

*PREVIDÊNCIA PRIVADA — INSTITUIÇÃO FINANCEIRA — LEI
COMPLEMENTAR*

PARECER

I

A consulta objetiva o exame da constitucionalidade do art. 29 da Lei nº 8.177, de 1º de março do 1991 (cujo antecedente é o art. 28 da Medida Provisória nº 294, de 31 de Janeiro de 1991), redigido da forma seguinte:

“Art. 29. As entidades de previdência privada, as companhias seguradoras e as de capitalização são equiparadas às instituições financeiras e às instituições do sistema de distribuição do mercado de valores mobiliários, com relação às suas operações realizadas nos mercados financeiros e de valores mobiliários, respectivamente, inclusive em relação ao cumprimento das diretrizes do Conselho Monetário Nacional quanto a suas aplicações,

para efeito de fiscalização do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários e de aplicação de penalidades previstas nas Leis nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 e 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não modifica o tratamento tributário definido em lei nem a competência específica, relativamente aquelas entidades, do Ministério do Trabalho e da Previdência Social e da Superintendência de Seguros Privados, que deverão ter comunicados sobre quaisquer irregularidades constatadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliário.”

A norma em exame claramente distingue, em relação às entidades de previdência priva-

da, a dualidade de vinculação com respeito aos órgãos públicos que devam exercer, sobre suas atividades, competência normativa e de fiscalização.

Explicitamente está ressalvada a competência específica do Ministério do Trabalho e de Previdência Social sobre a atividade-fim a que elas se destinam, ou seja, ao regime jurídico e administrativo de suas relações com os associados e beneficiários, bem como relativamente à prestação de serviços assistenciais que caracterizam sua finalidade.

Subsistem, portanto, inalteradas as normas de legislação específica, consolidada na Lei nº 6.433, de 15 de julho de 1977, enumeradas no art. 3º, como forma de ação controladora do poder público, a ser desempenhada, no tocante às entidades fechadas de previdência privada, pelo então Ministério da Previdência e Assistência Social, atualmente, sucedido pelo Ministro do Trabalho e Previdência Social (art. 14).

A competência nova que se atribui ao Banco do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários pertine, unicamente, à gestão das referidas entidades no que se refere às “operações financeiras e de valores mobiliários”.

Em verdade uma e outra dessas operações contemplam o mesmo fenômeno econômico-financeiro, a saber, a modalidade de aplicação e investimento dos recursos financeiros que lastream os planos de benefícios com vistas à liquidez e segurança das reservas técnicas.

O que se visa, obliquamente, com a proclamada equiparação de entidades tipicamente assistenciais às entidades financeiras não é senão a interferência do Banco Central do Brasil como agente exclusivo, sobre as espécies de aplicação das reservas das instituições de previdência privada, em detrimento do predominate objetivo atuarial, destinado a defender a liquidez e segurança da base financeira de seus planos de benefício.

Cuida-se, em suma, de integrar as entidades de previdência privada no sistema financeiro nacional, sobre o qual é lícito operar a competência normativa e fiscalizadora dos indicados órgãos do poder público.

II

A inconstitucionalidade formal do preceito em exame

A assemelhação dos entidades de previdência privada às instituições financeiras importa, como visto, em inovar a competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, órgãos integrantes do sistema financeiro nacional, a par da inserção daquelas entidades assistenciais no âmbito das pessoas jurídicas passivas, a que se dirige à ação do poder público, por intermédios dos referidos órgãos de controle e fiscalização financeira.

A estrutura e funcionamento do sistema financeiro nacional é, no entanto, matéria para a qual a Constituição de 1988 impõe o procedimento de lei complementar, inclusive quanto ao funcionamento e localização dos estabelecimentos de previdência (art. 192, nº 11) e no tocante à “organização, ao funcionamento e às atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas” (art. 192, nº IV).

Não se torna, assim, possível à lei ordinária (como é a natureza da lei nº 8.177 de 1991) alterar ou por qualquer forma regular matéria que o texto constitucional expressamente reserva no procedimento legislativo especial.

As leis anteriores à Constituição de 1988 que tenham disposto sobre a matéria conservam validade e eficácia pelo princípio da recepção, que mantém a continuidade do direito pretérito que não seja materialmente incompatível com a nova Carta Constitucional.

O advento, porém, de qualquer novo preceito terá de respeitar o processo legislativo formal imposto *ratione materiae*.

Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1967 — 5ª edição — 1984 — p. 260/261*) que a adoção da lei complementar, inaugurada no regime parlamentarista pelo Ato Adicional (Emenda Constitucional nº 4, de 1969) instituiu nova modalidade de processo legislativo distinto da lei ordinária.

