

Bruna de Paula Ferreira Costa

**EMPRESAS ESTATAIS PRIVATIZADAS E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS PRETÉRITOS**

Belo Horizonte

2021

Bruna de Paula Ferreira Costa

EMPRESAS ESTATAIS PRIVATIZADAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
PRETÉRITOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Pós Graduação *lato sensu*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Administrativo.

Professor: Doutor Luciano de Araújo Ferraz

Belo Horizonte

2021

Ficha Catalográfica

C837c Costa, Bruna de Paula Ferreira
Empresas estatais privatizadas e contratos administrativos pretéritos /
Bruna de Paula Ferreira Costa. — 2021.

Orientador: Luciano de Araújo Ferraz.
Monografia (especialização) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo – Brasil 2. Contrato público – Brasil .
3. Privatização – Brasil 4. Estado I. Título

CDU(1976) 351.712.2

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FOLHA DE APROVAÇÃO

EMPRESAS ESTATAIS PRIVATIZADAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRETÉRITOS

BRUNA DE PAULA FERREIRA COSTA

Monografia submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em 05 de abril de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Luciano de Araujo Ferraz - Orientador
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Eurico Bitencourt Neto
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.ª Daniela Mello Coelho Haikal
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, 05 de abril de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor Magistério Superior - Voluntário**, em 26/07/2021, às 09:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano de Araujo Ferraz, Professor do Magistério Superior**, em 27/07/2021, às 12:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Daniela Mello Coelho Haikal, Professora do Magistério Superior**, em 29/07/2021, às 16:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0855108** e o código CRC **F798FA87**.

RESUMO

Atualmente, o tema das privatizações encontra-se na ordem do dia. A transferência do controle acionário das empresas estatais para a iniciativa privada é acompanhada da assunção das atividades respectivas, agregando, portanto, contratos administrativos mantidos pelas estatais com outros órgãos e entidades da Administração Pública. Sindicar o destino desses contratos administrativos pós privatização consiste no objeto temático deste trabalho.

Palavras-chave: Empresa estatal. Privatização. Contratos Administrativos.

ABSTRACT

Currently, the topic of privatization is on the agenda. The transfer of the shareholding control of the state-owned companies to the private initiative is accompanied by the assumption of the respective activities, thus adding administrative contracts maintained by the state-owned companies with other bodies and entities of the Public Administration. Unionizing the destination of these post-privatization administrative contracts is the thematic object of this work.

Keywords: State-owned Companies. Privatization; Administrative Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
I. A ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO	8
II. A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS PELOS ENTES FEDERATIVOS COM FULCRO NA LEI 8.666/93	9
III. A PRIVATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRETÉRITOS	14
III.1 Contratos licitados, nos termos da Lei 8.666/93.	16
III.2 Contratos dispensados (art. 24, VIII da Lei 8.666/93).....	17
III.3 Prorrogação dos contratos, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/93.	18
CONCLUSÃO.....	20
REFERÊNCIAS	21

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 optou pelo modelo econômico capitalista, baseado na livre iniciativa e na livre concorrência, demonstrando o caráter subsidiário da atuação do Poder Público no mercado e via de consequência o protagonismo da iniciativa privada no exercício dessas atividades.

Contudo, a depender dos ideais políticos do governo vigente, a atividade empresarial do Estado pode sofrer ampliação ou restrição, sendo a tônica dos últimos tempos no Brasil a proposta de desestatização, em especial de alienação do controle de empresas estatais para o setor privado.

Esse movimento desestatizante ganhou força em âmbito federal com a Lei Federal nº 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização (PND) e o Fundo Nacional de Desestatização, iniciando-se um ciclo de privatizações que envolveu Usiminas, Companhia Siderúrgica Nacional, Açominas e Companhia Vale do Rio Doce.

Passados alguns anos, nos quais prevaleceram iniciativas menos privatizantes (como a tônica de ampliação de concessões e PPP), notadamente no período dos governos do Partido dos Trabalhadores, os ideais de privatização ganham foco a partir da edição da Lei nº 13.334/16, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) no Governo Temer.

