

IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MONOPÓLIO DE FATO, DEVER DE CONTRATAR E PROTEÇÃO À ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA

GILBERTO BERCOVICI

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito do Estado e Livre Docente em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CONSULTA

A companhia siderúrgica X, por intermédio de seus advogados, honra-me com a formulação da seguinte consulta para análise e produção de parecer em relação à negativa de renovação de contrato de resseguro por parte de IRB - Brasil Resseguros S.A.:

1) Houve na conduta do ressegurador violação do artigo 37 da Constituição Federal, do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e das demais regras que regulam as sociedades de economia mista? Diante do direito administrativo brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar?

2) Houve na conduta do ressegurador violação da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994? Diante do direito concorrencial brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar?

3) Houve na conduta do ressegurador violação do artigo 219 da Constituição Federal, do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e demais regras que regulam o resseguro no Brasil? Diante do direito constitucional econômico brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar?

4) Existe responsabilidade dos Diretores do ressegurador? E dos membros do Conselho?

PARECER

I. A NATUREZA JURÍDICA DO IRB - BRASIL RESSEGUROS S.A.

Para a adequada compreensão do presente caso é necessário, antes de mais nada, uma breve análise sobre a natureza jurídica do IRB - Brasil Resseguros S.A.

A criação do IRB, sob a denominação de Instituto de Resseguros do Brasil, foi autorizada por meio do Decreto-Lei nº 1.186, de 03 de abril de 1939. Posteriormente, o IRB foi reestruturado pelo Decreto-Lei nº 9.735, de 04 de setembro de 1946, pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e pela Lei nº 9.482, de 13 de agosto de 1997.

O IRB foi criado, no processo de industrialização e internalização dos centros de decisão econômica, para evitar a evasão de divisas para o exterior e fortalecer a economia nacional, com o emprego das reservas acumuladas no país. Sua instituição inaugurou o monopólio estatal do setor de resseguros, antes totalmente desnacionalizado¹. A criação do IRB, vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, concretizou o disposto pioneiramente no artigo 117, *caput* da Constituição de 1934 e, posteriormente, no artigo 145 da Carta de 1937, visando o controle nacional do setor de seguros²:

Art. 117, *caput* da Constituição de 1934: "*A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito*

¹ Cf. Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968, pp. 286-289 e Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros*, Ed. Manuais Técnicos de Seguros, 1980, pp. 89-92. Sobre o monopólio do setor de resseguros exercido pelo IRB, vide Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002, pp. 42-44, 63, 462, 469-472 e 478-481. A defesa da nacionalização das sociedades seguradoras foi feita, em 1936, pelo então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Agamenon Magalhães, que elaborou o anteprojeto de lei que criava o Instituto Federal de Resseguros. Vide Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro*, Rio de Janeiro, Ministério do Trabalho, Indústria e Comercio, 1936, pp. 7-15, 19-21, 23-25, 33-34 e 39-42. Vide, ainda, Barbosa LIMA Sobrinho, *A Nacionalidade da Pessoa Jurídica*, Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1963, pp. 188-201. Para um levantamento histórico da dominação estrangeira no setor de seguros brasileiro do início do século XX, vide Ricardo Cesar Rocha da COSTA, "A Atividade de Seguros nas Primeiras Décadas da República" in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1998, pp. 23-80.

² Vide João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do Instituto de Resseguros do Brasil, 1939-1940*, Rio de Janeiro, IRB, 1941, pp. 20-84; Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros cit.*, pp. 89-110, 128-137 e 138-145; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, São Paulo, Ed. Manuais Técnicos de Seguros, 1996, pp. 319-326; Marly Silva da MOTTA, "A Criação e a Estruturação de uma Instituição-Modelo da Era Vargas: O Instituto de Resseguros do Brasil" in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco cit.*, pp. 84-113 e Carlos Eduardo SARMENTO, "Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963" in Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco cit.*, pp. 134-171.

e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que actualmente operam no país".

Art. 145 da Carta de 1937: "Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no país, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo".

A situação de monopolista do IRB foi mantida com a Constituição de 1946 (artigo 149) e com a redação original da Constituição de 1988 (artigo 192, II):

Art. 149 da Constituição de 1946: "A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos"

Art. 192, II da Constituição de 1988: "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: II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador"

A justificativa de criação do órgão que seria o IRB, em 1936, foi a de que o Instituto deveria preceder à nacionalização das companhias de seguro, sob pena de tornar esta medida tecnicamente inviável e economicamente inócua. Uma das principais preocupações, ao lado do desenvolvimento do setor de seguros/resseguros, era evitar a evasão de divisas para o exterior e a proteção aos capitais segurados em companhias operando no Brasil³.

³ Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Reseguro cit.*, pp. 73-78 e João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do*

O surgimento do IRB vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio é explicado pela preocupação do Governo Vargas em nacionalizar o setor de seguros juntamente com a consolidação da seguridade social⁴. O IRB será deslocado, com a criação do Ministério da Indústria e Comércio, no início da década de 1960, e, finalmente, em 1979, será transferido para o Ministério da Fazenda. A Constituição de 1988, ao inserir os setores de seguro e resseguro no sistema financeiro nacional (artigo 192, em sua redação original), retirou de vez qualquer vínculo do IRB com a seguridade, integrando-o definitivamente no setor financeiro de atuação estatal⁵.

A preocupação do Estado brasileiro com o setor de seguros e seu sustentáculo, o resseguro, não era uma manifestação isolada. No decorrer de todo o século XX, nos mais variados países, ampliaram-se a participação e o controle estatal sobre o setor securitário. Na Alemanha, por exemplo, desde a metade do século XIX debate-se a questão do controle estatal sobre os seguros. A partir de Bismarck, o Estado alemão definiu o seguro social como matéria estatal, subordinada ao regime jurídico administrativo, e manteve o setor privado no regime de concorrência, embora com participação de empresas estatais de seguro e forte regulação e fiscalização estatais⁶.

