

**TEORIA GERAL DAS PRIVATIZAÇÕES
AS PRIVATIZAÇÕES NA FRANÇA
FUNDAMENTOS JURÍDICOS.
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA
E COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA.
OUTROS MODELOS
NO DIREITO COMPARADO.**

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

*Professor Titular da UFMG. Livre Docente e
Doutor em Direito. Membro da Academia
Brasileira de Letras Jurídicas. Prêmio Pontes de
Miranda, pelo livro "Teoria Geral do
Federalismo". Presidente do CONPEDE -
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação
em Direito*

A interdependência do direito e da economia tem sido objeto de indagações sobre o direito público, econômico, concernente aos aspectos jurídicos das intervenções econômicas do poder público. A separação do ensino das ciências jurídicas e econômicas criou situações que levaram a uma visão parcial da realidade social. Os juristas ignoram o substrato econômico das normas jurídicas e os economistas, por seu lado, fazem abstração do elemento jurídico, nos seus estudos sobre mecanismos econômicos. Georges Vlachos ressalta que o direito e a economia estão interligados. Partindo-se da definição do direito como sistema de regras sancionadas pelo poder, regendo as relações sociais no seio da sociedade, a ligação direito-economia, é evidente. Entre as diferentes relações sociais dirigidas pelo direito, as mais importantes são as relações de produção da vida material, sobre a qual repousa o edifício sócio-econômico. Estas vinculações decorrem da estabilidade e da regulação, que dão continuidade ao processo

produtivo, condição básica para a existência da sociedade, devendo ser sancionadas pelo Estado.

Os doutrinadores do Direito Econômico o consideram uma disciplina autônoma. Para outros ele constitui uma técnica de aplicação, de nova interpretação das regras relativas à economia.¹

Essas referências repercutem na configuração da Teoria das Privatizações. O governo Chirac, decorrente das eleições legislativas de 16 de março de 1986, tinha uma concepção diferente dos governos socialistas que o precederam, decidindo privatizar as empresas nacionais. As privatizações regiam-se por lei de 2 de julho de 1986, lei de habilitação, modificada pela lei de 19 de julho de 1.993, que continha no anexo as empresas privatizáveis. A lei de 6 de agosto de 1986 estabelecia as modalidades de aplicação, com a criação de uma Comissão de privatização, no mercado financeiro, como salvaguarda dos interesses nacionais, condições de transferência e sanções.

As privatizações levantavam problemas jurídicos fundamentais, sendo que certos autores ressaltam o período de 1986 e de 1.993. O artigo 34 da Constituição dispõe que a lei deve fixar as regras relativas às transferências de propriedade de empresas, do setor público para o setor privado.

Nenhuma lei fixava as regras de privatização, nem definia o que se entendia por “empresa do setor público”.

O Conselho de Estado, em decisão de 24 de novembro de 1978 (Schwartz et Cogema) demonstrou a percepção de que uma empresa é considerada pública, quando a maioria do capital é detida pelas coletividades públicas, de maneira conjunta ou separadamente. Outra manifestação, o acórdão SFENA, de 22 de dezembro de 1982, precisou de que a lei deveria definir as condições e modalidades da transferência de empresa do setor público ao setor privado. O governo não deve desconhecer as disposições expressas da Constituição, ao proceder a qualquer operação de

1. **F. JEANTET.** Aspect du droit économique. Études offerts à J. Hamel, Dalloz, Paris, 1961; G. Vedel. Le Droit économique, existe-t-il? Mélanges Vignèux, 1981, II; A. Jacquemia et G. Schrans. Le Droit économique. PUF, Coll. “Que sais-je?” M. Allais. A la recherche d’une discipline économique. Sirey, Paris, 1945; C. Champaud. Contribution à la définition du droit économique. D. 1967; G. Farjat, Droit économique, PUF, Paris, 1982; R. Savy, La notion de droit économique en droit français. AJ, 1971; D. Truchet, Réflexions sur le droit économique public, RDP, 1980; F. Luchaire. La Protection constitutionnelle des droits et libertés, Economica, 1987; J. -Y Chéroit. Les évolutions du droit public économique, Revue de Recherche, n° 1, 1.991; Point de vu français sur le droit constitutionnel et économique, em Études de droit constitutionnel franco-portugais, Economica, 1992; J. M. Keynes. Théorie générale de l’emploi, de l’intérêt et de la monnaie, Payot, Paris, 1.985; Pézard. Le nouveau régime juridique des privatisations, LPA, 10.09.1993.

transferência. Trata-se de uma concepção extensiva de intervenção legislativa, dotada de rigidez excessiva.

Lei de 2 de julho de 1.986, modificada pela lei de 19 de julho de 1993 e pela lei de 12 de abril de 1996, alterou a situação, decidindo sobre a privatização das participações majoritárias do Estado, nas empresas que figuravam na lista anexada à lei. O Presidente Mitterand recusou sancionar as ordenanças, obtendo a votação da lei, no dia 6 de agosto de 1986, tratando das modalidades de aplicação das privatizações.