A privatização de empresas estatais é precedida da realização de *valuations* que consideram como ativos da empresa seus contratos em vigor. Tais instrumentos, muitas vezes, foram formalizados diretamente com órgãos e entidades da Administração Pública, sem ou com licitação, e tem um valor considerável no momento da precificação do ativo em alienação.

À conta disso, por ocasião da privatização das empresas estatais, é necessário que se questione a respeito da assunção de obrigações e dos efeitos oriundos desses contratos administrativos, até porque não existe uma interpretação uniforme a respeito na doutrina e na jurisprudência.

Pergunta-se: Poderão esses contratos serem mantidos e prorrogados? Ou se estará diante de hipótese de rescisão obrigatória?

Diante disso, e considerando a importância de criação de um arcabouço jurídico sobre o assunto, esse trabalho tem como objetivo responder a esses questionamentos.

Visando a atingir o objetivo geral proposto, optou-se por realizar uma pesquisa do tipo descritiva, utilizando-se da investigação documental e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O trabalho encontra-se estruturado em 5 seções, incluindo esta introdução e a conclusão. Na seção 2, trata-se da atuação empresarial do Estado. Na seção 3, discorre-se acerca da contratação das empresas estatais pelos entes federativos, por meio da dispensa de licitação prevista no inciso VIII, art. 24, da Lei 8.666/93. Finalmente, na seção 4, disserta-se acerca da manutenção e prorrogação dos contratos administrativos firmados entre os entes federativos e as estatais, com base na Lei 8.666/93, após o processo de alienação do seu controle.

I. A ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO

A expressão “Administração Pública” pode ser utilizada tanto em seu sentido subjetivo (formal ou orgânico), que se refere aos órgãos e entidades que compõem a estrutura formal do Estado, quanto em seu aspecto objetivo, (material ou funcional) a designar o exercício de atividades que assume a natureza administrativa (Poder de Polícia, Serviços Públicos, Fomento e Intervenção Econômica) (DI PIETRO, 2020, p. 72-73).

Sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública é subdividida em Administração Direita (centralizada e desconcentrada) e Administração Indireta (descentralizada e desconcentrada), nos termos do que disciplinam, em âmbito federal, os artigos 4º e 5º do Decreto-Lei 200/67.

A Administração Pública Indireta compreende quatro tipos de entidades (pessoas jurídicas próprias apartadas da pessoa política da União): autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja criação depende de lei editada pela entidade política a que se vinculam.

A atuação empresarial do Estado é efetivada por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista (espécies do gênero empresas estatais), com previsão expressa no art. 173, §1º da Constituição, no art.5º do Decreto-lei 200/67 e na Lei 13.303/16 (Estatuto das empresas estatais).

Importante frisar que o constituinte distinguiu as empresas estatais, independente de se tratar de empresa pública ou sociedade mista, entre exploradoras de atividades econômicas em sentido próprio e prestadoras de serviços públicos, conforme os parâmetros previstos nos artigos 175 e 173 da CF/88, submetidas ambas a regime jurídico público e privado. As prestadoras de serviços público tem regime mais “publicizado”, enquanto as exploradoras de atividade econômica têm regime jurídico mais “privatizado”.

O intuito dessa diferenciação de regimes jurídicos entre os dois tipos de empresas estatais está relacionado com a manutenção de condições de mercado de forma isonômica (BICALHO, 2020, p. 34), evitando que disputem espaços com as demais empresas privadas, desfrutando de vantagens competitivas.

Nesse contexto, a Constituição, inclusive, expressamente previu que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (BRASIL, 1988). Isso “não impede que, sobre as empresas públicas, incidam muitas sujeições típicas dos órgãos administrativos e muitas normas do regime jurídico público”. Nesse sentido se apresentam os pronunciamentos do STF no MS nº 21.322-1/DF (DJU, 23 abr. 1993 e BDA, maio 1995) e no RE nº 172.816-7/RJ (BDA, fev. 1995), e também os preceitos da Lei nº 13.303/2016 (MEDAUAR, 2018, p. 80).

II. A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS PELOS ENTES FEDERATIVOS COM FULCRO NA LEI 8.666/93

Di Pietro (2020, p. 408) define a licitação como o procedimento administrativo utilizado por um ente público para selecionar a proposta mais conveniente para a celebração de contrato. Com a publicação de um instrumento convocatório (edital), que fixa previamente todas as regras e condições, abre-se a possibilidade de participação a todos os interessados, que serão escolhidos com base nas normas vigentes.