Instituto de Resseguros do Brasil cit., pp. 16 e 22-34.

⁴ Na composição original do IRB, os institutos federais de previdência social eram detentores de 70% (setenta por cento) das ações e as companhias seguradoras, compulsoriamente, detinham 30% (trinta por cento) das ações (artigos 7º, 8º e 9º do Decreto-Lei nº 1.186/1939). Sobre a composição acionária inicial do IRB, vide João Carlos VITAL, *A Criação e Organização do Instituto de Resseguros do Brasil cit.*, pp. 87-95.

⁵ Sobre esta evolução histórica do IRB, vide Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros cit.*, pp. 110-124 e 273-285; Carlos Eduardo SARMENTO, "Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963" *cit.*, pp. 172-176; Maria Antonieta P. LEOPOLDI, "A Reforma do Sistema de Seguros Privados no Governo Militar (1964-1984)" *in* Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco cit.*, pp. 209-222 e Maria Antonieta P. LEOPOLDI, "Os Anos de Incerteza: Redemocratização, Globalização Financeira e Desregulação do Setor de Seguros Privados (1985-1998)" *in* Verena ALBERTI (coord.), *Entre a Solidariedade e o Risco cit.*, p. 258. Vide, ainda, para uma análise do setor de seguros sob a Constituição de 1988, Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros cit.*, pp. 68-76.

⁶ Vide Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3ª ed, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1931, pp. 539-545; Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1939, pp. 143-144; Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª ed, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, vol. 1, pp. 162-169 e 734-743 e Peter BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung: Ein exemplarischer Leitfaden*, 2ª ed, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, pp. 128-129. Sobre a importância da seguridade social na Alemanha do Segundo Império, especialmente sob Bismarck, cuja política foi denominada de "solução securitária" ("*Versicherungslösung*"), vide Michael STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland: Ein Grundriss*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, pp. 52-74.

Na França, por sua vez, o risco presente no setor de seguros sempre foi utilizado para justificar o controle estatal, que se consolidou em 1946, com a nacionalização de cerca de 60% (sessenta por cento) do setor, cujas reservas foram utilizadas como poupança forçada e forma de obtenção de recursos pelo Estado francês. Foi criado também um órgão estatal ressegurador, a *Caisse Centrale de Réassurances*, visando garantir o bom funcionamento do sistema⁷. Finalmente, na Itália, o setor de seguros foi dominado, desde 1912, pelo INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni), um ente público criado para promover gradualmente a nacionalização do setor. Embora se tenha decidido, posteriormente, pela manutenção da iniciativa privada na área securitária, o INA dotou o Estado italiano de conhecimento técnico-econômico do setor e serviu para manifestar o poder estatal na regulação e controle dos seguros privados. Embora o INA tenha sido privatizado na década de 1990, a atividade securitária na Itália continua a ser fortemente controlada e regulada pelo Estado⁸.

A natureza jurídica do IRB, desde sua criação, é a de uma sociedade de economia mista, seguindo a política posta em prática durante o Estado Novo de abrir espaço para a representação dos interesses dos setores privados da economia. No entanto, houve quem defendesse se tratar o IRB de uma "*societate sui generis*", tendo em vista que não se tratava propriamente de uma sociedade, pois os detentores de seu capital não exerciam os direitos e deveres de sócios⁹.

Com a promulgação da Lei nº 9.482, de 13 de agosto de 1997, que renomeou o IRB para Brasil Resseguros S.A. e dispôs sobre a abertura do seu capital social, foi reafirmada sua natureza jurídica de sociedade de economia mista. Esta lei foi editada no contexto da quebra do monopólio constitucional do

⁷ Bernard CHENOT, *Organisation Économique de l'État*, 2ª ed, Paris, Dalloz, 1965, pp. 433-435.

⁸ Alberto JORIO, *Impresa di Assicurazione e Controllo Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 55-99 e Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, reimpr. da 3ª ed, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 160 e 201-202.

⁹ Marly Silva da MOTTA, "A Criação e a Estruturação de uma Instituição-Modelo da Era Vargas: O Instituto de Resseguros do Brasil" *cit.*, pp. 113-117. Para o debate sobre a natureza jurídica do IRB, vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 377-378; Manoel T. de Carvalho Britto DAVIS, *Tratado das Sociedades de Economia Mista: A Empresa Estatal Brasileira perante o Cenário Jurídico e Econômico*, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1969, vol. 2, pp. 765-770; Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed, São Paulo, RT, 1982, pp. 72-73 e 182-183 e Fábio Konder COMPARATO, "Monopólio Público das Operações de Resseguro" in *Direito Público: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 164-165.

IRB no setor de resseguros, por meio da alteração do artigo 192, II da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996¹⁰, e, posteriormente, com a edição da Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, que passou a permitir a atuação de resseguradores estrangeiros no país, embora mantendo o IRB como ressegurador local (artigo 22).

II. A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA IRB E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O IRB é uma sociedade de economia mista, controlada pela União, vinculada ao Ministério da Fazenda e integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados (artigos 8º, 'c' e 41 do Decreto-Lei nº 73/1966 e artigo 22 da Lei Complementar nº 126/2007). A sua natureza jurídica de sociedade de economia mista gera uma série de implicações jurídicas e parâmetros para sua atuação.

A sociedade de economia mista é, em sua estruturação atual, um fenômeno recente, do final do século XIX e início do século XX, que se intensificou, especialmente na Alemanha, durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)¹¹. A Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, por sua vez, previu expressamente, em seu artigo 156, a possibilidade de socialização, nacionalização ou participação estatal no setor empresarial¹². A

¹⁰ A Emenda Constitucional nº 13/1996 retirou a expressão "órgão oficial ressegurador" do texto constitucional. Vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 307 e Maria Antonieta P. LEOPOLDI, "Os Anos de Incerteza: Redemocratização, Globalização Financeira e Desregulação do Setor de Seguros Privados (1985-1998)" *cit.*, pp. 269-272. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, retirou todos os incisos e parágrafos do artigo 192 e alterou a redação do seu *caput* para: "O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram".

