídica, com a finalidade de resguardar o interesse social (aqui, o interesse resguardar

26 Para o Professor Titular de Direito Econômico da UFMG, João Bosco Leopoldino da Fonseca, "o Direito Econômico se preocupa com a perspectiva macroeconômica. Enfatiza-se a postura do Estado e dos demais intervenientes na condução da política econômica, de modo a captar o alcance coletivo ou transindividual das medidas de política econômica adotadas (*Direito Econômico*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 38).

dado não seria mais o das empresas envolvidas na fusão, mas sim o da coletividade).

Assim, ainda que uma determinada fusão seja feita em conformidade com a regulação microjurídica estabelecida pela lei de sociedades anônimas, essa mesma fusão pode ser vedada pela regulação macrojurídica da lei de proteção da concorrência se ela, por exemplo, não trouxer benefícios para o consumidor, para o mercado, para a liberdade de iniciativa, para a concorrência, ou seja, se ela não atender ao interesse da coletividade. Tem-se aí um exemplo claro da sobreposição da norma de Direito Econômico em relação a uma norma de outro ramo do Direito.

Diante do que foi dito, verifica-se que o fato de a Lei de Desestatização não prever a apreciação pelo Cade²⁷ é irrelevante, à medida que para os casos de concentração decorrentes da privatização existe a possibilidade de se fazer uma regulação macrojurídica, com base no art. 54 da lei de proteção da concorrência. Pois aqui, o que se leva em conta não é o interesse de quem privatiza (governo) ou de quem adquire (empresário, grupos econômicos, etc.), mas, sim, o interesse da coletividade.

No que pertine ao argumento de que falta à Lei n. 8.884/94 dispositivo específico que estabeleça que os atos de concentração decorrentes das privatizações sejam analisados pelo Cade, importa dizer que a ausência dessa previsão legal específica é irrelevante, pois, se um deles puder limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes, deverá ser ele, de acordo com o art. 54²⁸ da Lei n. 8.884/94, submetido à apreciação do Cade.

27 É válido lembrar que a lei de sociedades anônimas, que é especial, não possui nenhuma disposição legal expressa que determine apreciação pelo Cade das fusões ali reguladas, mas, mesmo assim, aquelas fusões foram e são submetidas àquele órgão de defesa da concorrência sem que haja qualquer objeção por parte da doutrina. É de se estranhar, pois, que no caso da Lei de Desestatização alguns doutrinadores exijam uma disposição legal expressa, que determine a apreciação dos atos de concentração advindos de privatização, para que o Cade tenha competência legal para analisar os referidos atos de concentração.

28 Art. 54. "Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade."

O argumento de que a privatização é um processo especial de venda que se legitima desde que cumpridos os trâmites previstos pode ser contrariado pelo fato de que a eficácia dos atos de concentração decorrentes de privatização fica condicionada à sua aprovação pelo Cade.²⁹ Vale lembrar que o fato de a Lei de Desestatização possibilitar a aquisição de uma empresa estatal por parte de empresas privadas, grupos econômicos ou consórcio de empresas não garante às partes envolvidas nesse processo privatização (governo e particulares), que aquele ato de concentração não possa vir a ser desconstituído pelo Cade, pois, no caso da privatização, coexiste tanto uma regulação microjurídica feita pela Lei de Desestatização e uma macrojurídica feita pela lei de Proteção da Concorrência. Destarte, ainda que a concentração tenha sido feita em consonância com a Lei de Desestatização e com o edital do leilão de privatização, poderá ser ela desconstituída pelo Cade, caso se verifique que aquela concentração não atendeu às condições estabelecidas no art. 54 da Lei de Proteção da Concorrência. O fato de a União estar envolvida no processo de privatização não é motivo determinante para excluir a competência do Cade, pois a lei de Proteção da Concorrência também se aplica à União.³⁰

29 Decreto n. 1.204/94, que regula a Lei de Desestatização, prevê em seu art. 48 que “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 n. 884/94, de 11 de junho de 1994”.

30 A esse respeito, o art. 15 da Lei n. 8.884/94 assinala o seguinte: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.” Afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca que “é importante ainda ressaltar que o legislador não exclui as situações de monopólio legal, em que poderá haver situações de abuso que deverão ser coibidas, sob pena de ocasionar-se lesão à ordem econômica. O art. 177 da Constituição Federal enumera as situações de monopólio da União, quer o do petróleo, quer o de seu transporte marítimo, quer o relativo a minérios e minerais nucleares. Essa situação de monopólio pode dar ocasião ao cometimento de infrações contra a ordem econômica. A Lei n. 884/94 aplica-se a essa situação” (*Lei de proteção da concorrência – Comentários à lei Antitruste*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 81).

Contestados, pois, todos os argumentos contrários à participação do sistema de defesa da concorrência nos casos de concentração decorrentes da privatização, passa-se à análise da corrente doutrinária favorável àquela participação. Esse posicionamento pode ser representado por Isabel Vaz, Calixto Salomão Filho, Marusa Freire Vasconcelos.

