

## Reflexões sobre a privatização, parcerias e a política econômica

Mauro Rodrigues Penteado

### 1. Exploração direta da atividade econômica pelo Estado

O Brasil vem experimentando, há dois anos, uma nova ou terceira etapa, mais aprofundada, do processo de retirada do Estado da exploração direta de atividades econômicas, funções essas que o Poder Público assumira, diretamente ou através das chamadas empresas estatais, levado por "*imperativos*" de "*relevante interesse coletivo*" (Constituição Federal de 1988, art. 173, *caput*; Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 170).

Esse interesse maior exsurgiu diante da falta de iniciativa dos empresários privados em explorar determinadas atividades, sobretudo aquelas ligadas à construção de infra-estrutura industrial e de serviços - e é explicável porque tais empreendimentos são de capitalização intensiva e de lenta maturação empresarial, em termos de retorno, sob a forma de lucros, do capital investido.

Historicamente a participação do Estado em atividades econômicas privadas pode ser identificada com a criação do Banco do Brasil S/A, primeira sociedade de economia mista fundada pelo Alvará de 12.10.1808, do Príncipe Regente, ao qual se seguiram, em ordem cronológica, o Banco do Estado de São Paulo S/A, o Banco Mineiro da Produção e o Banco de Crédito da Borracha. Com o início da industrialização, e sob a égide da Carta de 1937, começaram a ser criadas uma série de sociedades de economia mista, voltadas a atividades econômicas básicas ou de infra-estrutura industrial e de serviços, como o Instituto de Resseguros do Brasil (Decreto-Lei n.º 1.186/30), a Companhia Siderúrgica Nacional (Decreto-Lei n.º 3.002, de 1941), a Companhia Vale do Rio Doce (Decreto-Lei n.º 4.352/42), a Companhia Nacional de Álcalis (Decreto-Lei n.º 5.684/43), a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Decreto-Lei n.º 8.081/45), a Fábrica Nacional de Motores S/A (Decreto-Lei n.º 8.699/46), a PETROBRÁS (Lei n.º 2004, de 1953), ELETROBRÁS (Lei n.º 3.890-A, de 1961), e, numa etapa ulterior, a TELEBRÁS (Lei n.º 5.792, de 1972) e a SIDERBRÁS (Lei n.º 5.919, de 1973) \_ além de o Estado haver adquirido o controle de

outras empresas estatais, sem prévia autorização de lei específica (v. g., USIMINAS e COSIPA).

## **2. Distorções**

O processo de intervenção estatal na atividade econômica privada veio a ser posteriormente distorcido, mormente no regime instaurado a partir de 1964, com a assunção do controle de empresas mediante a capitalização de créditos detidos por agentes do Poder Público (sobretudo com o BNDES), que continuaram a atuar sob o comando do Estado mas em regime de concorrência com o setor privado, sem relevante "*interesse coletivo*" para tanto, este bem caracterizado nas companhias acima citadas (chegando a ser incluídas, dentre as quase 500 empresas estatais existentes no âmbito federal, os segmentos de hotelaria, informática etc., para não citar as participações em nível dos Estados-membros da Federação). Disso decorreu a hipertrofia da máquina governamental, com o aumento da dívida estatal, interna e externa, tudo em detrimento do regular exercício de funções públicas essenciais, como a seguridade e a assistência social, saúde, habitação, educação e cultura (Constituição Federal, arts. 194, 196, 203, 205 e 215).

## **3. Movimento contrário: primeira e segunda etapas da desestatização**

Nada mais natural que tais distorções, e suas seqüelas, dessem azo ao surgimento de um movimento em sentido oposto, que num primeiro momento circunscreveu-se à edição de normas de controle e gestão das empresas estatais, cujas origens remontam ao final do regime militar, quando foi baixado o Decreto n.º 84.128, de 29.10.1979, criando a SEST-Secretaria de Controle das Empresas Estatais.

Tal reação tornou-se mais efetiva a partir do Governo SARNEY, que pelo Decreto n.º 91.991, de 28.11.1985, instituiu Programa de Privatização, posteriormente aprimorado pelo Decreto n.º 95.886, de 29.3.1988, este criando o Programa Federal de Desestatização, com o fito de "*transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público*" (art. 1º, inc. I), visando "*concorrer para a diminuição do déficit público*" (idem, inc. II) e "*propiciar a conversão de parte da dívida externa do setor público federal em investimentos de risco, resguardado o interesse nacional*" (idem, inc. III).

O Governo COLLOR, adotando o ideário liberal ou neo-liberal, levou tal movimento ao extremo, ao incluir, no *pacote* de Medidas Provisórias baixadas em 15.1.1989, a de n.º 26, que autorizava a alienação da totalidade ou parte das ações representativas do controle do capital social de empresas estatais federais, com a exclusão daquelas que, pela Constituição, exploravam atividades monopolizadas pela União (v. g., arts. 2º e 3º, PETROBRÁS, ELETROBRÁS, TELEBRÁS).