De acordo com o artigo 37, XXI, da CF/88, ressalvados os casos especificados pela legislação, as obras, serviços, compras e alienações realizados pela administração pública direta e indireta serão contratados mediante processo de licitação pública, visando garantir igualdade de condições a todos os concorrentes. Nesse sentido, é dever constitucional do Estado realizar, como regra geral, licitações para a aquisição de bens e serviços e alienação de seu patrimônio.

Tal dispositivo é regulamentado principalmente pela Lei 8.666/93, que institui normas gerais para licitações e contratos para a Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, enquanto para as contratações realizadas pelas empresas estatais, deve-se observar a disciplina da Lei 13.303/16¹.

As licitações são a regra nas contratações públicas em geral, mas há casos em que os órgãos e entidades públicos estão isentos do dever de licitar (o que não quer significar que essas hipóteses sejam informais e ausentes de procedimentalização). Essas situações, comumente chamadas de contratação direta, englobam as previsões legais sobre dispensa (art. 17 e 24 da Lei 8.666/93) e inexigibilidade (art. 25 da Lei 8.666/93).

Para cumprimento do objetivo geral deste trabalho, o foco de estudo encontra-se na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, VIII da Lei 8.666/93, aplicável

(...) para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (BRASIL, 1993).

Sobre esse dispositivo, ressalta-se que sua redação original foi pela primeira vez alterada pela Lei nº 8.883/94. De acordo com o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (1995, p. 128), ele sofreu grandes alterações de escrita, no intuito de se alcançar um equilíbrio adequado entre a estrutura da Administração e o interesse público.

Inúmeras foram as críticas a respeito de tal norma, encarada como mais uma hipótese de inexigibilidade de licitação (por parcela da doutrina), afinal, a hipótese levaria à situação de inviabilidade de competição (JUSTEN FILHO, 2014, p. 424). Criou-se, então, um tipo de dispensa de licitação que mais se assemelhava à inexigibilidade (FERNANDES, 1995, p. 128).

¹ Dispõe a CF/88: art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (Grifo nosso).

Na redação atual, são cinco requisitos previstos no art. 24, VIII da Lei 8.666/93 para que a contratação direta se legitime, a saber:

- O contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno;
- O contratado deve ser pessoa jurídica integrante da Administração Pública;
- O contratado deve ter sido criado para o objetivo específico pretendido pelo contratante;
- A criação deve ter ocorrido antes da vigência da lei;
- O preço ofertado deve ser compatível com o praticado no mercado (MINAS GERAIS, 2019).²

A seguir explorar-se-á cada um dos requisitos previstos no art. 24, VIII, a fim de apresentar o estado de compreensão doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

1) O contratante deve ser pessoa jurídica de direito público interno

O Código Civil de 2002 dispõe, em seu artigo 41, serem as pessoas jurídicas de direito público interno a União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias (inclusive associações públicas) e todas as demais entidades de direito público criadas por lei.

Em relação ao art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, o Tribunal de Contas de Minas Gerais afirma que a lei deixa claro que os entes públicos que podem contratar de forma direta com fulcro nesse dispositivo, como dito, são aqueles que compõem a Administração Direta, as Autarquias e Fundações Públicas (MINAS GERAIS, 2019, p. 6). Nesse sentido, as empresas estatais, por possuírem natureza de direito privado, não atendem essa primeira condição (MINAS GERAIS, 1997).

Ademais, Justen Filho (2014, p. 428) entende ainda ser plausível a contratação de entidade integrante da Administração Pública de outra esfera federativa, de forma que, por exemplo, “a União e Estado realizassem convênio para que o órgão federal atuasse em prol do interesse estadual (JUSTEN FILHO, 2009, p. 308). Di Pietro (2020, p. 437) discorda, “já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo”.

² Além disso, de acordo com o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), “é necessário, ainda, que o interessado formalize o respectivo procedimento de dispensa, nos termos do artigo 26 da Lei n.º 8.666/93 (...)” (MINAS GERAIS, 2007).

