

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 12 · n. 45 · janeiro/março 2014 - Publicação trimestral

45

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOUTRINA

 EDITORA
Fórum

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPPD / UFPA

Manesco - Advocacia

TOMBO: 357

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 2014 EDIÇÃO: ...

EX: 1 VOL: 45

Diretores

Vital Moreira
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
(Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
(São Paulo)
Leila Cuéltar (Curitiba)
Luís Domingos Silva Moraes (Lisboa)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Marçal Justen Filho (Curitiba)
Mário Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Mário Sílvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgnoni (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)
Celo Tácito (Rio de Janeiro)
Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE. – ano 1,
n. 1, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral
ISSN: 1678-7102
1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341
CDU: 342

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucienil B. Santos
Mariane Casoria

Biblioteca: Tatiana Augusta Duarte de Oliveira – CRB 2842 – 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Derval Braga

DOCTRIN

ARTIGOS

A respons:
dos acioni

Ana Carolin:

- 1 Int
- 2 Re
- 3 Aç
- 3.1 Aç
- 3.2 Dif
- 3.3 Dif
- 3.4 Aç
- 4 Ex
- de
- 5 Ex
- 6 Evi
- 7 Co
- Re

Os projet
problema

Carlos Ari S

- 1 Int
- 2 O
- 3 A i
- Re

O Comple
O caso br

Flavio Garc

- 1 Int
- 2 O
- 3 O
- 4 As
- 5 A
- 6 A
- 7 In
- 8 As
- 9 pr
- O:
- Pr
- Co
- Re

Artigos

A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas e a proteção dos acionistas minoritários

Ana Carolina Rodrigues

Os projetos de infraestrutura com participação minoritária de empresa estatal e o problema da concessão de garantias

Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza, Vera Monteiro

O Complexo Industrial da Saúde e as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo – O caso brasileiro

Flávio Garcia

Reformando marcos regulatórios de infraestrutura – Primeiras notas ao caso das ferrovias

Leonardo Coelho Ribeiro

A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Marcos Nóbrega

As relações entre a União Europeia e o Brasil no contexto da internacionalização de contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

O acordo de leniência como corolário do princípio da consensualidade no processo antitruste brasileiro

Shirlei Silmara de Freitas Mello, Patrícia Lopes Maioli, Leandro de Paula Assunção Abati

Direitos dos trabalhadores nos acordos comerciais internacionais – O caso da União Europeia

Vital Moreira

Regulação do setor elétrico e custos de transação – A comercialização de energia elétrica no Brasil

Ruy Pereira Camilo Junior



357

RDPE

ISSN 1678-7102



9 771678 710003

 **Fórum**

www.editoraforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel.: 0800 704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livraria virtual!
www.editoraforum.com.br/loja

Os projetos de infraestrutura com participação minoritária de empresa estatal e o problema da concessão de garantias

Carlos Ari Sundfeld

Professor do mestrado acadêmico e da graduação da Escola de Direito da FGV-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

Rodrigo Pagani de Souza

Professor da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Núcleo de Pesquisas da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Doutor e Mestre em Direito pela USP e *Master of Laws* pela Universidade de Yale (EUA).

Vera Monteiro

Professora da graduação e do Pós GV *law* da Escola de Direito da FGV-SP. Doutora em Direito pela USP e Mestre pela PUC-SP.

Resumo: Nos projetos de infraestrutura, empresas estatais têm se associado minoritariamente a sociedades de propósito específico (SPEs) do setor privado. Nesse contexto tem havido a necessidade de a estatal prestar garantia em favor da SPE de que é sócia minoritária, para o fim de viabilizar economicamente os projetos. O problema é que o §6º do art. 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) proíbe a concessão de garantias por empresas estatais. O presente estudo aborda este problema a partir de uma constatação relevante: a de que, nas referências da LRF aos entes da Federação, estão abrangidas as empresas estatais *dependentes*; as *não dependentes* não estão nelas compreendidas, porque simplesmente não mencionadas. Trata-se de um silêncio eloquente da norma legal. Resulta que empresas estatais não dependentes não estão alcançadas pela vedação à concessão de garantias, inclusive pela impertinência dessa vedação em situações de não comprometimento dos orçamentos públicos. Há parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e decreto federal que expressamente excluam tais empresas do âmbito de incidência da proibição legal.

Palavras-chave: Responsabilidade fiscal. Empresa estatal dependente e não dependente. Garantia. Sociedade de Propósito Específico. Infraestrutura.