Essa Medida Provisória foi convertida, com alterações, na Lei n.º 8.031, de 12.4.1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização \_ diploma legal que, com suas modificações posteriores, especialmente as recebidas pela Medida Provisória n.º 1.481/49, rege atualmente o processo de privatização \_, cuja execução, nos termos de seu artigo 4º, pode ser processada segundo uma das seguintes "*modalidades operacionais*": "*alienação de participações societárias, inclusive o controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações*" (inc. I); "*abertura de capital*" (inc. II); "*aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição*" (inc. III); "*alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações*" (inc. IV); "*dissolução de sociedades ou desativação de seus empreendimentos com a conseqüente alienação de seus ativos*" (inc. V); "*concessão, permissão ou autorização de serviços públicos*" (VI). O § 1º desse artigo, em sua nova redação, prevê que "*a transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias integrais poderão ser utilizadas a fim de viabilizar a implementação da modalidade operacional escolhida.*"

#### **4. Terceira etapa: privatização e parcerias**

O atual Governo federal acolheu as premissas econômicas do Programa Nacional de Desestatização que vem de ser mencionado, aprofundando-o com as alterações constantes na Medida Provisória n.º 1.481, editada pela primeira vez em 3.5.1995 e posteriormente reeditada, até 15.5.1997, por 49 vezes, com modificações substantivas em relação a sua redação inicial. Manteve, paralelamente, o processo de abertura do mercado nacional deflagrado no Governo COLLOR, seja com o ingresso de capitais estrangeiros para a aquisição de ações ou mesmo o controle de empresas estatais ou privadas, seja com a desoneração indiscriminada das importações, que, segundo essa ótica, constituiriam exigências, irremovíveis, da chamada globalização da economia - soluções de eficácia e resultados muito duvidosos, sobretudo em países em vias de desenvolvimento, como mencionaremos no item subsequente.

Para aprofundar o Programa Nacional de Desestatização, cuidou o Governo federal, inicialmente, de fazer aprovar reformas na Constituição, primeiro, e através da Emenda Constitucional n.º 6, de 15.8.1995, para suprimir da Carta constitucional o seu art. 171, que fixava o conceito de empresa brasileira de capital nacional (inc. II: "*aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do capital votante e o exercício, de fato ou de direito, do poder decisório para gerir suas atividades*"), assegurando-lhe "*proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País*" (idem, § 1º, inc. I), bem como tutela especial visando sua atuação em "*setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional*" (idem, § 2º).

Com tal modificação constitucional - aprovada sem a prévia e alongada discussão no seio da sociedade acerca da mudança radical que a mesma operava no projeto nacional consubstanciado na redação original da Constituição de 1988 \_ o conceito de empresa

nacional, remanesce, agora, adstrito ao que dispõe a legislação ordinária, que faz tabula rasa do efetivo detentor do controle societário, interno ou externo, bastando, para a caracterização, como nacionais, de sociedades mercantis ou civis, o fato de que sejam "*organizadas na conformidade da lei brasileira e que tenham no País a sede de sua administração*" (Decreto-Lei n.º 2.627, de 26.9.1940, art. 60), o que abrange as subsidiárias de empresas estrangeiras aqui constituídas.

A aludida Emenda também modificou a redação do art. 176, § 1º, da Constituição de 1988, com o mesmo propósito, de molde a que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica possam ser realizados, mediante autorização ou concessão, a despeito do monopólio da União, também por subsidiárias de empresas estrangeiras, desde que sejam constituídas nos termos do Decreto-Lei citado.

Paralelamente, a Emenda Constitucional n.º 5, da mesma data, alterava a redação do art. 25, § 2º, permitindo aos Estados-membros explorar diretamente ou mediante concessão a empresas privadas (na acepção ampla acima indicada), os serviços locais de gás canalizado, concessões essas, que na redação original, somente poderiam ser outorgadas a empresas estatais.

Nessa mesma linha, a Emenda Constitucional n.º 8, de 15.8.1995, confirmou a competência da União para a exploração direta dos serviços de telecomunicações, autorizando entretanto a outorga de concessões a empresas privadas, e não apenas a *empresas sob controle estatal*, como constava da redação primitiva do art. 21, inc. XI.

Já a Emenda Constitucional n.º 7, também de 15.8.1995, suprimiu a preponderância anteriormente reconhecida aos armadores nacionais e navios de bandeira brasileira no transporte marítimo (redação original do art. 178, *caput*, inc. II), e aos armadores, proprietários, comandantes e tripulantes (*idem*, §§ 2º e 3º).

Por fim, a Emenda Constitucional n.º 9, de 9.11.1995, deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 177, *flexibilizando* o monopólio da União sobre a pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, ao permitir que tais atividades sejam contratadas com empresas estatais ou privadas - estas últimas na nova concepção aprovada pela Emenda n.º 6, acima comentada.

No plano infra-constitucional, o Governo federal começou por baixar a já citada Medida Provisória n.º 1.481, agora em sua 49ª reedição, que acrescentou mais dois *objetivos fundamentais* para o Plano Nacional de Desestatização-PND: "*contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida*" (art. 1º, inc. II) e "*contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de créditos*" (*idem*, inc. IV).

O art. 2º da Lei que instituiu o PND foi também modificado, para estabelecer, em primeiro lugar (*caput*), que "*poderão ser objeto de desestatização*": "*I - empresas, inclusive*

*instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; II - empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; IV - instituições financeiras públicas e estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-Lei n.º 2.321, de 25.2.1987"; e, em segundo lugar, para definir (§ 1º) o que "considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da empresa; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade."*

Ainda na esfera infra-constitucional, o Poder Executivo emprestou seu total apoio à aprovação do Projeto de Lei n.º 1.564, de 1996, de autoria do então Deputado Federal e hoje Ministro de Estado, Sr. Antonio KANDYR, que assinalou, na respectiva "*Justificação*", que com o texto proposto procurava remover óbices à privatização (notadamente quanto a duas de "*modalidades operacionais*" assinaladas no item 3, supra, a saber, a cisão e a alienação do controle), sob o fundamento de que, "*no Brasil, atrasamos na modificação do marco legal referente ao mercado de capitais, ao mesmo tempo em que a economia brasileira, no curso dos anos 90, passou a sofrer profundas transformações em suas estruturas produtiva, financeira e tecnológica, desencadeadas fundamentalmente pelo término do regime de economia fechada e coadjuvadas pelo processo de desestatização*".