Isabel Vaz, Professora de Direito Econômico da UFMG, ressalta que

“é conveniente lembrar que os órgãos de defesa da concorrência possuem competência constitucional e legal para conhecer e analisar os atos de concentração que acarretem domínio de mercado. Quer isto dizer que a composição acionária das empresas resultante da privatização deve submeter-se ao julgamento do Cade, que poderá determinar sua alteração.”³¹

Salomão Calixto Filho, Professor de Direito Comercial na USP, ao se posicionar contrariamente aos argumentos que sustentam a inexistência de fundamento jurídico para o controle concorrencial das privatizações, faz a seguinte afirmação:

“Os argumentos, apesar da respeitabilidade de quem os sustenta, não convencem. As razões para isso se multiplicam. A primeira delas, singela, mas de profunda autoridade em função da fonte da qual provém, decorre de uma peculiaridade constitucional. A defesa da concorrência na Constituição está consagrada em seu art. 173, § 4º, onde, no clássico refrão, está previsto que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Ocorre que esse dispositivo regula, como demonstra o *caput (sic)*, a exploração direta da

31 VAZ, Isabel. Anotações de aula do curso de mestrado de Direito Econômico na Faculdade de Direito da UFMG.

atividade econômica pelo Estado e não pelos particulares, aos quais, pelo menos à primeira vista, o direito concorrencial mais diretamente se destina. Ora, se assim é, não há que se falar em impossibilidade de aplicação da lei concorrencial às privatizações. Desde que tais empresas exerçam ou venham a exercer atividade econômica sob o regime de mercado, seja o vendedor agente privado, seja estatal, sua conduta e as transferências de seu controle acionário sujeitam-se às leis concorrenciais. Inaceitável é o argumento simplista de que a lei concorrencial, sendo lei geral, não se aplicaria às privatizações, reguladas por lei especial. Em primeiro lugar, porque o art. 15 da lei concorrencial, além de prever a aplicação da lei a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, acrescenta que isso ocorrerá, mesmo que estas exerçam atividade sob regime de monopólio legal, refrão que se encaixa como em muitas das empresas estatais a serem privatizadas. Mas não é só. Na verdade a própria lei de privatizações (Lei n. 8.031/90, que institui o Programa Nacional de Desestatização), invocada para defender a tese de que o direito concorrencial não seria aplicável às privatizações, é a maior prova da necessidade dessa aplicação. Em primeiro lugar, porque expressamente inclui entre os objetivos do Programa Nacional de Desestatização, a melhoria do bem-estar social e a modernização do parque industrial brasileiro por meio do aumento de sua competitividade. Evidentemente, esses objetivos não podem ser atingidos pela criação de monopólios privados, em desrespeito aos princípios concorrenciais contidos na Constituição e que a lei apenas pode reproduzir. Foi em função desses princípios que o normativo regulamentador da lei de privatizações, o Decreto n. 1.204/94, previu expressamente a submissão à Secretária de Direito Econômico de todo e qualquer ato relativo às privatizações que possa ter impacto concorrencial (art. 48).³²

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. As privatizações e o direito concorrencial. *Gazeta Mercantil*, 26/4/97.

Para Marusa Vasconcelos Freire, Procuradora-Geral do Cade, a aplicabilidade das normas de defesa da concorrência no processo de privatização é decorrência dos mandamentos constitucionais para participação daquela autarquia no processo de privatização.³³

7.2 Formas de atuação do sistema de defesa da concorrência

O Cade, a SEAE e a SDE possuem um importante papel no processo de privatização, na medida em que a transferência de empresas estatais para a iniciativa privada pode alterar a estrutura do mercado, com possíveis efeitos nocivos para a concorrência, seja pela integração de empresas (na forma vertical ou horizontal), seja pela integração de conglomerados. Diante disso, faz-se necessário saber como seria a atuação do sistema de defesa da concorrência nas privatizações. Ressalte-se que a participação pode ser feita de duas maneiras: *a priori* e *a posteriori*.³⁴

33 A atuação do Cade diante da desestatização. Brasília: Cade. *Revista de Direito Econômico*, n. 23. abr./jun. 1996.

34 Ambas as maneiras de atuação estão ligadas à forma de regulação de estrutura, pois o que se pretende é evitar um aumento do grau de concentração no mercado. No caso específico, da privatização, já que esta possibilita, às vezes, a transferência de um monopólio público para a iniciativa privada e ante o alto grau de concentração existente na economia brasileira, parece-nos ser perfeitamente válida a idéia de se preferir o controle de estrutura ao controle de conduta, visto que o primeiro pode evitar, de maneira preventiva, a ocorrência de efeitos prejudiciais à livre concorrência. Ademais, frise-se que o sistema de defesa de concorrência ainda não tem condições de exercer um monitoramento contínuo e permanente sobre o mercado brasileiro. Com isto percebe-se como seria complicado exercer um controle de condutas efetivo e eficiente. Posição contrária à nossa, é a do editorial econômico do Estado de São Paulo, para o qual "a privatização pode conduzir a abusos do poder econômico na definição estrita da lei. A solução adequada para esse problema não é o Cade intervir antes de completar-se a privatização – o que lhe daria o enorme poder de impedir privatizações –, mas sim proceder a uma fiscalização posterior para saber se está havendo ou não abuso do poder econômico" (*Estado de S. Paulo*, 2 de janeiro de 1997, Caderno Economia).

a) *a priori*, ou seja, atuando desde o início do processo de privatização, em interação com a comissão diretora do PND e do BNDES, monitorando e orientando toda a privatização, de modo que seja evitada a ocorrência de lesões ao princípio constitucional econômico da livre concorrência e aos objetivos do PND – maior competitividade do parque industrial nacional e democratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas;

b) *a posteriori*, isto é, exercendo um controle dos atos de concentração advindos da privatização, de modo a verificar se eles atendem aos requisitos do art. 54 da Lei n. 8.884/94 e aos objetivos da Lei n. 8.031/90.

8 A ATUAL PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS PRIVATIZAÇÕES

O Sistema de Defesa da Concorrência vem participando do PND³⁵ através da realização do controle – *a posteriori* – dos atos de concentração que envolvam empresas relacionadas no processo de privatização. Com isso, a análise dos impactos sobre a concorrência somente vem sendo realizada depois que o processo de privatização já se efetivou. Assim, constata-se que a análise *a priori* não vem sendo feita, o que é ruim, pois sem ela aumenta-se a possibilidade de haver alguma decisão que determine a desconstituição de um ato de concentração decorrente da privatização.