Sumário: 1 Introdução – 2 O art. 40, §6º da LRF não alcança as empresas estatais não dependentes – 3 A interpretação oficial do art. 40, §6º da LRF – Referências

1 Introdução

Nos últimos anos, para a montagem de novos empreendimentos de infraestrutura com participação de empresas estatais, a orientação tem sido não a de constituir

subsidiárias, como foi no passado, mas sim a de essas empresas se associarem minoritariamente a sociedades de propósito específico do setor privado (SPEs), inclusive para participar de licitações.

Acontece que, especialmente na fase de implantação dos empreendimentos, os sócios da SPE precisam prestar garantias para viabilizar a obtenção dos financiamentos necessários aos vultosos investimentos. Seria inviável, na prática, a participação das empresas estatais nesse tipo de empreendimento se elas não pudessem dar garantias em favor das SPEs de que são apenas minoritárias.

O problema é que o §6º do art. 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) proíbe a concessão de garantias por empresas estatais, com duas exceções: se a empresa que der a garantia for instituição financeira ou se a empresa em favor de quem se dá a garantia for subsidiária ou controlada da estatal garantidora (§7º).

Será que esse dispositivo é aplicável às grandes empresas estatais não dependentes do Tesouro, que têm assumido forte protagonismo nas parcerias minoritárias com o setor privado? Essa aplicação não parece fazer muito sentido, pois as eventuais garantias não onerarão o orçamento público — ao contrário do que ocorreria no caso das estatais dependentes —, além de serem garantias justificáveis do ponto de vista econômico-financeiro, e não garantias de favor.

Mas o fato é que existe um texto legal que, ao menos em aparência, poderia inviabilizar esse tipo de operação. Ou será que não?

Ser empresa estatal dependente ou não dependente é qualificação juridicamente relevante, pois dela irradiam múltiplos efeitos relacionados à responsabilidade na gestão fiscal do estado brasileiro.

Para os efeitos da LRF, entende-se como empresa estatal dependente a “empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária” (nos termos do art. 2º, inc. III da própria LRF).¹ E controlada, para os fins da mesma lei, é a “sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação” (art. 2º, inc. II da LRF). Tem-se, portanto, que as empresas estatais são, para os fins da LRF, empresas controladas (visto que a maioria de seu capital social votante pertence, por definição, direta ou indiretamente a ente da Federação). E podem qualificar-se como dependentes, basicamente, caso se sustentem com recursos orçamentários do ente da Federação controlador; ou, do contrário, como não dependentes caso se sustentem com recursos outros.

¹ Ampliar em Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza [A superação da condição de empresa estatal dependente. In: OSÓRIO; SOUTO (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, p. 793-828].

A LRF trabalha com essa distinção, que é essencial a todas as suas disposições, como se verá. Mas não é só a LRF que o faz; a própria Constituição Federal também a contempla. Deveras, segundo o art. 37, §9º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto de remuneração do funcionalismo público em geral aplica-se aos empregados das empresas estatais dependentes, donde se depreende que, ao menos no Texto Constitucional, não há óbice a que remuneração dos empregados das não dependentes ultrapasse o teto.²

O espírito das disposições da LRF, ou das da Constituição Federal, é de que as empresas estatais não dependentes não necessitam se sujeitar às mesmas regras de responsabilidade fiscal que as consideradas dependentes, estas sim o foco prioritário da disciplina fiscal. Permite-se às não dependentes exercer a autonomia de gestão (fiscal, administrativa, de pessoal, etc.), reconhecida às entidades descentralizadas da Administração Pública, com ainda maior largueza de possibilidades. Deixa-se às empresas estatais não dependentes mais espaço para inovar na gestão, em busca da eficiência e do atendimento a seus fins sociais.

Será então que a proibição do §6º do art. 40 da LRF se aplica às garantias concedidas por essas empresas estatais não dependentes, apesar de elas terem sido tratadas com mais flexibilidade pelo ordenamento jurídico?

Já há posicionamento jurídico na esfera federal, segundo o qual a vedação alcança só as entidades da Administração indireta dependentes, não, portanto, as não dependentes (Decreto nº 7.058, de 29 de dezembro de 2009, e parecer jurídico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – Parecer PGFN/CAF nº 2712, de 10 de dezembro de 2009).

Mas isso não elimina a relevância da discussão jurídica mais profunda. Será válida essa orientação frente ao que dispõe a LRF? Se for válida, ela é aplicável também às empresas estatais não dependentes nos níveis estadual e municipal? É este o tema do presente estudo.

2 O art. 40, §6º da LRF não alcança as empresas estatais não dependentes

As referências legais — quaisquer delas — têm um contexto; com o dispositivo legal que suscita a dúvida deste estudo (art. 40, §6º da LRF) não é diferente. Ele está diretamente relacionado a outras disposições da própria LRF. Inicie-se por transcrevê-lo junto ao §7º, a ele conectado de modo imediato, para análise:

² Constituição Federal: "Art. 37. [...] §9º O disposto no inciso XI [sobre teto de remuneração do funcionalismo] aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral".

Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 40. Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32³ e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

§7º O disposto no §6º não se aplica à concessão de garantia por:

- I - empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;
- II - instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

Vê-se que o §7º abre exceções à vedação constante do §6º. Essas exceções abrangem garantias dadas por empresas estatais que sejam "instituições financeiras", bem assim as garantias dadas por empresas estatais em favor de suas "subsidiárias ou controladas".

Ainda que os conceitos jurídicos de "subsidiária" e "controlada" não sejam uníssonos no Direito brasileiro, variando conforme os contextos normativos em que surgem,⁴ é certo que, para os fins da LRF, uma participação minoritária de empresa estatal, ainda que relevante, no capital social de outra empresa (de 49%), não faz dessa última sua subsidiária ou sua controlada. Faz dela apenas uma empresa do setor privado na qual a estatal detém participação minoritária. Assim, claramente as exceções do §7º não podem ser a base jurídica da concessão de garantias por estatais às SPEs de que participem minoritariamente.

Mas a quem precisamente a LRF se dirige? Basta lê-la por completo para se constatar que está sujeita à proibição do art. 40, §6º, por evidente, a "administração indireta" (por isso se diz: "É vedado às entidades da administração indireta..."), mas não toda a Administração indireta, e sim aquela como tal compreendida pela LRF e para os fins da LRF. Nesse sentido, confira-se a elucidativa norma constante do seu art. 1º, §3º, "a" e "b":

Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

³ O citado art. 32 da LRF prevê que o Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente, estabelecendo requisitos substanciais e procedimentais para tanto.

⁴ SUNDFELD; SOUZA; PINTO. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD (Org.). *Contratações públicas e seu controle*, p. 102 et seq.

§3º *Nas referências:*

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

- a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;
- b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes; (grifos nossos)

O disposto neste art. 1º, §3º, “a” e “b” ajuda a esclarecer e a delimitar o âmbito subjetivo de incidência de toda a LRF, inclusive da norma decorrente do §6º do art. 40.

Cuida-se de lei complementar de caráter nacional, isto é, aplicável a todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Município), tal como seria de se supor em se tratando de diploma resultante do exercício da competência legislativa da União para estabelecer normas gerais de direito financeiro, nos termos do art. 24, inc. I e §1º, da Constituição Federal.⁵ Por isso, em diversas de suas passagens, a LRF se dirige aos demais entes da Federação e não apenas à União.

Da primeira parte da alínea “a”, assim como da primeira parte da alínea “b”, constam alusões ao Poder Executivo e à Administração direta (diz-se “o Poder Executivo...” e, ainda, diz-se “as respectivas administrações diretas...”). Portanto, estão envolvidas as respectivas Administrações diretas nas referências da lei complementar a cada ente da Federação.

E na segunda parte da alínea “b” encontra-se, em contraste, uma verdadeira definição de Administração indireta para os fins da mesma LRF (“autarquias, fundações e empresas estatais dependentes”, somadas aos “fundos” que a rigor são desprovidos de personalidade jurídica). Portanto, está claro também que nas referências da LRF aos entes da Federação estão envolvidas as respectivas Administrações indiretas constituídas por autarquias, fundações e empresas estatais *dependentes*; as *não dependentes* não estão compreendidas, porque simplesmente não mencionadas.

Propositadamente elas não estão mencionadas. Trata-se de um silêncio eloquente da norma legal; um silêncio que significa o expresso intento de excluir as empresas estatais não dependentes das suas referências às Administrações indiretas dos entes da Federação.

Logo, a correta leitura do §6º de seu art. 40 é a de que estão compreendidas, na referência ali constante à “administração indireta” dos “entes” da Federação, “inclusive suas empresas controladas e subsidiárias”, as empresas estatais dependentes, ficando excluídas as não dependentes.⁶ Estas últimas não estão alcançadas pela vedação à concessão de garantias.

⁵ Constituição Federal: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito [...] financeiro [...]. §1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

É o que resulta da simples leitura combinada deste art. 40, §6º com o art. 1º, §3º, I, "a" e "b", da mesma lei complementar.

3 A interpretação oficial do art. 40, §6º da LRF

Essa leitura do art. 40, §6º da LRF (segundo a qual sua proibição não se estende às empresas estatais não dependentes) parece ter sido adotada pelo Presidente da República em decreto que excluiu expressamente tais empresas, na esfera federal, do âmbito de incidência da proibição.

