

ARNOLDO WALD (\*)

*"A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através da tributação ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos."*

PETER DRUCKER (Gazeta Mercantil de 11.7.95, Relatório Especial, p. 4)

*"Nosso Direito Administrativo clássico é um direito do comando, do privilégio, do controle e, numa palavra, da desconfiança (da Administração em relação ao contratado). O Direito Administrativo do aleatório, que está sendo elaborado atualmente, apresenta e apresentará, cada vez mais, características diferentes: será um direito do esforço comum, enquadrado em atos coletivos, da colaboração entre a Administração e os seus parceiros, ou, numa palavra, da confiança."*

ANDRÉ HAURIUO (*Le Droit Administratif de l'aleatoire in Mélanges offerts à Louis Trotabas*, Paris, Librairie générale de Droit e de Jurisprudence, 1970, p. 24)

*"Somente se atenderá às necessidades da sociedade contemporânea no tocante à infra-estrutura e aos serviços mediante uma aliança audaciosa e bem articulada do setor público e do setor privado. Cada parceiro, no fundo, deve doravante fazer o inventário do que é realmente fundamental na sua missão e assumir plenamente o seu papel, todo o seu papel e nada além dele."*

HENRY LEDSGUILLONS (*Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon*, 1993, colóquio de Paris de 26 a 27 de março de 1990, sob a direção de HENRY LESGUILLONS e MARCEL SARMET, Paris, Forum Européen de La Communication, 1991, p. 332)

## I. Introdução

Poucos assuntos têm ensejado tantas divergências de estadistas, economistas, políticos e jornalistas, quanto a privatização. Considerada como elemento de modernização do país, pela maioria dos estudiosos da matéria, tem, todavia, merecido severas críticas de outros, tornando-se uma questão relativamen-

te polêmica quanto a alguns dos seus aspectos.

Decorridos dez anos dos primeiros esforços realizados neste sentido, um primeiro balanço pode e deve ser feito, tanto mais que tivemos sucessivamente a tese, a antítese e que, agora, podemos fazer a síntese. A tese foi a manutenção dos serviços públicos nas mãos do Estado e a antítese a privatização a qualquer preço e, algumas vezes, sem as medidas complementares necessárias. A síntese consiste no reconhecimento da importância da privatização como verdadeiro "ingrediente na criação da economia de mercado", tendo efeitos altamente positivos, como se verifica na transformação sofrida pela EMBRAER ou na redução dos custos da telefonia. Por outro lado, no particular, não houve o preparo adequado das autoridades para organizar as entidades reguladoras e de controle e estabelecer, de modo claro e indiscutível, os direitos e obrigações das partes, especialmente no setor da concessão.

Poderíamos até dizer que está havendo um atraso do direito, ou seja, da necessária modernização das normas, em relação aos fatos econômicos, que estão acontecendo. Esta mora do direito explica e justifica, em parte, uma certa crise de concessão, com os conflitantes decorrentes, na medida em que a nova instituição nasceu (ou ressuscitou), sem que se tivesse previsto o que com ela iria acontecer, o seu presente e o seu futuro, as obrigações e responsabilidades, os instrumentos financeiros e as regras do novo diálogo entre o Poder Público e o empresariado, na parceria que pretenderam fazer. Quase poderíamos dizer que ainda falta, na nossa legislação, o chamado direito da parceria como instituição do direito do desenvolvimento, ou seja, da luta por uma melhor qualidade de vida e um menor "custo Brasil".

## II. Considerações gerais

A privatização corresponde a uma tendência mundial que surgiu, tanto em virtude da globalização da economia, como em decorrência da falência do Estado-Providência (*Welfare State*), ensejando o redimensionamento das atribuições do Poder Público, para que o mesmo seja eficiente, garantindo o bom funcionamento dos serviços públicos essenciais.

A existência de importante deficit público e a impossibilidade de continuar financiando as despesas estatais, mediante a emissão de moeda, dentro de um clima inflacionário, fizeram com que, em todos os países, se realizasse uma grande transformação do Estado que, na palavra de um sociólogo francês, para ser moderno, tinha que ser modesto <sup>(1)</sup>.