¹¹ Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht cit.*, pp. 526-528. Sobre as "sociedades de guerra" ("*Kriegsgesellschaften*"), criadas na Alemanha entre 1914 e 1918, vide Regina ROTH, *Staat und Wirtschaft im Ersten Weltkrieg: Kriegsgesellschaften als kriegswirtschaftliche Steuerungsinstrumente*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 103-156.

¹² Vide René BRUNET, *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*, Paris, Payot, 1921, pp. 298-318; Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr., 14ª ed, Aalen, Scientia Verlag, 1987, pp. 725-729 e Heinrich Friedlaender, "Artikel 156. Sozialisierung" in Hans Carl NIPPERDEY (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, reimpr., Frankfurt am Main, Verlag Ferdinand Keip, 1975, vol. 3, pp. 322-348. Para o debate em torno da constituição econômica durante o período da República de Weimar (1918-1933), vide Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, pp. 39-50.

visão tradicional, inspirada nos escritos do industrial alemão Walter Rathenau, entendia a sociedade de economia mista ("*gemischtwirtschaftliche Unternehmung*") como uma associação livre de capitais privados e fundos públicos para a exploração de uma atividade econômica, um fenômeno "econômico", que não pertenceria às instituições administrativas¹³. Esta concepção equivocada levou a uma série de debates, como o protagonizado entre nós por Bilac Pinto, sobre a impossibilidade de conciliação dos interesses público (do Estado) e privados (dos demais acionistas privados, que almejam o lucro), que levaria à substituição do modelo de sociedade de economia mista pelo da empresa pública, cujo capital é exclusivamente estatal¹⁴.

Neste debate em torno das sociedades de economia mista, vários autores, como Hedemann, um dos fundadores do direito econômico, entenderam a sociedade de economia mista com uma perspectiva predominantemente privatista, denominando-a de "atividade comercial pública" ("*öffentliche Hand*"). Outros, como Forsthoff, embora ainda mantivessem ressalvas às sociedades de economia mista como entes administrativos, já as compreenderam a partir da influência que o Estado poderia exercer na condução da empresa em virtude de sua posição acionária, vendo nesta participação societária um elemento constitutivo da sociedade de economia mista¹⁵.

A doutrina publicista brasileira contemporânea, com base no artigo 5º, III do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (com a redação alterada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969), define a sociedade de economia mista como uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é

¹³ Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, Paris, Librairie Delagrave, 1933, pp. 82-84; Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 529-530; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 9ª ed, München, Verlag C. H. Beck, 1966, vol. 1, p. 485 e Jean-Yves CHÉROT, *Droit Public Économique*, 2ª ed, Paris, Economica, 2007, pp. 471-472. Para as dificuldades encontradas pela doutrina publicista brasileira com o conceito de empresa estatal, vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 385-406.

¹⁴ Vide o clássico artigo de Bilac PINTO, "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas" in INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLÍTICA, *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1954, pp. 43-57.

¹⁵ Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht cit.*, pp. 146-157 e Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 485-486. Vide, ainda, Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 519-526.

autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Apesar de sua personalidade de direito privado, a sociedade de economia mista, como qualquer empresa estatal, está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública. Estas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da sociedade de economia mista, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. A sua constituição só pode se dar sob a forma de sociedade anônima, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal¹⁶.

Toda sociedade de economia mista está submetida às regras gerais da Administração Pública (artigo 37 da Constituição), ao controle do Congresso Nacional (artigo 49, X, no caso das sociedades de economia mista pertencentes à União) e do Tribunal de Contas da União (artigo 71, II, III e IV da Constituição, também no caso das sociedades de economia mista da esfera federal). Além disto, seu orçamento de investimentos deve estar previsto no orçamento-geral da União (artigo 165, §5º). Estes dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no artigo 173, §1º, II, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário. A natureza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a

¹⁶ Vide, por todos, Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 415-437; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed, São Paulo, LTr, 1994, pp. 273-276; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 175-178; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 111-119 e Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 420-421.

sociedade de economia mista como instrumento de atuação do Estado¹⁷. Neste sentido, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o **acidental** - suas personalidades de direito privado - em **essencial**, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em **acidental**"¹⁸.*

Aqui, portanto, trata-se, da clássica contraposição entre o interesse público e os interesses privados. Preservar e agir de acordo com o interesse público¹⁹ é o dever fundamental da Administração Pública, da qual faz parte a sociedade de economia mista IRB. O interesse público é indisponível por parte da Administração Pública, fundamentando o que Rogério Ehrhardt Soares denomina de "*dever da boa administração*": o administrador público deve atuar e esta atuação deve ocorrer em uma determinada direção, expressa nas

¹⁷ Caio TÁCITO, "Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais" in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. 1, pp. 691-698; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 101-111; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 178-183 e 185-188; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 111-123 e 278-281 e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 416-418 e 421-428. Na doutrina estrangeira, sobre os regimes jurídicos das empresas estatais, em geral, e das sociedades de economia mista, em particular, vide Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht cit.*, vol. 1, pp. 530-532; Bernard CHENOT, *Organisation Économique de l'État cit.*, pp. 312-313; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 478-483; Gérard FARJAT, *Droit Économique*, Paris, PUF, 1971, pp. 189-198, especialmente pp. 195-198; Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia cit.*, pp. 163-166; Jean-Philippe COLSON, *Droit Public Économique*, 3^a ed, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 297-301 e 328-330; Pierre DELVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 672-675 e 706-731 e Peter BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung cit.*, pp. 145-164, especialmente pp. 146-147.

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 179, grifos do autor.

¹⁹ Sobre a supremacia do interesse público, vide Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 58-75 e 85-88 e Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 59-62.

diretrizes e princípios constitucionais²⁰. Ainda nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"Quem exerce 'função administrativa' está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos: vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido"*²¹.