35 Segundo o relatório do Cade, “a atual participação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresenta quatro problemas principais: análise dos impactos sobre a concorrência é realizada *a posteriori*, elevando riscos de custos elevados de eventual desconstituição; a ausência de análise *a priori* impede o aprimoramento da modelagem de venda com a incorporação da dimensão concorrencial; a ambigüidade da legislação causa insegurança jurídica, gerando incerteza e desvalorizando os ativos públicos; mesmo com o progresso contido através da Resolução n. 5, o tempo requerido para exame de Atos de Concentração ainda é demasiadamente longo, considerando o caráter prioritário do Programa de Desestatização”.

Isso pode ser explicado pelos seguintes motivos:

a) pela falta de interação entre os órgãos responsáveis pela política econômica de privatização (Comissão Diretora do PND, BNDES) e aqueles encarregados de promover a defesa da concorrência (Cade, SDE, SEAE);³⁶

b) pela falta de uma previsão legal no PND que determine uma participação prévia de um dos órgãos do sistema de defesa da concorrência (Cade, SDE ou SEAE) no processo de privatização;³⁷

c) pela ausência de mecanismos formais na Lei n. 8.031/90, de verificação do atendimento dos requisitos estabelecidos no art. 54 da Lei de Proteção da Concorrência;³⁸

d) pela premissa de que um controle *a posteriori* seja mais satisfatório do que um controle prévio,³⁹ já que, desse modo, não haveria o risco de que o processo de privatização fosse retardado ou paralisado.

36 A falta de interação entre a Comissão Diretora do PND, BNDES e Cade, SDE e SEAE pode ser percebida pela inexistência de um estudo ou de uma análise sobre o impacto que pode ser causado pela privatização de uma determinada empresa nas estruturas do mercado, principalmente, no âmbito da concorrência.

37 Ressalte-se que a disposição legal que determina a participação de um Conselheiro do Cade, em caráter permanente, nas reuniões da Comissão Diretora (Decreto n. 1.204/94, art. 8º, § 4º, alínea d) é inócua, uma vez que o Conselheiro, além de não possuir direito a voto, não possui a prerrogativa legal de representar o Cade. Frise-se que as decisões do Cade são tomadas por um órgão colegiado.

38 A inoportunidade de mecanismos formais na Lei n. 8.031/90 que visem atender aos requisitos estabelecidos na Lei de Proteção da Concorrência vem contribuindo, segundo Nuno T. Carvalho, para que seja estabelecida “a convicção de que os atos de concentração não podem ou não precisam ser analisados pelo Cade, isto porque: a) as empresas privatizadas, em sua maioria, já detinham posição dominante, não havendo motivo para a realização de uma nova análise a respeito do domínio do mercado; b) a aquisição de uma empresa privatizada é feita em conformidade com as regras estabelecidas pela Lei n. 8.031/90 e pelo edital de privatização, o que já pressupõe a legalidade de tal ato de concentração, em outras palavras, a simples admissão ao leilão já pressupõe uma autorização do Estado para aquele ato de concentração” (*A concentração de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, p. 213, 1995).

39 Contrária a essa idéia, Neide Malard assinala que “outra questão a ser considerada diz respeito ao momento em que as medidas de natureza concorrencial devam ser tomadas pela autoridade reguladora. O ideal seria a reestruturação do setor ou da empresa antes da privatização, evitando-se, assim, a consolidação de situações de fato e de direito que tragam prejuízo à concorrência.

Essa última premissa é falaciosa, na medida em que a atuação prévia do sistema de defesa da concorrência poderia ser feita paralelamente ao processo de privatização. Ademais, vale ressaltar que o processo de privatização vem durando em média dois anos e quatro meses,⁴⁰ o que demonstra, pois, a viabilidade e a possibilidade de uma participação prévia. Nesse sentido, ver tabela a seguir:

O monopólio em bloco dificulta a concorrência potencial, pois a empresa monopolista pode estar controlando matérias-primas e serviços que desencorajaria qualquer concorrente potencial. Por outro lado, os esquemas de transição da passagem do monopólio para o regime concorrencial podem ser onerosos e levar tempo, com prejuízo para o próprio setor da coletividade. [...] Assim, a desintegração vertical do monopólio pode ser uma solução concorrencial anterior ao processo de privatização. A empresa pode ser desintegrada, separando-se as atividades que podem ser submetidas à concorrência, sujeitas, portanto, às leis de mercado, daquelas que devem operar sob o regime de "monopólio" (Transcrições da Palestra proferida no Cade durante o curso de estágio, em janeiro de 1997).

40 Este prazo refere-se somente as empresas privatizadas que tiveram sua alienação submetida ao Cade, SDE e SEAE. Se considerarmos as outras empresas privatizadas, o prazo será de dois anos e onze meses.

Prazo de duração do processo de privatização das empresas que tiveram o ato de concentração submetido ao CADE, SDE E SEAE.