Assim sendo, o Estado onipresente, que se desenvolveu no Brasil, entre 1930 e 1990, deve ser substituído pelo Estado regulamentador, executor e fiscalizador dos serviços públicos essenciais, catalisador da produção e reformador de instituições. Ao mesmo tempo em que se abriu a economia do país, tiveram que

---

<sup>(1)</sup> MICHEL CROZIER, *État Moderne, État Modeste, Stratégie pour un Changement*, Paris, 1987.

ser extintos certos monopólios estatais e a reserva de determinados mercados, que não mais se coadunavam com a nossa época, especialmente quando o Estado deixou de ter os recursos necessários para realizar os indispensáveis investimentos para garantir o desenvolvimento da nossa economia.

A privatização tem vários sentidos, abrangendo desde a venda de ativos (bens públicos, empresas públicas e ações de sociedades de economia mista) até a reformulação das concessões, que, em certos setores, eram atribuídas, exclusiva ou quase exclusivamente, a empresas mistas. Também constituem formas de privatização a extinção parcial ou total de monopólios estatais, a implantação de um sistema de acordos de acionistas entre o Estado e empresas privadas; nas sociedades de economia mista, a transformação do Poder Público de acionista majoritário em acionista minoritário, com ou sem uma ação especial (golden share), a implantação dos chamados contratos de gestão e até, em certo sentido, a abertura de determinadas atividades ou participações ao capital estrangeiro <sup>(2)</sup>.

O conjunto de decisões referentes à privatização, em todos os sentidos, representa uma verdadeira revolução econômica, política, jurídica e cultural. Como lembrava ORTEGA Y GASSET, a revolução se caracteriza por ser feita não contra os abusos, mas contra os usos. Trata-se, pois, de um verdadeiro novo direito, cujas regras abrangem o direito constitucional, o direito administrativo, o direito econômico e até o direito do desenvolvimento <sup>(3)</sup> com reflexos no direito societário e no direito do trabalho.

O leque de normas jurídicas que trata do assunto, a partir da criação do Conselho de Desestatização e da Medida Provisória nº 26, há cerca de dez anos, até hoje, abrange numerosas Emendas Constitucionais, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, Decretos, Regulamentos e Portarias Ministeriais, tanto no plano federal, quanto nos diversos Estados e até em alguns Municípios.

As privatizações já realizadas e em curso ultrapassam cinquenta bilhões de dólares e o Brasil realizou, no plano das telecomunicações, uma das maiores privatizações do mundo ao transferir para a iniciativa privada o controle das empresas do sistema Telebrás.

Embora diante de uma realidade econômica da maior importância e de um conjunto de textos legislativos sobre as privatizações, concessões e parcerias, nos mais diversos setores, poucos foram os estudos jurídicos exaustivos que trataram da matéria.

É verdade que os advogados participaram ativamente no processo de privatização, seja como conselheiros do Poder Público, seja como assessores jurídicos de compradores, concessionários ou parceiros do Estado. Por outro lado, o Poder Judiciário teve o ensejo de apreciar, numerosas vezes, as medidas

<sup>(2)</sup> ARNOLDO WALD, *As quatro formas da Privatização*, Banco Hoje, ano 2, nº 14, maio 1990, p. 36.

<sup>(3)</sup> ARNOLDO WALD, "O Direito do Desenvolvimento", in *Revista dos Tribunais*, vol. 383/7.

judiciais para evitar a privatização e, mais recentemente, as peculiaridades do direito de licitação a ela referentes, que ensejaram contribuições jurisprudenciais da mais alta valia. Mas, a doutrina e a jurisprudência não tiveram tempo de assimilar as regras jurídicas, de sedimentar os seus resultados e repercussões e de tentar deduzir alguns princípios e normas peculiares ao novo direito.

Neste estudo, destacarei três pontos do direito das privatizações que me parecem merecer uma análise específica: as concessões, as licitações e os problemas societários.

### III. As concessões

*"Foram precisos dez séculos para que a Europa amadurecesse primeiramente todas as possibilidades de concessão, para, em seguida, elaborar o conceito de gestão delegada.*

*Bastaram dez anos para que a concessão viesse a ser implantada no mundo inteiro."*

CHRISTIAN BETTINGER (*La gestion déléguée des services publics dans le monde*, Ed. Berger Levrault, Paris, 1997, p. 13)

As privatizações, entendidas como simples vendas de ativos, têm a vantagem de aumentar a eficiência das empresas, substituindo o espírito burocrático pelo espírito empresarial <sup>(4)</sup> e liberando-as da verdadeira camisa de força que, em geral, lhes impõe o direito administrativo. São, pois, um fator importante para a redução de despesas e subsídios estatais, permitindo garantir, de modo adequado, a estabilidade econômica e monetária do país.