Trata-se do Decreto nº 7.058, de 29 de dezembro 2009, que dá nova redação ao art. 96 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, fazendo-o passar a vigorar nos seguintes termos:

Decreto nº 93.872/86, alterado pelo Decreto nº 7.058/09

Art. 96. Às autarquias federais, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e entidades sob controle acionário da União e às respectivas subsidiárias, ainda que com respaldo em recursos de fundos especiais, é vedado conceder aval, fiança ou garantia de qualquer espécie a obrigação contraída por pessoa física ou jurídica, excetuadas as instituições financeiras.

§1º A vedação de que trata este artigo não abrange a concessão de garantia por empresa controlada direta ou indiretamente pela União e

⁶ Até mesmo o art. 26, §1º da LRF, que também se reporta à "administração indireta" e, ao fazê-lo, chega inclusive a referir-se a "toda" a administração indireta, há de ser lido em conjunto com o art. 1º, §3º, I, "a" e "b", da mesma lei complementar, impondo-se a conclusão de que do seu alcance estão excluídas as empresas estatais não dependentes. Deveras, dispõe o art. 26 que a destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e estar prevista no orçamento (Lei Orçamentária Anual – LOA) ou em seus créditos adicionais. Segundo o seu §1º, tal conjunto de requisitos para a destinação de recursos ao setor privado "[...] aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil" (grifos nossos). Evidentemente, o preceito não diz respeito às empresas estatais não dependentes, seja por força do art. 1º, §3º, I, "a" e "b", seja pela razão de fundo de que essas nada têm a ver com o orçamento fiscal. Noutras palavras, as empresas estatais não dependentes não são alcançadas pela disciplina fiscal dada pela LRF porque simplesmente elas não se sujeitam à legislação orçamentária para a realização de suas despesas; o orçamento fiscal não envolve tais empresas, existindo apenas um anexo à LOA que deve apresentar em seu bojo o orçamento de investimento das empresas estatais em geral, conforme previsto no art. 165, §5º, II, da CF. Logo, não cabe, por impertinente, aplicar requisitos da gestão fiscal responsável, previstos no art. 26 da LRF, à destinação de recursos ao setor privado por tais empresas se elas sequer estão vinculadas ao orçamento fiscal. De resto, tenha-se em vista que o art. 1º, §3º, I, "a" e "b", da LRF, ao excluir as empresas estatais não dependentes do âmbito subjetivo de incidência da lei complementar, fá-lo justamente em vista da impertinência das suas disposições, ligadas que estão ao orçamento público, com entidades estatais cujas despesas não estão ligadas a tal orçamento. Por fim, note-se ainda que a parte final do aludido §1º do art. 26 é meramente esclarecedora, ao lembrar que também "as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil", quando no exercício de suas atribuições precípua, não se sujeitam às regras de transferência para o setor privado previstas na LRF; por definição, as instituições financeiras vivem desse tipo de transferência (fazem empréstimos, financiamentos, etc.), sendo impertinente cogitar da sua sujeição aos mesmos requisitos para transferências ao setor privado que outras entidades da Administração indireta que não têm a mesma atividade como missão precípua.

suas controladas ou subsidiárias, inclusive a prestação de garantia por empresa pública ou sociedade de economia mista que explore atividade econômica a sociedade de propósito específico por ela constituída para cumprimento do seu objeto social, limitada ao percentual de sua participação na referida sociedade.

§2º Considera-se empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, para os fins deste artigo, a entidade que atua em mercado com a presença de concorrente do setor privado, excluída aquela que:

- I - goze de benefícios e incentivos fiscais não extensíveis às empresas privadas ou tratamento tributário diferenciado;
- II - se sujeite a regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito público quanto ao pagamento e execução de seus débitos;
- III - seja considerada empresa estatal dependente, nos termos da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000; e
- IV - comercialize ou preste serviços exclusivamente para a União.

Este Decreto nº 93.872/86 “[d]ispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências”. Seu Capítulo III, a respeito “Da Administração Financeira”, contém a Seção XI, dedicada a “Operações de Crédito – Normas Gerais”, na qual se insere o art. 96. Este, como se vê, veda a concessão de garantias em operações de crédito pela administração indireta (*caput*), esclarecendo nos seus §§1º e 2º que a vedação não alcança determinadas hipóteses.

Uma das hipóteses não alcançadas pela vedação é a de prestação de garantia por empresa estatal não dependente à SPE por ela constituída para cumprimento de seu objeto social, limitada ao percentual de sua participação na referida SPE (art. 96, §1º c/c §2º, III do Decreto nº 93.872/96, alterado pelo Decreto nº 7.058/09).

