

O Programa Brasileiro de Privatização de Empresas Estatais

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Advogado

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Visão global do tema. III — Noção histórica do intervencionismo estatal. IV — Tratamento constitucional do intervencionismo. V — A intervenção estatal na Constituição de 1988. VI — As primeiras empresas estatais brasileiras. VII — Razões da privatização. VIII — Experiências de privatização em outros países. IX — Fundamentos do Programa Brasileiro de Privatização. X — Comentários à Lei nº 8.031, de 12-4-90. XI — Conclusão.

I — Introdução

A promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, muito embora não tenha criado um novo Estado, teve o condão de trazer algumas inovações com vistas ao retorno da democracia no País.

A posse de um novo governo, eleito diretamente pela maioria do povo brasileiro, completou esse processo de legitimação para a execução de uma série de reformas estruturais necessárias a acabar com a caótica situação financeira que vem massacrando o povo brasileiro.

Dentro desse espírito, várias medidas, tendentes a atacar a galopante inflação, foram editadas, atingindo tanto o particular quanto o Poder público — o chamado PLANO BRASIL NOVO.

Finalmente concluiu-se que não são apenas os preços e os salários os elementos causadores da inflação, mas, sim, o elevadíssimo *deficit* público, que leva o Estado à emissão de moeda, à majoração de tributos e ao endividamento externo e interno.

Somente através de uma ação conjunta, atacando todos esses pontos, é que torna-se viável atingir a meta pretendida. Daí o "pacotão", congelando preços e salários, procurando tornar efetiva a arrecadação dos tributos já existentes e, especialmente, tentando reduzir a máquina estatal, extinguindo órgãos e entidades inúteis ou ineficientes e transferindo outras à iniciativa privada em virtude de não desempenharem um papel típico do Poder público.

A essa transferência para a iniciativa privada de entidades onde o Estado é o titular do comando é que se dá o nome de "privatização", objeto da presente análise.

II — *Visão geral do tema*

Para que se possa entender o real alcance desse processo, é de fundamental importância que se tenha uma razoável noção da estrutura da Administração Pública Brasileira, os aspectos históricos que levaram à criação das empresas estatais, o tratamento constitucional da matéria e, finalmente, os modelos existentes no Direito Comparado que norteiam a experiência brasileira.

III — *Noção histórica do intervencionismo estatal*

A descentralização administrativa surgiu, antes de mais nada, como um instrumento de libertação do estado do formalismo que rege a ação administrativa. A adoção de formas de direito privado na gestão da entidade, na escrituração contábil, na celebração de contratos tornava o Estado infinitamente mais ágil na consecução de seus fins.

Inicialmente, essa descentralização personalizava apenas os serviços públicos prestados pelo Estado. O exercício de atividades econômicas e, conseqüentemente, a produção de riquezas competiam à iniciativa privada, sem que houvesse qualquer ingerência do Poder público. Era o Estado liberal.

A primeira metade do século XX trouxe acontecimentos que desbancaram essa teoria de alheamento do Estado. Sucessivamente, a 1.^a Guerra Mundial, a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a 2.^a Guerra Mundial, todas com graves conseqüências, deixaram clara a necessidade de modificação nessa política, tornando imperiosa a presença do Estado, tanto na economia quanto na área social (obviamente não foi esse o momento do surgimento das empresas estatais, cujas origens remontam à época do mercantilismo — séculos XVI e XVII —, através de empresas coloniais inglesas e holandesas).

Surge o Estado Intervencionista, legitimado a intervir na atividade privada para condicionar o exercício dos direitos a determinados fins sociais. Não se tratava, pois, de um retorno ao absolutismo, cujos princípios não mais se adequavam em relação ao Estado de Direito.

IV — *Tratamento constitucional do intervencionismo*

Coube à Constituição alemã de Weimar, em 1919, desencadear esse processo de maior participação estatal na vida da sociedade. Como assinala A. B. Cotrim Neto, em seu trabalho denominado "A Intervenção do Estado na Economia" — in *Revista de Informação Legislativa* n.º 96, pág. 151 — "pela primeira vez, quiçá, na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia a normas de direito público, e, sem dúvida pela primeira vez, inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição Política (Constituição de Weimar, artigos 151, 157, 158, 164 e, especialmente, art. 165).