Mais importante, todavia, pelos seus efeitos, são as concessões de obras e serviços, com as quais não só se combate o *déficit* público, mas também se resolve o problema angustiante do *déficit* de infra-estrutura, e já se disse que um deles é tão nefasto quanto o outro. A solução do primeiro, por si só, não é suficiente para assegurar o progresso do país, pois não basta reduzir as despesas ou aumentar as receitas. É preciso criar novas fontes de produção e, conseqüentemente, de riqueza, multiplicar os empregos e, para tanto, impõe-se eliminar os gargalos de estrangulamento que impedem ou dificultam o desenvolvimento. É necessário aumentar e aprimorar a produção e distribuição de energia, multiplicar e melhorar as estradas, ampliar e renovar a rede de telecomunicações e, finalmente, assegurar, em todo o país, o adequado funcionamento dos serviços de água e saneamento, o que pressupõe importantes recursos financeiros e tecnologias avançadas que o Estado brasileiro não possui no momento.

<sup>(4)</sup> A respeito do espírito empresarial, há ampla bibliografia abrangendo, entre outras, as obras de GEORGE GILDER, *O Espírito da Empresa*, São Paulo, Pioneira Editora, 1989, ALVIN TOFFLER, *A Empresa Flexível*, Rio de Janeiro, Ed. Record, 1985, DAVID OSBORNE e TED GAEBLER, *Reinventando o Governo. Como o Espírito Empreendedor Está Transformando o Setor Público*, São Paulo, M. H. Comunicação, 1994.

Na atual discussão entre monetaristas e desenvolvimentistas, a concessão de obras permite assegurar o desenvolvimento sem inflação, pois são os recursos privados que ensejam a realização dos grandes projetos de infra-estrutura.

Ora, a concessão de serviços públicos, especialmente quando abrange a manutenção ou a realização de obras e equipamentos, é uma maneira de mobilizar, no interesse público, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Estado, tanto a poupança interna e externa, como as tecnologias mais modernas aplicadas nos países industrializados e as formas de administração (*management*) da iniciativa privada. Atende-se, desta forma, mais adequadamente, aos interesses dos usuários e da própria economia nacional. Por outro lado, transforma-se uma atividade que, no passado, era deficitária ou pouco rentável e mal aproveitada pelo Poder Público, numa fonte de receita, que permite o investimento estatal nas atividades não rentáveis e, em particular, na segurança, na educação e na saúde.

Mantém-se, assim, o serviço público sob a forma de delegação, com a responsabilidade da iniciativa privada e o controle do Poder Público, sob a forma de regulamentação prévia e de fiscalização *a posteriori*. Na medida em que os recursos investidos são privados, ocorre uma modificação básica do papel do Estado, cuja intervenção não mais pode ser arbitrária, nem discricionária, mas sempre deve ser razoável e baseada na lei.

Por serem as concessões contratos de longo prazo firmados num mundo no qual as tecnologias estão evoluindo muito rapidamente, a relação entre o Estado e o concessionário deve inspirar-se num conceito que juridicamente é novo – o da parceria. Trata-se de um contrato no qual as partes têm uma finalidade específica, superando os seus próprios interesses, fazendo prevalecer, sempre, os conceitos amplos de boa-fé e de lealdade e atendendo não só à letra, mas, também, ao espírito da lei e do contrato.

Indo mais longe, a parceria se distingue da maioria dos contratos de direito privado, nos quais, muitas vezes, os interesses das partes são contrários e nenhuma delas é obrigada a abrir mão dos seus direitos. Diferencia-se, ainda, dos contratos administrativos clássicos, nos quais o Poder Público manda e o contratado privado obedece, sem prejuízo de obter uma indenização, a longo prazo, numa ação que é ordinária em todos os sentidos.

O que caracteriza a parceria é o dever da constante readaptação do contrato às novas circunstâncias que vão surgindo no plano econômico, político ou técnico. Há, na parceria, um verdadeiro dever de negociar para manter vivo e eficiente o contrato e fazer com que cumpra a sua função social. Pode-se até fazer referência a uma espécie de *affectio contractus*, do mesmo modo que se cogita atualmente de *affectio societatis* dos sócios ou da *affectio maritalis* existentes entre os cônjuges<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, *O Direito de Parceria e a Nova Lei das Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 38.