EMPRESA	DECRETO E DATA DA INCLUSÃO NO PND	SIGLA DA EMPRESA	SETOR DE ATIVIDADE	DATA DA PRIVATIZAÇÃO	PRAZO P/ REALIZ. PRIVAT.	PRAZO MÉDIO P/ REALIZ. PRIVAT.
Mineração Caraíba Ltda.	N. 99.464 de 16/8/90	CARAÍBA	Mineração de Cobre	Julho 1994	47 meses	28 meses
Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais	N. 99.464 de 16/8/90	USIMINAS	Siderurgia integrada	Outubro 1991	14 meses	28 meses
Cia. Nacional de Alcalis	N. 99.666 de 1/11/90	ÁLCALIS	Química/Alcalis	Julho 1992	20 meses	28 meses
Polioléfinas S/A	Decreto s/n. de 5/3/91	POLIOLEFINAS	Petroquímica	Março 1993	24 meses	28 meses
Companhia Brasileira de Estireno S/A	Decreto s/n. de 5/3/91	CBE	Petroquímica	Dezembro 1992	21 meses	28 meses
Companhia Siderúrgica Nacional	N. 424 de 16/1/92	CSN	Siderurgia Integrada	Abril 1993	16 meses	28 meses
Polisul Petroquímica S/A	N. 99.464 de 16/8/90	POLISUL	Petroquímica	Setembro 1992	25 meses	28 meses
Nitriflex S/A Indústria e Comércio	N. 99.666 de 1/11/90	NITRIFLEX	Petroquímica	Agosto 1992	21 meses	28 meses
Companhia de Aços Especiais de Itabira	Decreto s/n. de 5/3/91	ACESITA	Siderurgia Integrada	Dezembro 1992	21 meses	28 meses
Companhia Industrial de Polipropileno S/A	N. 99.464 de 16/8/90	PPH	Petroquímica	Setembro 1992	25 meses	28 meses
Aço Minas Gerais S/A	N. 426 de 16/1/92	AÇOMINAS	Siderurgia Integrada	Setembro 1993	20 meses	28 meses
Companhia Siderúrgica Paulista	N. 426 de 16/1/92	COSIPA	Siderurgia Integrada	Agosto 1993	19 meses	28 meses
Fertilizantes fosfatados S/A	N. 99.523 de 11/9/90	FOSFÉRTIL	Fertilizantes fosfatados	Agosto 1992	23 meses	28 meses
Ultrafertil S/A Ind. E Com. de Fertilizantes	N. 99.523 de 11/9/90	ULTRAFÉRTIL	Fertilizantes Nitrogenados e Fosfatados	Junho 1993	33 meses	28 meses
Petroflex Indústria e Comércio S/A	N. 99.666 de 1/11/90	PETROFLEX	Petroquímicas/ Elastômeros	Abril 1992	17 meses	28 meses
Ferrovia Centro-Atlântica	N. 473 de 10/3/92	RFFSA	Transporte ferroviário	Março 1996	48 meses	28 meses
Malha Sudeste	N. 473 de 10/3/92	MALHA OESTE	Transporte ferroviário	Setembro 1996	54 meses	28 meses
Ferrovia Sul-Atlântica	N. 473 de 10/3/92	RFFSA SUDES TE	Transporte ferroviário	Dezembro 1996	57 meses	28 meses

9 CRÍTICAS À ATUAL PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS PROCESSOS DE PRIVATIZAÇÃO E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

As duas principais críticas à participação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no processo de privatização se resumem ao fato de que:

a) a sua atuação está restrita a um controle *a posteriori* do ato de concentração;⁴¹ b) o controle *a posteriori* vem sendo feito de modo extremamente moroso pela SDE, SEAE e Cade, o que se percebe quando se verifica que a instrução dos casos vem levando em média dois anos e seis meses.⁴²

Nesse sentido, ver tabela a seguir:

41 Neste caso, pode-se relevar o papel exercido pelo Cade, SDE e SEAE, já que a realização de um controle prévio dependeria, em muito, de maior boa vontade e colaboração da Comissão Diretora do PND e do BNDES.

42 No que pertine à morosidade do controle *a posteriori*, não há desculpa, pois é inconcebível que o prazo de instrução dos atos de concentração leve em média dois anos e seis meses. Frise-se que a demora na instrução dos processos vem ocorrendo mais na SDE. Exime-se, aqui, a responsabilidade do Cade e da SEAE.

Posição dos atos de concentração envolvendo empresas relacionadas ao processo de privatização – Fevereiro 1997

EMPRESA	DATA DA PRIVATIZAÇÃO	INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NA SDE	PRAZO ENTRE PRIVAT. E INSTAU. DO PROCESSO	INSTAUR. DO PROC. NO CADE	MOVIMENTAÇÃO	PRAZO DE INSTRUÇÃO
Caraíba Metais/	Julho de 1994	13/12/94 08000.025541/94-98	5 meses	AC 029/95	Aguardando Parecer da SDE/ SEAE	26 meses
Mineração Caraíba					Aguardando Parecer da SDE/ SEAE	
Copesul	Maior de 1992	14/10/94 08000.020252/94-93	29 meses	AC 054/95	Aguardando Parecer da SDE/ SEAE	28 meses
Cia. Nacional de Álcals	Julho de 1992	14/10/94 08000.020256/94-44	27 meses		Aguardando Parecer da SDE/ SEAE	28 meses
Polioléfinas	Março de 1993	14/10/94 08000.020253/94-56	19 meses		Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
CBE	Dezembro de 1992	14/10/94 08000.020254/94-19	22 meses		Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
CSN	Abri de 1993	14/10/94 08000.020255/94-81	18 meses		Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
Polisul	Setembro de 1992	14/10/94 08000.020257/94-32	25 meses		Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
Nitriflex	Agosto de 1992	14/10/94 08000.020257/94-15	26 meses	AC 069/96	Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
Acesita	Outubro de 1992	14/10/94 08000.020258/94-84	24 meses	AC 070/96 AC 112/97 AC 113/97	Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
PPH	Setembro de 1992	14/10/94 08000.020261/94-84	25 meses		Aguardando Parecer da SDE/SEAE	28 meses
Usiminas	Outubro de 1991	13/9/93 08000.015932/94-59 (julgado)	23 meses	AC 002/94 04/06/96	Devolvido à SDE por decurso de prazo	37 meses
Cosipa	Agosto de 1993	13/9/93 08000.015932/94-59 (julgado)	23 meses		Devolvido à SDE por decurso de prazo	37 meses
Fosfertil	Agosto de 1992	1/7/94	23 meses		Concluso ao Conselho Relator	31 meses