Resta claro que o Decreto nº 7.058/09, promovendo estas alterações no Decreto nº 93.872/86, foi editado de forma a confirmar, ainda que com relação exclusivamente à esfera federal, os efeitos ou consequências que já se extraíam da própria LRF para as Administrações Públicas de todo o País (isto é, não apenas para a Administração federal, mas também para as dos Estados, Distrito Federal e Municípios, por se tratar de lei de caráter nacional). Certo é, contudo, que mesmo na ausência desse decreto regulamentar, a regra já vigorava desde a entrada em vigor da LRF, em 2001, para as administrações públicas de todo o País.⁷

⁷ A competência regulamentar do Presidente da República se exerce, nos termos do art. 84, II da CF, para fins de “direção superior da administração federal”, e, segundo o inc. IV do mesmo artigo, para “fiel execução” das leis. Dessas disposições depreende-se que os regulamentos expedidos pelo Presidente da República regem a administração federal, não alcançando, em princípio, as administrações estaduais, distrital e municipais, cuja disciplina regulamentar é dada pelos respectivos Chefes de Executivo. Aliás, a competência de direção superior das administrações locais (estaduais, municipais e distrital), exercida inclusive através do poder regulamentar, constitui aspecto relevante da autonomia político-administrativa de cada ente da Federação, prevista no art. 18 da CF.

Este Decreto nº 7.058/09 foi editado na esteira de manifestação oficial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio da aprovação do Parecer PGFN/CAF nº 2712, de 10 de dezembro de 2009.

Trata-se de parecer exarado em atenção a uma consulta da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) envolvendo a questão da possibilidade de concessão de garantia pelas empresas estatais não dependentes. A consulta foi feita a propósito da viabilidade jurídica de operação pela qual se pretendia que a Eletrobras – Centrais Elétricas Brasileiras S.A., sociedade de economia mista controlada pela União, oferecesse garantia em operações de crédito firmadas por SPEs das quais participava com 39% e 41% das quotas. A resposta do parecer foi afirmativa, alicerçada em três principais argumentos.⁸

O primeiro baseou-se no regime das empresas estatais na Constituição Federal, salientando que, se deve a lei complementar dispor sobre a concessão de garantias por tais empresas (art. 163, III),⁹ ao mesmo tempo a disciplina da prestação de garantias deve observar a sujeição das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas e, assim, assegurar-lhes “a atuação competitiva”, “sem conferir-lhes privilégios ou impor-lhes vedações excessivas” (art. 173, §1º, II).¹⁰ A concessão de

⁸ Eis os trechos mais relevantes do Parecer PGFN/CAF nº 2712/09, indicando a conclusão e os “pilares” sobre os quais foi sustentada:

“7. Em uma primeira leitura, verifica-se que a legislação pátria criou vedação de as empresas públicas e as sociedades de economia mista concederem garantia a terceiros, com exceção daquelas ofertadas em benefício de suas controladas e de suas subsidiárias.

8. Todavia, essa proibição há de ter o seu alcance fixado levando-se em consideração três aspectos: (I) o regime jurídico constitucionalmente imposto às empresas públicas e às sociedades de economia mista, (II) a finalidade da vedação legal e (III) a natureza das sociedades de propósito específico. [...]

20. Firmados esses três pilares — regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, finalidade da proibição legal e natureza e objetivo da sociedade de propósito específico —, podemos determinar o alcance da vedação e da exceção previstas, respectivamente, nos §§6º e 7º, inciso I, do art. 40 da Lei Complementar nº 101, de 2000. [...]

25. O raciocínio desenvolvido até aqui leva-nos à conclusão de não existir óbices jurídicos à concessão de garantia pela Eletrobras, no limite de sua participação, à sociedade de propósito específico por ela constituída com a finalidade de realizar o empreendimento objeto de contrato de concessão da qual participou, de forma a permitir que atue em igualdade de condições com as empresas privadas que também criaram aquela sociedade.

26. Finalmente, quanto à possibilidade de vir a ser editada regulamentação sobre a matéria sob exame, nada impede, sob o ponto de vista jurídico, que seja editado decreto presidencial disciplinando, para a administração pública federal e nos limites desta manifestação, o oferecimento de garantias por empresas públicas e sociedades de economia mista, pois a Constituição é expressa ao conferir ao Presidente da República a competência para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir **decretos e regulamentos para sua fiel execução**” (art. 84, inciso IV).”

⁹ Constituição Federal: “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: [...] III - concessão de garantias pelas entidades públicas”.

¹⁰ Constituição Federal: “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: [...] II - a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

garantia à SPE em que a empresa estatal detenha participação acionária relevante, na proporção de sua participação, para viabilizar o início de sua operação, seria economicamente justificável, e excessiva seria a vedação à possibilidade de prestação de tal garantia.