Traz à colação o ensinamento do Miguel Reale no sentido de que as leis complementares são “um *tertius genus*, que não ostentam a

rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda de vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente”.

A restauração do processo legislativo da lei complementar (reaparecido com a Emenda Constitucional nº 17/65 o mantido nas Constituições de 1967/69 e de 1988) leve como objetivo preservar a estabilidade normativa nas matérias a que se impõe esse rito especial, subtraindo-a “a decisões ocasionais ou fortuitas que às vezes surpreendem o próprio Parlamento e a opinião pública” (Miguel Reale — *loc. cit.*).

No mesmo sentido é o abono de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando identifica a finalidade da opção pela lei complementar:

“Criando um *tertium genus*, o constituinte o faz tendo um rumo preciso: resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhe imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário” (*Curso de Direito Constitucional* — 17ª edição — 1989 — p. 184/185).

A Constituição atende a esse escopo de maior ponderação, peculiar ao trâmite de projetos de lei complementar quando exige, para sua aprovação, *quorum* qualificado de maioria absoluta (art. 69).

Em face do texto atual da Constituição, observa Celso Ribeiro Bastos, a peculiar natureza da lei complementar, apontando que “com relação a lei ordinária, ou a ato normativo de igual força hierárquica, é forçoso reconhecer que estes são incapazes de modificar a lei complementar”.

A regulação mediante lei ordinária de matéria constitucionalmente reservada à lei complementar corresponde à invasão de competência de uma pela outra:

“Esta subversão de competência — destaca o mesmo autor — constitui-se em lesão à Constituição. A lei que invada matéria própria da lei complementar, antes de ferir a esta última, agride diretamente ao Texto Maior. Daí a sua inconstitucionalidade” (Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional* — 6ª edição — 1983 — p. 163).

Assinala Geraldo Ataliba, no mais completo estudo sobre o tema (*Lei Complementar na Constituição — 1971*) a hierarquia das leis que deflui do sistema inconstitucional:

“Abaixo das leis constitucionais, localizou às complementares, seguidas imediatamente das ordinárias. A hierarquia corresponde a esta gradação.

A principal consequência jurídica desta circunstância reside na superioridade da lei complementar sobre a ordinária. E esta gradação tem, em muitos casos, consequências também de caráter formal, como se verá.

Consiste a superioridade formal da lei complementar — como em geral das normas jurídicas eminentes, em relação as que lhes são inferiores — na impossibilidade jurídica de a lei ordinária alterá-la ou revogá-la. Nula e, pois, a parte desta que contravenha disposição daquela.” (*op. cit.*, p. 29).

E, noutro tópico, mostra o mesmo autor a sobrevivência das leis ordinárias anteriores, desde que compatíveis com a Constituição, frisando, porém, que, se a tanto exigir o novo ordenamento maior, tais leis, assim recebidas, somente podem ser alteradas por lei complementar:

“É que a exigência de processo especial e qualificado para disposição legislativa sobre determinadas matérias converteu as leis ordinárias persistentes que cuidam destas matérias em lei complementar.

Não podem, pois, ser revogadas por lei ordinária. Só por lei complementar. A lei ordinária que venha a dispor sobre essas matérias será nula” (*op. cit.*, — p. 55/56).

O Supremo Tribunal Federal enfrentou situação análoga à que ora se configura na consulta.

Em decisão unânime no RE 93.950, declarou inconstitucional dispositivo de lei ordinária que, pela matéria versada, interferiria com preceito do Código Tributário Nacional.

Reportando-se, a precedente, firmado, assinada que o referido código, embora anterior à Constituição de 1967, apresenta a qualidade de lei complementar e, por via de consequência, não poderia ser alterado por lei ordinária superveniente.

Norma como a de que se cogitava (pertinente, à caracterização de imóvel como rural ou urbano para efeitos fiscais), dizia respeito a princípios gerais de direito tributário:

“Em consequência — conclui o voto vencedor do Ministro Moreira Alves — legislação posterior à Constituição de 1967 que tem por fim modificar esse critério para efeitos tributários terá de ser lei complementar, e não como sucede com a Lei nº 5.868/72 — lei ordinária”.

E, conclui o acórdão em referência:

“É pois, inconstitucional o citado artigo, por haver invadido área — a da legislação complementar sobre princípios gerais de direito tributário —, reservada a lei complementar” (RDA — v. 149. p. 29).

Esta é *mutatis mutandis*, a hipótese presente.

A Constituição impõe para a ordenação do sistema financeiro nacional o procedimento da lei complementar.

A equiparação de instituições de previdência privada às instituições financeiras, submetendo-as à disciplina do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, modifica a legislação complementar vigente sobre a matéria.