O TCEMG (2007), a seu turno, afirma que “a Lei nº 8.666/93, no art. 24, VIII, não exige que as esferas de governo das partes contratantes sejam as mesmas, o que leva a concluir que não existe a vedação à contratação entre diferentes esferas de governo”, corroborando, portanto, com o entendimento de Justen Filho, que se afigura majoritário.

2) O contratado deve ser pessoa jurídica integrante da Administração Pública

A lei não faz qualquer referência à necessidade de o contratado possuir personalidade jurídica de direito público, “o que conduz à conclusão de que as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública podem ser contratadas por dispensa de licitação” (MINAS GERAIS, 2019).

Todavia, predomina o entendimento no Tribunal de Contas da União, corroborado por Marçal Justen Filho, de não ser possível a contratação por dispensa de licitação, com fulcro no inciso VIII, de entidades administrativas que desempenham atividade econômica em sentido estrito. Isto porque por força do art. 173, §1º da Constituição, ditas empresas devem se submeter ao mesmo regime reservado aos particulares, não podendo, como consequência, gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

Com efeito, Justen Filho (2014, p. 426) aduz que a possibilidade de contratação pelo Estado sem dispensa de licitação resultaria em privilégios injustificados às empresas estatais, o que poderia ocasionar desequilíbrio na formação de preços, já que possibilitaria que elas transferissem parte de seus custos para o preço dos produtos ofertados ao Estado. Sustenta o autor que:

Essa situação ofende aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da República. Infringe a livre concorrência porque a entidade administrativa exercitaria a sua atividade econômica no mercado, beneficiando-se de um subsídio estatal oculto. Contraria o princípio da isonomia porque impede o acesso de particulares às contratações administrativas, produzindo uma modalidade de restrição ao acesso de potenciais fornecedores à Administração Pública. Viola o princípio da República porque impõe à Administração Pública o desembolso de recursos superiores aos necessários para a obtenção dos bens e serviços de que necessita (JUSTEN FILHO, 2014, p. 426).

A posição não é pacífica. Mas o pensamento majoritário inclina-se à compreensão que a inclusão das empresas estatais exploradoras de atividade econômica no permissivo da contratação direta configura privilégio não extensível às demais empresas do mercado.

3) O contratado deve ter sido criado para o objetivo específico pretendido pelo contratante

A questão da finalidade revelada no momento da criação da entidade também é relevante. As entidades da Administração Indireta, nos termos do art. 37, XIX da Constituição, são constituídas por lei específica, exatamente para que se deixe nítida, no ato da criação, a finalidade pública a que se destinam.

Sobre o tema, discorre Justen Filho (2014, p. 425) que a contratação direta, nos moldes do inciso VIII, somente se legitima se a entidade a ser contratada tenha sido criada com finalidade específica de prestar serviços e fornecer bens à Administração Pública. A esse respeito, o TCEMG afirma que

(...) o Acórdão 6931/2009-TCU-Primeira Câmara reforçou que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993 (MINAS GERAIS, 2019).

Ora, a doutrina justifica a existência dessa modalidade de contratação direta como meio de viabilizar a descentralização de serviços no âmbito da Administração Pública. Quando prestadora de serviço público ou quando criada com o objetivo específico de dar suporte à Administração Pública “a empresa não atua no mercado, não presta serviços nem fornece bens a terceiros. A razão de sua existência é atender às necessidades do sujeito estatal que promoveu a sua criação. Logo, não é cabível a licitação” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 425).

4) A criação deve ter ocorrido antes da vigência da lei

A data de criação também consta como requisito legal para a contratação direta. A entidade a ser contratado deve ter sido “criada para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei 8.666/93.

De acordo com o Tribunal de Contas de Minas Gerais, o marco de anterioridade deve ser contado da vigência da lei que inovou com a previsão do requisito, qual seja a Lei 8.883/94, e não da Lei nº 8.666/93.

Advogar a tese contrária corresponderia a estabelecer discrimen desmotivado entre os órgãos criados antes da Lei nº 8.666/93 e os fundados entre essa e a Lei nº 8.883/94, porquanto, nesse último período, também não havia privilégio instituído para contratação das entidades integrantes da Administração Pública, o que descaracterizaria o oportunismo na descentralização administrativa,

merecendo o respaldo legal pelos mesmos motivos que aquelas entidades mais antigas (MINAS GERAIS, 2019).