O segundo argumento partiu do levantamento da história legislativa acerca da vedação à concessão de garantias por empresas estatais, destacando a finalidade sempre presente, nas normas atuais como nas anteriores, de “evitar-se que [...]” na prática “[...] transformem-se em instrumentos políticos ou governamentais para a concessão de garantias irresponsáveis, de forma a assegurar o cumprimento de obrigações contraídas por pessoas físicas ou jurídicas estranhas àquelas entidades, que com elas não tenham nenhum vínculo econômico ou societário, ou que possuam alguma ligação econômica ou societária irrelevante ou sem significado”. Não seria o caso da prestação de garantia por empresa estatal a uma SPE na qual detenha participação minoritária relevante, na proporção de sua participação; nada de irresponsável estaria presente.

E o terceiro destacou a natureza das SPEs, a demonstrar que, embora do setor privado, caracterizam-se mais como instrumentos exigidos por leis, editais, contratos de concessão e pela própria natureza de empreendimentos públicos para que esses empreendimentos, com a participação de empresas estatais, sejam efetivamente realizados. Logo, ainda que não sejam empresas controladas, tampouco subsidiárias, de certo não se encaixando na exceção do inciso I do §7º do art. 40 da LRF, as SPEs se encontram em situação muito assemelhada à das controladas e subsidiárias, devendo-se, por identidade de razão, considerar que também não estão alcançadas pela vedação legal.

Tem-se, em suma, uma manifestação oficial e um decreto federal que evidenciam que a ausência de vedação à oferta de garantia por empresas estatais não dependentes, nessas hipóteses, em nada se confunde com uma “brecha” jurídica a operações duvidosas, mas é antes uma necessidade amparada pela racionalidade econômica dos negócios e admitida pela Constituição e pela legislação do país. De se destacar, no sentido da racionalidade econômica, a menção de que a fase pré-operacional das SPEs tem normalmente na garantia ofertada por seus acionistas, na proporção de suas respectivas participações, o meio de viabilização dos empreendimentos que lhes incumbe realizar.

De todo modo vê-se que, entre os fundamentos invocados neste parecer da PGFN de 2009, não figura o aqui adotado — qual seja, o de que a LRF, no seu art. 1º, §3º, I, “a” e “b”, fixou o seu próprio âmbito subjetivo de incidência, excluindo, nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e, bem assim, na referência à Administração indireta em seu art. 40, §6º, as empresas estatais não dependentes.

Mas é certo que a interpretação oficial adotada no citado parecer, em seguida transposta para decreto regulamentar federal, reforça, para a esfera federal, consequência que já se extrai para todo o País — inclusive para as esferas estadual, municipal e do Distrito Federal — da simples leitura da LRF. Esta leitura da LRF, que tem aplicabilidade nacional, serve como fundamento adicional ao entendimento já expresso no parecer da PGFN de 2009 e transposto para o decreto regulamentar federal.

O único ponto de divergência dela para com tais documentos (o decreto e o parecer citados), a rigor, diz com a aproximação que neles se procurou fazer da hipótese em apreço com a da exceção do inciso I do §7º do art. 40 da LRF, sob o argumento de que a situação de uma SPE em que haja participação minoritária da empresa estatal responsável pela concessão da garantia seria muito próxima à situação de uma subsidiária ou controlada sua.

Embora tal aproximação tenha sido sustentada no parecer da PGFN de 2009 e corroborada no decreto regulamentar federal, aqui ela é deixada de lado, porquanto desnecessária e ao mesmo tempo não ajustável rigorosamente à letra da lei (uma participação minoritária numa SPE, ainda que significativa, não faz dela uma subsidiária ou controlada da empresa estatal que a detém, para os fins da LRF, como, aliás, reconhece o parecer da PGFN, ainda que busque a equiparação). Suficiente é a leitura da própria LRF, atenta ao seu âmbito de incidência muito claramente estipulado em seu art. 1º, §3º, I, “a” e “b”, por força do qual a vedação do art. 40, §6º alcança as empresas estatais dependentes, mas não as que sejam não dependentes.¹¹

Vale a menção, por fim, ao Parecer PGFN/PGA nº 354/2001, o qual, muito antes do Parecer PGFN/CAF nº 2.712/2009 sobre o qual se vem tratando, também examinou o âmbito de incidência da LRF, embora com o fim específico de dirimir controvérsia sobre o alcance do art. 32 daquela lei complementar. O art. 32 da LRF fixa competência do Ministério da Fazenda para a fiscalização e controle do cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito pelos entes da Federação.¹² E tal parecer da PGFN de 2001 objetivou eliminar dúvidas quanto ao entendimento, já então vigorante,¹³ de que este art. 32 seria aplicável tão somente às operações de crédito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, seus fundos, suas autarquias, suas fundações e suas empresas estatais dependentes, não alcançando as suas empresas estatais não dependentes.