Logo, inconstitucional se torna a modificação procedida por lei ordinária a importar alteração do sistema financeiro nacional, objeto de lei anterior, recebida pela Constituição e por essa forma, investida na condição de lei complementar, somente passível de inovação por lei nova, de igual hierarquia.

III

Conceito de instituição financeira

O preceito em análise equipara as entidades de previdência privada, a instituições financeiras para sobre elas fazer incidir a competência dos órgãos públicos supervisores do sistema financeiro nacional.

O que são, no entanto, em sua essência, as instituições financeiras?

A Constituição distingue, em incisos autônomos, as instituições financeiras — a que se refere o item IV do art. 192 — das entidades

de previdência; objeto de outro item do mesmo preceito (item II).

Não fica, porém, nesta discriminação o tratamento próprio que o legislador deverá oferecer a cada qual dessas categorias.

As expressões técnicas de que se socorre o legislador devem ser entendidas segundo o conteúdo que lhes é peculiar no domínio da especialidade científica.

Na ciência das finanças não é equívoca a concepção do fenômeno a que se dirige a atividade fim das instituições financeiras.

Certamente não se encontra, no direito positivo, um conceito da natureza dessas instituições, dentro da diversidade de suas espécies.

Todavia, há em todas as modalidades de que se revestem, um elemento comum que lhes marca a tipologia.

As instituições financeiras se caracterizam, ontologicamente, pela intermediação entre interesses de terceiros.

Em compêndio especialmente dedicado às instituições financeiras, assim as definem Jacobs. Farwell e Neave (*Financial Institutions* — 5ª edição — 1972):

“Financial institutions of the more formal sort are sometimes referred to as intermediary institutions: indeed, the title of this text could well have been *Financial Intermediaries*. An institution may be considered to be a financial intermediary if it has financial or monetary relationships on each side of its balance sheet” (Instituições financeiras formais são usualmente referidas como instituições intermediárias em verdade, o título deste texto bem poderia ter sido o de *Intermediários Financeiros*. Uma instituição pode ser considerada como uma intermediária financeira se tem relações financeiras ou monetária em cada lado de seu balanço).

Instituições financeiras — informa a *Enciclopédia Mirador*, v. 9, p. 4.647 — “não entidades dedicadas à coleta, intermediação e, aplicação de recursos financeiros”.

É nessa função intermediária no fluxo financeiro que se identifica, segundo a *Enciclopédia Britânica*, o elemento essencial da instituição financeira, a se qualificar como “institution that channels accumulated funds from

savets to borrowers” (instituição que canaliza fundos acumulados entre poupadores e tornadores de empréstimos) (*Enciclopédia Britânica* — v. IV. P. 140).

Conforme esclarece a *Enciclopédia de Ciências Sociais*, a tipicidade que as identifica reside na intermediação financeira, no sentido de que

“They intermediate between the sources of funds that flow to them and the ultimate user of these funds” (Eles intermedeiam entre a origem dos fundos que fluem para eles e os usuários finais de tais fundos). (*International Encyclopedia of the Social Sciences*, v. 5. p. 452).

Comissão de especialistas, designada pelo Decreto nº 91.159, de 18 de março de 1985 para elaborar anteprojeto de lei sobre a matéria (integrada pelos ilustres juristas Alfredo Lamy Filho, José Luiz Bulhões Pedreira, Fábio Konder Comparato, Jorge Hilário Gouvea Vieira e César Vieira de Rezende teve ensejo de propor, em seu art. 1º, definição da atividade de privativa das instituições financeiras, a saber:

“I — Intermediação nos mercados monetários e de capitais mediante captação de recursos financeiros para aplicação em operações de crédito, títulos de crédito ou de dívida pública, valores mobiliários, moeda estrangeira, contratos de arrendamento mercantil ou outros ativos financeiros.” (Anteprojeto de lei que dispõe sobre instituições financeiras, define crimes financeiros e dá outras providências — edição do Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, janeiro de 1986.)

Transparece da sucessão de textos, que há, nas instituições financeiras, um elemento dominante que sobreleva em sua atividade de intermediação, importa dizer, na gestão de recursos de terceiros, aproximando aplicadores e tomadores, bem como assistindo aos poupadores no investimento de seus recursos próprios, na busca da melhor rentabilidade do capital.

Nas instituições de previdência privada está de todo ausente este elemento primário e essencial que caracteriza as instituições financeiras.

Longe de serem intermediárias financeiras, elas são, por excelência, usuárias do sistema financeiro, tendo como dever jurídico obter a taxa adequada de renda de seu patrimônio, de modo a garantir o equilíbrio e segurança dos fundos e reservas que servem de lastro aos planos de benefícios que devem prestar a seus associados ou beneficiários.