Com sua conversão na Lei n.º 9.457, promulgada no último dia 5 de maio, foi substancialmente modificada a Lei n.º 6.404, de 15.12.1976, que rege as sociedades por ações, para, dentre outras alterações, suprimir o direito de retirada até então assegurado aos acionistas na hipótese de aprovação, pela assembléia geral de acionistas, de operações de cisão e dissolução (nova redação de seus arts. 136 e 137), e eliminar a exigência de realização de oferta pública de aquisição das ações dos minoritários, como condição prévia para a alienação do controle de empresa estatal aberta, e das companhias abertas em geral (nova redação dos arts. 255 e 256).

Sobre suprimir o direito dos acionistas não-controladores de receber oferta pública para aquisição de suas ações, nas alienações de controle, ou de retirar-se, a nova lei restringiu ainda mais o direito de retirada, inclusive para permitir a cisão precedida da separação da parte "*podre*" das companhias (arts. 136 e 137, de constitucionalidade duvidosa); o que revela haver sido o legislador obnublado, nesses aspectos, pelos problemas suscitados pelo processo de privatização, pois a ele não se circunscreveu, alterando o regime geral a que estão sujeitas todas as sociedades por ações, mesmo as não estatais, em que tais soluções são pouco defensáveis, no atual estágio vivido por nosso mercado de capitais, ao ponto de órgãos classistas patronais, do porte das Federações da Indústria e do Comércio do Estado de São Paulo, dirigirem apelo ao Chefe do Executivo para que vetasse esses dispositivos da lei recém promulgada.

Mercê essas modificações constitucionais e legais, incorporou-se na retórica das autoridades governamentais o termo "*parcerias*", de forma recorrente e pouco precisa, na

medida em que a colaboração interempresarial já era entre nós prevista e operacionalizada desde há muito, inclusive sob a forma de modelo jurídico próprio, tal como será assinalado nos itens 8 e segs., albergando, essa noção, não só a associação do Estado com capitais privados, nacionais ou estrangeiros, como a colaboração entre empresas privadas, igualmente nacionais ou estrangeiras.

## **5. Reflexões sobre o projeto econômico que informou as recentes alterações constitucionais e legais**

Ao estudioso do Direito não é dado subtrair-se à obrigação maior que tem, antes, como cidadão, de formular juízos de valor sobre questões meta-jurídicas suscitadas por modificações estruturais da profundidade daquelas que estão sendo comentadas, sob pena de isolar-se numa redoma asséptica onde gravitam em sua pureza institutos jurídicos, abstraindo os efeitos e conseqüências que sua utilização acarreta, no mundo real.

Nessa perspectiva, longe de criticar pura e simplesmente os processos de privatização e parcerias em curso, há que se reconhecer, inicialmente, que a retirada do Estado do setor privado é uma exigência incontornável que a situação econômica do País impõe, como também é indisputável que a reduzida poupança interna está a recomendar o aproveitamento de capitais externos, de risco, na exploração de atividades econômicas. O que não obsta a discussão sobre os métodos e as formas pelos quais vem se pautando a desestatização e a participação estrangeira em empresas nacionais.

Isto posto, emerge, desde logo, a constatação de que a privatização não tem sido precedida dos necessários debates e reflexões no seio da sociedade, daí porque produziu efeitos nem sempre compatíveis com a ordem econômica constitucional. É o que se verifica, por exemplo, no setor siderúrgico, onde macro-empresas do estalão da CSN, CST, COSIPA e USIMINAS tiveram seu controle transferido para a iniciativa privada sem as cautelas quanto ao atendimento do princípio da *"livre concorrência"*, fixado na Constituição federal como pedra angular da ordem econômica e financeira (art. 170, inc. IV), e, por derivação, do princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Os aumentos de preço que concertadamente têm se verificado nesse setor, após a privatização, vêm ensejando denúncias, nos meios empresariais, a respeito da cartelização, em nível horizontal, do segmento da produção de aços planos, ao que se sabe já alvo de apuração pelo CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A privatização da Companhia Vale do Rio Doce tende a constituir fator agravante do problema, pois aí o domínio dos mercados pode se dar verticalmente, na medida em que seu grupo controlador passou a ser integrado por adquirentes importantes dos insumos que a empresa produz.

O aspecto extra-jurídico mais polêmico reside na ausência de um claro e definido projeto nacional sobre as privatizações e a abertura de mercados, que coloca em dúvida a própria conveniência e oportunidade de transferir-se para a iniciativa privada, pura e simplesmente, o controle de empresas estatais eficientes, bem sucedidas e rentáveis, que atuam em setores estratégicos ou relevantes da economia, apenas para atender a necessidades conjunturais de redução do déficit público com o produto da venda (necessidades, frise-se, desatendidas,

visto que os ganhos com as privatizações são pífios em comparação com o montante da dívida pública); solução muito discutível, mormente diante da existência de fórmulas, já experimentadas com êxito, de privatização gradual, mediante a cessão parcial de ações de controle. A comprovação dessa asserção é dada pelas vacilantes modificações introduzidas nas sucessivas redações da Medida Provisória n.º 1.481, desde sua primeira edição, em 03.50.1995 - a última delas (de 15.05.97) totalmente desastrosa, pois coloca em segundo plano o processo de privatização gradual, que é indubitavelmente a fórmula melhor indicada para a desestatização de empreendimentos de grande porte e valor patrimonial.

