

# Da impossibilidade jurídica de exploração da atividade de capitalização por entes estatais

ELAINE DE ALMEIDA PASSOS LOUREIRO E PETER DE PAULA PIRES

*Projeto de Lei Complementar regulamentando o artigo 192, inciso II, da Constituição, apresentado para permitir funcionamento de sociedade de capitalização controlada por pessoa jurídica de direito público, empresa pública ou sociedade de economia mista. Impossibilidade diante da ordem constitucional, que consagra a livre iniciativa para a exploração direta de atividade lucrativa, somente sendo permitida a atuação estatal nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição e para, a teor do artigo 173, caput, atender a imperativo de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme devidamente definidos em lei complementar.*

O presente trabalho corresponde a resposta à consulta feita pelo Senhor Hélio Portocarrero, Diretor da SUSEP, para análise jurídica do Projeto de Lei Complementar nº 112, de 1996, do Sr. Ildemar Kussler, Deputado do PSDB-RO, o qual dispõe sobre concessão de autorização para funcionamento das sociedades de capitalização controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica de direito público, empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo que se pretende afastar a proibição que se pensou constar unicamente da Resolução CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) nº 15-91, artigo 13.

A ordem constitucional vigente, instaurada em 5 de outubro de 1988, tem por fundamento, entre outros, os valores da livre iniciativa, conforme consagrado no artigo 1º, inciso IV, da *Lex Mater*. O artigo 173 deste diploma, seguindo a orientação principiológica traçada no artigo 1º, expressa vedação aos entes políticos e às pessoas por eles instituídas ou mantidas, no sentido de que os mesmos não devem

Elaine de Almeida Passos Loureiro e Peter de Paula Pires são Procuradores da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

explorar diretamente a atividade econômica, a não ser para atender imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei complementar, previamente instituída.

Com efeito, enquanto aos particulares cabe primordialmente a exploração direta de atividade econômica, ao Estado cabe a prestação de serviços públicos. Vale lembrar que

“a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, (b) traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa ‘unidade normativa’”<sup>1</sup>.

Faz-se mister uma breve digressão acerca do significado da expressão “atividade econômica em sentido estrito”. Como ensina Eros Roberto Grau,

“pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”.

Assevera ainda o autor que

“‘domínio econômico’ é precisamente o campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado. Relembre-se que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica (em sentido estrito) está para o setor privado”<sup>2</sup>.

O texto em análise deve ser observado sob o prisma do disposto pelo artigo 173, *caput*, da Constituição em vigor, que determina que o Estado só explorará a atividade econômica quando a mesma for considerada necessária para a manutenção dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse público, devendo tais expressões ser definidas em lei.

A própria Constituição, em seu artigo 174,

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 350.

<sup>2</sup> *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 144 e 162.

define a forma de atuação do Estado em relação à atividade econômica, como agente normativo, regulador, fiscalizador, incentivador e planejador. Portanto, da justaposição dos dois dispositivos, conclui-se que somente a título de exceção é permitido ao Estado explorar diretamente a atividade econômica. A mais autorizada doutrina, em uníssono, repudia a exploração econômica pelo Estado quando em desacordo com a ordem constitucional vigente:

“O objeto da sociedade de economia mista tanto pode ser um serviço público ou de utilidade pública como uma atividade econômica empresarial. Quando for serviço público ou de utilidade pública, sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica, fica limitada aos preceitos constitucionais da subsidiariedade e da não-competitividade com a iniciativa privada, sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever do Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho da atividade econômica (CF, art. 173 e §§). Entretanto, a realidade vem demonstrando que as empresas estatais estão sendo criadas com desrespeito aos mandamentos constitucionais, invadindo a área reservada ao empresariado particular e fazendo-lhe aberta concorrência desleal. Urge que se ponha um paradeiro a essa conduta inconstitucional e prejudicial à economia privada”<sup>3</sup>.

“Qualquer ‘exploração direta de atividade econômica pelo Estado’ é inconstitucional, salvo se for o caso de prestação de serviço público para a qual a unidade política seja constitucionalmente competente, ou para o desempenho de atividade definida em lei como necessária a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

“Acresce que as exigências constitucionais que podem caracterizar a excepcionalidade da atividade empresarial do Estado – segurança nacional e interesse coletivo – não devem apenas estar invocadas como efetivamente existirem. Não há discricionariedade legislativa para

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 333.

inventar hipóteses de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, mas, tão-somente, para identificá-las quando de fato existam.