Entretanto, como sustenta Jacoby Fernandes (1995, p. 132), o limite a ser considerado é o da vigência da Lei 8.666/93, apesar de tal restrição temporal ter tido seus efeitos iniciados em 8 de junho de 1994, com a Lei nº 8.883/94. Nesse sentido também se alinha o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1.800/2016 – Plenário).

Convém revelar que há autores que sustentam a inconstitucionalidade da limitação temporal, a ver a doutrina de Luciano Ferraz, para quem

(...) a ressalva quanto à data de criação também nos parece inócua. O critério temporal adotado não é, a nosso juízo, suficiente para desigualar entidades de mesma índole, ferindo o princípio da isonomia. Numa interpretação conforme a Constituição, entendemos possam contratar diretamente com o Poder Público também as entidades da Administração Pública criadas após o advento da Lei 8.666/93, desde que não se trate de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, pelas razões já expostas (FERRAZ, 2002, p. 105).

A posição majoritária se alinha ao pensamento do Tribunal de Contas da União.

5) O preço ofertado deve ser compatível com o praticado no mercado

O último requisito exigido pelo dispositivo legal é a compatibilidade do preço ofertado com aquele praticado pelo mercado, visando-se cumprir os princípios da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa. A questão do preço é essencial à lisura das contratações fundadas no art. 24, VIII da Lei 8.666/93, especialmente quando contratante e contratado se alocam na mesma esfera federativa.

Nesse sentido, o art. 47, parágrafo único, inciso I da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que a empresa controlada pelo Estado deverá incluir em seus balanços trimestrais nota explicativa em que informe que o fornecimento de bens e serviços ao controlador, com respectivos preços e condições, a fim de demonstrar que os preços estão em conformidade com os praticados no mercado.

III. A PRIVATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PRETÉRITOS

De acordo com Odete Medauar (2018, p. 85), com o passar dos anos, a atuação das empresas do Estado apresentou inúmeros problemas relacionados ao não atingimento dos objetivos de eficiência e agilidade prometidos, além de se tornarem

território político e trazerem rombos ao Tesouro Público, o que não foi contido pelos mecanismos de controle existentes.

Diante disso, e de outros fenômenos mundiais, tais quais a globalização, mudança de organização do capital e do trabalho, liberalização da economia (BITENCOURT NETO, 2017, p. 112), surgiu, a partir da década de 80, o movimento contrário, no sentido de se transferir para a iniciativa privada setores absorvidos pelo Estado e, até mesmo, os próprios entes estatais (MEDAUAR, 2018, p. 85).

No Brasil, essa tendência se iniciou na década de 80 e se consolidou nos anos 90, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND) e do Fundo Nacional de Desestatização, privatizando-se várias estatais desde então (MEDAUAR, 2018, p. 86).

Considerando o já disposto neste trabalho acerca dos contratos administrativos, indaga-se acerca da manutenção e prorrogação dos contratos firmados entre uma empresa estatal privatizada e os entes da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, especialmente aqueles celebrados com fulcro no inciso VIII, art. 24, da Lei 8.666/93.

Inicialmente, destaca-se que a vigência dos contratos administrativos deve ser sempre determinada, dado que o art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93 veda a realização de instrumentos com prazo indeterminado. A sua duração, contudo, fica limitada pela vigência dos respectivos créditos orçamentários, nos termos do *caput* do art. 57, salvo as exceções contidas nos incisos I ao V do dispositivo, que elenca as hipóteses em que é possível prorrogar o contrato. Para o efeito deste trabalho interessa as hipóteses dos incisos II e IV do art. 57 da Lei 8.666/93, respectivamente, a contratação de serviços contínuos (prazo máximo de sessenta meses, incluída eventual prorrogação), e o fornecimento ou aluguel de equipamentos, inclusive de informática (prazo máximo de 48 meses, incluída a prorrogação).