A constatação do sucesso desta fórmula se deu nas Centrais Elétricas de Minas Gerais S/A-CEMIG, que em leilão realizado em 28.5.1997 teve 33% de seu capital votante (correspondente a apenas 1/7 ou 14,4% do capital total), transferido ao consórcio formado pela Southern Electric Brasil Participações (controlada pela empresa norte-americana Southern Electric), AES Coral, da Virgínia, EUA e grupo de investidores institucionais estruturado pelo Banco Opportunity, pelo preço de US\$ 1,13 bilhão - praticamente o mesmo obtido pela União, proporcionalmente, com a alienação das ações da VALE. A associação do Estado a esses "sócios estratégicos" (aqui sim, autêntica parceria) foi realizada após cuidadoso planejamento financeiro e de investimentos, e mercê reorganização societária da CEMIG, que assegura aos novos parceiros 3 dos 9 cargos da Diretoria e 4 dos 11 assentos do Conselho de Administração, com a previsão de que as decisões desses órgãos administrativos sejam adotadas por unanimidade, em matérias relevantes, e, nas demais, por maioria qualificada, de 8 votos no Conselho e de 6, na Diretoria. Com a implementação de programas de produtividade e racionalização administrativa, a CEMIG projeta faturamento de U\$ 2,1 bilhões neste ano, para um patrimônio líquido estimado em US\$ 10 bilhões, permanecendo o Estado de Minas Gerais com a maioria das ações, que poderá alienar, futuramente, em condições extremamente favoráveis.

Este modelo de desestatização - que não só mereceu elogios generalizados, como provocou o interesse de outras empresas estatais estaduais em vias de privatização, como a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo-SABESP, que está analisando a abertura de seu capital, em parceria com "*sócio estratégico*" - não foi o adotado pelas privatizações realizadas pelo Governo federal, em virtude do que os recursos nelas auferidos pouco contribuíram para a redução da dívida pública; o que se afigura particularmente grave quando se constata que o baixo valor obtido nas vendas de ações de controle de empresas estatais federais decorrem, no mais das vezes, da ausência de seu prévio saneamento financeiro e preparo para a privatização (de molde a que o preço da alienação correspondesse ao valor real de seus patrimônios), verificando-se, ao reverso, que muitas delas foram submetidas, sobretudo no Governo COLLOR, a descapitalizações, indvidamento e desmantelamento de seus quadros técnicos e administrativos, como ocorreu no setor siderúrgico, a despeito de a história registrar que a implantação da siderurgia em nosso País (com a criação da CSN) somente foi possível graças à firme atuação estatal, depois de conhecida e dura negociação com os EUA, realizada pelo Governo Vargas ao passo que seu desenvolvimento posterior, que a tornou uma das mais modernas do mundo, também é devido aos investimentos do Estado (na própria CSN, e também na USIMINAS, COSIPA AÇOMINAS e CST).

Não apenas: 1º) a fase preparatória das privatizações tem deixado a desejar, mas também 2º), a fase atinente à estruturação da operação, dada a preferência exclusiva por um modelo único, consistente na pura e simples cessão do poder de controle à iniciativa privada, o mesmo se verificando, ainda, com (3º) a fase pós-privatização, na qual o Estado, apesar de não ficar desobrigado de proteger o patrimônio público representado pelas ações de que ainda seja detentor naquelas sociedades, tem se omitido no exercício de seus direitos de sócio, que é e será, até eventual venda desse pacote acionário no mercado.

Todas essas considerações sugerem que se reexamine a matéria, que não pode ser tida como ultrapassada, relativa às virtudes do projeto nacional acolhido na redação original da Constituição federal, que reservava, temporariamente, às empresas de capital brasileiro, a exploração de atividades imprescindíveis ao desenvolvimento do País, ou setores relevantes ao desenvolvimento tecnológico. A despeito da revogação do art. 171 da Carta de 1988, a filosofia que encerrava vem de certa forma inspirando algumas posições adotadas pelo Governo federal, de que constitui exemplo a recusa em participar imediatamente da Área de Livre Comércio das Américas-ALCA, manifestada, contra as pressões de países do hemisfério norte, em recente reunião de Ministros de Estado das nações envolvidas, realizada em Belo Horizonte.

Neste ponto vem à baila mais uma vez a figura da "parceria", não apenas do Estado e da empresa privada, mas entre empresas nacionais, ou de empresas nacionais e estrangeiras, para fazer face aos desafios postos pela indiscriminada abertura dos mercados do País. Pois o que se nota não é o recurso à colaboração entre empresas nacionais e estrangeiras, ou do Estado com a empresa privada, segundo a fórmula bem sucedida acima lembrada (caso CEMIG), mas também a preferência pela aquisição do controle, aqui de empresas brasileiras por multinacionais (de que constitui exemplo conspícuo a atuação da empresa alemã MAHLER, que adquiriu a maioria do capital votante de tradicionais companhias do setor de auto-peças), o que deixa o País vulnerável, na medida em que a política empresarial das transnacionais sói ser balizada pelo imediatismo na produção de lucros, sem compromissos maiores com a nação *hospedaria* (como o revela o recente declínio econômico de alguns países designados por *tigres asiáticos*, decorrente do aumento de custos que lá se seguiu à melhoria das condições de trabalho e salários).

A parceria entre empreendedores privados nacionais, com ou sem a participação de sócios estrangeiros, pode dar às empresas a dimensão necessária para enfrentar a acirrada competição imposta pela globalização da economia, mormente diante da avalanche das importações gerada pela abertura do mercado nacional, precipitada e irrefletida pois nem ao menos cogitou-se da utilização dos mecanismos de proteção previstos em convenções internacionais sobre o comércio, para países com indústrias ainda em fase de desenvolvimento tecnológico. E não se diga que o recurso a essas barreiras, necessárias e autorizadas por regras supra-nacionais, constitui protecionismo, visto que ninguém desconhece que até países desenvolvidos, paladinos do livre mercado, a elas recorrem freqüentemente.