Ao contrário das instituições financeiras que têm nas operações por elas intermediadas a atividade-fim que se destinam a praticar as instituições de previdência privada, quando contratam tais aplicações (e devem fazê-lo por intermédio de instituições financeiras típicas) tão-somente exercitam uma atividade-meio, que visa a lhes permitir a higidez necessária ao cumprimento de seus deveres e de suas obrigações aos destinatários finais de sua atividade assistencial.

Como assinalado, a norma em exame (art. 29 da Lei nº 8.177/91) expressamente confirma a competência específica do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ao qual incumbe zelar pela “projeção dos interesses dos participantes dos planos de benefício”, como “pelos padrões mínimos de segurança econômico-financeira para preservação da liquidez e da solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e da entidade de previdência privada, em seu conjunto” (art. 3º, nº 1 e II da Lei nº 6.435, de 13 de julho de 1977).

Conforme essa mesma lei especial, as entidades de previdência privada são obrigadas, em garantia de suas obrigações, a constituir reservas técnicas, fundos especiais e provisões, e a gerir de forma hábil a manutenção da finalidade deuses recursos essenciais à funcionalidade do respectivo sistema.

A equiparação, ou assemelhação, que se pretende estabelecer entre figuras díspares, como são as instituições de previdência privada e as instituições financeiras, padece, em suma, de um duplo vício: ignora a natureza intrínseca e especial das atividades de cada uma delas confunde a competência fiscalizadora dos órgãos públicos que quanto a elas devem operar.

Desconhecendo e repudiando as características que as diferenciam, com o propósito de igualar pessoas desiguais, pratica em suma,

abuso de poder, extrapolando da finalidade que marca a competência constitucional, na qual se fundamenta a edição do ato legislativo.

IV

Abuso de poder legislativo

No âmbito de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos gozam, em princípio, da discricionariedade, peculiar à função política de que se revestem.

A doutrina e a jurisprudência trouxeram, contudo, temperamento à noção do poder ilimitado do legislador, ainda que formalmente válido.

O princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária apresenta como limite a finalidade da norma atributiva, tem como origem a atividade administrativa.

O desvio de poder ou desvio da finalidade ingressa entre os vícios de legalidade do ato administrativo, segundo a conhecida teoria do *détournement de pouvoir*, criação original do Conselho de Estado na França, que se difundiu no plano do direito comparado e, entre nós, alcançou até mesmo consagração legislativa (ver, a respeito, nossa tese de livre docência, desvio de poder em matéria administrativa — 1951, incorporada ao nosso livro *Direito Administrativo* — 1975, p. 46 a 132).

A propósito dos chamados testamentos políticos, que caracterizavam términos de governos estaduais, tivemos ocasião de destacar, em comentário à decisão do Supremo Tribunal Federal, à existência de desvio de poder legislativo quando, comprovadamente, a criação de numerosos cargos públicos desatendia ao interesse público.

Dissemos, ao ensejo, que “tal abandono ostensivo ao fim a que se destina a atribuição constitucional (a de criar cargos públicos) configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público” (RDA 59/347-348).

Trouxemos à colação, na oportunidade, julgado do Supremo Tribunal Federal, em que o eminente Relator, Ministro Orosímbo Nonato, repelindo tributação imoderada que importava aniquilamento de atividade privada, proclama que “se ocorrer esse fato, nada impede a aplicação do *détournement de pouvoir*” (*Revista Forense* — 145/168).

Comentando o sentido inovador da jurisprudência do Pretório Excelso, registra Scabra Fagundes, entre as fecundas criações pretorianas, “a extensão da teoria do desvio de poder — originária e essencialmente dirigida aos procedimentos dos órgãos executivos, aos atos do poder legisferante, de maior importância num sistema de Constituição rígida, em que se comete ao Congresso a complementação do pensamento constitucional nos mais variados setores da vida social, econômica e financeira” (*Revista Forense* — 151/549).

A tese de que a noção do desvio de poder pode se atender ao exame de constitucionalidade de atos legislativos foi amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal, em sessão de 31 de agosto de 1967 e mereceu a adesão expressa dos Ministros Prado Kelly e Victor Nunes Leal.

Nessa decisão plenária, o Ministro Victor Nunes Leal, após aderir à posição “de que podemos exercer controle sobre os desvios de poder da própria legislatura”, convocado por interpelação do Ministro Aliomar Balceiro, a declarar “se admitia um desvio de poder do Poder Legislativo fora do caso de inconstitucionalidade”, não vacilou em afirmar categoricamente: “Admito”. (Acórdão no RMS 16912 — RTJ 45/530/545 (especialmente p. 536/537)).