Mesmo os autores que recentemente vêm defendendo a "relativização", ou mesmo o fim, da supremacia do interesse público sobre os interesses privados²², concordam que é dever do Estado e da Administração Pública a proteção aos direitos fundamentais e o respeito à Constituição²³. No Estado Democrático de Direito, como o instituído pela Constituição de 1988, a base do direito administrativo só pode ser o direito constitucional, que estabelece os seus parâmetros: o direito administrativo é o "direito constitucional concretizado"²⁴.

É incorreto aceitar acriticamente conceitos e princípios pré-constitucionais só por estarem consolidados na doutrina administrativista. A Constituição obriga a reformulação, mesmo que parcial, de todas as categorias do direito administrativo. A realização dos programas constitucionais não

²⁰ Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1955, pp. 179-205 e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 62-63.

²¹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 60.

²² Vide, por todos, Peter HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 2ª ed, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2006, especialmente pp. 52-53, 60-70 e 525-552. No Brasil, vide a obra coletiva Daniel SARMENTO (org.), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

²³ Peter HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem cit.*, pp. 351-359; Daniel SARMENTO, "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional", pp. 79-109 e Paulo Ricardo SCHIER, "Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais", pp. 217-242, ambos ensaios publicados na já referida obra coletiva Daniel SARMENTO (org.), *Interesses Públicos versus Interesses Privados cit.*

²⁴ Para esta concepção, vide Fritz WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht" in *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1971, pp. 212-226.

depende dos operadores jurídicos, mas de inúmeros outros fatores, como a Administração Pública, para ser concretizada. Este “protagonismo político” da Administração, como ressalta Paulo Otero, está bem longe da tradição administrativista liberal. Fica patente, portanto, a necessidade de construção de um direito administrativo dinâmico, a serviço da concretização dos direitos fundamentais e da Constituição²⁵.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição). Neste sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública²⁶. A legitimação constitucional, no caso brasileiro, desta iniciativa econômica pública, da qual a sociedade de economia mista IRB é um exemplo, se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação.

A sociedade de economia mista, como o IRB, é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, portanto, dos interesses privados. Embora se apliquem às sociedades de economia mista as disposições da Lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), esta também prescreve no seu artigo 238 que a finalidade da sociedade de economia mista é atender ao interesse público, que motivou sua criação. A sociedade de economia mista está vinculada aos fins da lei que autoriza a sua instituição, que determina o seu objeto social e destina uma parcela do patrimônio público para aquele fim. Não pode, portanto, a sociedade de economia mista, por sua própria vontade,

²⁵ Peter BADURA, *Verwaltungsrecht im liberal und im sozialen Rechtsstaat*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1966, pp. 12-27; Antonio Troncoso REIGADA, “Dogmática Administrativa y Derecho Constitucional: El Caso del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 57, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setembro/dezembro de 1999, pp. 87-98 e Paulo OTERO, “Constituição e Legalidade Administrativa: A Revolução Dogmática do Direito Administrativo” in André Ramos TAVARES, Olavo A. V. Alves FERREIRA & Pedro LENZA (coords.), *Constituição Federal, 15 Anos: Mutação e Evolução – Comentários e Perspectivas*, São Paulo, Método, 2003, pp. 147-151. Vide também Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pp. 93-94 e Dieter GRIMM, “Die Zukunft der Verfassung” in *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, pp. 434-437.

²⁶ Paulo OTERO, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, pp. 122-131 e 199-217. Vide também Jean-Philippe COLSON, *Droit Public Économique cit.*, pp. 99-111 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 178-183.

utilizar o patrimônio público para atender finalidade diversa da prevista em lei²⁷, conforme expressa o artigo 237 da Lei das S.A.

Os objetivos das sociedades de economia mista, como o IRB, não são a obtenção de lucro. Pelo contrário, segundo Fábio Konder Comparato, a legitimidade da ação do Estado como empresário (a chamada iniciativa econômica pública) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da atividade econômica²⁸. Aqui, estamos na esfera dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, como uma rede de proteção securitária/ressecuritária, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas). Nas palavras de Eros Roberto Grau:

"O Estado moderno é o Estado das políticas públicas. Ao desenvolvê-las, por certo não há de visar, o Estado, a produção de lucro, mas a realização justamente daquela linha de maior vantagem de que fala Washington Peluso Albino de Souza, o que supõe máxima eficácia social ponderada desde os valores ideológicos consagrados no plano constitucional. Daí porque sustento que o princípio da economicidade impõe à Administração a busca da máxima eficácia social na implementação das políticas públicas a seu cargo e não a geração de lucro"²⁹.

A finalidade de qualquer ente da Administração é obter um resultado de interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei. Isto quer dizer que a finalidade é condição obrigatória de legalidade de qualquer atuação administrativa, marcada, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela idéia de função. Quem define a finalidade da atuação dos órgãos da Administração Pública é o legislador, não as autoridades administrativas. Na possibilidade de

²⁷ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 417-418.

²⁸ Cf. Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª ed, São Paulo, RT, 1977, pp. 289 e 390-391 e Eros Roberto GRAU, "Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 6, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 273-276.