O Conselho Constitucional admitiu a constitucionalidade desta delegação, decidindo que, se o artigo 34 da Constituição exige a intervenção do Parlamento por toda “desnacionalização”, não implica que ela seja examinada diretamente pelo legislador. Estas operações das regras, com a aplicação por parte das autoridades ou órgãos designados, possibilitam prever a autoridade interveniente e a fixação de regras precisas. O Conselho entendeu que não é possível atribuir aos órgãos de empresa “concernée”, um poder de apreciação e de decisão, no que se refere ao controle e à extensão excessiva. O Conselho impediu a privatização de monopólios de fato, quando estes serviços públicos nacionais procedem de necessidades decorrentes de princípios e regras de valor constitucional, consagrando a existência de um setor público mínimo, de natureza constitucional.

Pela Lei de 19 de julho de 1.993 (Art. 2º-1) quando o Estado cede, por medidas sucessivas, sucede uma participação de empresas, que figuram na lista anexada à lei. Das que detêm uma participação, a transferência realiza-se de conformidade com o Título II, da Lei de 6 de outubro de 1.986, desde que o Estado retém mais de 20% do capital. Houve modificação pela lei de 12 de abril de 1.996, Art. 50, IV. Este procedimento aplica-se à participação do setor privado, no capital de uma empresa pública, levando em conta a lista anexada à lei, resultante do exercício por seus acionários, da opção prevista no artigo 351, da Lei de 24 de julho de 1.966, sobre as sociedades comerciais, quando não há transferência para o setor privado da maioria do capital da empresa (Art. 2º-1, lei 19.7.93).

Quando uma empresa participa no setor público, com aplicação legislativa, mediante a participação majoritária do Estado, direta ou indiretamente, pelas empresas que figuraram na lista anexada à lei, são transferidas ao setor privado, apenas as empresas contempladas pelo Título II, da Lei de 6 de agosto de 1.986 (Art. 2º-1, Lei de 19 de julho, 1.993). A Lei de 1.993 é interpretada, também, tendo em vista as disposições de 1.986, que autorizavam a privatização separada das filiais de empresas que, também, figuram na lista. A transferência de todas as empresas é decidida por decreto (Art. 2º-II, da Lei de 19 de julho de 1.993).

Georges Vlachos,² no tratamento dado à competência legislativa, destaca que foram aprovadas pela lei, duas categorias de privatização de empresas: a) As empresas nas quais o Estado detém, diretamente, mais da metade do capital (empresas públicas, de “premier rang”); b) As empresas que participam do setor público, em decorrência da aplicação de disposição legislativa (nacionalização ou criação de empresa por lei), mesmo se o Estado não é majoritário.

Após a obtenção da aprovação legislativa, a transferência do setor privado é decidida por decreto, nos termos do Art. 2º-II, da Lei de 19.7.1.993).

Apesar de disposição legislativa em contrário, toda participação do setor privado no capital social de uma empresa, na qual o Estado detém, diretamente, mais da metade do capital social, não terá, por efeito, a transferência da propriedade ao setor privado. A transferência ao setor privado da propriedade das empresas, em que o Estado detém mais da metade do capital social, pode ocorrer também nas filiais em que direta ou indiretamente, mais da metade do capital é inferior ao valor das participações, em 31 de dezembro do ano precedente à transferência.

Nas questões referentes ao acionariado popular e os salários, em caso de cessão de uma participação do Estado, em decorrência dos procedimentos do mercado financeiro, os títulos devem ser propostos aos assalariados da empresa, bem como às filiais que detêm direta ou indiretamente a maioria do capital social. Podem ser estabelecidas condições preferenciais de aquisição (Art. 11, L.6.8.1986 e Art. 9º da Lei 19.7.1993).

A Comissão de privatização foi criada por lei, com a participação de 7 (sete) membros especialistas em matéria econômica, jurídica e financeira. Deve estabelecer, obrigatoriamente, a fixação do valor de cada empresa privatizada. O Ministro fixa o preço definitivo, que não pode ser inferior à avaliação feita pela Comissão. As decisões da Comissão que não estão motivadas, são submetidas ao controle normal do Conselho do Estado (CE, 2 fev. 1987, Joxe et Bollon, AJ 1.987-352).

A competência administrativa segue certos requisitos, que começam na fase de autorização, por decreto. Neste procedimento, são relevantes as filiais e sub-filiais das empresas públicas; as empresas cujos efetivos são superiores a 1.000 salários; ou quando os negócios ultrapassam a um milhar de francos. Da mesma maneira, destacam-se aquelas cujos efetivos passam de 2500 pessoas e cujos negócios são

2. VLACHOS, Georges. Droit public économique français et communautaire. Armando Colin, Paris, 1.996).

superiores a 2,5 milhares de francos. O decreto deve vir acompanhado de manifestação da Comissão de privatização.