O TCU afirma ser necessário que toda e qualquer prorrogação de prazo observe, no mínimo, os seguintes pressupostos: (a) a existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato; (b) objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação; (c) interesse da Administração e do contratado declarados expressamente; (d) vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo; (e) manutenção das condições de habilitação pelo contratado; (f) preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado (BRASIL, 2010).

Ressalta-se que a prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para a celebração do contrato antes do encerramento do instrumento originário, “evitando-se a assinatura extemporânea de aditivo” (BRASIL, 2009).

Ainda de acordo com a jurisprudência da Corte de Contas cada ato de prorrogação equivale a uma renovação contratual (BRASIL, 2017).

Assim, a decisão pela prorrogação de uma contratação direta deve ser devidamente planejada e motivada, principalmente mediante a indicação da hipótese legal ensejadora da dispensa ou inexigibilidade de licitação, que, por óbvio, deve ser válida no momento do ato de prorrogação contratual. Resta evidente que, não sendo mais cabível a contratação direta, o órgão ou entidade contratante deve realizar o devido procedimento licitatório (BRASIL, 2017).

Diante do exposto, indaga-se como se dará a manutenção e prorrogação de contratos firmados entre empresas estatais privatizadas e a Administração Pública (Direta, Autárquica e Fundacional).

III.1 Contratos licitados, nos termos da Lei 8.666/93.

No caso de manutenção da contratação das empresas antes estatais que tenham formalizado contrato por meio de procedimento licitatório regular, como o ajuste passou por um procedimento competitivo, sendo a escolhida aquela que apresenta a proposta mais vantajosa ao Estado, predomina o entendimento de que as mudanças societárias decorrentes do processo de privatização não possuem o condão de rescindir o contrato administrativo de forma automática.

De acordo com o art. 78, XI, da Lei 8.666/93, é motivo para a rescisão “a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato” (BRASIL, 1993).

Percebe-se, então, que são viáveis as alterações societárias ou estruturais da entidade, desde que não haja prejuízo para a execução do contrato. Contudo, caso se verifique “um vínculo de nocividade entre a mudança e o cumprimento da prestação contratual” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1104), poderá o Estado proceder à rescisão do instrumento.

Faz-se por bem salientar que o dispositivo não deve ser aplicado de forma automática, dado que a reorganização das empresas não é uma conduta antijurídica e

reprovável, constituindo o exercício de umas das faculdades inerentes à atividade empresarial (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1104).

Em verdade, cabe à Administração Pública analisar se elas trouxeram prejuízo a sua execução e, de forma discricionária, manter ou extinguir o instrumento, a depender do caso. Assim, preservadas todas as condições da contratação original e não havendo prejuízo à execução dos serviços ou fornecimento de bens, os contratos já firmados pelo Estado com empresas estatais que vierem a serem privatizadas não precisarão ser rescindidos.

Já em se tratando da possibilidade de prorrogação, também não há óbice a sua realização, observado o disposto no artigo 57 da Lei 8.666/93 e os entendimentos do Tribunal de Contas da União, conforme descrito acima.

III.2 Contratos dispensados (art. 24, VIII da Lei 8.666/93)

As dificuldades surgem, na verdade, quando passa a se analisar os casos de empresas estatais privatizadas, com contratos vigentes com a Administração e firmados por meio de dispensa de licitação com fulcro no inciso VIII, art. 24, da Lei 8.666/93.

É que como alguns dos requisitos do dispositivo legal envolvem a natureza da pessoa da contratada, que deverá ser órgão ou entidade integrante da Administração Pública, criada para o fim específico de produção daqueles bens ou da prestação do serviço, indaga-se se é possível a manutenção e prorrogação desses contratos formalizados por dispensa de licitação, quando se verifica a privatização e, conseqüentemente, a mudanças nas condições exigidas pelo art. 24, VIII, da Lei 8.666/93.

Acerca deste tema o TCU emitiu o Acórdão 2.930/2019 - Plenário, na sessão de 04 de dezembro de 2019. Nesse julgado, ficou decidido pela desnecessidade de rescisão de contrato firmado por dispensa de licitação com empresa privatizada e pela possibilidade de prorrogação dos contratos vigentes:

(...) 18. Com isso, concluo não ser obrigatória a rescisão dos contratos firmados com base no art. 24, incisos VIII e XVI, da Lei 8.666/1993, caso a entidade contratada seja posteriormente desestatizada. Nessa hipótese, cabe à administração verificar a presença da condição prevista na parte final do inciso XI do art. 78 da referida lei, motivando a decisão pelo desfazimento do ajuste (...) (BRASIL, 2019).