EMPRESA	DATA DA PRIVATIZAÇÃO	INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NA SDE	PRAZO ENTRE PRIVAT. E INSTAU. DO PROCESSO	INSTAUR. DO PROC. NO CADE	MOVIMENTAÇÃO	PRAZO DE INSTRUÇÃO
Ultrafertil	Junho de 1993	1/7/94	13 meses	AC 002/94 4/6/96	Concluso ao Conselheiro Relator	31 meses
Petroflex	Abril de 1992	18/6/93	14 meses	AC 0060/95 17/11/95	Concluso ao Conselheiro Relator	44 meses
Ferrovia Centro-Atlântica	Junho de 1996	7/8/96	2 meses	AC 0095/96	Aguardando Parecer da SDE/SEAE	6 meses
Malha Sudeste	Setembro de 1996	30/2/96	3 meses	AC 0108/96	Aguardando Parecer da SDE/SEAE	2 meses
Ferrovia Sul-Atlântica	Dezembro de 1996	14/1/97	1 mês	AC 0115/97	Aguardando Parecer da SDE/SEAE	1 mês

Fonte: Cade/BNDES/SDE.

As conseqüências desse controle repressivo – excessivamente moroso – são extremamente prejudiciais tanto para o Sistema de Defesa da Concorrência (principalmente para o Cade)⁴³ quanto para o Governo e, principalmente, para o mercado brasileiro.⁴⁴ Para o sistema de defesa da concor-

43 Como o Cade é o último órgão do sistema de defesa da concorrência a se manifestar, isto gera a idéia de que a demora em se analisar os atos de concentração advindos do processo de privatização seja por culpa exclusiva desse órgão, quando não é verdade, pois, conforme já foi frisado, a responsabilidade pela morosidade da instrução dos processos dos atos de concentração é da SDE.

44 Para o Conselheiro do Cade, Antônio Fonseca, a morosidade da análise dos atos de concentração “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 sistema e propicia o desenvolvimento de práticas de corrupção no âmbito desse sistema” (*Proposta de simplificação dos atos de concentração decorrentes de projeto de privatização*).

rência, o principal problema é o fato de que, depois de realizada a privatização, a sua atuação – não em tese, mas na prática – fica muito limitada, pois não é muito racional que após um processo de privatização longo, complexo e custoso venha-se a examinar os aspectos relativos à concorrência para, então, se for o caso, reverter ou desconstituir todo aquele processo.

Para o Governo, o problema seria mais delicado, na medida em que sua política econômica de privatização poderia ser afetada ou até inviabilizada pela atuação dos órgãos do Sistema de Defesa da Concorrência.⁴⁵ Por outro lado, a decisão de impor um processo de privatização sem se preocupar com a concorrência gera um esvaziamento e um descrédito do funcionamento das instituições encarregadas da defesa da concorrência.

Por fim, o mercado ficaria prejudicado na medida em que os processos de privatização podem gerar sérios problemas concorrenciais (por exemplo, criação de monopólios privados)⁴⁶ que, quando examinados pelo Cade, já estariam consumados,⁴⁷ o que dificultaria a reversão à situação anterior.

10 HARMONIZAÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA DE CONCORRÊNCIA COM A DE PRIVATIZAÇÃO DAS VÁRIAS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA

Visando demonstrar quais seriam algumas das maneiras possíveis de se efetivar a harmonização das políticas econômicas de privatização e con-

45 Para Isabel Vaz, “o Cade é competente para ordenar a modificação da estrutura de uma empresa após a privatização. Assim, seria muito mais racional e lógico admitir a sua participação prévia no encaminhamento de sugestões do que arriscar-se a ter uma negociação, muitas vezes complexa, desfeita pelo Cade no exercício do dever-poder que lhe cabe de defender a livre concorrência”.

46 Participações no mercado relevante de empresas já privatizadas: Álcalis (100%) Açominas (blocos e tarugos 72%), Acesita (100% dos aços siliciosos e inoxidáveis) e Petroflex (100%). Fonte BNDES.

47 Caso da privatização da Siderúrgica Cosinor, a qual foi adquirida pelo Grupo Gerdau e logo depois foi extinta.

corrência, compilamos algumas sugestões, as quais são acompanhadas de críticas.

1ª sugestão: participação do Presidente do Cade ou de um Conselheiro nas reuniões da comissão diretora do PND, em caráter permanente e com direito a voto.

• Vantagens: **a)** o Cade teria uma participação prévia e um pouco mais efetiva no PND; **b)** haveria um pouco mais de interação entre o Cade e a Comissão Diretora do PND.

• Desvantagens: **a)** a disposição legal (decreto ou regulamento) que viesse a determinar a participação do presidente ou de um conselheiro do Cade, em caráter permanente e com direito a voto, nas reuniões da Comissão Diretora seria inócua, uma vez que este representante não possui, conforme demonstram os art. 8º e 9º da Lei n. 8.884/94, a prerrogativa de representar o Cade no que pertine à apreciação de atos de concentração; **b)** necessidade de alteração das Leis n. 8.031/90 e 8.884/94.

2ª sugestão: Criação de mecanismos legais que determinem: **a)** a participação do Cade no processo de privatização; **b)** que o processo de privatização deve atentar-se para os requisitos do art. 54 da Lei de Proteção de Concorrência.

• Vantagens: **a)** Possibilidade de harmonização da política de privatização com a de concorrência; **b)** fim da dúvida sobre a competência do Cade na apreciação dos atos de concentração.