No Brasil, a primeira Constituição a mencionar o tema foi a de 1934, determinando que a economia se organizasse de acordo com os princípios

da justiça social e que possibilitasse vida digna, garantindo a liberdade econômica.

Com a Constituição de 1946 é que foram desenvolvidos os princípios dentro dos quais deveria se pautar a atividade econômica, conciliando-se a *livre iniciativa* com a *valorização do trabalho humano*, assegurando o trabalho a todos.

A Carta de 1967 enumerou cada um desses princípios, que deveriam destinar-se à realização da justiça social. A emenda constitucional de 1969 acrescentou, ainda, a finalidade de assegurar o desenvolvimento nacional.

V — *A intervenção estatal na Constituição de 1988*

Com o advento da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia foi remodelado. A Ordem Econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, cabendo ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Assim, o papel do Estado na atividade econômica deixa de ser o de agente propulsor da economia e produtor da riqueza, função essa que é reservada à iniciativa privada; cabe-lhe reprimir os abusos e assegurar o bem-estar da coletividade e o desenvolvimento do País.

Foram previstas quatro formas de intervenção: a normativa, a repressiva, a tributária e a exploração direta da atividade econômica.

Dá-se a intervenção normativa através da concessão da proteção e benefícios especiais e temporários a empresas brasileiras de capital nacional que desenvolvam atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País. Por esse mecanismo, o Estado incentiva setores privados ao invés de ele próprio exercer tais atividades. Dá-se, ainda, a permissão do ingresso do capital estrangeiro no País, em hipótese que a lei regulará.

A intervenção repressiva visa a coibir o abuso do poder econômico que tenha por finalidade a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. É a defesa do consumidor. Há, ainda, a polícia sanitária.

A intervenção tributária caracteriza-se pela utilização do tributo um meio de execução de uma política de seleção de fatos que denotam capacidade econômica contributiva ou para privilegiar alguns setores — CF, art. 149.

Por fim, a intervenção através da exploração direta da atividade econômica ocorrerá sempre que for necessária aos imperativos de segurança nacional ou tenha por objetivo atender relevantes interesses coletivos.

A própria Lei Maior já elenca setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada, constituindo monopó-

lio da União. São eles ligados ao petróleo e aos minérios e minerais nucleares.

Somente nessas hipóteses é que cabe ao Estado assumir a forma empresarial e ocupar um espaço que, na nova ordem constitucional, compete à iniciativa privada. Sujeita-se ele, então, a formas de direito privado, através da criação de empresas e estas, via de consequência, ao regime jurídico de direito privado, quanto aos aspectos tributários e trabalhistas. Afinal, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, se valesse de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados.

O texto federal comete ainda, ao Estado, o dever de prestação de serviços públicos, segundo a titularidade oriunda do sistema federativo de repartição de competências. Essa titularidade é inalienável. Pode o Estado, por lei, criar uma entidade que personalize esse serviço, titularizando-o, ou, então, delegar ao particular a sua execução. Esse aspecto assume importante papel ao se tratar de privatização de empresas estatais.

Por enquanto, é de fundamental importância que se frise que há dois tipos de empresas do Estado: as que se destinam à intervenção na atividade econômica e as que titularizam a prestação de serviços públicos.

Na organização da Administração Pública brasileira estas empresas, muito embora integrem a chamada Administração Indireta (ou melhor, Administração Descentralizada, eis que destacadas da Administração Centralizada ou Direta), são pessoas jurídicas de direito privado e assumem duas formas básicas:

“empresas públicas, quando forem constituídas com capitais eminentemente públicos;

sociedades de economia mista, quando o Estado se associa ao particular para a constituição do capital social.”

VI — *As primeiras empresas estatais brasileiras*

O processo de criação dessas empresas no Brasil desencadeou-se durante a Segunda Guerra Mundial, quando razões de “segurança nacional” levaram à criação da Fábrica Nacional de Motores (cuja finalidade era a fabricação e manutenção de motores de avião), a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.

A década de 50 deu ensejo à criação da indústria de base, que mereceu o apoio financeiro do Governo com a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. No mesmo período surgiu a Petrobrás.

