PRIVATIZAÇÕES DE SERVICOS PÚBLICOS: LICITAÇÕES E VENDAS DE AÇÕES

TOSHIO MUKAI

I — Introdução. A razão do presente estudo. II — Privatização e concessão ou permissão. Notas distintivas. III — As privatizações de serviços públicos e as legislações existentes a respeito. IV — Conclusões

I — *Introdução. A razão do presente estudo*

Resolvemos registrar por escrito aquilo que, exaustivamente, em diversas palestras temos reiterado: o processo de privatização de uma empresa estatal prestadora de serviço público não pode ser e não é, jurídica e constitucionalmente, igual àquele da empresa estatal exploradora de atividade econômica.

E isto porque, se esta se dá (e pode se dar realmente) com a simples venda de suas ações, ou, pelo menos, de seu controle acionário, já o mesmo não pode ocorrer com aquela, posto que, antes dessa venda, ou concomitante a ela, deverá haver licitação para a outorga do serviço público.

Essa providência, pelo menos nas poucas hipóteses de privatização de empresas estatais federais, não foi observada; a simples venda de ações foi dada como suficiente para a privatização, quando, na realidade, isto é injurídico e inconstitucional.

Essa assertiva é que pretendemos demonstrar aqui e agora.

II — *Privatização e concessão ou permissão. Notas distintivas*

Um serviço público é de titularidade e tipicidade do Poder Público; portanto, sua execução por delegação pressupõe uma concessão e/ou permissão a entidade estatal ou privada.

A Constituição de 1988, de certa forma reza expressamente isso:

"Art. 175 — Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos." (grifos nossos)

Verifica-se, pois, que o texto constitucional prevê duas hipóteses para a prestação efetiva dos serviços públicos:

a) diretamente pelo Poder Público, que pode executá-lo através de empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou, ainda, através de entes autárquicos, todos criados mediante autorização legislativa;

b) indiretamente, através da delegação do serviço a entidades privadas, efetuada após licitação, mediante concessões e/ou permissões.

No primeiro caso também existe concessão do serviço, apenas com a especificidade de se constituir numa outorga legal a entidade criada pelo Poder Público para executar o serviço referido.

A lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, que pode nos iluminar o raciocínio em face dessa questão, é a seguinte:

"Serviço descentralizado — É todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga *ou* delegação, *a autarquias, entidades paraestatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Há outorga quando o estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação, quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal" (in: Direito Administrativo Brasileiro, 19a. ed., Ed. Malheiros — p. 305).*

E, mais adiante, assevera o autor:

"Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo" (ob. cit. p. 337).

Por isso, conclui:

"Modernamente, o Poder Público vem outorgando concessões de serviço, por lei ou decreto, a entidades autárquicas e paraestatais (empresa pública e sociedade de economia mista), o que constitui uma inovação no sistema tradicional das concessões por contrato. Mas nada há a objetar nessa delegação legal, substitutiva da contratual." (ob. cit. p. 338) (grifos nossos)

Assim, confirma-se na doutrina que um serviço público pode ser *outorgado* (por lei) a uma entidade (via de regra, *empresa* estatal) criada por lei, ou *delegado,* por ato bilateral ou unilateral, mediante licitação, sempre, a particulares.

Decorre disso que a privatização de uma empresa estatal, prestadora de serviço público, pressupõe, necessariamente, a solução do destino e da forma a ser dada a ela (da execução do serviço que lhe foi concedido por lei, mediante a outorga no ato de sua criação).

Não podemos nos esquecer que a referida concessão foi outorgada a uma empresa estatal. Portanto, será descartada, desde logo, a idéia segundo a qual (defendida por alguns), a simples venda das ações (ou do controle acionário) teria o condão de legitimar a transferência do direito de execução do serviço, sob o argumento de que isto faz parte da própria pessoa jurídica. Isto é impossível, porque o serviço, tendo sido outorgado a uma empresa estatal, e esta passando a inexistir, aquele retornará, evidentemente, à inteira titularidade do Poder Público outorgante.

Daí a necessidade, para a privatização, antes de mais nada, de se proceder a uma nova delegação da execução do serviço, a uma empresa privada, mediante licitação.