¹¹ Pode-se até especular que tal leitura, embora claramente decorrente do texto da lei complementar, só não tenha sido incorporada ao parecer da PGFN porque despercebida, visto que exige um olhar atento às primeiras disposições da lei complementar e aos efeitos que claramente irradiam sobre a compreensão de todas as demais referências dela constantes.

¹² LRF: “Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente. [...]”.

¹³ Por força do Parecer PGFN/CAF nº 1.821/2000.

Para reafirmar esse entendimento de que as não dependentes estão fora do alcance da norma, o parecer da PGFN de 2001 apresentou análise de múltiplas disposições da LRF, partindo da constatação — nesse caso, fazendo tal como se fez aqui — de que a própria LRF, em seus dispositivos iniciais, define o seu próprio âmbito subjetivo de incidência de forma a dele excluir as estatais não dependentes.¹⁴ E prosseguiu o parecer de 2001 com firme arrazoado no sentido de que a LRF visa a obrigar à responsabilidade na gestão de recursos previstos nos orçamentos públicos, atinando, portanto, apenas às administrações diretas e indiretas dos entes da Federação que manejam tais recursos, o que exclui as empresas estatais não dependentes, que por definição não dependem de recursos orçamentários.¹⁵ Com o regramento ditado pelo art. 32 da LRF não haveria de ser diferente — concluiu-se no parecer —, dado que as estatais não dependentes, ao realizarem operações de crédito, não oneram os orçamentos públicos, isto é, não impactam a gestão orçamentário-financeira do Poder Público.¹⁶

É certo que, ao mesmo tempo que adotou esta razão de decidir bastante consentânea com a também aqui defendida — a impertinência da LRF, no geral, a empresas não dependentes de recursos orçamentários —, o parecer da PGFN de 2001 também concluiu com uma ressalva que merece ser lida e interpretada no seu contexto:

Parecer PGFN/PGA nº 354/2001

68. Finalmente, deixo claro que este parecer não afirma que a LRF não atinge as empresas estatais não dependentes. Há esparsas regras na multimencionada lei complementar que obrigam estas empresas. Restringe-se esta manifestação ao alcance do art. 32 e sua inaplicabilidade *in casu*.

¹⁴ Ainda que tal definição, afirmou-se no parecer, “conflitasse” com outras passagens da lei em que a literalidade do texto talvez pudesse sugerir um âmbito de incidência mais abrangente. Nesse sentido, os itens 10 e 11 do parecer: “10. A LRF traz, em seu art. 2º, a informação de que ela obriga os entes da Federação e, mais adiante, estabelece o que são esses entes: a pessoa política e suas autarquias, fundos, fundações e entidades estatais dependentes. 11. Assim, há sob a ótica da literalidade, conflito entre este dispositivo e o mencionado art. 32, já que aquele açambarcaria conjunto maior”.

¹⁵ Tal como aqui já se defendeu com relação ao art. 26, §1º da LRF, que mesmo se reportando a “toda a administração indireta”, não se aplica às empresas estatais não dependentes, que não realizam suas despesas e programas com base no orçamento público.

¹⁶ Nesse sentido, os itens 62, 64 e 66 do parecer: “62. Lendo conjuntamente os arts. 32 e 33, um cuidando dos limites e condições para as operações de crédito, outro tratando da nulidade — e seus efeitos — das operações em infração à lei, chego à conclusão de que também as estatais federais não dependentes que, como visto anteriormente, somente estão sujeitas aos limites e condições estabelecidos pelo Senado Federal — não estão sujeitas ao regramento da LRF, em suas operações de crédito. [...] 64. Veja-se a lei por inteiro e a conclusão de quem é seu objeto fica ainda mais cristalina. A que se destina a Lei Complementar nº 101, de 2000? A obrigar a responsabilidade na gestão fiscal. E para esse objetivo, tentou criar um conjunto abrangente, partindo da elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, seguindo pela execução do orçamento, pelas regras para receita e despesa públicas (tratando especificamente a despesa com pessoal, refletindo a preocupação do legislador constitucional, expressa no art. 169 da Carta Magna) e cuidando das operações de crédito e da gestão do patrimônio público. [...] 66. Não tem sentido, do ponto de vista sistêmico, submeter-se as operações de crédito das controladas não dependentes aos ditames da LRF, sem que elas se sujeitem aos mecanismos de controle na lei estabelecidos”.