Mas foi nas décadas de 60 e 70 que o Estado brasileiro empolgou-se em dinamizar sua atividade empresarial, objetivando estar presente em áreas complementares às empresas de base originariamente criadas. Sur-

giram os grandes grupos da ELETROBRÁS, SIDERBRÁS, NUCLEBRÁS, PORTOBRÁS, TELEBRÁS. Consta que nesse período, segundo a SESI, mais de trezentas empresas estatais teriam sido criadas.

VII — *Razões da privatização*

É óbvio que os diversos motivos que levaram ao excessivo intervencionismo estatal, em muitos casos, não mais estão presentes e não se coadunam com o texto constitucional vigente. Como visto, fora das hipóteses em que haja prestação de serviços públicos ou de exploração direta da atividade econômica para atender imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo não podem existir empresas estatais.

Urge, pois, que se corrija a anomalia do gigantismo do Estado, oriunda de uma política que atribuiu-lhe o papel de condutor da economia. Este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, lhe compete, retornando o Estado às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial como saúde pública, segurança, educação e saneamento.

VIII — *Experiência de privatização em outros países*

Dai a formulação de um programa, que foi influenciado pelas experiências de outras nações optantes, por razões diversas, pelo mesmo processo.

Na Espanha, por exemplo, a privatização foi fundada numa questão pragmática, qual seja, a busca de uma maior eficiência no desempenho das empresas. Os recursos disponíveis eram poucos e a técnica empregada estava longe da desejável. Concluiu-se que o melhor que se tinha a fazer seria destinar os poucos recursos para atividades típicas do setor público, cometendo à iniciativa privada a condução de atividades econômicas. O resultado foi uma invejável recuperação econômica.

Já na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riquezas, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. Ao Estado cumpre zelar pelo bem-estar social dentro de um regime de liberdade ao particular. A pressão do investidor pelo retorno do capital empregado e a liberação do protecionismo governamental levaram a uma maior eficiência na produção.

O processo francês de privatização teve como uma de suas grandes preocupações democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador participar e influir na condução dos negócios do País. Procurou-se, ainda, obter a participação dos assalariados. O resultado do programa deveria servir primordialmente para desindividuação do Estado e apenas um pequeno percentual se destinaria para os programas estatais.

Tinha-se em mente, também, a vida ao setor privado como força motriz de crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo.

Em Portugal, a necessidade da privatização foi o financiamento do setor público e o emprego de recursos para sanar outras empresas públicas não privatizáveis, isso aliado a uma preparação em termos de eficiência empresarial para ingresso na Comunidade Econômica Européia.

Na República da Coreia, a privatização foi utilizada como um dos mecanismos para melhorar a eficiência das empresas públicas, ao lado de um fortalecimento da autonomia gerencial. O processo obedeceu ao sistema de venda de ações, estimulando-se, principalmente, a propriedade de ações para os empregados e a participação popular. Concedeu-se um desconto para os acionistas que se dispusessem a manter as ações por três anos. O sucesso resultou num incremento na competitividade das exportações desse país.

No Japão, a inflação que assolou o país em virtude da 2.ª Guerra Mundial (que gerou grandes despesas militares) e, depois, a crise do petróleo, de 1973 (que elevou o custo de vida), resultaram na necessidade de redução de despesas financeiras do governo, obtida através da privatização.

Na Malásia, deixou-se de lado o entendimento (também reinante no Brasil dos anos 60) de que o papel crescente do Estado era uma resposta ao desenvolvimento econômico. A privatização foi utilizada como um meio de fortalecer o debilitado e quase inexistente setor privado, bem como para reduzir o desperdício e a inadequação do setor público.

O Plano de Desenvolvimento Econômico Tailandês foi calcado, basicamente, nos investimentos do setor privado e na presença do capital estrangeiro.

Nas Filipinas, o programa de privatização que está sendo desenvolvido tem em vista obter uma fonte de dinheiro novo capaz de financiar outros projetos e empreendimentos governamentais.

Na Hungria, o objetivo da privatização foi o de descentralizar a economia, retornando aos parâmetros traçados pelo mercado. Diante disso, as empresas estatais deixariam de ser subordinadas ao Governo, deslocando-se da hierarquia estatal para tornarem-se autocontroladas, permitindo-se, até mesmo, a alienação de seus ativos. É a chamada "privatização espontânea".