A parceria, que existe nas concessões, especialmente quando envolvem importantes investimentos do concessionário, constitui, pois, um contrato de colaboração, flexível e dinâmico, que pressupõe a existência de uma obrigação de co-operar, por parte dos contratantes, para encontrar sempre soluções legais, justas e equitativas, diante de situações não previstas e, em certos casos, imprevisíveis para o legislador ou para os contratantes.

Os fundamentos jurídicos dessa parceria se encontram na nova legislação, mas já tem os seus princípios consagrados na Constituição brasileira quando ela garante, de um lado, o devido processo legal substantivo, entendido como garantidor de todos os direitos fundamentais do contratado, e, de outro, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, que é, há longo tempo, da tradição do nosso direito.

É interessante salientar que talvez seja o Brasil um dos raros países a ter incluído na Constituição a garantia da equação econômica e financeira do contrato. Certamente, é o único a ter feito a distinção entre o equilíbrio econômico – entendido como garantia de rentabilidade – e o financeiro – que assegura a simultaneidade do ingresso das receitas (*input*) e do desembolso das despesas ou dos investimentos (*output*) – o que, aliás, se explica pelo longo período inflacionário que o país atravessou.

A jurisprudência dos tribunais tem feito com que os princípios acima referidos não fossem letra morta. Ao contrário, em decisões reiteradas, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os recursos especiais, e o Supremo Tribunal Federal, ao decidir os recursos extraordinários, têm reconhecido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, especialmente em relação ao concessionário. Mesmo quando há normas gerais, como as que se referem ao congelamento de preços aplicáveis à totalidade das empresas, como aconteceu no caso dos planos econômicos, ressaltou o Excelso Pretório que, quando lesivas aos interesses individuais, não se pode aplicá-las às tarifas dos concessionários <sup>(6)</sup>.

Justifica-se essa posição da jurisprudência tanto pelas determinações constitucionais (em particular, o art. 37, XXI, da Constituição, como bem salientado em acórdão do TRF da 1ª Região, do qual foi relator o eminente Ministro Vicente Leal <sup>(7)</sup>, como pelo fato de merecer o investimento feito pelo concessionário um tratamento especial. É o que já entendia a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana quando, em voto do Justice Brandeis, afirmou a natureza peculiar do investimento do concessionário feito no interesse público, que, por este motivo, merece proteção especial, ensejando, inclusive, em nosso país, consagração constitucional <sup>(8)</sup>.

A parceria pressupõe, pois, obrigações, por parte dos contratantes, que não existiam no passado em outros contratos. A obrigação de manter a continuidade e modernidade do serviço público eficiente, por parte do concessionário,

<sup>(6)</sup> RE nº 183.180-4, julgado pelo STF em 17.06.97.

<sup>(7)</sup> RF 319/141.

<sup>(8)</sup> Acórdão proferido no caso *Southwestern Bell Tel. Co.*, in *Harvard Law Review*, vol. 45, 1931-1932, p. 60.

corresponde a do Poder Público de manter a equação econômica e financeira estabelecida no edital de licitação. Qualquer modificação básica só poder ser consensual ou compensada imediatamente pela indenização adequada, por implicar verdadeira desapropriação de um dos direitos do concessionário.

Torna-se, assim, muito importante definir, desde logo, no próprio edital, todos os direitos e deveres das partes, evitando qualquer ambigüidade. É também conveniente prever o modo de solução de eventuais divergências futuras, podendo ser adequado o recurso à arbitragem, que é aconselhado pela melhor doutrina, para que se possa obter soluções rápidas em matérias que, muitas vezes, são tecnicamente complexas <sup>(9)</sup>.

No Brasil, a legislação sobre concessões, que praticamente levou meio século para ser elaborada, pois prevista desde a Constituição de 1934, tem sido adequada, mas exige uma complementação, considerando as peculiaridades dos vários setores envolvidos. Tanto assim é que, numerosas vezes, o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar sobre alegadas inconstitucionalidades e o Superior Tribunal de Justiça apreciou os mandados de segurança e outros procedimentos pelos quais, em reiteradas ocasiões, no passado e no presente, se tentou impedir a privatização, abrangendo as empresas concessionárias.