E, como é óbvio, somente aquele que vier a vencer tal licitação, e mais ninguém, poderá adquirir o controle acionário da empresa até então estatal.

É o que, doutrinária e constitucionalmente, deve ocorrer em toda privatização de serviço público.

Vejamos, agora, como devemos interpretar as normas da legislação infraconstitucional existente, para que as privatizações que se fizerem com fundamento nelas não sejam ilegais, inconstitucionais e, mais do que isso, não venham a ser alvo de ações populares e de denúncias de responsabilizações dos agentes administrativos responsáveis pelas suas concretizações.

III — *As privatizações de serviços públicos e as legislações existentes a respeito*

Traçodas que foram os nortes de orientações fundamentais, de natureza jurídica e constitucional sobre o tema, vamos agora analisar e interpretar os dispositivos legais que tratam da matéria, visando extirpar deles quaisquer distorções que possam levar a uma interpretação ilegal e/ou inconstitucional.

Assim, a primeira Lei a ser analisada é, sem dúvida, dada a sua importância, a Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, na qual se transformou a M.P. nº 1.017, de 8.06.1995.

Essa Lei traz, no seu art. 27, a seguinte regra:

"art. 27 — Nos casos em que os serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão *ou com a prorrogação das concessões existentes, a União. exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:*

I — utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle acionário;

II — fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder à licitação na modalidade de concorrência." (grifos nossos).

Essa disposição, de resto mal redigida, deixa, no inciso I, uma dúvida, diga-se a bem da verdade: o leilão ali referido é o da venda das ações em bolsa? É o leilão da bolsa de valores? Ou o dispositivo está se referindo ao leilão previsto na lei de licitações como sendo uma das modalidades de licitação?

Pensamos que a referência ao leilão, aí, não diz respeito a nenhuma das duas hipóteses ventiladas. A expressão leilão aí apenas tem o sentido de que o certame se resolverá em favor daquele que oferecer o maior valor a ser pago pela outorga do serviço público. Aliás, este é um tipo de licitação contemplado pelo art. 15 da Lei nº 8.987, de 13.02.95 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da C.F.), mais precisamente, pelo seu, inciso II — "a *maior oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão*".

E, em sendo assim, a interpretação do inciso I daquele art. 27 só pode ser a seguinte: dever-se-á utilizar, no procedimento licitatório, o leilão previsto no inc. II do art. 15 da Lei nº 8.987/95, para a transferência da execução do serviço público que estava a cargo da empresa estatal, via concessão, desde que se observe, nessa mesma licitação, a venda (direta, não em bolsa) de quantidades mínimas de quotas de ações que garantam a transferência do controle societário da empresa estatal.

Portanto, o leilão ali referido nada tem a ver com o leilão em bolsa de valores, que é, como se vê, inaplicável à privatização de empresa estatal prestadora de serviço público.

Aliás, ainda que se pudesse pensar, nesse caso, na venda de ações em bolsa, sequer se pode admiti-la, posto que essa hipótese é um dos casos de alienação de bens móveis da Administração, *com dispensa de licitação* tal como previsto (como norma geral) no art. 17, inc. II, alínea "c" (venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica) da Lei nº 8.666/93, devendo ser lembrado que o art. 175 da C.F. não admite, em matéria de concessão ou permissão de serviço público, a dispensa ou a inexigibilidade de licitação.

Além disso, duas outras disposições, ajudam a se caminhar para essa interpretação sistemática da Lei;

A primeira é o § 2º do próprio art. 27, que não prescinde, na elaboração dos editais de privatizações de empresas concessionárias de serviço público, da publicação das *cláusulas essenciais do contrato e do prazo da concessão,* a demonstrar que a atividade da empresa estatal a ser privatizada terá que ser necessariamente (como demonstramos) objeto de nova concessão e de novo prazo.

A segunda é o art. 29 da Lei nº 9.074/95, que reza:

"A modalidade de leilão poderá ser adotada nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas, a que se refere o art. 27, incluídas, para os fins específicos da Lei nº 8.031, de 1990, no Programa Nacional de Desestatização, ainda que não haja a alienação das quotas ou ações representativas de seu controle societário." (grifos nossos).