Verifica-se, ainda, que as profundas mudanças ocorridas no Leste europeu, desencadeadas pela "Perestróica", foram o reconhecimento da falência do setor público como gestor da atividade econômica.

IX — Fundamentos do programa brasileiro de privatização

Cada uma dessas experiências pode ser sentida no diploma legal que traça as diretrizes para a privatização no Brasil.

Efetivamente, o programa brasileiro tem um caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem-estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da Carta Magna (inciso IV). É a nova concepção de Estado, intermediária entre a filosofia liberal e a intervencionista — o Estado Bem-Estar.

Cumpra, pois, que se faça a retirada do Estado de setores que ocupa sem amparo na Constituição. A presença estatal em setores que não se refiram a imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo ou prestação de serviços públicos deve cessar ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo, mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a esses limites é a negação do próprio Estado de Direito.

Por outro lado, é inegável que há um aspecto pragmático nesse processo, já que não se pode, com poucos recursos, ser eficiente em um variedade de áreas e atividades.

Sendo insuficientes esses recursos, torna-se indispensável que sejam eles destinados a funções típicas do poder público, como as já mencionadas educação, saúde, saneamento e segurança, as quais encontram-se em precaríssima situação.

Tão importante quanto redirecionar esses recursos é reduzir os gastos estatais com a manutenção de uma máquina administrativa gigantesca (e muitas vezes inútil), a fim de que as verbas disponíveis e as outras que ingressarem nos cofres públicos resultem num efetivo proveito em termos de eficiência. Tanto que o plano surge em meio a um pacote de medidas que visam a extinguir órgãos públicos, demitir o excesso de pessoal, alienar bens inúteis ou onerosos à administração e uma maior arrecadação, não apenas através da instituição de novos tributos, mas também numa maior fiscalização no pagamento daqueles já devidos.

Outra verdade que precisa ficar clara é que o processo de privatização até agora não tinha sido implantado por falta de vontade política do Governo, muito embora os diplomas legais então vigentes não tratassem adequadamente da matéria.

A Lei n.º 4.728/65, em seu art. 60, autoriza o Poder Executivo a alienar apenas as ações de sociedade de economia mista, ressalvando a necessidade de manutenção da maioria das ações com direito a voto nas empresas em que deva ser assegurado o controle estatal (sabendo-se que estas seriam apenas as prestadoras de serviço público ou que atendam a relevante interesse coletivo e à defesa nacional). Portanto, não abrangeu as empresas públicas.

A única forma de privatização sugerida é a venda de ações (pela própria natureza do diploma legal em que se insere o dispositivo).

O Decreto-Lei n.º 200/67, por sua vez, no art. 178 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 2.299/86) não se preocupa com a prestação de serviços públicos, relevante interesse coletivo e segurança nacional, ditando como critério autorizativo da privatização a ocorrência de prejuízo, a inatividade e o atendimento satisfatório pela iniciativa privada.

Tinha, contudo, o mérito de abranger outros entes da Administração Descentralizada (e não apenas as sociedades de economia mista).

A privatização não seria, segundo o dispositivo, a única forma de solução para as inconveniências dessas entidades, que poderiam retornar à Administração Centralizada ou ser incorporadas a outras entidades. Poderia, assim, a critério do Executivo, permanecer presente o poder público nas atividades por ela representadas.

Em resumo, nenhum dos diplomas legais oferecia qualquer solução técnica e definitiva para o problema.

A privatização:

— não pode abranger apenas as sociedades de economia mista, quando há empresas públicas, fundações e até autarquias desempenhando papéis que não mais competem ao poder público, segundo o princípio da livre iniciativa (quicá, jamais competiram!);

— não pode ter por motivação *apenas* o prejuízo, a paralisação, ou o atendimento satisfatório pela iniciativa privada, das atividades desenvolvidas pelas “estatais”; ao contrário, o objetivo é mais amplo, qual seja, o de fazer o poder público retornar aos limites constitucionalmente aceitos, independentemente dos fatores acima;

— não pode ser instrumento através do qual o poder público se demite do seu dever de prestar serviços públicos, atender aos relevantes interesses coletivos e zelar pela segurança nacional, haja ou não lucro nessas atividades;

— não é atendida, *apenas*, através da simples venda de ações, podendo ocorrer através do aumento de capital, alienação ou locação de bens, etc.;

— deve ser precedida de um saneamento das empresas envolvidas, de forma a tornar-se atrativa ao setor privado.