Em questão relativa à permissão para explorar linhas de ônibus, o Supremo Tribunal Federal apreciou a incidência de desvio de poder legislativo, admitindo, em tese, a aplicação do princípio (RTM7/650 e 48/165).

Em tais situações o Supremo Tribunal Federal repeliu, por inconstitucionalidade, a aplicação de sanções administrativas com a finalidade real de constringer o contribuinte à regularidade fiscal.

Decidiu a Corte Suprema que “é inadmissível a interdição de estabelecimento ou a

apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributo” (Súmulas 70 e 323).

E, dilatando o princípio à inconstitucionalidade dos Decretos-leis nº 5 e 42, de 1937 — que restringiam indiretamente a atividade comercial de empresa em débito, impedindo-as de comprar selos ou despachar mercadorias — implicitamente configurou o abuso de poder legislativo (Súmula 547 e acórdão no Recurso Extraordinário nº 63.026 — RDA 101/209).

Em parecer no qual analisamos a inconstitucionalidade de deliberação do Banco Central do Brasil determinante da indisponibilidade de contas bancárias de Estado-membro e suas empresas, enfatizávamos que “importa desvio do Poder Legislativo decreto-lei que se utilize do bloqueio de contas bancárias como meio de cobrança regressiva de aval a empréstimos externos” (RDA, 172/239).

O tema do desvio de poder legislativo foi amplamente estudado, no direito italiano, por Livio Paladin em ensaio sob o título “Osservazioni sulla discrezionalità e sull’ eccesso di potere del legislatore ordinario” (*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano VI, nº 4, outubro-dezembro de 1956, p. 993/1046).

Pondera o autor que “l’illegittimità di ogni fine, diverso, da quello costituzionalmente previsto, consente logicamente di configurare, sul piano legislativo, qual vizio della causa degli atti amministrativi, che è l’eccesso di potere” (a ilegitimidade de todo fim, diverso daquele constitucionalmente previsto, conduz logicamente a configurar-se, no plano legislativo, aquele vício da causa dos atos administrativos, que é o excesso de poder — Rev. cit., p. 1.011).

A figura do desvio de poder legislativo foi pioneiramente, sustentado por Santi Romano, que reconhecendo o poder discricionário do legislador, destaca, porém, o limite que se impõe em face da finalidade da competência legislativa “ma la figura dele potere discrezionale richiede per l’appunto che di esso si faccia uso conforme alle finalità da cui il potere medesimo deriva; si ha altrimenti uno sviamento di potere, che costituísse una violazione di diritto, nel senso piú proprio della paro-

la. Son concetti questi di commune applicazione riguardo alle competenza degli organi amministrativi e non al saprebbe indicare il perchè non possono riferirli, nella loro generalità, al Parlamento. In certi campi della sua funzione legislativa, questo non ha poteri aconfinati, ma poteri discricionari, il che vuol dire limitate, se non altro, dall’ obbligo di farne uso per dati motivi” (mas a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme à finalidade, da qual o próprio poder, deriva; há de outra forma um desvio de poder que constitui uma violação de direito, no sentido próprio da palavra. São conceitos entes da aplicação comum no que se refere à competência dos órgãos administrativos, e não se se saberá indicar por que não parecem se referir, em sua generalidade, ao Parlamento. Em certos campos de sua competência legislativa, este não possui poderes sem fronteiras, mas poderes discricionários, importa dizer, limitados pelo menos da obrigação de fazer uso por motivos determinados) (Santi Romano — Osservazioni preliminari per una teoria sui limite della funzione legislativa nel diritto italiano, publicado no Arquivo dell’ Diritto Pubblico, 1902 e incluído na coletânea *Scritti minori*, vol. 1º, *Diritto Costituzionale*, 1990, p. 199).

V

A finalidade real do prescrito em crime

A Lei nº 8.018, de 11 de abril de 1990, criou títulos de emissão do Tesouro Nacional, destinados como Certificados de Privatização, nominativos e não negociáveis, salvo expressão autorização do Ministério da Economia.

Destinam-se tais títulos, especificamente, a servir como valor de troca na venda de ações de empresas públicas, a serem, por essa forma, privatizadas, em conformidade como o planejamento econômico do Governo.

Nos termos do art. 5º da referida lei, foi atribuída competência ao Conselho Monetário Nacional para regulamentar “os volumes e condições de compra dos Certificados de Privatização *por parte de entidades de previdência privada*, sociedades seguradoras e de ca-

pitalização, *além das instituições financeiras*" (grifos nossos).

A norma em causa, longe de confundi-las no mesmo plano, nitidamente as distingue e reconhece a diferença entre as primeiras entidades a que se refere e as últimas.