## **6. Aspectos conflitantes das normas sobre a privatização**

A privatização, no âmbito federal, vem disciplinada, como visto, pela Lei n.º 8.031, de 1990, com as substantivas modificações introduzidas pela atual redação da Medida Provisória n.º 1.481, cuja nota marcante é conflito evidente entre o disposto em seus artigos 2º e 4º, do qual exsurtem dúvidas fundadas sobre a viabilidade do excelente modelo da privatização gradual ou parcial, acima destacado. Com efeito, o art. 4º, inc. I, estabelece que as desestatizações serão executadas, dentre outras "*modalidades operacionais*", pela "*alienação de participação acionária, inclusive de controle acionário*", o que autoriza insofismavelmente a privatização gradual ou parcial, pois quem pode o mais (alienar todas as ações de controle), pode o menos (parte delas); já o § 1º do art. 2º, alínea "a", recorrendo à definição de controle acionário constante da Lei n.º 6.404/76 (arts. 116 e 243, § 2º), dispõe que "*considera-se desestatização*" apenas a alienação total das ações de controle. E de forma ainda mais confusa, o § 2º do art. 2º reza que "*aplicam-se os dispositivos desta lei, no que couber, às participações minoritárias diretas e indiretas da União, no capital social de quaisquer sociedades*".

Não obstante a briga entre os textos comentados, a interpretação sistemática da lei permite vislumbrar, nela, vários conceitos e sub-modalidades de desestatizações, a partir do gênero "*privatização mediante venda de ações*", que comporta pelo menos quatro espécies: (a) a alienação de todas as ações de controle, que assegurem ao adquirente a eleição da preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade (Lei n.º 8.031/90, art. 2º, § 1º, "a"); (b) alienação de parcela majoritária das ações de controle, nas mesmas condições da espécie anterior, mas com a permanência nas mãos do Estado de parte delas, para venda ulterior, como no caso VALE (Lei n.º 8.031/90, art. 4º, inc. I, c. c., art. 2º, § 2º); 1º, "a"); (c) a alienação de parte minoritária das ações de controle, com a transferência ao adquirente apenas de determinados direitos políticos, como no caso CEMIG, prevendo-se ou não, para uma segunda etapa, a venda das demais ações de controle (art. 4º, inc. I); (d) a alienação de participações estatais minoritárias, agregadas ou não, anteriormente, ao bloco de controle (art. 2º, § 2º e parte final dos itens "b" e "c", retro).

Com essas precisões, dúvidas não ensombram a viabilidade tanto da privatização parcial (espécie "b"), como da privatização gradual, (espécie "c"), esta última constituindo - aí sim - autêntica parceria do Estado com a iniciativa privada, que não impede, num momento ulterior, a alienação de todas as ações de controle, em condições mais vantajosas.

Tal conclusão é corroborada pela atual redação do art. 6º, inc. II, da Lei n.º 8.031/90, que defere ao Conselho Nacional de Desestatização-CND competências tanto para aprovar a "modalidade operacional a ser aplicada a cada desestatização" (alínea "a"), quanto para autorizar "os ajustes de natureza societária, operacional, contábil, ou jurídica e o saneamento financeiro, necessários às desestatizações" (alínea "b"), incluída a criação da chamada "golden share", ou seja, "ação de classe especial, a ser subscrita pela União" (alínea "d"), "que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais" (art. 8º), arranjos esses também adequados para a privatização parcial ou gradual.

As formas de privatização que envolvam a alienação de ações ou bens patrimoniais das empresas estatais (art. 4º, incs. I, IV, V e VI), exigem a prévia realização de licitação, sendo expressamente admitida a modalidade de leilão (idem, § 3º). O Banco Nacional do

Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES, que funciona como agente federal das privatizações, poderá firmar ajustes com os Estados ou Municípios para supervisionar os processos de desestatização de empresas por estes controladas, também com a previsão de licitação através de leilão (art. 2º, § 5º).

A vigente lei federal de licitações (n.º 8.666, de 21.6.1993), como as anteriores e a maioria das leis estaduais sobre a matéria, admitem a habilitação, desde que prevista no respectivo edital, de "empresas em consórcio", ou seja, a formação de parcerias privadas para participação na licitação, com a adoção de regra que permite a soma das capacitações técnica e econômico-financeira de cada consorciado (art. 33, inc. III), atribuída obrigatoriamente a representação e liderança a empresa brasileira, no caso de consórcios entre nacionais e estrangeiros (§ 1º). A participação de empresas em consórcio não requer a prévia formalização deste, na forma prevista nos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.406/76, mas tão-somente a "comprovação de compromisso público ou particular de constituição" subscrito pelos consorciados (art. 33, inc. I), cabendo ao licitante vencedor promover a celebração e o registro do contrato de consórcio, antes da celebração do contrato com a Administração Pública (§ 2º).

## **7. Parcerias: modalidades. Parcerias no Direito Público**

Do que já foi exposto verifica-se que as impropriamente chamadas parcerias designam combinações diferenciadas, tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, que não se esgotam na associação entre o Estado e iniciativa privada, nem mesmo na colaboração interempresarial.

Com efeito, o exame mais detalhado do Direito positivo pátrio, à luz da praxe conhecida, permite sistematizar as parcerias em três campos, (I) o primeiro englobando as de Direito Público, (II), o segundo, as de Direito Privado e (III) o terceiro relativo às parcerias mistas, decorrentes de composições entre o setor estatal e a iniciativa privada. No Direito Público (I) identificam-se (I.1) parcerias ajustadas entre dois ou mais países, segundo normas e tratados supranacionais, bem como (I.2) as de Direito interno, também designadas por consórcios administrativos. As parcerias de Direito Privado (II) podem ser classificadas segundo a nacionalidade do controle de seus participantes, dividindo-se em (II.1) parcerias entre empresas de capital nacional, (II.2) entre empresas de capital estrangeiro e (III.3) entre empresas nacionais e estrangeiras. Já as parcerias mistas (III), numa classificação teleológico-temporal, dividem-se em (III.1) parcerias temporárias e (III.2) parcerias duradouras.