X — Comentários à Lei n.º 8.051, de 12-4-90

Deixando de lado os fundamentos que levaram à edição do programa, passa-se, agora, ao exame do seu conteúdo.

O seu nascimento deu-se através de medida provisória (que recebeu o n.º 155), forma legislativa que o art. 62 da Lei Maior reserva apenas às hipóteses de urgência e relevância.

Muito embora o julgamento da *relevância* de uma matéria seja um critério eminentemente político, a juízo do Presidente da República e, de-

pois, do Congresso Nacional, o mesmo não ocorre em relação à *urgência*, já que a própria Constituição, em seu art. 64, parágrafos 1.º e 2.º, estabelece um parâmetro jurídico.

Urgente, para fins da adoção de medida provisória seria apenas a matéria que tivesse que ser apreciada pelo Poder Legislativo em prazo inferior aos quarenta e cinco dias que são fixados para votação de projetos de iniciativa do Presidente da República.

Aqui sequer cabe a discussão se a urgência mencionada no § 1.º do art. 64 refere-se a todos os projetos de iniciativa do Presidente da República ou apenas àqueles de sua iniciativa privativa, previstos no art. 61, CF. É que acarretando alteração na estrutura da Administração pública, através da redução de órgãos da Administração Indireta, o tema não prescinde de provocação do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1.º, II, e). Ademais, trata-se de decidir intervir ou não na economia, descentralizar ou não um serviço.

Indiscutivelmente, em relação a essa medida específica, a urgência autorizadora da forma adotada existia apenas em parte, já que alguma medida devia ser tomada para cessar a inconstitucional presença do Estado em áreas indevidas. Entretanto, há que se analisar o diploma legal dentro do contexto em que se situou e, nesse passo, verifica-se que a medida faz parte de um organismo em que nenhuma peça pode surtir efeito isoladamente. O chamado PLANO BRASIL NOVO deveria ser apreciado como um todo e, dentro dele, inúmeras medidas que se entrelaçavam perderiam a eficácia se não implementadas imediatamente. Essa urgência global retira, pois, qualquer mácula de autoritarismo (com que se abusou do decreto-lei, na antiga Carta de 1967 e mesmo da medida provisória após 5-10-88) com relação à utilização da medida provisória para o Programa de Privatização.

Ademais, o órgão julgador dessa urgência é o Congresso Nacional, que, introduzindo algumas modificações na Medida Provisória n.º 155, de 15-3-90, transformou-se na Lei n.º 8.031, de 12-4-90. Destarte, parece incabível que o Poder Judiciário venha a declarar inconstitucional uma lei em virtude de não ter havido urgência na utilização da medida provisória. Seria violar o Princípio da Tripartição das Funções do Estado, acolhido pelo art. 2.º, CF.

A primeira crítica que se faz ao programa está na sua própria denominação: "Programa Nacional de Desestatização". Com efeito, a "desestatização" consiste em objetivo bem mais amplo que é reduzir a participação do Estado na Economia, diminuindo o excessivo intervencionismo normativo (através de mecanismos de mais liberdade ao mercado, na fixação de preços e salários, simplificação de exigências burocráticas e limitação do protecionismo) e do fomento indiscriminado (selecionando os incentivos fiscais, subsídios e empréstimos, com vistas a um melhor direcionamento de gastos) — é o que vem sendo denominado em outras medidas do Programa Nacional de *Desregulamentação* (que, como o nome já diz, atinge as regras,

não verbas); a *Privatização* é apenas uma parcela da *Desestatização*, caracterizando-se pela transferência para a iniciativa privada de empresas controladas pelo poder público.

Não sendo o programa tão abrangente (como se esperava) deveria ser denominado Programa Nacional de *Privatização*.

Ultrapassado esse aspecto, logo no art. 1.º se verifica que são louváveis os seus objetivos, onde está notória a mesclagem entre o ponto de vista filosófico e o pragmático.

No inciso 1 a preocupação tem sede constitucional, tendente a “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente (a medida provisória utilizava apenas o termo “atualmente”) explorada pelo setor público”.