• Desvantagem: necessidade de alteração da Lei n. 8031/90.

3ª sugestão: Criação de uma resolução pelo Cade, a qual visaria operacionalizar e agilizar o procedimento para uma análise prévia dos atos de concentração decorrentes da privatização.

• Vantagem: **a)** proporcionaria ao Cade uma participação prévia nos processos de privatização.

• Desvantagens: **a)** seria uma decisão interna do Cade, a qual correria o risco de ser inócua, porque poderia ser desconsiderada pela Comissão Diretora do PND e porque, da maneira como se encontra toda disposição legal do PND, dificilmente tal resolução viria permitir ao Cade a realização

de um controle prévio dos atos de concentração; **b)** persistiria a dúvida sobre a competência do Cade na participação da privatização.

4ª sugestão: Criação de uma resolução pelo Cade, a qual visaria operacionalizar e agilizar o controle *a posteriori* dos atos de concentração decorrentes da privatização, dando prioridade à análise dos mesmos.

• Vantagem: daria uma maior agilidade à análise dos atos de concentração advindos da privatização, minorizando, dessa forma, a morosidade do *controle a posteriori*.

• Desvantagem: inicialmente nenhuma, desde que se evite estipular um prazo decadencial⁴⁸ e exíguo para a realização do controle *a posteriori*, pois o Cade não teria condições de analisar um processo complexo, que é a privatização, num prazo de trinta a sessenta dias.

5ª Sugestão: Realização de um relatório de impacto da concorrência.

– Justificativa: a importância de se realizar um relatório de impacto da concorrência funda-se na possibilidade de se ter uma análise prévia da situação ocupada no mercado pela empresa a ser privatizada; com isso, a Comissão Diretora disporia de dados relevantes que possibilitariam adotar qual a melhor forma operacional para realizar a privatização.⁴⁹

• Vantagem: Permitiria analisar previamente os efeitos que a privatização causará nas estruturas do mercado, principalmente, no âmbito da concorrência.

• Desvantagem: Nenhuma.

48 A fixação de um prazo decadencial na época da Lei n. 8158 fez com que vários atos de concentração – ainda que considerados extremamente prejudiciais para a concorrência – fossem aprovados por decurso de prazo. A título de exemplo tem-se o caso Petroflex/Coperbo. Deve-se evitar estabelecer um prazo decadencial, uma vez que este não pode ser suspenso ou interrompido; daí decorre que se uma empresa protelar determinadas informações e documentos poderá ela se beneficiar de tal atitude e, com isso, conseguir a aprovação do ato de concentração em virtude do decurso de prazo.

49 Exemplo: A cisão de uma empresa que possui integração vertical: Companhia Vale do Rio Doce.

6ª Sugestão: Calixto Salomão Filho, professor associado do Departamento de Direito Comercial da USP, formula uma proposta interessante sobre como deveria ser a participação do sistema de defesa da concorrência nos processos de privatização. Sugere ele que,

“afirmada a necessidade de controle das privatizações do ponto de vista concorrencial, cumpre agora verificar a forma de fazê-lo. Para isso, é necessário diferenciar duas hipóteses. A primeira delas é a venda das empresas estatais que detêm monopólio legal ou de fato. Nesse caso é fundamental e imperativo que a própria lei ou regulamento que prevê a forma de transferência da empresa monopolista aos particulares leve em conta o dado concorrencial. É da elaboração da lei, regulamento ou edital que o Cade deve participar. Essa participação é fundamental, pois privatização e concorrência são a tal ponto inseparáveis, que não é sequer possível conceber a primeira sem a Segunda. Sem a participação do Cade no momento da modelagem da forma de privatização, a intervenção posterior do órgão deveria ser profunda, a ponto de virtualmente refazer a privatização pretendida. Seria necessário cindir ou dividir empresas após sua venda. O valor da empresa adquirida demonstrar-se-ia então substancialmente inferior ao valor pago, o que poderia gerar vultosas demandas contra o Estado. Além de fundamental do ponto de vista lógico e negocial, a intervenção do Cade é também juridicamente imperativa, porque leis ou regulamentos que não levem em consideração o aspecto concorrencial padeceriam de grave vício de inconstitucionalidade, em função do art. 173 § 4º, da Constituição Federal. A segunda hipótese é aquela em que a empresa a ser privatizada não detém poder monopolístico, mas posição dominante ou ao menos expressiva no mercado (acima de 20% do mercado relevante). Nesse caso, a privatização deve sujeitar-se pura e simplesmente ao controle do Cade, com base no art. 54 da lei concorrencial. Não há necessidade de nenhuma modelagem concorrencial em lei especial ou no edital, como

na hipótese anterior. O que seria de sugerir nesses casos é que o Cade exercesse também um controle prévio dos atos, como forma de evitar as incertezas jurídicas acima referidas.”⁵⁰

II NOSSAS SUGESTÕES

Partindo do pressuposto de que o ideal seria evitar alterações legais e de que a concorrência seja protegida desde o início da privatização, formulamos duas sugestões que poderiam em muito ajudar na harmonização da política econômica de privatização com a de concorrência.