69. De todo o exposto, ratificando a manifestação anterior desta Procuradoria-Geral consubstanciada no Parecer PGFN/CAF nº 1.821/2000, entendo ser inaplicável o art. 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal às estatais não dependentes, não cabendo ao Ministério da Fazenda, em consequência, por força da LRF, a verificação de quaisquer limites e condições nas operações de crédito dessas entidades.

Além da assertiva de que “há esparsas regras [...]” na LRF “[...] que obrigam [...]” as empresas estatais não dependentes”, o parecer ainda trouxe complemento, em rodapé (nota nº 17), com a menção exemplificativa das seguintes regras: “e.g., arts. 40, §§6º, 7º e 8º, I, e 47”.

É justo e necessário reconhecer que não houve, nessa ressalva feita, nem sequer no rodapé, uma robusta tomada de posição no sentido de que o art. 40, §6º da LRF, ora examinado, abrangeria as empresas estatais não dependentes (distinguindo-se assim de quase todo o restante da lei complementar que as teria deixado de fora do alcance da disciplina fiscal nela estabelecida). E não houve uma robusta tomada de posição nesse sentido simplesmente porque o dispositivo não foi sequer analisado; ele foi apenas mencionado. E o foi em nítido *obiter dictum*, isto é, em menção meramente ancilar ao cerne do parecer (em rodapé inclusive, frise-se), sequer amparada nalguma específica análise. Em suma, a sugestão de que o art. 40, §6º alcançaria as estatais não dependentes não teve envergadura suficiente para contrabalançar toda a *ratio decidendi* estruturadora do parecer no sentido de que as normas da LRF são, no geral, impertinentes à situação dessas empresas. Trata-se, esse *obiter dictum*, no máximo de uma cautela do parecerista (de resto compreensível) com adotar conclusão que seria desnecessariamente abrangente para dirimir a controvérsia pontual sobre a qual fora convocado a se manifestar, que dizia respeito ao alcance apenas do art. 32 da LRF; cautela, todavia, que foi insuficiente para impedi-lo de apor conclusão equivocada, sem qualquer explicação, tangenciando o ponto ora em estudo, que é o do alcance do art. 40, §6º, equívoco que se mostra evidente pelas razões aqui apontadas no sentido de que tal dispositivo definitivamente não alcança as empresas estatais não dependentes.

Assim sendo, pode-se concluir que realmente a vedação do art. 40, §6º na LRF alcança as empresas estatais dependentes, mas não alcança as empresas estatais não dependentes de quaisquer dos entes da Federação. É o que se depreende da leitura do art. 40, §6º combinado com o disposto no art. 1º, §3º, I, “a” e “b”, que fixou o sentido e o alcance das referências da LRF aos entes da Federação e às respectivas administrações direta e indireta, excluindo, dessas últimas, as empresas estatais não dependentes.

Referências

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros. Parecer PGFN/CAF nº 1.821/2000.

BRASIL. Parecer PGFN/CAF nº 2.712, de 10 de dezembro de 2009.

BRASIL. Parecer PGFN/PGA nº 354, de 19 de fevereiro de 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A superação da condição de empresa estatal dependente. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Infrastructure Projects with State Companies as Minority Shareholders and the Problem of the Provision of Guarantees

Abstract: In infrastructure projects, state companies have been associating themselves, as minority shareholders, with Special Purpose Entities (SPEs) of the private sector. In this context there has been a need by the state company to provide a guarantee in favor of the SPE, in order to make the project economically viable. The problem is that §6º of Article 40 of the Fiscal Responsibility Act (LRF) forbids the provision of guarantees by state companies as a general rule. The present study addresses this problem from a relevant perspective: the one according to which the LRF's references to the Federal entities encompass all dependent state companies, but not the independent ones. The last ones are not encompassed by such references because they are simply not mentioned. It is an eloquent silence of the statutory rule. It follows that independent state companies are not subject to the prohibition of being guarantors. This is not to mention the fact that the prohibition itself has nothing to do with situations that do not compromise the public budget, such as the provision of guarantees by independent state companies. Besides all, there is an opinion by the Attorney-General of the Treasury Department, as well as a federal decree, both expressly excluding independent state companies of the prohibition.

Key words: Fiscal responsibility. Dependent and independent state company. Guarantee. Special Purpose Entity. Infrastructure.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; MONTEIRO, Vera. Os projetos de infraestrutura com participação minoritária de empresa estatal e o problema da concessão de garantias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 33-45, jan./mar. 2014.

Recebido em: 06.01.2014
Aprovado em: 21.01.2014