Já nos demais incisos, a motivação é de ordem prática, visando à alienação de um patrimônio para a obtenção de receita e à redução da máquina administrativa, e, conseqüentemente, dos gastos públicos, para maior concentração de esforços onde seja indispensável a presença estatal.

Em total dissonância com a determinação do art. 1.º, inciso I da lei, o art. 2.º estabelece que *poderão* ser privatizadas (a medida provisória era enfática ao utilizar a expressão “*serão* privatizadas...”) as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo e, também, as criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram a controle, direto ou indireto, da União.

Ora, se essas empresas estão sendo indevidamente exploradas pelo setor público, por desempenharem função que não mais cabe ao Estado, a privatização é um *imperativo* constitucional e não uma mera *faculdade*, como pode se inferir numa leitura superficial e isolada do dispositivo.

Tanto isso é certo, que a lei não se preocupa com o lucro ou prejuízo das empresas; seu objetivo é fazer o Estado retornar aos limites constitucionalmente aceitos (segurança nacional, relevante interesse coletivo e prestação de serviços públicos — *onde não pode haver privatização*).

Isso fica claro no seu art. 2.º, § 3.º, que os dispositivos da lei não se aplicam às estatais que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de acordo com os arts. 21, 159, inciso I, alínea *c*, e 177 da Constituição Federal (ao texto original da Medida Provisória n.º 155, o Congresso Nacional acrescentou o Banco do Brasil S.A. e o órgão ressegurador referido no art. 192, II, CF).

O art. 8.º frisa esse entendimento ao dispor que a União poderá deter, direta ou indiretamente, *ações de classe especial* do capital social de empresas privatizadas que lhe conferem o poder de veto em matérias (caracterizadas nos estatutos) *sempre que razões de interesse nacional o requeiram*.

Vale ressaltar que o antigo Governo havia enviado ao Congresso Nacional um Projeto de Lei (n.º 3.308/89) onde traçava diretrizes gerais para a privatização e era mais preciso nesse ponto, definindo quais as

empresas que não poderiam ser privatizadas, dentre elas a Casa da Moeda, a Petrobrás, o BNDES, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica, as Indústrias Nucleares, a Eletrobrás, que, indiscutivelmente, atuam em áreas onde o Estado deve estar presente.

Críticas houve quanto ao fato de vincular-se o Poder Executivo aos termos de uma lei para privatizar empresa constituída por ato administrativo. O argumento é no sentido de que o ato poderia ser revogado pelo próprio Poder Executivo, sem ingerência do Legislativo.

Inobstante o objetivo não ser o de extinguir a empresa, mas o de transferi-la à iniciativa privada, o certo é que, com o advento da novel Carta Magna, a criação de empresas estatais só pode ser feita por lei (CF, art. 37, XIX), parecendo, então, que se só a lei pode criar, só a lei pode extinguir. Ademais, constituindo patrimônio da União, é indispensável a autorização legislativa (CF, art. 48, V).

Quanto à forma de execução do processo de privatização, a lei evolui em relação aos diplomas legais anteriores, prevendo, não apenas, a alienação da participação acionária (inclusive o controle acionário), mas, também, a abertura e o aumento de capital, a alienação ou cessão de bens e instalações, bem como o respectivo arrendamento, locação ou empréstimo das mesmas, autorizando-se a transformação, incorporação, fusão ou cisão de sociedades.

Prevê, ainda, como forma de privatização, a dissolução ou desativação de empresas, o que, a despeito de não representar qualquer transferência à iniciativa privada, implica em perda definitiva de todos os investimentos nelas feitos (recuperando-se apenas o valor do patrimônio), razão pela qual deve ser utilizada em hipóteses restritas que a técnica do processo aconselhar.

Aproveitando as experiências francesas e inglesas, o programa tem um ideal de democratizar o capital dessas empresas, dando preferência à venda de ações de forma pulverizada junto ao público, aos empregados, aos acionistas, fornecedores e consumidores. A não-utilização da pulverização (hipótese em que não haverá mudança estrutural do sistema, mas mera "troca de dono") deve ser justificada.