Fica claro por essa disposição que o leilão é o tipo de licitação que deverá ser utilizado para a outorga de nova concessão, "com a finalidade de transferir o serviço público (que até então era executado pela empresa estatal) à iniciativa privada". Confirma-se, assim, mediante essa interpretação sistemática, o sentido e o alcance que demos ao inciso I do art. 27: o leilão ali mencionado *é o tipo de licitação* para a outorga da concessão (nova) a um concorrente que oferecer o maior preço pela sua outorga; em conseqüência, somente ele (e mais ninguém) poderá adquirir, mediante compra direta das quotas ou ações, o controle societário da empresa prestadora do serviço público. Não há que se falar, portanto, nesta hipótese, em venda de ações em bolsa.

Apenas para concluir esta análise da Lei nº 9.074/95 e das suas disposições sobre privatização, observamos que a previsão de "prorrogação das concessões existentes" referida pelo art. 27 e desenvolvida a hipótese pelo seu § 1º, é ilegal e inconstitucional, pois se a concessão vinha sendo exercida por uma empresa estatal, como dissemos, quando de sua privatização há o retorno do serviço ao Poder Público concedente, inexistindo qualquer possibilidade de prorrogação do prazo de sua

execução, mesmo pela empresa estatal (pois a concessão então se extingue), quanto mais pela empresa privada, pois esta não pode executar um serviço público em prorrogação de outro que vinha sendo executado por empresa estatal. A única hipótese possível, nesse caso, é de iniciar um contrato de concessão novo.

A segunda Lei que analisaremos, sob o enfoque mencionado, é a recente Lei paulista nº 9.361, de 5.07.96, que "Cria o Programa estadual de Desestatização sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético e dá outras providências."

A referida Lei trata do assunto identicamente à Lei Federal, nos seus artigos 12 e 13.

Com efeito, o art. 12 dispõe:

"Nos casos de serviços públicos prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto do Estado, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, o Estado poderá utilizar a modalidade de leilão no procedimento licitatório, observado o disposto na legislação sobre concessões, os procedimentos para desestatização previstos nesta Lei e fixado previamente o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas" (grifos nossos).

O art. 13 reza:

"Obedecidos os procedimentos para desestatização, a modalidade de leilão poderá ser adotada nas licitações relativas a outorga de nova concessão, ainda que não haja alienação das quotas ou ações representativas do capital social, inclusive serviços de delegação da União na área portuária" (grifos nossos).

Como se pode verificar, aqui as duas disposições são mais claras do que a legislação federal e não deixam nenhuma dúvida no sentido de que a elas se aplicam todas as razões que desenvolvemos no pertinente à legislação federal. Aqui, sem sombra de dúvida, o leilão é para a outorga de nova concessão.

IV — *Conclusões*

Da análise aqui efetuada, pode-se concluir:

a) que a simples venda das ações de uma empresa estatal prestadora de serviço público não é suficiente e não legitima a sua privatização;

b) que a licitação para a efetivação de uma nova concessão e/ou permissão da atividade de serviço público que é exercida pela empresa estatal é imprescindível e anterior a qualquer outra providência, pois, de um lado, a concessão que é outorgada por lei à empresa estatal retornará a titularidade do Poder Público, quando de sua privatização, e, de, outro, a licitação para a nova concessão à iniciativa privada é imperativo constitucional;

c) que o leilão, admitido pela legislação federal (Lei nº 9.074, de 7.07.95 — arts. 27 e 29) e pela lei paulista nº 9.361, de 5.07.96 — arts. 12 e 13), é o tipo de licitação previsto como norma geral no art. 15, II da Lei federal nº 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, nada tendo a ver, o referido leilão, com

o leilão da venda de ações em bolsa ou com a modalidade de licitação prevista no § 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93;

d) que, no caso de privatização de empresas estatais prestadoras de serviços públicos, é inaplicável a hipótese da "venda de suas ações, negociadas em bolsa, observada a legislação específica", pois, no caso, somente aquele que vier a se tornar vencedor do certame relativo à outorga da concessão do serviço público, e mais ninguém, poderá adquirir o controle acionário da empresa estatal de que se tratar e, além disso, a hipótese mencionada é um caso de dispensa de licitação (art. 17, II, "c"), portanto, inaplicável às concessões e/ou permissões de serviços públicos que só podem ser efetivadas mediante licitação, por força de imperativo constitucional.