A demora de conversão das Medidas Provisórias em textos legais também tem ensejado uma incerteza, que não se coaduna com os relevantes investimentos que devem ser feitos pelos concessionários. Mas parece que estamos concluindo essa fase de adaptação da concessão, na sua versão atual e dinâmica, que representa uma ruptura com as nossas tradições do século passado, de tal modo que podemos falar num verdadeiro renascimento do instituto <sup>(10)</sup>.

Do ponto de vista técnico, também não foi fácil aos juristas brasileiros assimilar a concessão como nova técnica de direito administrativo.

Efetivamente, a tradição jurídica brasileira em matéria de serviço público está ligada aos ensinamentos dos juristas franceses e, eventualmente, aos constitucionalistas norte-americanos, mas a nossa administração herdou a concepção portuguesa do Estado operador da economia e só recentemente se inspirou na regulamentação e fiscalização das concessões por entidades independentes, que surgiram nos Estados Unidos, país cujo direito não conhece as concessões propriamente ditas, mas autoriza certas empresas a funcionar no interesse público <sup>(11)</sup>.

Cabe, todavia, reconhecer que o sistema de concessões está tendo sucesso no Brasil e que as entidades reguladoras estão se implantando com espírito construtivo, substituindo as antigas autoridades burocráticas que desempenha-

---

<sup>(9)</sup> CAIO TÁCITO, "Arbitragem nos Litígios Administrativos", in RDA 210/111 e ADILSON ABREU DALLARI, "Arbitragem na Concessão", in *Revista de Informação Legislativa* 128/63.

<sup>(10)</sup> ARNOLDO WALD, "O Renascimento do Instituto da Concessão", in RDA, 171/1-14 (janeiro-março 1988).

<sup>(11)</sup> BILAC PINTO, *Estudos de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 8 e seg.

vam papel análogo, embora com poderes mais limitados, com outro espírito e finalidades diversas. Trata-se de uma mudança cultural que, todavia, é lenta, especialmente em virtude do despreparo dos funcionários e administradores de algumas das entidades reguladoras.

Embora ainda devamos progredir nesse setor, podemos concluir que, como afirmado por especialista inglês, para o país e para os usuários dos serviços, “a propriedade privada sob controle público é muito melhor do que a propriedade do Estado sob controle político”<sup>(12)</sup>.

#### IV. As Licitações

As licitações para o fim de concessão também merecem um comentário específico. Em primeiro lugar, pelo fato de haver, em matéria de preço a ser pago pelo concessionário ao concedente, uma inversão da tradição que existia nos contratos de empreitada, nos quais se considerava sempre como sendo vencedor, na licitação, quem oferecia o menor preço. Já na concessão, a vitória cabe a quem pretende pagar, ao Poder Público, o maior preço ou cobrar a menor tarifa.

Por outro lado, a obediência ao edital há de ser meticulosa, tanto por parte dos licitantes, quanto pela autoridade. A importância dos recursos a serem investidos e dos eventuais lucros esperados levam os interessados a verdadeiras batalhas judiciais, para que sempre prevaleça a norma jurídica, como as que aconteceram na licitação da chamada “Banda B”, na telefonia móvel.

Cabe salientar, aliás, a importância que passou a ter o Poder Judiciário ao julgar a matéria, dedicando-lhe especial atenção e ponderando quais os requisitos indispensáveis e quais os que são secundários, pouco relevantes ou até ilegais ou inconstitucionais para o julgamento de licitações. Em particular a Egrégia 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça tem tido, neste sentido, decisões memoráveis, nas quais se destacaram, sucessivamente, os votos dos eminentes Ministros **Demócrito Reinaldo**, **Humberto Gomes de Barros**, **Ari Pargendler** e **José Delgado**, entre outros.

No particular, o mandado de segurança continua a ser o grande instrumento de defesa dos direitos individuais contra os eventuais atos arbitrários da administração, corrigindo, desde logo, as ilegalidades, em vez de fazer com que só possam ensejar indenizações a serem pagas, longos anos depois, em outra administração, com prejuízo para o Tesouro Nacional <sup>(13)</sup>.

Uma das questões que talvez merecesse reexame é a da competência da Justiça Federal para conhecer os mandados de segurança contra as sociedades de economia mista controladas pela União. Parece-nos que não se deveria aplicar,

---

<sup>(12)</sup> JOHN G. BELLAK, “Privatisation en Grande Bretagne de l’Industrie des Eaux et des Égouts”, in *Lesguillons, Sarmet e outros*, obra citada, p. 80.