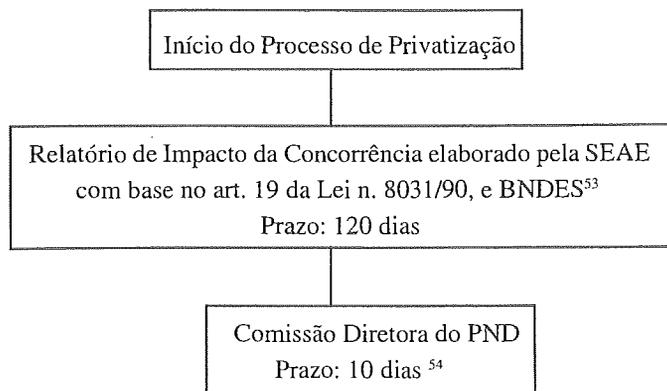
A primeira sugestão⁵¹ recomenda uma interação entre a Comissão Diretora do PND, BNDES e Cade, SEAE e SDE, que se daria da seguinte forma: seria elaborada uma resolução pela Comissão Diretora do PND, a qual disciplinaria a realização de um relatório de impacto da concorrência nos processos de privatização. Tal estudo, que seria meramente opinativo, ficaria a cargo de uma comissão formada por técnicos do BNDES, SEAE e SDE. Cumulado, o Cade formularia uma resolução cujo conteúdo visaria basicamente: **a)** dar prioridade aos atos de concentração advindos de privatização; **b)** dar maior agilidade à análise daqueles atos.

Ressalte-se que o sucesso dessa sugestão está vinculado à elaboração das duas resoluções supracitadas, já que a feitura de uma sem a outra não acarretaria o resultado esperado. Explicando melhor: uma análise prévia do impacto da privatização na concorrência sem um controle posterior ágil e eficaz por parte do Cade de nada adiantaria, pois a dúvida, a insegurança e os efeitos decorrentes da privatização subsistiriam até a decisão daquela autarquia. Por outro lado, pretender dar uma maior celeridade no exame dos atos de concentração sem a feitura de um estudo prévio de impacto da

50 SALOMÃO FILHO, Calixto. As privatizações e o direito concorrencial. *Gazeta Mercantil*, 26/4/97.

concorrência é impor ao Cade uma tarefa impossível de ser cumprida, pois este órgão – atualmente – não tem condições de fazer uma análise de um ato de concentração decorrente de privatização – que é algo extremamente complexo e técnico – num prazo de sessenta ou noventa dias.

A segunda sugestão⁵² já prevê uma participação prévia do Cade no processo de privatização, que se daria da seguinte forma:

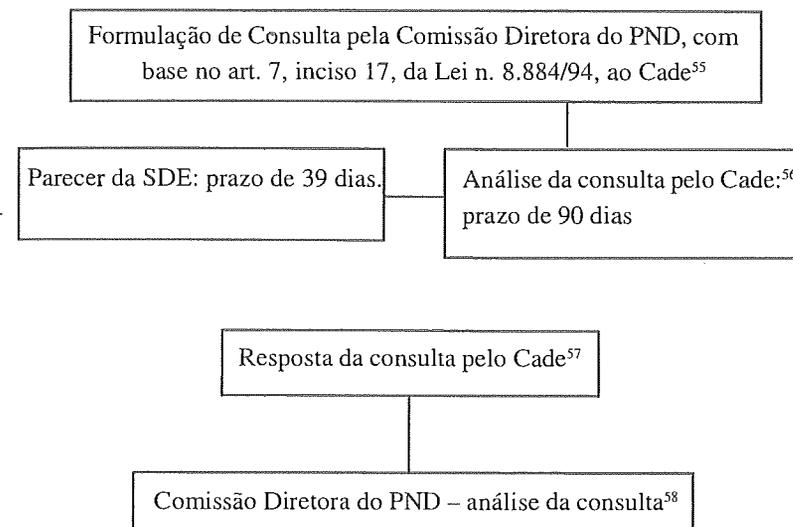


51 Nessa sugestão o Cade não participaria previamente do processo de privatização; isso ficaria por conta da SEAE e SDE.

52 Formulamos esta sugestão a partir do que constatamos: o processo de privatização dura em média dois anos e onze meses; uma empresa nunca foi privatizada em menos de um ano; e o prazo entre o edital de privatização e o leilão na bolsa de valores é superior a oitenta dias. Os prazos estabelecidos no fluxograma são meramente exemplificativos, podendo ser modificados.

53 Inicialmente, consideramos que a SEAE, com fundamento no art. 19 da Lei. n. 8.031/90, e o BNDES poderiam realizar um estudo de impacto da concorrência, ou seja, quando uma empresa viesse a ser incluída no PND, haveria uma avaliação e determinação do mercado relevante ocupado pela empresa, o grau de concentração, o nível de concorrência do mercado, a participação de outras empresas no setor, possíveis compradoras, etc.

54 Elaborado o relatório de impacto da concorrência, seria este encaminhado para apreciação da Comissão Diretora do PND.

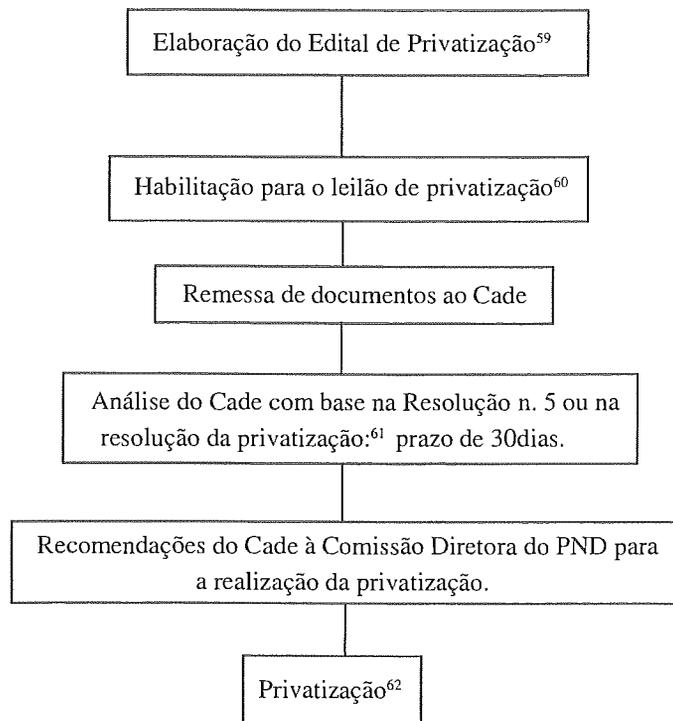


55 Após, a análise desse relatório a Comissão Diretora do PND formularia ao Cade uma consulta (art. 7º, inciso XVII, da Lei n. 8.884/94) sobre as possíveis consequências que a privatização de determinada empresa poderia causar à concorrência.