Essa sistematização possibilita o esboço do seguinte quadro geral das parcerias, tentativo e não exauriente:

### **I - PARCERIAS DE DIREITO PÚBLICO**

#### **I.1 - de Direito internacional**

I.2 - de Direito interno

## II - PARCERIAS DE DIREITO PRIVADO

II.1 - entre empresas de capital nacional

II.2 - entre empresas de capital estrangeiro

II.3 - entre empresas nacionais e estrangeiras

## III - PARCERIAS MISTAS, ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICAS E EMPRESAS PRIVADAS

III.1 - temporárias

III.2 - duradouras

As parcerias de Direito Público Internacional verificam-se quando da atuação conjunta de dois ou mais países, na construção e exploração de empreendimento comum, de que constitui exemplo frisante a Itaipu Binacional.

Já as parcerias de Direito Público interno são previstas entre nós, em nível estadual, desde a Constituição do Estado de São Paulo, de 14.7.1891 (art. 60), tendo sido posteriormente acolhidas no art. 29 da Constituição Federal de 1937 (art. 29), bem como em sucessivas Constituições Estaduais (do Estado de Minas Gerais, de 1967, art. 203; e de 1969, art. 126; do Estado de São Paulo, de 1935, art. 63; de 1947, art. 74; de 1969, art. 104, sendo que estas duas últimas empregam a expressão *consórcios municipais*). A vigente Constituição paulista, de 5.10.1989, prevê, em seu art. 201, que "*o Estado apoiará a formação de consórcios entre Municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental, em particular a preservação dos recursos hídricos e ao uso equilibrado dos recursos naturais*", enunciado não exaustivo que se compadece com a celebração de consórcios intermunicipais para a realização, por exemplo, de obras de interesse comum de municípios limítrofes, como pontes, rodovias etc. Trata-se dos chamados consórcios administrativos, que a rigor podem ser celebrados entre Estados, ou entre a União e os Estados, largamente utilizados na Itália e nos Estados Unidos (nestes, sob a designação de "*power districts*"), cuja modalidade mais praticada é a dos consórcios municipais, assim definidos por José CRETILLA JÚNIOR: "*conjugação convergente de esforços de dois ou mais municípios, para a execução de obras ou serviços de interesse comum*".

Não deixa de ter conotação administrativa, embora formado por particulares, o consórcio celebrado por aqueles que tenham interesse comum na derivação e uso da água, a fim de prover ao exercício, conservação e defesa de seus direitos - consoante dispõe o Código de Águas, aprovado pelo Decreto n.º 24.643, de 10.7.1934, mantido, com modificações, pelo Decreto-Lei n.º 852, de 11.11.1938 - na medida em que esse consórcio pode ter sua constituição e funcionamento sujeitos às normas emanadas do Ministério da Agricultura (§

1º), podendo, inclusive, ser formado coativamente pela administração pública (§ 2º). O Decreto n.º 41.029, de 26.2.1957, ao regulamentar os serviços de energia elétrica, admitiu a associação sob a forma de consórcio para a centralização da produção dessa energia.

## **8. Parcerias entre o Poder Público e a empresa privada**

As parcerias da Administração pública com a iniciativa privada vêm se intensificando em razão da mudança da forma de conceber o Estado, e regem-se por normas provenientes tanto do Direito Constitucional e Administrativo, quanto do Direito Privado. Como assinala Marya Sylvia ZANELLA DI PIETRO, *"parece que o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber o Estado e Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos, nos órgãos de deliberação e consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada"*.

Não obstante essa tendência ideológica, é importante ter presente que a utilização de formas de Direito Privado não pode ser feita de modo a burlar o regime jurídico publicista, conforme decidiu recentemente o Tribunal de Contas da União, sob pena de tornar-se letra morta os princípios constitucionais de legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e os demais parâmetros constantes do art. 37 da Constituição federal.

A praxe mais recente tem revelado o recurso a inúmeras formas de Direito Privado para revestir as parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, dentre as quais se destacam mecanismos já conhecidos e sedimentados, como a concessão, a autorização, a permissão, os convênios etc., além do incremento da utilização dos consórcios e a utilização de fórmulas mais modernas, como a franquia e a terceirização.

O consórcio, que foi sempre muito utilizado no âmbito do Direito Administrativo, sobretudo nas licitações realizadas pelo Poder Público, passa a ter, agora, um emprego diferenciado, servindo como modelo jurídico para a associação de empresas estatais e empresas privadas, na exploração de empreendimentos comuns, de forma temporária ou duradoura. Exemplo dessa privatização parcial e provisória via consórcio pode ser encontrada na parceria mista autorizada pelo Decreto federal n.º 1.492, de 16.5.95, editado ainda sob a égide da MP n.º 911, de 1995, posteriormente convertida na Lei n.º 9.074/95, mediante a qual a exploração da Usina Hidroelétrica de Igarapava foi atribuída a um consórcio liderado pela CEMIG, com a participação da MINERAÇÃO MORRO VELHO LTDA., CSN, COMPANHIA BRASILEIRA DE METAIS, ELETROSILEX e VALE DO RIO DOCE (decorrendo o caráter provisório dessa parceria mista do fato de a CSN e a

VALE terem sido posteriormente transferidas para o setor privado, o mesmo sucedendo, e parcialmente, com a CEMIG, conforme acima assinalado).