Aplica-se, então, o mesmo entendimento para a hipótese de licitação, tratada no item anterior, até porque as situações são idênticas, uma vez que no momento da privatização os contratos são considerados atos jurídicos perfeitos e podem ser, a juízo de conveniência da Administração contratante, mantidos.

III.2.1 Prorrogação dos contratos, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/93.

O tema das prorrogações contratuais dos contratos administrativos após a privatização é mais polêmico. É que no ato da prorrogação a empresa contratada já não será mais integrante da Administração Pública, desenquadrando-se, portanto, da regra do art. 24, VIII da Lei 8.666/93.

No mesmo acórdão anteriormente citado, o TCU enfrentou a questão:

(...) 19. Quanto aos demais pontos levantados pela Selog, concordo com a assertiva de que a continuidade da execução desses contratos, até o término de sua vigência, “estaria condicionada à manutenção das demais condições estabelecidas originalmente no ajuste, especialmente as que disserem respeito ao objeto contratual, à prestação de garantia e aos requisitos de habilitação a serem mantidos pela contratada no decorrer da execução contratual, nos termos do art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993”.

20. Porém, divirjo da conclusão de que, ocorrendo a desestatização da empresa contratada, não seria mais cabível a prorrogação do contrato, ainda que haja previsão expressa nesse sentido.

21. Em minha visão, a dilação de qualquer contrato administrativo não está atrelada à presença dos fundamentos da contratação original, mas sim da satisfação de três requisitos: previsão no instrumento convocatório, interesse público e vantajosidade da medida. Dessa forma, comprovadas essas condições, não vejo óbice a que a administração contratante promova a prorrogação da avença mediante decisão fundamentada (BRASIL, 2019) (Grifo nosso).

Para a Corte, como se vê, é possível a prorrogação dos contratos firmados com fulcro no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, mesmo que a empresa contratada tenha sido privatizada, desde que haja previsão no instrumento convocatório, interesse público, vantajosidade da medida e que sejam mantidas as condições estabelecidas no ajuste originário, especialmente em relação ao objeto contratual e aos requisitos de habilitação.

Discorda-se do entendimento manifestado pela Corte de Contas da União. É que se a prorrogação dos contratos administrativos com a empresa privatizada “estaria condicionada à manutenção das demais condições estabelecidas originalmente no ajuste” e se o entendimento do próprio TCU é no sentido de que cada ato de prorrogação equivale a uma renovação contratual (p.ex., Acórdão 6286/2010-TCU-Primeira Câmara e

1.029/2009-TCU-2ª Câmara)” (BRASIL, 2017), não há razão de ser para o reconhecimento da legitimidade da prorrogação do contrato com a empresa privatizada.

Analisando em outra oportunidade, a questão da prorrogação de contrato administrativo oriundo de dispensa de licitação, o TCU compreendeu que:

(...) a decisão pela prorrogação de uma contratação direta deve ser devidamente planejada e motivada, **principalmente mediante a indicação da hipótese legal ensejadora da dispensa ou inexigibilidade de licitação, que, por óbvio, deve ser válida no momento do ato de prorrogação contratual. Restá evidente que, não sendo mais cabível a contratação direta, o órgão ou entidade contratante deve realizar o devido procedimento licitatório** (BRASIL, 2017) (grifo nosso).

Portanto, as decisões do TCU apresentam-se em aparente conflito, e considerando que a regra no âmbito da Administração Pública é a realização da licitação, entende-se que não seria possível a prorrogação dos contratos firmados sem licitação, a partir da aplicação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, após a privatização da empresa estatal, sendo imprescindível a realização de novo procedimento licitatório.