O Programa dedicou especial atenção à criação de um órgão técnico consultivo do Presidente da República, denominado COMISSÃO DIRETORA DO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO, a ele diretamente subordinada (e não vinculada) com a função primordial de indicar as empresas a serem privatizadas e sugerir política de execução do processo e gestão dos recursos obtidos.

Tal órgão veio a substituir o Conselho Fiscal de Desestatização e a respectiva Secretaria Executiva, extintos nesse mesmo diploma legal.

Para assessorá-lo, especialmente nos aspectos contábeis e financeiros, foi criado o cargo de Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fundo esse constituído através do depósito da totalidade das ações ou quotas emi-

tidas pelas empresas que sejam direta ou indiretamente da União e cujas alienações vierem a ser aprovadas.

Nesse passo (e sem questionar a origem ou a legitimidade na propriedade dessas ações) parece ter havido verdadeira desapropriação das ações de terceiros, sem prévia declaração dos motivos que a autorizam (utilidade e necessidade pública ou interesse social), violando o art. 170, II, CF, e mais, o titular dos recursos oriundos da venda de ações tem a sua "receita" (indenização) pela "venda" das ações vinculadas à quitação de suas dívidas junto ao setor público (art. 15). Vê-se, pois, que, violando-se princípio basilar do Direito Administrativo, conferiu-se auto-executoriedade à arrecadação de tributos, que nunca deixou de prescindir da participação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a coerção fosse necessária.

Em contrapartida, a lei tem preocupações louváveis em resguardar a lisura do processo, conferindo-lhe ampla publicidade através da divulgação de relatórios gerais da execução do programa e específicos de cada privatização, envolvendo aspectos da situação financeira de cada empresa, os critérios de avaliação, a forma escolhida para a privatização e, especialmente, a destinação dos recursos. É o exposto acatamento ao Princípio da Publicidade da Administração, consubstanciado no art. 37 da Lei Maior, que permite o controle de atos lesivos ao patrimônio público via ação popular.

Essa publicidade, aliada à necessidade de previsão do programa anual de privatização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, concilia a liberdade do Executivo com a indispensável participação e controle do Legislativo sobre o processo, de modo a não prejudicar a sua celeridade.

Resguardando, ainda, a moralidade do programa, impediu-se que os membros da Comissão Diretora, os respectivos funcionários, bem como sócios e membros das empresas a serem privatizadas adquirissem as ações ou bens incluídos no processo de privatização. Trata-se de salutar acréscimo do Congresso Nacional ao texto original da Medida Provisória n.º 155/90, que impede que os chamados "insiders" utilizem-se de informações privilegiadas para adquirirem um patrimônio em melhores condições. Do contrário, seria a própria negação do ideal da democratização do capital e da gestão dessas empresas.

Uma das grandes (e fundadas) preocupações quanto ao programa é que, ao mencionar-se que deve ser feito relato sobre a situação financeira da empresa, preocupa-se com quem vai responsabilizar-se pelo seu passivo no futuro, nada se mencionando sobre a origem e o responsável pelo débito, que, muitas vezes, foi contraído em total desrespeito à lei e à moral e não pode ficar esse aspecto imune a averiguações.

Quanto à privatização das empresas prestadoras de serviços públicos, a lei prevê uma fórmula engenhosa (embora de técnica discutível) para a sua execução, pressupondo que no ato de privatização ocorra a delegação pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto de exploração.

Como é sabido, a prestação de serviços públicos compete ao Estado — CF, art. 175 —, que pode, contudo, delegar a sua execução ao particular mediante ato ou contrato administrativo (permissão ou concessão, respectivamente). A titularidade do serviço, ainda que haja delegação, continua sendo do Poder Público.

Se ao invés de delegar ao particular a execução do serviço, o Estado prefere executá-lo por seus próprios meios, pode optar pela adoção do mecanismo de criação, por lei, de empresas que titularizem esse serviço.

Essa titularidade engloba não apenas a execução do serviço, mas a responsabilidade pela sua prestação e um poder de direção, fiscalização e controle. Logo, se a lei outorga à empresa estatal a titularidade do serviço, passando ela a personalizá-lo, somente outra lei, revogando essa outorga, poderia resgatá-la, já que não se pode falar, pura e simplesmente, na alienação da empresa, com a respectiva titularidade do serviço. Seria transformar um serviço público em privado, violando o art. 175 da Constituição Federal.