²⁹ Eros Roberto GRAU, "Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro" *cit.*, p. 276.

se ver infringida, direta ou indiretamente, a finalidade legal, como o atendimento de um fim particular em detrimento do interesse público, ou, na feliz expressão de Caio Tácito, *"a aplicação da competência para fim estranho ao estabelecido em lei"*, estará ocorrendo desvio de finalidade ou desvio de poder³⁰, conforme explicita o artigo 2º, parágrafo único, 'e', da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a "Lei da Ação Popular":

"Art. 2º: São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

Há, no desvio de finalidade, uma incompatibilidade objetiva, ainda que possa ser disfarçada³¹, entre a finalidade legal que deveria ser atendida e a intenção particular de finalidade do ato praticado pela autoridade

³⁰ O excesso de poder (*"détournement de pouvoir"*) é uma criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês no final do século XIX, sendo o desvio de poder (ou desvio de finalidade) uma de suas formas possíveis de manifestação. Hauriou, por exemplo, chega a identificar o desvio de finalidade com a ilegalidade e com a violação da moralidade administrativa. Cf. Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10ª ed, Paris, Sirey, 1921, p. 424. Vide, ainda, Henry BERTHÉLEMY, *Droit Administratif*, 9ª ed, Paris, 1920, pp. 1042-1054; Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht cit.*, pp. 274-277; Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand cit.*, pp. 95-97 e 162-164; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 92-93 e Michel STASSINOPOULOS, *Traicté des Actes Administratifs*, 2ª ed, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 216-218. No direito público brasileiro, a doutrina do desvio de finalidade foi introduzida a partir das considerações de Miguel Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal (que, embora favorável à tese, buscou, corretamente, restringir a possibilidade de análise judicial sobre o mérito e a discricionariedade dos atos administrativos, tentando evitar, assim, que o legislador fosse substituído pelo juiz) e Caio Tácito. Vide Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 71-73; Victor Nunes LEAL, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração" in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 278-294; Caio TÁCITO, "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil" in *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 39 e 52-53; Caio TÁCITO, "O Desvio de Poder em Matéria Administrativa" in *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 74-75, 89-92, 101-103 e 157-158 e Caio TÁCITO, "Teoria e Prática do Desvio de Poder" in *Temas de Direito Público cit.*, vol. 1, pp. 162-168 e 178-180. Para o debate na doutrina brasileira recente, vide Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 53-83; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 377-380 e 923-926; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 194-195, 203, 222 e 225; Régis Fernandes de OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, 3ª ed, São Paulo, RT, 1992, pp. 93-96 e Irene Patrícia NOHARA, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 173-187.

³¹ Miguel Seabra Fagundes fala explicitamente em *"burla da intenção legal"*. Cf. Miguel Seabra FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário cit.*, p. 72.

administrativa. No caso de desvio de finalidade, não haveria sequer a possibilidade, caso se tratasse de ato administrativo, que não é o presente caso, de convalidação, pois o ato seria nulo³². Um dos principais exemplos de desvio de finalidade é, justamente, o desvio alheio a qualquer finalidade pública, com intenção privada de favoritismo ou perseguição por interesses políticos, econômicos ou pessoais³³.

Como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, a criação de uma empresa estatal, como uma sociedade de economia mista, já é um ato de política econômica³⁴. Os objetivos do IRB estão fixados por lei, sintetizando-se no adequado fornecimento da teia ressecuritária para as empresas brasileiras, notadamente as integrantes do parque produtivo nacional. Além do código de conduta do monopolista ou detentor de posição dominante no mercado, que será tratado adiante, o IRB está vinculado ao fortalecimento do mercado de proteção contra riscos, não podendo furtar-se a este objetivo. Deve cumpri-lo, sob pena de desvio de finalidade. Para isto foi criado e é mantido pelo Poder Público, integrando o Sistema Nacional de Seguros Privados. A recusa de contratar analisada é ato notadamente contrário a tais objetivos, caracterizando desvio de finalidade. As finalidades da sociedade de economia mista instituída para servir como núcleo da atividade securitárias/ressecuritária para o setor produtivo nacional foram, no caso trazido à luz pela documentação apresentada, frustradas, com a ocorrência de violação frontal à função prevista na lei para a referida sociedade de economia mista. Neste mesmo sentido, a opinião de Eros Roberto Grau:

"Poderemos nos encontrar diante de três hipóteses: (...); (b) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de competição e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, porque a contratação é

³² Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, vol. 1, pp. 576-586; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 446; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 226-227 e 230 e Weida ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 2ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 76.

³³ Vide, por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional cit.*, pp. 62-64.

³⁴ Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico cit.*, p. 278.

definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese); (c) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, tanto porque a recusa, se o caso, importaria prática de concorrência desleal (limitação imanente ao instituto contratual), quanto porque a contratação é definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese)"³⁵.

O regime instituído por lei às sociedades de economia mista, especialmente até a data em que o IRB foi ressegurador monopolista de direito (25 de março de 2008, como se verá adiante), determina um sentido específico para sua atuação. A recusa sob exame desvia-se desta finalidade, não sendo tal conduta permitida pelo regime brasileiro de direito administrativo e econômico.

III. A ATIVIDADE DE RESSEGURO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA DE RELEVANTE INTERESSE COLETIVO

A idéia de desvio de finalidade (ou de poder) é útil no direito concorrencial para a conceituação do abuso do poder econômico, entendido como desvio de sua função social³⁶, conforme explicitado pelos artigos 170, III, 170, IV e 173, §4º da Constituição. O agente econômico monopolista ou em posição dominante no mercado não tem direito, em virtude de sua posição no mercado, de escolher com quem vai contratar:

"As empresas telefônicas, as de fornecimento de energia elétrica e outras que gozam de um monopólio de fato ou de direito agiriam igualmente in jure se se negarem a contratar com um pretendente, cuja adesão fosse manifestada em conformidade com as condições previstas na policação.

³⁵ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, p. 142.

³⁶ Para uma sucinta introdução à doutrina brasileira recente, vide Sérgio Varella BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, reimpr., São Paulo, RT, 2001, pp. 158-167 e 176-179.

*Não haveria, assim, no caso de tal recusa, simples abuso de direito, mas ato realizado sem direito, porque a empresa peticitante não tem o arbítrio de escolher, racione personae, a sua clientela*³⁷.

Ao consagrar a livre concorrência como princípio da ordem econômica constitucional, o texto de 1988 atribuiu a titularidade da defesa da concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico à coletividade, não às empresas, conforme, inclusive, explicita o artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. A concorrência é um meio, um instrumento de política econômica, não um objetivo da ordem econômica constitucional³⁸.