<sup>(13)</sup> CUNHA VASCONCELOS FILHO, Prefácio ao *Mandado de Segurança* de ARNOLDO WALD, Rio de Janeiro, publicação do DASP, 1955, pp. 9/10.



no caso de licitação de interesse do Governo Federal e com repercussões no seu patrimônio, as Súmulas que atribuem competência à Justiça Estadual para apreciar ações contra as sociedades de economia mista, por existir incontestável interesse federal, que justificaria uma interpretação compreensiva ou extensiva das normas sobre competência existentes na matéria.

No tocante aos editais, é também preciso lembrar a importância específica que têm, no caso das concessões de longo prazo referentes aos serviços públicos de maior complexidade, os conhecimentos técnicos e a idoneidade financeira das empresas licitantes, a fim de evitar fraudes e frustrações em detrimento dos legítimos interesses da União Federal e dos usuários dos serviços.

Na realidade, o interesse público não se limita – ou não se deve limitar – à obtenção do melhor preço, mas deve exigir, também, que os licitantes tenham os conhecimentos tecnológicos e a experiência necessária para assegurar a adequada realização das obras e a manutenção e atualização do serviço, de acordo com a evolução técnica que pode vir a ocorrer no futuro.

A idoneidade financeira deve ser proporcional ao valor das obras e serviços a serem realizados e, neste sentido, poderia ser utilizado de modo mais amplo o *performance bond*, que necessitaria ter uma regulamentação nacional compatível com a que existe no mercado internacional.

Finalmente, na medida em que se abriu o mercado às empresas estrangeiras, torna-se necessário aceitar, com maior flexibilidade, mas com a adequada fiscalização, os documentos estrangeiros e os critérios vigentes em outros países para determinados fins, a fim de atender não só à letra, mas ao espírito da nossa legislação.

No fundo, trata-se de rever a Lei de Licitações e adaptá-la às novas necessidades, sem prejuízo de um melhor controle das informações fornecidas aos licitantes e das respostas que lhes são dadas às consultas apresentadas na fase anterior à licitação e que nem sempre atendem às determinações legais. Uma presença mais ampla dos advogados da administração pública neste setor seria aconselhável para evitar determinadas situações que têm ensejado recursos administrativos e judiciais. Ocorre, algumas vezes, que a administração pretende fazer uma exigência razoável, numa determinada licitação, no interesse público. Pode e deve fazê-la, mas somente se constar do edital, pois, *a posteriori*, não há como introduzir novos critérios, mesmo quando são justificáveis e correspondem a interesses legítimos.

Finalmente, é preciso reconhecer que as recentes licitações comprovam que, em tese, inexistem fraudes ou acordos prévios das partes e que, na maioria dos casos, os resultados atendem, exclusivamente, ao interesse público, havendo, assim, maior transparência. Para os casos nos quais tal situação não ocorre ou quando surge abuso ou desvio de poder por parte do concedente, talvez se justificasse a criação do cargo de *ombudsman*, para que um ouvidor-geral pudesse, com imparcialidade e maior afastamento da administração específica,

determinar as providências cabíveis, como chegou a ser sugerido pelo Professor CAIO TÁCITO <sup>(14)</sup>.

## V. O Direito Societário

Outra área que merece ser examinada é a dos reflexos das privatizações e concessões no direito societário.

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o Brasil tinha, no seu mercado de capitais, uma situação muito peculiar, diferente da existente nos demais países, pois um grande número das dez ou até vinte maiores empresas de capital aberto era constituído por sociedades de economia mista. Essas empresas eram e são também as mais negociadas nas Bolsas brasileiras, representando entre 50% e 80% do movimento das mesmas.

Com as privatizações nos setores elétrico, bancário e de telecomunicações, este panorama está sendo profundamente alterado e as concessionárias, sob gestão privada, já ocupam uma parte substancial do lugar das estatais, o que importa numa modificação relevante do nosso mercado de capitais.