Para bem situar as parcerias entre o setores público e privado, é indispensável rememorar que a chamada privatização, em sua acepção ampla, não representa um fenômeno juridicamente unívoco, igual e linear, abrangendo, ao reverso, operações e negócios jurídicos diversificados, identificando-se, em primeiro lugar, a cessão ou transferência pura e simples do controle acionário do Estado para empresas privadas - precedida ou não da operação de cisão, visando apartar o patrimônio menos rentável, ou a designada *parte podre* - que envolve dois mecanismos do Direito Comercial: (1º) numa fase preliminar, a utilização do consórcio (que apesar de previsto nas leis de licitações e de concessões, tem seu regramento geral numa lei comercial, ou seja, nos arts. 278 e 279 da Lei n.º 6.404/76); (2) na fase definitiva, após a cessão do controle, a acomodação das empresas adquirentes do controle mediante técnicas de combinação empresarial de Direito Comercial, dentre as quais se sobressaem, (a) o próprio consórcio duradouro, (b) a celebração de acordos de acionistas entre os adquirentes (art. 118 da Lei n.º 6.404/76); (c) arranjos societários através de reforma estatutária, como se deu no caso CEMIG ou (d), a formação de grupos societários, sob a égide dos arts. 243 e 265 e segs. da Lei n.º 6.404/76.

Em segundo lugar, temos a chamada privatização "lato sensu", que se traduz na concessão da exploração de serviços públicos a particulares, isoladamente, ou mediante a utilização de fórmulas jurídicas de combinação empresarial, ou seja (1º) via consórcio, (2º) através grupo de sociedades, (3º) através de acordo de acionistas entre as concessionárias e empresas privadas e (4º), mediante contratos atípicos celebrados entre as várias concessionárias vencedoras.

Em terceiro lugar, a chamada privatização "lato sensu" se opera parcialmente ou provisoriamente, com a co-participação do Estado, via empresas estatais, em conjunto com particulares - fórmula genericamente designada por parceria.

Nesse quadro, a parceria em sentido estrito, representa a participação do Estado e de particulares na execução de determinado empreendimento, ou na exploração de serviços públicos. E, em sentido lato, a parceria, tal como prevista na legislação sobre concessões (Lei n.º 8.987, de 13.2.95 e n.º 9.074, de 7.5.95), abrange também a co-participação da concessionária particular e terceiros, seja essa concessionária empresa estatal, seja ela empresa privada.

As últimas leis citadas têm sido reputadas tímidas, no tocante à admissibilidade das parcerias, o que não parece correto, na medida em que as hipóteses legais revestem-se de grande amplitude, sendo questionável sua extensão sem a prévia experimentação dessa nova fórmula jurídica. Pois, inicialmente, a parceria é admitida quando se trate de sociedade de economia mista, ou de pessoa jurídica controlada direta ou indiretamente pela União, não só porque as mesmas têm personalidade jurídica de Direito Privado, como em razão de previsão legislativa expressa (Lei n.º 9.074/95, art. 27 e 30). É ela admitida, também, quando haja a necessidade da conclusão de plano de obras definido pelo Poder concedente, embora aí se cuide de parceria privada, ou seja, a associação da concessionária a outras empresas privadas, "*sob a modalidade de consórcio*" (Lei n.º 9.074/95, art. 21).

O art. 32 da lei citada também autoriza a parceria entre empresas estatais e empresas privadas, quando aquela figurar como licitante em concorrência para concessão e permissão de serviço público - cabendo-lhe celebrar pré-contratos com terceiros, que dispensam ulterior licitação, visando o fornecimento de bens ou serviços (subsistindo aqui a dúvida se essa dispensa viola ou não a legislação pertinente a estes concursos).

Consoante previsto no art. 19 da lei geral sobre concessões (n.º 8.987, de 13.2.1995), os concessionários poderão integrar consórcios, eleito sempre um interlocutor para relacionar-se com o Poder concedente, ou seja, o "líder" do consórcio, que é o responsável pelo contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade das demais consorciadas (art. 19, § 2º).

Mas há casos em que a Lei n.º 8.987/95 só admite o consórcio na fase genética da concessão. É o que consta do art. 20: *"é facultado ao Poder Concedente, desde que previsto no Edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato"*.

O art. 18 da Lei n.º 9.074/95 também prevê os consórcios de geração de energia elétrica, em caráter duradouro, e com muita amplitude: *"é autorizada a constituição de consórcios, com o objetivo de geração de energia elétrica para fins de serviços públicos, para uso exclusivo dos consorciados, para a produção independente ou para essas atividades associadas, conservado o regime legal próprio de cada uma."*

Por fim, o art. 26 da Lei n.º 9.074/95 prevê a realização de transformações societárias, cisões, incorporações e fusões nas empresas estatais concessionárias, o que constitui mais um caminho conducente às parcerias mistas, das quais participam empresas privadas, juntamente com o Poder Público, especialmente através das empresas estatais.

## **9. Parcerias entre empresas privadas**

Passando para o tema específico das combinações empresariais no âmbito privado (agora impropriamente designadas por parcerias privadas), é de rigor assinalar que a história do Direito Comercial é marcada pela não acomodação do empresário (ou o antigo mercador) às fórmulas tradicionais previstas pelo Direito posto, o que levou o Direito mercantil a vicejar à margem do Direito estatal, mediante a criação de mecanismos operacionais próprios (como os títulos de crédito e as cambiais), o recurso a negócios jurídicos indiretos etc. No plano das combinações inter-societárias a criatividade empresarial não teve e não tem limites, daí porque ao falar-se em parcerias é preciso ter presente que as mesmas compreendem desde o emprego de fórmulas institucionais (como a criação de subsidiárias comuns, "holdings" etc.), até a realização de ajustes societários via modificações estatutárias ou de contratos sociais, a celebração de contratos parassociais (como o acordo de acionistas, previsto no art. 118 da Lei n.º 6.404/76), a assinatura de contratos atípicos ou inominados e, por fim, a utilização do consórcio de empresas, instituto antigo mas ainda não suficientemente disseminado, embora expressamente tipificado entre nós pelos arts. 278 e 279, da Lei n.º 6.404, de 15.12.1976.