A Lei nº 8.884/1994, é expressa, em seu artigo 15, ao determinar sua aplicação às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Em princípio, portanto, a Lei nº 8.884/1994 se aplicaria a uma sociedade de economia mista, mesmo exercendo o monopólio legal, como o IRB exerceu sobre o setor de resseguros, constitucionalmente, até o advento da Emenda Constitucional nº 13/1996, e, legalmente, até a edição da Lei Complementar nº 126/2007, do cumprimento do prazo de 120 (cento e vinte dias) fixado pela Resolução CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) nº 168, de 17 de dezembro de 2007, e da edição da Portaria SUSEP nº 2.886, de 25 de março de 2008, que cadastrou o primeiro ressegurador eventual no Brasil que não o IRB³⁹.

A questão, no entanto, não é tão simples assim. A Lei nº 8.884/1994 regula o disposto no artigo 173, §4º da Constituição de 1988: "*A lei reprimirá o*

³⁷ Pedro Baptista MARTINS, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 40. Vide, em sentido próximo, Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Do Abuso de Direito: Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, reimpr., Coimbra, Almedina, 2006, p. 74. Afinal, já escrevia Victor Nunes Leal, que o ato discricionário não é ato arbitrário. O ato arbitrário não tem fundamento algum, portanto, é ilegal. Cf. Victor Nunes LEAL, "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração" *cit.*, pp. 292-294.

³⁸ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 208-214 e Paula A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2ª ed, São Paulo, RT, 2005, pp. 190-199.

³⁹ As diferenças legais entre os resseguradores locais, admitidos e eventuais estão determinadas nos artigos 4º a 7º da Lei Complementar nº 126/2007 e nos artigos 3º a 12 da Resolução CNSP nº 168/2007. O ressegurador local é sediado no país, constituído sob a forma de sociedade anônima e tem por objeto exclusivo a realização de operações de resseguro e retrocessão. O ressegurador admitido é sediado no exterior, mas com escritório de representação no país e o ressegurador eventual também é sediado no exterior e não tem escritório de representação no país. As garantias necessárias para a atuação dos resseguradores admitidos e eventuais também são distintas das do ressegurador local.

abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". A legislação que trata da defesa da concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico se aplica sobre os agentes estatais que atuam no mercado, não sobre agentes estatais que implementam políticas públicas sociais, como é o caso dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado ou por órgão estatal, ou seja, a Lei nº 8.884/1994 se aplica às pessoas jurídicas de direito público ou privado, mesmo que exercendo monopólio legal, que prestem atividade econômica em sentido estrito (artigo 173), e não serviço público (artigo 175)⁴⁰. A prestação de serviços públicos pelo Estado, nos termos dos artigos 170 e 175 da Constituição, é um dever da Administração Pública, dentro da esfera da legalidade, visando a atender da melhor forma possível o interesse público, mesmo que isto comprometa o princípio da livre concorrência (artigo 170, IV), que deve ser considerado em conjunto com os demais princípios estruturantes da ordem econômica constitucional⁴¹.

O mesmo não se dá no caso dos entes vinculados à Administração Pública que prestem atividade econômica em sentido estrito, neste caso, submetidos constitucionalmente em boa parte ao mesmo regime jurídico dos demais agentes econômicos privados, inclusive a submissão às regras concorrenciais, conforme estabelecido no artigo 173, §4º da Constituição e no artigo 15 da Lei nº 8.884/1994⁴². A questão, portanto, da aplicação da Lei nº 8.884/1994 aos atos praticados pelo IRB está vinculada à natureza da atividade de resseguro prestada pelo referido órgão, se é serviço público (o que exclui a

⁴⁰ Sobre a clássica distinção da atividade econômica em sentido amplo em atividade econômica em sentido estrito e serviço público, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 101-111.

⁴¹ Cf. Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 166 e 210-212.

⁴² Neste sentido, vide Eros Roberto GRAU & Paula FORGIONI, "Loterias: Serviços Públicos. Livre Iniciativa/Livre Concorrência e Imposição de Restrições à Atividade dos Lotéricos" in *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 150-153. Vide também Herbert HOVENKAMP, *Antitrust*, 3ª ed, St. Paul, West Group, 1999, pp. 269-273 e Calixto SALOMÃO Filho, *Direito Concorrencial: As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 46 e 199-217. Este entendimento, inclusive, é o da Suprema Corte dos Estados Unidos desde 1943, no célebre caso *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), decidido em 04 de janeiro de 1943, ao afirmar que: "*The U.S. Supreme Court held that the Sherman Act's antitrust laws did not apply to state actions*". Esta interpretação foi mantida no caso *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* 499 U.S. 365 (1991), decidido em 01 de abril de 1991, em que a Suprema Corte entendeu que o *Sherman Act* não se aplica em virtude de restrições à concorrência para a realização de políticas públicas: "*the Court held that the Parker immunity applied directly to local governments if the restriction of competition was authorized to implement state policy*".

aplicação da Lei nº 8.884/1994) ou atividade econômica em sentido estrito (o que autoriza a incidência da Lei nº 8.884/1994)⁴³.

É necessário, portanto, entender os motivos pelos quais a atividade econômica *lato sensu* prestada pelo IRB deve ser considerada como uma atividade econômica em sentido estrito (artigo 173, *caput* da Constituição), e não um serviço público (artigo 175 da Constituição). Por isto, é de crucial importância compreender os pressupostos teóricos que se encontram por trás das várias concepções de serviço público da doutrina brasileira, cuja grande influência, assim como nos debates italiano, espanhol ou português, é de matriz francesa⁴⁴.