56 Neste caso, o Cade teria um prazo máximo de noventa dias para dar uma resposta. Nessa fase, também, já haveria o parecer da SDE.

57 Em resposta à Consulta, o Cade poderia fazer algumas recomendações à Comissão Diretora do PND, de modo a que a privatização atendesse aos requisitos do art. 54 da Lei n. 8884/94: a) recomendar determinadas regras que deveriam constar no edital de privatização, de modo a prevenir um alto grau de concentração econômica que possa resultar na dominação de mercados, na eliminação da concorrência e no aumento arbitrário dos lucros; b) sugerir a implementação da modalidade operacional que mais harmonize a política econômica de privatização à de concorrência; c) recomendar o percentual de ações que poderá ser alienado, de modo a evitar efeitos nocivos ao regular funcionamento do mercado.

58 Após, tal fase à comissão Diretora do PND, com base na consulta formulada ao Cade, poderia estabelecer uma série de determinações e regras no edital de privatização, que teriam como principal meta harmonizar a política econômica de privatização à de concorrência.



59 Edital formulado com base nas recomendações elaboradas pelo Cade.

60 O Cade poderia, ainda, atuar no momento da habilitação das empresas para o leilão de privatização, quando esta lhe encaminhariam documentos e as informações relacionadas aos arts. 13 e 14 da Resolução n. 5 do Cade.

61 Nesse caso, o Cade teria um prazo máximo de trinta dias para se manifestar

62 Destarte, após a análise da citada documentação, caso o Cade entendesse que a participação de uma determinada empresa no processo de privatização prejudicaria a livre concorrência, poderia tomar as seguintes providências: a) impugnar sua participação no leilão de privatização; b) determinar o percentual de ações que poderá ser alienado à referida empresa, de modo a evitar os efeitos nocivos ao regular funcionamento do mercado; c) definir as condições que deverão ser asseguradas pela empresa mediante compromisso de desempenho a ser firmado perante o Cade, consoante o art. 58 da Lei n. 8.884/94, após a formalização da alienação.

12 CONCLUSÃO

a) As privatizações estão sendo feitas sem a devida preocupação com a defesa da concorrência;

b) A falta de um controle prévio do processo de privatização, via um estudo de impacto concorrencial, dá margem para o surgimento de vários prejuízos e lesões à concorrência;

c) O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem atuando de modo repressivo, ou seja, por meio de um controle *a posteriori* dos atos de concentração advindos da privatização;

d) O controle repressivo não resguarda em muito a defesa da concorrência, eis que a atuação dos órgãos do sistema de defesa da concorrência fica muito limitada;

e) O controle repressivo vem sendo ineficaz, na medida em que a instrução de um ato de concentração advindo da privatização vem se estendendo, em média, por mais de dois anos;

f) Inexiste uma harmonização da política econômica da privatização com a de concorrência.

13 BIBLIOGRAFIA

- CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- FARINA, Elizabeth M.M.Q. Fundamentos da defesa econômica. *Revista de Estudos Econômicos da Construção*, n. 1, p. 25-38, 1996.
- _____. Desregulamentação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. *Revista de Economia Política*, v. 14, n. 3, p. 78-93, jul./set. 1994.
- FONSECA, Antônio Carlos. *Proposta de simplificação dos atos de concentração decorrentes de projeto de privatização*. Brasília: Cade, fevereiro, 1997.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Lei de proteção da concorrência*. Comentários à lei antitruste. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do Cade diante da desestatização. Brasília: Cade. *Revista de Direito Econômico*, n. 23. abr./jun. 1996.
- POSSAS, Mário Luiz Possas, FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. *Revista de Estudos Econômicos da Construção*, n. 1, p.1-24, 1996.
- SALGADO, Lúcia Helena. Política de concorrência – Tendências recentes e o estado da Arte no Brasil. *IPEA*, texto para discussão n. 385, outubro de 1995.
- VAZ, Isabel. Anotações em sala de aula do Curso de Mestrado de Direito Econômico na Faculdade de Direito da UFMG. 1996.

PERIFERIA E PROBLEMAS URBANÍSTICOS: BELO HORIZONTE E O CASO DO BAIRRO CAPITÃO EDUARDO

Maria Tereza Fonseca Dias*

Sumário

1. Introdução. 2. Características do Bairro Capitão Eduardo. 3. A cidade, a urbanização e a urbanificação. 4. Planejamento urbano e o Plano Diretor de Belo Horizonte: configuração e soluções propostas para urbanificação do bairro Capitão Eduardo. 4.1. Ordenação, ocupação do solo e programa habitacional. 4.2. Criação de equipamentos urbanos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

I INTRODUÇÃO

Com o sentido de compreender-explicar e de estimular ações efetivas no campo do desenvolvimento da cidadania, foi firmado um Convênio de

* Graduada em Direito na UFMG, orientadora de campo da frente "Vilas e Favelas e Organização Popular", do projeto *Pólos Reprodutores de Cidadania* – Convênio: Faculdade de Direito/Coordenadoria de Direitos Humanos e Cidadania da PBH; mestranda em Direito Administrativo na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.