Por outro lado, as privatizações introduziram, em nosso mercado, o controle partilhado, com todas as suas peculiaridades, abrangendo, inclusive, em determinados casos, o seu exercício conjunto pelo Estado e por empresas privadas consideradas como sendo "sócios estratégicos". Podemos afirmar que tal controle praticamente inexistia até a década de 1990, enquanto, atualmente, essa forma de governo da empresa se multiplica, com um papel mais ativo dos fundos de pensão, que, no passado, não participavam da administração.

Todo o problema do comando empresarial e a própria noção de controle estão, assim, sofrendo importantes modificações, com reflexos na lei e na jurisprudência. Cabe até indagar, agora, se há ou não uma espécie de controlador do grupo de controle que comanda a empresa – ou seja, um controlador do controlador – e até que ponto o acordo de acionistas pode ou não criar uma situação de controle por parte de quem não é o acionista majoritário.

A privatização também ensejou uma multiplicação de pequenos acionistas, que são os funcionários da empresa, reunidos em clubes de investimento, ou sob outras formas, com certo poder de atuação e, eventualmente, inclusive, de escolha de representantes nos Conselhos de Administração e Fiscal.

A posição dos acionistas minoritários, especialmente quando são fundos de pensão, se tornou mais relevante e eles estão acompanhando a gestão empresarial com mais atenção e interesse do que os chamados acionistas passivos (*sleeping partners*) – ou rendeiros – que existiam no passado.

Coloca-se, assim, toda uma discussão sobre o governo da empresa, o direito dos acionistas minoritários e dos acionistas preferenciais, ensejando um direito

---

<sup>(14)</sup> CAIO TÁCITO, "Ombudsman – O Defensor do Povo", in *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio*, nº 397, p. 17.

societário mais complexo, que exige maior presença de advogados e juízes, para evitar a tirania, tanto dos majoritários, como dos minoritários.

A presença do usuário e a proteção do direito do consumidor são elementos importantes que se fazem sentir na medida em que as empresas deixam de ser mistas ou públicas, para serem privadas, e as entidades reguladoras devem garantir o bom funcionamento dos serviços públicos geridos por particulares.

Quanto às agências reguladoras independentes com poderes regulamentadores e de fiscalização, constituem também entidades que o nosso direito não conhecia e cujas atribuições não de ser bem definidas, assim como o exercício das mesmas deverá estar dentro dos limites em que a Constituição reserva à lei a faculdade de obrigar as pessoas a fazer ou deixar de fazer algumas coisas (Art. 5º, II).

Finalmente, as privatizações devem resguardar os direitos dos minoritários, não podendo sacrificá-los como recentemente pretendeu fazer o Governo de São Paulo, no caso de uma das subsidiárias da CESP, no que foi impedido oportunamente pela CVM e pelo clamor público, sem que houvesse necessidade de recurso ao Poder Judiciário <sup>(15)</sup>. Mas, em grande parte, isto aconteceu porque se sabia que os minoritários contariam com o recurso à Justiça, que, se necessário, daria as medidas cautelares necessárias.

Também o Estado não pode pensar como o fazia um banqueiro alemão, que considerava o acionista um tolo e um arrogante. Um tolo na medida em que entregava o seu dinheiro à empresa e um arrogante porque ainda queria receber o seu dividendo. O Estado de Direito não mais permite que o Poder Público abuse de sua força, devendo, ao contrário, submeter-se à lei, mesmo quando ele a elabora e sanciona.

Assim, com a garantia do Poder Judiciário, há uma nova fase na vida brasileira, que surge com o direito das privatizações, assegurando a prevalência do Estado de Direito, que deve ser respeitado por economistas, empresários, administradores e funcionários, para que a sociedade possa alcançar não só o progresso, mas, também, o desenvolvimento, que significa o aprimoramento das instituições. É o direito que assegura o respeito a uma escala de valores. É ele que, na palavra de ilustre jurista italiano, submete a Economia e o Estado à Ética, que deve prevalecer em nossa sociedade. Não há desenvolvimento nacional sem que a economia cresça de acordo com as normas jurídicas, dentro do estado de Direito e num clima de liberdade, responsabilidade e justiça.

#### 14.9.99

---

<sup>(15)</sup> ARNOLDO WALD e MAILSON DA NÓBREGA, "As Privatizações e os Minoritários", in *Gazeta Mercantil* de 09.03.98.

---

<sup>(\*)</sup> ARNOLDO WALD é Advogado e Professor Catedrático de Direito Civil, tendo exercido o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado da Guanabara em 1965/1967.

---