Nesta análise, pela sua importância teórica, destacam-se os franceses Léon Duguit e Maurice Hauriou, cujas teorias são, sem sombra de dúvida, as mais presentes na nossa doutrina. Estes autores, no entanto, não só necessitam ser entendidos no contexto histórico em que desenvolveram sua obra, mas também é necessário que se problematize, tendo em vista o atual debate sobre os serviços públicos, a adequação destas teorias à nossa realidade, levando em conta a especificidade da formação histórico-social do Estado brasileiro. Duguit e Hauriou representam alternativas ao pensamento liberal dominante nos meios publicistas franceses e contrapõem-se à incorporação dos conceitos alemães (como o de Estado de Direito –

⁴³ Sobre a influência da atividade prestada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) no regime jurídico das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), vide Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 183-184; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 140-146 e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 412-414. Na doutrina estrangeira, vide, por exemplo, Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand cit.*, pp. 198-209 e Jean-Philippe COLSON, *Droit Public Économique cit.*, pp. 330-332.

⁴⁴ O debate alemão sobre serviço público gira em torno da concepção de *Daseinsvorsorge*, desenvolvida originariamente por Ernst Forsthoff durante o nazismo e, posteriormente, adaptada à democracia da Lei Fundamental. Vide Ernst FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart/Berlin, W. Kohlhammer Verlag, 1938, pp. 1-15 (capítulo 1, cujo título, emblemático, afirma ser a prestação de *Daseinsvorsorge* a tarefa da Administração Pública moderna - "*Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung*"); Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 340-345; Bernardo SORDI, *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione Pubblica e Teoria Giuridica nel Primo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 274-309. Para o debate atual na Alemanha, vide Reiner SCHMIDT, "Der Liberalisierung der *Daseinsvorsorge*", *Der Staat*, vol. 42, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 225-247 e Michael RONELLENFITSCH, "Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff - Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht" in Willi BLÜMEL (org.), *Ernst Forsthoff: Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags von Prof. Dr. h. c. Ernst Forsthoff*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 67-114.

Rechtsstaat, em choque com o *État Légal* francês) à Teoria do Estado francesa, tarefa então realizada especialmente por Carré de Malberg⁴⁵.

Léon Duguit combate, em suas obras, a visão tradicional do Estado soberano, criticando a concepção do Poder Público como uma vontade subjetiva dos governantes sobre os governados. Para Duguit, o Estado não é um soberano que comanda, mas uma força capaz de criar e gerar serviços públicos, formando um sistema realista com base na solidariedade social, objetivamente imposto a todos os cidadãos. O ponto central é a sua defesa do fim da idéia de dominação (*Herrschaft, puissance publique*) na Teoria do Estado, substituindo a soberania pelo serviço público como noção fundamental do direito público. A doutrina de Duguit é teleológica, o Estado se legitima por seus fins. Para Duguit, os governantes monopolizam a força para organizar e controlar o funcionamento dos serviços públicos. Serviço público:

*“c’est tout activité dont l’accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale, et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être réalisée complètement que par l’intervention de la force gouvernante”*⁴⁶.

O Estado, para Duguit, não é o soberano, mas o garantidor da interdependência e solidariedade sociais. Os serviços públicos não podem ser interrompidos, sua continuidade é essencial e é uma obrigação imposta aos governantes pelo fato de serem governantes, constituindo o fundamento e o limite de seu poder. Segundo Duguit, o poder público é um dever, uma função, não um direito dos governantes. Duguit propõe, assim, um regime político fundado na solidariedade social, em que os governantes têm deveres e

⁴⁵ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l’État*, reimpr., Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, vol. 1, pp. 231-243, 255-256 e, especialmente, 488-494. Sobre o debate publicista francês do final do século XIX e início do século XX, travado entre os adeptos das concepções de *État Légal* e de *État de Droit*, vide Marie-Joëlle REDOR, *De l’État Légal à l’État de Droit: L’Évolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française, 1879-1914*, Paris, Economica/Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1992 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 259-272.

⁴⁶ Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed, Paris, E. de Boccard, 1928, vol. 2, p. 61.

obrigações de agir, o que implica na intervenção estatal nos domínios econômico e social. A solidariedade social, concretizada por meio dos serviços públicos, é, na sua visão, a forma mais adequada de legitimidade do Estado⁴⁷.

Embora também critique a visão subjetiva preponderante da dominação estatal, ao entender o Estado como uma instituição objetiva, Maurice Hauriou vai se diferenciar das concepções de Duguit tanto quanto da doutrina tradicional. Hauriou entende o Estado como uma instituição que repousa sobre equilíbrios móveis na sociedade, uma unidade na pluralidade, descrevendo o poder como o resultado da correlação de forças dentro do processo social⁴⁸. A articulação entre o poder público e o serviço público dá-se pelo fato de todo serviço público pressupor a utilização dos procedimentos do poder público. Utilização esta, no entanto, limitada pela referência ao próprio serviço público, ou seja, à sua missão social. Esta ligação que Hauriou desenvolve entre poder público e serviço público o distingue de Duguit: o poder do Estado detém sua legitimidade na medida em que está a serviço do interesse social, mas o Estado só pode estar a serviço do interesse social porque é dotado de poder⁴⁹.

Para o estudo do debate clássico francês em torno da concepção de serviço público resta, ainda, mencionar o discípulo de Duguit, Gaston Jèze. Jèze entende o serviço público como elemento fundamental e definidor do direito administrativo, cujo objeto seria formular as regras para o bom funcionamento dos serviços públicos⁵⁰. No entanto, Jèze diverge do sociologismo de Duguit, preferindo adotar a metodologia essencialmente jurídica. Para ele, serviço público está necessariamente ligado a um regime

⁴⁷ Léon DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 1999, pp. 33-72; Léon DUGUIT, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 3ª ed, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs, 1918, pp. 29-30, 67-68 e 71-84; Léon DUGUIT, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2000, pp. 124-152; Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel cit.*, vol. 1 (1927), pp. 541-551, 603-631, 649-654 e 670-680 e vol. 2 (1928), pp. 59-107 e 118-142. Para a importância da noção de serviço público na Teoria do Estado de Duguit, vide o indispensável estudo de Evelyne PISIER-KOUCHNER, *Le Service Public dans la Théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J, 1972.