CONCLUSÃO

Apesar de não ser recente, o tema da privatização ainda desperta diversas dúvidas quando colocado em prática, inclusive no que diz respeito aos contratos administrativos firmados pelo ente federado com a empresa estatal, mas que continuam em vigor após a sua alienação. Essa discussão é importante não somente para a operacionalização da prestação dos serviços, mas porque essas contratações são consideradas ativos da empresa e influenciam diretamente o seu valor de mercado no momento da venda.

Sobre isso, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu no Acórdão 2.930/2019 que é possível a manutenção e prorrogação dos contratos administrativos vigentes, celebrados com fulcro na Lei nº 8.666/93, inclusive por meio da hipótese de contratação direta prevista no inciso VIII do artigo 24, entre os entes federativos e as empresas estatais, após essas passarem pelo processo de privatização.

Este trabalho, porém, discorda do entendimento manifestado pela Corte de Contas da União, no que diz respeito à prorrogação de tais instrumentos, entendendo estar ele em aparente conflito com outras decisões já exaradas e pacificadas pelo próprio TCU em momento anterior.

Nesse sentido, apesar de o acórdão ter dado um primeiro pontapé nesta temática, acredita-se que as discussões ainda estão longe do fim.

REFERÊNCIAS

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **Desestatizações: Privatizações, Delegações, Desinvestimentos e Parcerias**. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo e organização do século XXI**. Belo Horizonte: Editora Almedina, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/113303.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.303%2C%20DE%2030%20DE%20JUNHO%20DE%202016.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20estatu%20jur%C3%ADico,Distrito%20Federal%20e%20dos%20Munic%C3%ADpios. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13334.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe as Sociedades por Ações. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade 1649. Requerente: Partido dos Trabalhadores e outros. Requerido: Presidente da República e

outros. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 28 de maio de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13129/false>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 1108/2003-Plenário. Interessado: Aécio Neves. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, 13 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20030825/TC%20013.546.doc>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 1940/2015. Consultante: Deputado Federal Henrique Eduardo Alves. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 05 de agosto de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1314166/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 2071/2006-Plenário. Interessado: Ministério Público junto ao TCU. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, DF, 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061108/TC-012-578-2006-2.doc>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 1746/2009-Plenário. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, DF, 05 de agosto de 2009. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1133229/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 213/2017-Plenário. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.. Relator: Min. Bruno Dantas. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=691653.doc>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 2930/2019-Plenário. Entidade: Câmara dos Deputados. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=691653.doc>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão TCU nº 634/2007-Plenário. Interessado: Alfredo Nascimento (Ministro de Estado dos Transportes). Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, DF, 18 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20070419/TC-009-072-2006-0.doc>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle.** Universidade Federal de Viçosa: Revista de Direito ano 01 2017, n. 09, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107/pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 33^a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses J. Contratação direta: dispensa de licitação com base no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 32, n. 127, p. 127-133, jul/set. 1995. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176357>. Acesso em: 30 jan. 2021.

FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, p. 49-68, maio/ago. 2014. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32140>. Acesso em: 30 jan. 2021.

FERRAZ, Luciano. Licitações: estudos e práticas, 2. ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16^a ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

MINAS GERAIS. Decreto nº 47.776, de 26 de novembro de 2019. Dispõe sobre a Política Estadual de Desestatização. Governadoria de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47776&comp=&ano=2019>. Acesso em: 11 fev. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG). Representação nº 959061. Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Responsáveis: Alexander Silva Salvador de Oliveira e outros. Relator: Cons. Wanderley Ávila. Belo Horizonte, MG, 07 de junho de 2018. Disponível em: <https://tctnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1510982>. Acesso em: 11 fev. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Processo Administrativo nº 614567. Inspecionante: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Inspecionado: Prefeitura Municipal de Cristais. Relator: Cons. Antônio Carlos Andrada. Belo Horizonte, MG, 29 de maio de 2007. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/#!/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Denúncia nº 862144. Denunciante: Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado de Minas Gerais (SEAC-MG). Denunciados: Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG. Relator: Cons. Cláudio Terrão. Belo Horizonte, MG, 18 de junho de 2019. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/#!>. Acesso em: 30 jan. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Consulta nº 390863. Consultante: Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA). Relator: Cons. Moura e Castro. Belo Horizonte, MG, 03 de setembro de 1997. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/#!>. Acesso em: 30 jan. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.