O consórcio é uma fórmula de combinação empresarial plástica, maleável, com infindáveis potencialidades, e, apesar de ter sido praticado intensamente em nosso país na esfera das contratações com o Poder Público, em virtude de permissões contidas em sucessivas leis de licitações (que albergam o salutar princípio da soma das capacitações dos consorciados), é empregado também, e com êxito, na colaboração interempresarial privada, como o demonstra não só nossa incipiente experiência, como o Direito Comparado.

Para destacar apenas um exemplo recente, veja-se o que sucedeu com a constituição do chamado "consórcio modular", fórmula escolhida para a implantação da fábrica de caminhões da Volkswagen, em Resende, no Estado do Rio de Janeiro. Sob o comando daquela montadora, consorciaram-se onze fornecedores, que atuam em linha de montagem, a saber: a IOCHPE-MAXXION, que faz os chassis, rodas e pneus; a ROCKEWELL que faz os eixos, freios e suspensão; a BRIDGESTONE e a BORLEN, que fazem as rodas e os pneus; a MOTOREN-WERKE MANHEIN e CUMMINGS, que fazem o motor e a transmissão; a TAME, que faz a cabine; a VDO KIENZLE, que faz as direções e instrumentos e a EISENMANN, que faz a pintura (tudo com o apoio da sociedade e de capitais públicos, através do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES, que concedeu linhas de crédito especiais a esses fabricantes de auto-peças ...).

Já foi visto que no âmbito das privatizações o consórcio costuma estar presente na fase genética do processo, dado o vulto dos serviços ou das obras envolvidas, ou do valor extraordinário do controle acionário que vai ser transferido para a iniciativa privada (que exclui ou inviabiliza a participação individual). É o que normalmente ocorre, como se verifica do último processo de compra da VALE, ao qual compareceram dois consórcios. E já ficou registrado, também, que nesse campo o consórcio pode ter caráter duradouro, permanecendo independentes e autônomas as empresas adquirentes do controle, ou concessionárias de serviços públicos, vinculadas apenas por essa forma contratual de Direito Comercial, tal como previsto no já citado art. 19 da Lei n.º 8.987, de 13.1.1995.

O contrato de consórcio, destarte, constitui a forma mais adequada para revestir os pactos de colaboração interempresarial, na esfera privada, e só não é utilizado com mais frequência em razão, de um lado, do desconhecimento de suas normas de regência e funcionamento, e, de outro, da dificuldade existente, entre nós, de reconhecer-se a atuação conjugada de consorciados, desprovida de personalidade jurídica.

## **10. O consórcio de empresas**

Esses óbices, no mais das vezes aparentes, são facilmente superados se se considerar, principalmente, que o contrato de consórcio, que pode ser celebrado por qualquer sociedade ou pessoa física, prestado-se ao preenchimento de qualquer finalidade de colaboração visada pelas partes (Lei n.º 6.404/76, art. 278, "caput", que alude a "*determinado empreendimento*", expressão na qual o termo "*empreendimento*" tem a conotação ampla e aberta de "*empresa, cometimento, realização*", ao passo que a palavra "*determinado*" aí figura para esclarecer que o objeto do consórcio deve ser explicitado em sua inteireza, como se colhe do cotejo desse dispositivo com o art. 279, inc. II).

Mesmo as dificuldades de ordem fiscal, muitas vezes invocadas, foram de há muito suplantadas mediante normas administrativas que acolhem, quanto a essa modalidade contratual, o princípio de imputação direta (Instrução Normativa n.º 105, de 19.10.1984, da Secretaria da Receita Federal, que admite a inscrição dos consórcios no CGC-Cadastro Geral de Contribuintes e Ato Declaratório Normativo n.º 21, de 5.11.1984, da Coordenação do Sistema da Tributação, do Ministério da Fazenda).

O consórcio não tem personalidade jurídica (a despeito da obrigatoriedade do arquivamento no Registro do Comércio, e da publicação, do contrato e suas alterações - art. 279, § único), e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (art. 278, § 1º), solidariedade esta que poderá ser livremente pactuada, ou exigida por terceiros, como se dá com as contratações com a Administração Pública.

Os consórcios, previstos em normas constitucionais e administrativas desde o século passado, passaram a ser erigidos na década de 60, segundo concepção econômica liberal, como fórmula preferencial para propiciar a atuação das empresas nacionais em escala compatível com as exigências da moderna economia, daí a sua previsão na lei de mercado de capitais (Lei n.º 4.728, de 14.7.1965, art. 15), na legislação sobre comércio exterior e exportações (Lei n.º 5.025, de 10.6.1966, art. 20, "f"), no Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei n.º 32, de 18.11.1966, art. 72), na legislação securitária (Decreto-Lei n.º 73, de 21.11.1966, art. 44, I, "f"), no Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 227, de 28.11.1967, art. 86), e em normas destinadas a incentivar a absorção de tecnologia (Decreto n.º 64.345, de 10.4.1969, art. 6º).

Ressurgem os consórcios, agora, em leis de inspiração dita neo-liberal, augurando-se que, melhor conhecidos, possam servir de suporte ao adequado dimensionamento das empresas nacionais, isoladamente ou em associação com empresas estrangeiras - em caráter provisório, como que prévio "*namoro*" para a realização de uma composição societária definitiva, ou com conotação duradoura, que não retire a autonomia e a independência das empresas consorciadas.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Reflexões sobre a privatização, parcerias e a política econômica.** Disponível em: < <http://www.uepg.br/rj/a1v1at01.htm>>. Acesso em: 03 out 2006.