O uso das expressões "*além das instituições financeiras*", deixa clara a diversidade de cada grupo, ou seja, está a dizer *a contrario sensu* que se de início referidas *não são instituições financeiras*.

Contudo, sobrevém o art. 29 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991 — objeto deste parecer — para enfaticamente equiparar aquelas primeiras entidades (no caso específico de consulta, as entidades de previdência privada) "*às instituições financeiras e às instituições do sistema, de distribuição do mercado de valores mobiliários*".

Logo ressalta que fossem umas e outras de igual natureza e substância, e a nova lei seria inútil ou supérflua. Somente se equiparam coisas ou pessoas que opor si mesmas não são iguais, ainda que tenham pontos de afinidade ou semelhança.

Não tendo as leis uma destinação meramente especulativa ou acadêmica, constituindo antes formas de regulação e disciplina na ordem social, certamente a superveniência da proclamada equiparação (emitida mediante Medida Provisória, ratificada em lei de conversão) terá endereço certo e determinado.

Qual será, em suma a real finalidade da norma de equiparação?

A cronologia dos fatos permitirá o objetivo diagnóstico do escopo verdadeiro desse último ato legislativo.

Após o advento da Lei nº 8.018/90 — que, como visto, criou os Certificados de Privatização — o Banco Central do Brasil baixou a Resolução nº 1.709, de 14 do maio de 1990, determinando que "*as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, ficaram obrigadas a adquirir Certificados de Privatização, segundo critérios estabelecidos no mesmo ato. Inequívoca, no particular a imperatividade do comando (deverão adquirir).*"

Não tendo *instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central*, obviamente esta-

vam as entidades de previdência privada fora do alcance da aquisição compulsória assim ordenada.

Voltando, porém, a regular as condições de aquisição dos Certificados de Privatização, emitiu o Banco Central do Brasil outro ato normativo — Resolução nº 1.721, de 23 de junho de 1990 — no qual, a par de norma pertinente às entidades sob sua jurisdição (antes objeto da citada Resolução nº 1.709/90), novo preceito ampliativo surge, no art. 2º, determinando que "*as entidades fechadas de previdência privada, instituídas de acordo com os critérios fixados pelo Conselho de Previdência Complementar, deverão adquirir "Certificados de Privatização"*".

Pela via dessa adjunção entre pessoas ontologicamente designada, passou a norma cogente a alcançar ambas as categorias: a das instituições financeiras e a das entidades fechadas de previdência privada, umas a outras coercitivamente sujeitas à tomada dos Certificados de Privatização.

Contudo, se para as instituições financeiras ainda poder-se-á invocar competência para aquela determinação (art. 4º, nº XIV da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional). Inexiste na legislação própria do sistema de previdência privada (Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977) qualquer norma de igual natureza, que possa validar a pretendida aquisição compulsória de títulos públicos.

As entidades de previdência privada têm como dever jurídico essencial, em matéria financeira, zelar pela segurança em seus investimentos de modo a assegurar a rentabilidade mínima imposta pelos cálculos atuariais em razão dos quais se estruturam suas reservas técnicas.

A ação do poder público, que sobre elas incide, tem como objetivo primordial, conforme o ditame do art. 3º da mencionada lei:

I — proteger os interesses dos participantes, dos planos de benefício;

II — determinar padrões mínimos adequados de segurança econômico-financeira "*para preservação da liquidez e solvência dos planos de benefício isoladamente e da entidade de previdência privada, em seu conjunto.*"

O velamento pela manutenção do equilíbrio da economia das entidades de previdência privada é, portanto, de igual modo dever jurídico dos órgãos públicos competentes para a fiscalização e supervisão dessas instituições, visando ao precípua e fundamental interesse dos beneficiários do sistema.

Daí a razão pela qual a mesma lei atribui ao órgão de controle (no caso das entidades fechadas de previdência privada o Ministério do Trabalho e Previdência Social) a fiscalização dos critérios de constituição das reservas técnicas, fundos especiais e provisões de recursos financeiros dessas entidades, visando a garantia das obrigações perante seus beneficiários (art. 40).

Em função desses objetivos é que se vincula a competência do Conselho Monetário Nacional para estabelecer diretrizes sobre aplicações decorrentes da finalidade prevista na disposição acima indicada.

Por via de consequência, a Resolução Bacen nº 1.721/90, em seu art. 2º, padece de duplo vício de legalidade, a de incompetência do Banco Central para regular a matéria e, no mérito, a coerção para compra de títulos — como são os Certificados de Privatização — destituídos de liquidez, e substancialmente danosos em termos de rentabilidade. Importa dizer, em detrimento da segurança das reservas previdenciárias e do equilíbrio econômico-financeiro das entidades, contrariamente à expressa diretriz legal.