A técnica seria extinguir a empresa, resgatando a titularidade para depois delegar-se a execução do serviço, mediante licitação onde poderia ou não vincular-se o patrimônio então afetado à sua prestação. É, aliás, a fórmula que se pretendeu utilizar na Lei n.º 8.029/90 (oriunda da aprovação da Medida Provisória n.º 151/90) para combater a ineficiência dos órgãos da administração direta e de empresas estatais.

O dispositivo proporciona uma operacionalização simplificada da passagem de uma empresa estatal e a respectiva atividade de exploração de serviço público para o setor privado, que envolveria todas essas operações autônomas.

A interpretação que parece mais adequada e lógica é a de que a lei considera revogadas todas as outorgas de titularidade de serviço público feitas às entidades selecionadas e no ato de participação opera-se, a um só tempo, a alienação da empresa e a delegação de execução do serviço, ficando a titularidade com o delegante. A delegação deve obedecer às normas traçadas no Decreto-Lei n.º 2.300/86 — Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

Ainda assim não fica claro (embora de fácil dedução) o fato de que uma eventual revogação da delegação não implica, necessariamente, no retorno da empresa — pessoa jurídica — ao Poder Público. O que retorna é apenas o serviço.

Para concluir, tem-se que o programa, apesar de inúmeros méritos, deixou de tratar de pontos delicados e importantes que foram disciplinados pelo Projeto de Lei n.º 3.308/89 apresentado pelo antigo Governo.

Assim, os critérios para admissão do capital estrangeiro e a conversão da dívida externa em capital de risco, tão importantes para o equaciona-

mento das finanças do País e a recuperação da confiança dos investidores estrangeiros, não receberam nenhum tratamento especial do legislador.

O mesmo se diga em relação ao delicado aspecto da avaliação das empresas estatais, com inclusão ou não do seu passivo de responsabilidade da União, bem como quanto ao financiamento pelo BNDES, incentivando o processo. Essa questão fica, então, transferida para a discussão da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento Anual, que, obrigatoriamente, devem dispor sobre as dívidas da União e suas empresas e sobre os investimentos das estatais ligadas ao fomento.

Também para a Lei de Diretrizes Orçamentárias vai ficar a orientação quanto aos recursos obtidos com a privatização, já que tais créditos não podem ser utilizados como um cheque em branco pelo Executivo, carecendo de autorização legislativa (o Projeto de Lei n.º 3.308 destinava esses recursos à redução das dívidas e para o financiamento de investimentos estratégicos).

Não se fixou um prazo para implementação dos atos de privatização — o PL n.º 3.308/89 já elencava algumas empresas que deveriam ser imediatamente transferidas para o setor privado.

X — Conclusão

O mais importante, porém, é o reconhecimento de que a privatização não é um mero mecanismo de obtenção de receitas ou de combate à ineficiência do Estado em certos setores; é uma imposição constitucional já que os limites de intervenção do Estado estão traçados na Lei Maior, fora dos quais privilegia-se o indivíduo, o cidadão, o trabalho e a livre iniciativa.

Continua sendo necessária a vontade política do Governo para a privatização, já que, num regime de tripartição das funções do Estado, não se pode impor que o Poder Judiciário, através de mandado de injunção ou através de mandado de segurança, diga ao Poder Executivo onde o Estado deve ou não deve intervir na atividade econômica, onde deve haver ou deixar de haver descentralização de serviços públicos. Há, apenas, a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão — CF, art. 103, § 2.º — onde os legitimados pelo art. 103 da Lei Maior podem reclamar a regulamentação da lei pelo Executivo, com o fim de tornar efetiva a aplicação da norma constitucional que assegura a livre iniciativa (CF, art. 170, IV), e a limitação da intervenção estatal na economia, art. 173.

Resta, pois, zelar para que o Estado retorne aos limites constitucionalmente aceitos, permitindo-se que a democratização das empresas estatais leve a condução dos negócios do País a um número maior de pessoas e, ainda, que os recursos públicos, revigorados, possam ser utilizados para a consecução de funções tipicamente públicas, recuperando-se a rede de educação, saúde e saneamento, bem como proporcionem uma maior segurança à sociedade.