A Declaração é a fase em que as empresas são submetidas a uma manifestação do Ministro da economia, que pode opor-se, no prazo de 10 dias, por motivos de legalidade e o não-respeito ao procedimento, no que se refere às informações e notícia da Comissão de privatização. As participações minoritárias do setor privado, são igualmente submetidas à Declaração prévia.

O Ministro da Economia pode decidir sobre as participações minoritárias, no capital de uma empresa pública, de conformidade com as condições fixadas por decreto, em consonância com a Comissão de privatização (Art. 4º, al. 2; D 3 set. 1.993), quando a operação é prevista por um acordo de cooperação industrial, comercial ou financeira.

A proteção dos interesses nacionais, nos termos do artigo 10º-2, da Lei de 6 de agosto de 1.986, é assim definida: um decreto determina se a proteção dos interesses nacionais exige a transformação de uma ação ordinária, em ação específica. São examinadas as questões sobre a participação, a nomeação do Conselho administrativo, com os representantes do Estado; o poder de oposição às condições fixadas pelo decreto no Conselho do Estado, às decisões de cessão dos ativos, que podem ser contrários aos interesses nacionais.

A lei de 6 de agosto de 1.986, modificada pela lei de 19 de julho de 1.993, estabelece disposição destinada a proteger os interesses nacionais.

As formas de privatização, longe de seguir tendências intraliberais, inscrevem-se no quadro de uma economia francesa mista, garantida pela Constituição.

Estas reflexões são necessárias nos dias de hoje, quando procuramos definir as novas formulações jurídicas, políticas, sociais e econômicas para um novo “Estado do futuro”. No mesmo sentido, uma Teoria Geral da Privatização demanda os questionamentos sobre Economia e Democracia.³

Dahl, após reflexões que partem da Constitutional Convention, destaca três pontos que ainda repercutem entre os americanos: a igualdade política, a liberdade política e a liberdade econômica. Com referências aos clássicos, John Adams, Thomas Jefferson, James Madison e Tocqueville, menciona a posição de Tocqueville, no que concerne a igualdade política social e econômica, como básicas para a liberdade política e a independência pessoal. De conformidade com as várias espécies de igualdade,

3. ROBERT A. Dahl, A preface to economic democracy, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, Califórnia, 1985.

constrói-se uma boa sociedade, politicamente igualitária. Com estas antecipações, faz a seguinte indagação: a igualdade é inimiga da liberdade? (Is Equality Inimical to Liberty?)

Será a igualdade um perigo para a liberdade? Após esta pergunta Dahl indaga sobre as espécies de “igualdade” e espécies de “liberdade”. No que toca ao julgamento da validade destas questões, convém mencionar Tocqueville na sua fascinação pela igualdade e seus efeitos, e seu papel no que diz respeito ao valor da liberdade.

Os temas relacionados com a desestatização, privatização, concessões e terceirizações aparecem ao lado das preocupações com uma possível reforma do Estado, com as reflexões sobre desregulação, monopólio, concorrência, reestruturação ou re-regulação.⁴

A questão da privatização envolve diversos temas no Direito Comparado, sendo que na França, o exemplo das nacionalizações de 1.982 levou a questionamentos sobre a indenização dos proprietários das empresas nacionalizadas pelo governo P. Mauroy. Com o retorno da esquerda ao poder, o debate político jurídico do processo de nacionalizações, ocupou lugar de relevo, tendo em vista a coligação socialista-comunista.

As nacionalizações, ocorridas com a Lei de 11 de fevereiro de 1.982, deram lugar ao debate sobre o Programa Comum de governo elaborado pelas duas grandes forças políticas em 1.972.

As grandes centrais sindicais, como a Confederação Geral do Trabalho de tendência comunista e a Confederação Francesa Democrática do Trabalho, próximas ao socialismo, ampliaram suas discussões sobre a propriedade social dos meios de produção e de autogestão.⁵

A indenização dos proprietários das empresas nacionalizadas, não geraram dificuldades de princípio. Tratava-se de uma exigência do direito interno, em

-
4. **SOUTO, Marcos Juruena Villela.** Desestatização. Privatização. Concessões e Terceirizações. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1.997; J. Carlos de Assis. A Nêmesis da Privatização. MECS Editora, Rio de Janeiro, 1.997; **DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. Editora Atlas S. A., São Paulo, 1.997, 2ª edição.
5. **DELION, A. G.** Blanc, J. e Brulé, Ch., Les nationalisations françaises en 1982. N. E. D., 1983, nº 4721-4722; **M. DURUPTY,** Les entreprises publiques. P.U.F., Coll. Thémis, 1986; **A. G. DELION e M. DURUPTY,** Les nationalisations 1982. Economica 1982; **J. BLANC e CH. BRULÉ,** Les nationalisations françaises en 1982. N.E.D., 1983.