Em virtude dessa manifesta ilegalidade do ato administrativo em causa, a consulente (Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada), assim como diversas de suas associadas. Impetraram mandados de segurança postulando a anulação do ato compulsório e lograram obter medidas liminares suspensivas da eficácia da ordem de aquisição forçada dos títulos em questão.

Na fundamentação das liminares de certa forma chegou a se antecipar manifestação de mérito no sentido da evidência de ameaça à estabilidade financeira e ao equilíbrio das reservas técnicas e fundos de garantia que resultaria da pretendida tomada obrigatória de títulos pouco rentáveis e de duvidoso valor.

Este o panorama que se desenha como imediata inspiração da nova lei com que se pretende tanto convalidar a competência do Banco Central para editar normas de aplicação às entidades de previdência privada como especialmente pela equiparação às instituições financeiras a elas estender o regime ordenatório estabelecido pelo sistema financeiro nacional.

Não é nem gratuita nem fortuita essa inesperada equiparação entre entidades dispare e que, como visto, exercem atividades e atendem a interesses que não se aproximam, nem se confundem, nem se assemelham, antes se repelem na essencialidade de seus objetivos e destinações.

À toda evidência, a finalidade real de lei superveniência não é outra senão a de tentar convalidar o ato judicialmente contestado e obstar a defesa de interesses respeitáveis, já em parte amparados pelas medidas liminares, que mereceram, inclusive, o apoio de parecer do Ministério Público Federal, opinando, no *writ* interposto pela consulente, no sentido da concessão da segurança.

Diante da iminência de se consolidar, na jurisprudência, a ilegalidade da orientação coercitiva da tomada dos títulos em referência, a finalidade real do art. 29 da Lei nº 8.177/91 (como do art. 28 da Medida Provisória nº 294/91, que a precede) não é outra senão a de desconstituir o controle judicial de legalidade, convalidando a competência indebitamente exercida pelo Banco Central do Brasil e procurando abonar a imperatividade do ato.

Pretende-se *a posteriori* suprir o vício de incompetência do Bacen e a ilegalidade da ordem quando cuidou de impor às entidades de previdência privada a subscrição forçada de títulos de escassa rentabilidade, com o risco de anular o equilíbrio atuarial das reservas técnicas e dos fundos especiais de manutenção de seus planos de benefício.

Ainda que a norma legal em questão sobrevivesse ao assinalado vício formal de sua edição, a evidência de sua real finalidade, estranha àquela que habilita o poder discricionário do legislador, é suficiente para o diagnóstico de que, na hipótese, está presente a figura de um desvio de poder legislativo.

Não visa a norma, como seria adequado, favorecer à maior segurança e liquidez das aplicações que as instituições de previdência privada têm o dever jurídico de fazer, como valor de equilíbrio patrimonial, segundo diretrizes sadias do adequado a rentável investimento.

O que, em verdade, transparece como motivação do ato legislativo é o escopo de elidir o controle judicial sobre aquela política administrativa impropriamente adotada.

Cuida-se, em última análise, de inidôneos tentativa de legalizar a ilegalidade de modo a que formalmente possa ser invocada a competência do Banco Central do Brasil para determinar as impugnadas operações financeiras.

VI

A inconstitucionalidade Material do Preceito em Exame

As Constituições, como leis maiores que são devem ser interpretadas inteligentemente. É a lição sempre atual de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição, p. 166).

O elemento teleológico que prevalece como critério intrínseco ao processo exegético leva o intérprete a aferir, à luz do texto, a finalidade legítima do comando normativo.

A terminologia legal não é, de outra parte, um mecanismo arbitrário, divorciada do sentido que se contém em expressões técnicas de que se socorre o legislador.

Quando o constituinte toma como referência, na descrição do sistema financeiro nacional, vocabulário próprio da ciência das finanças, a afinidade entre os conceitos que por essa forma se aproximam conduz a que a hermenêutica constitucional necessariamente terá de respeitar a fidelidade ao sentido técnico dos vocábulos que a norma constitucional venha a acolher.

Como acima demonstrado, as instituições financeiras têm como núcleo conceitual da atividade-fim, que as identifica, a prática dominante de intermediação financeira.

Qualquer partícipes de negócios jurídicos de teor financeiro que não se coloquem nesse

pólo de tipicidade não são, nem podem ser, instituições financeiras.

O legislador ordinário não pode ir além da finalidade compatível com a norma constitucional que se dirige a uma caracterização determinada a específica dos agentes de intermediação financeira.