“O Poder Judiciário, por sua vez, tem plena sindicância sobre a materialidade dessas condições, agora mais que nas Cartas anteriores, em face da linguagem restrita do art. 173, que faz a intervenção econômica não só dependente de lei específica como a configura como uma exceção.

“A rigorosa aplicação desse dispositivo obriga a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a reverem, um por um, os fundamentos jurídicos de suas respectivas empresas estatais e, por certo, encontrarão muitas delas concorrendo inconstitucionalmente em atividades econômicas reservadas ao setor privado”<sup>4</sup>.

Vale ressaltar que a norma do art. 173 é princípio geral da atividade econômica, conforme se verifica no Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira da Constituição, dentro do qual se insere, sendo aplicável, portanto, a todas as situações que correspondam à referida atividade. Além disso, trata-se indubitavelmente de norma proibitiva relativamente à exploração direta pelo Estado de atividade lucrativa, que faz valer seus efeitos independentemente de qualquer integração infraconstitucional. Nesse sentido, vale recordar a lição do saudoso Meirelles Teixeira, doutrinando que

“ainda de acordo com a doutrina clássica norte-americana, preceitos constitucionais existem auto-aplicáveis pela sua própria natureza, e, quanto a estes, nenhuma dúvida poderá existir para o intérprete, nem necessidade, portanto, daquele cuidadoso exame do texto constitucional a que, via de regra, dever-se-á proceder em cada caso, segundo os princípios já expostos. (...)”

“Relativamente às proibições e vedações constitucionais (‘prohibitory provisions’, ‘prohibitive and restrictive provisions’, ‘prohibitions’, na linguagem dos autores da linguagem americana), eis como o grande Rui Ihes justificava o

caráter auto-executório:

“É que a norma proibitiva encerra em si mesma quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida. Se uma constituição proíbe formalmente determinados atos, a prática de qualquer deles transgredir, *ipso facto*, o preceito constitucional; porquanto a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece *erga omnes*, de ser respeitada’. (...)”

“É evidente que as proibições ou vedações constitucionais, consistindo tão-somente em obstar-se certa prática ou procedimento, não necessitam de autoridade, órgão, normas ou processos especiais para adquirirem vigência, isto é, para se tornarem efetivas, respeitadas. Todo dispositivo constitucional que vede, que proíba alguma coisa é, pois, auto-aplicável, independentemente, portanto, de lei complementar que o regule”<sup>5</sup>.

O ramo de capitalização é uma atividade tipicamente econômica, conforme reconhece a própria Constituição, ao inseri-la no artigo 192, inciso II, sob o capítulo que trata do Sistema Financeiro Nacional, devendo ser analisada, sistematicamente, à luz do disposto no art. 173. Dessa forma, a exploração de tal atividade, ao contrário do pretendido pelo projeto em exame, está constitucionalmente destinada à iniciativa privada, somente sendo facultada a intervenção do Estado, diretamente ou por meio de pessoas por ele instituídas ou mantidas, quando houver prévia lei específica caracterizando devidamente a capitalização como essencial à segurança nacional ou ao interesse coletivo, na linha exposta nos itens anteriores deste parecer.

Sob o prisma constitucional, portanto, o texto em análise fica prejudicado, uma vez observado que se destina a criar permissivo para que pessoas jurídicas instituídas ou mantidas pelo poder público possam explorar a capitalização, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 261-67, a nosso ver recepcionado como Lei Complementar para os efeitos do disposto no artigo 192, inciso II, da Constituição, que

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 368.

<sup>5</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 309-310.

dispõe, *in verbis*:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

(*omissis*)

II- autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador” (redação na forma da Emenda Constitucional nº 13-96).

Foi mencionado o fato de a norma proibitiva ter sido inserida em uma Resolução do CNSP e houve questionamento acerca da necessidade da edição de lei complementar para revogá-la. Parece-nos demonstrado que a proibição decorre de norma constitucional, tendo o CNSP se limitado a reproduzir a vedação de forma mais explícita. Como já indicado, a revogação do artigo 13, da Resolução CNSP nº 15-91 é inócua, pois permanecerá intangível a limitação feita pela Constituição em vigor.

Logo, o Projeto de Lei Complementar ora apresentado para análise não é meio hábil para autorizar pessoa jurídica de direito público, sociedade de economia mista ou empresa pública a operarem no mercado de capitalização.

## Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.