As instituições de previdência privada ingressam no mundo financeiro como aplicadores de recursos próprios, visando à produção de renda indispensável à estabilidade econômico-financeira, a que estão obrigadas.

São, tipicamente, usuários do sistema financeiro, valendo-se das instituições financeiras como veículo de obtenção do resultado a que estão adstritas.

Pretender equipará-las às instituições financeiras — partes integrantes do sistema a que alude o art. 192 da Constituição — é uma violência ao conteúdo da dicção constitucional.

A norma constitucional que regula a estrutura e a dinâmica do sistema financeiro nacional tem como diretriz fundamental promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade (art. 192, *caput*).

A previsão da competência do Banco Central e das demais instituições financeiras públicas, colocada ao lado da disciplina do regime funcional das instituições de previdência (itens II e IV) naquele preceito, deve obrigatoriamente atender à finalidade própria de seu endereço.

O princípio cardeal das operações financeiras das entidades previdenciárias privadas dirige-se e se extrema — como define a lei própria que as regula (Lei nº 6.435, de 15 de junho de 1977) — na máxima garantia de suas aplicações, com vistas à segurança plena das bases atuariais de seus planos financeiros.

De outra parte, como as referidas entidades não se dedicam à intermediação, antes são investidores primários no mercado, a elas falece a qualidade de agentes financeiros, posto que — repita-se — tão-somente são usuários das instituições financeiras, jamais modelos que a estas analogicamente se possam assemelhar.

A ausência de requisito elementar para equiparação desse tipo, destituída de substrato fático, desqualifica, pela motivação discre-

pante, o exercício da competência legislativa, irregularmente usufruída.

Trata-se, no caso, como antes amplamente documentado, de forma abusiva do poder de legislar, configurando-se igualmente e institucionalidade material do preceito pela existência de manifesto desvio de poder legislativo.

VII Síntese final

De todo o exposto, emana o duplo vício de inconstitucionalidade formal e material a contaminar a validade da norma posta em exame.

A inconstitucionalidade formal se evidencia perante norma de lei ordinária que dispõe sobre matéria privativa de lei complementar, como impõe o art. 192 da Carta Magna.

A inconstitucionalidade material se configura sob três aspectos.

Primeiramente, o exame da matéria de fato permite ao intérprete captar a presença de desvio de poder que macula a validade do ato legislativo.

Como demonstrado, os atos legislativos, como os atos de direito público em geral, vinculam-se à observância do fim expresso ou implícito que dirige a ação de autoridade competente.

A causa do ato jurídico terá necessariamente de afeiçoar-se ao interesse público específico que informa a norma de direito.

A presunção de legitimidade do ato cede quando sob a aparência de legalidade, transparece o vício oculto que representa a verdadeira motivação da vontade estatal.

Em segundo lugar, atribuindo às entidades de previdência privada, por via de equiparação, a qualidade de instituições financeiras, a norma em causa desconhece a classificação que a elas atribui a Constituição, firmando o seu caráter complementar ao sistema de previdência social.

Esta definição constitucional emana do preceito contido no § 8º do art. 201, quando regula o impedimento de subscrição ou auxílio do Poder Público as entidades de previdência privada com fins lucrativos.

Fossem essas instituições financeiras e outra seria topograficamente a colocação do dispositivo, em ação inconstitucional adequada à subsistência da norma.

Finalmente, a pretendida equiparação entre instituições que exercem atividades distintas e inconfundíveis viola o princípio da igualdade perante a lei, que, desde o preâmbulo, a Constituição inscreve entre os alicerces do Estado Democrático de Direito conforme a solene proclamação que abre o art. 5º da Declaração fundamental de direitos individuais e coletivos.

O princípio da isonomia tanto obriga a igual tratamento de situações iguais como veda a igualdade entre situações desiguais.

Equiparando pessoas jurídicas de evidente substância e atividades diferenciadas, paradigmas que se repelem pela inconformidade material, o preceito em análise aplica às avessas o princípio da isonomia, quando visa a igualar valores jurídicos desiguais que reclamam, do ângulo da legalidade, soluções adequadas às características próprias de cada modelo.

A norma legal que acolhe falsa equiparação em verdade tem como real finalidade convalidar, na forma e na substância, ato anterior submetido a exame jurisdicional.

É, a todos os títulos, incompatível com a latitude da competência legislativa, sobre a qual opera o controle de constitucionalidade.

Somos, assim, de parecer que o art. 29 da Lei nº 8.177/91 padece de irremediável eiva de inconstitucionalidade, passível de ser declarada pela adequada manifestação jurisdicional.

Rio de Janeiro, 4 de abril de 1991.

Caio Tácito, Professor Titular da UERJ.