⁴⁸ O estudo clássico do institucionalismo de Hauriou é Maurice HAURIOU, "La Théorie de l'Institution et de la Fondation (Essai de Vitalisme Social)" in *Aux Sources du Droit: Le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, edição fac-similar, Caen, Centre de Philosophie Politique et Juridique/Université de Caen, 1990, pp. 89-128.

⁴⁹ Maurice HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public cit.*, pp. 21-33.

⁵⁰ Gaston JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3ª ed, Paris, Marcel Giard Libraire-Éditeur, 1925, vol. 1, pp. 1-2.

jurídico especial, cuja base é a supremacia do interesse geral (público) sobre o interesse particular (privado). Ao buscar a instrumentalização do exercício do serviço público pelo direito público administrativo, Jèze acaba abandonando o sentido material de serviço público de Duguit, limitando-se a uma concepção jurídico-formal. Nesta perspectiva, Gaston Jèze define serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime jurídico peculiar⁵¹.

A concepção de serviço público dominante na maior parte da doutrina brasileira é a concepção formal, inspirada em Jèze. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, entende a concepção material de serviço público como “extrajurídica”. Para ele, é impossível uma definição não formal de serviço público:

*“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais–, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”*⁵².

Há dois elementos essenciais em sua concepção de serviço público: o substrato material, a prestação de “utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados”, e o elemento formal, que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é o que caracteriza efetivamente o serviço público. Só é serviço público a prestação submetida ao regime de direito público, isto é, ao regime administrativo⁵³.

A concepção formal de serviço público também é a adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Na sua definição, serviço público é entendido “como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça

⁵¹ Gaston JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif cit.*, 3ª ed, 1930, vol. 2, pp. 1-23.

⁵² Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 634.

⁵³ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 633-639. Vide também Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, RT, 1968, pp. 167-171 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed, São Paulo, RT, 1987, pp. 18-27.

*diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*⁵⁴. O elemento material (“satisfazer concretamente às necessidades coletivas”) é, novamente, colocado em segundo plano diante do elemento formal, o regime jurídico e a atribuição do serviço ao Estado por lei, que, para Di Pietro, caracteriza efetivamente o serviço público⁵⁵.

A concepção material de serviço público, na atualidade, é defendida, entre outros, por Eros Roberto Grau. Partindo da sua classificação do serviço público como espécie da atividade econômica em sentido amplo, que compete preferencialmente ao setor público, este autor defende a noção de serviço público como atividade indispensável à consecução da coesão e interdependência sociais. Ao prestar serviço público, o Estado, ou quem atue em seu nome, está acatando ao interesse social. A inspiração da concepção material de serviço público de Eros Grau é proveniente, além de Duguit, da conceituação do administrativista gaúcho Ruy Cirne Lima⁵⁶. Também fundado em Duguit, Cirne Lima entende o serviço público como

*“todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”*⁵⁷.

A concepção material de serviço público, assim, é construída sobre as idéias de coesão e interdependência sociais, justificando a necessidade da prestação estatal, direta ou indireta, do serviço público. Para os adeptos da concepção material, os serviços públicos podem estar previstos explícita ou implicitamente no texto constitucional, destacando como elemento fundamental para a caracterização de um serviço público a importância daquela atividade econômica, em dado momento histórico, para a coesão e interdependência sociais⁵⁸.

⁵⁴ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, p. 90.

⁵⁵ Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 86-92.

⁵⁶ Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo cit.*, pp. 81-85.

⁵⁷ Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo cit.*, p. 82.

⁵⁸ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 123-140 e Eros Roberto GRAU, “Constituição e Serviço Público” in Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São

Já a atividade econômica em sentido estrito (artigo 173, *caput* da Constituição) só pode ser prestada diretamente pelo Estado em casos de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. A atividade econômica em sentido estrito é prestada, preferencialmente, pelos agentes econômicos privados, em regime de mercado. O Estado pode prestar atividade econômica em sentido estrito apenas nas hipóteses elencadas no *caput* do artigo 173, concorrendo com os demais agentes econômicos privados ou monopolizando a atividade⁵⁹.

A atividade de resseguro, prestada pelo IRB, inclusive como monopolista legal, é uma atividade econômica em sentido estrito, não um serviço público. O monopólio legal do IRB justificava-se, com base no próprio artigo 173 da Constituição, em relevante interesse coletivo. Ao contrário da definição material de serviço público, a atividade de resseguro não é atividade indispensável à consecução da "coesão e interdependência sociais" (muito embora seja essencial para o desenvolvimento econômico e industrial brasileiro, como se verá adiante), justificando a necessidade da prestação estatal, direta ou indireta. A atividade de resseguro não seria também serviço público para os que adotam a concepção formal de serviço público, inspirada em Gaston Jèze (só é serviço público a prestação submetida ao regime de direito público, ao regime administrativo). A Constituição não definia o resseguro, em sua redação original, anterior à Emenda nº 13/2006, como serviço público, assim como não o fazem o Decreto-Lei nº 73/1966 e a Lei Complementar nº 126/2007. A atividade de resseguro é, no entanto, de fundamental importância para o processo econômico, ou seja, trata-se de uma atividade econômica de relevante interesse coletivo.

Paulo, Malheiros, 2001, pp. 249-267.

⁵⁹ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 128-129, 277-278 e 281-285. Eros Grau destaca que, nos casos de imperativos de segurança nacional, apenas a União poderá prestar a atividade econômica em sentido estrito e sob o regime de monopólio (conforme os artigos 21, III, 22, XXVIII e 91 da Constituição, que definem a segurança nacional como competência exclusiva da União). Já nos casos de relevante interesse coletivo, como o direito econômico é matéria de competência concorrente entre a União e os demais entes da Federação (artigo 24, I da Constituição), qualquer esfera de governo poderá atuar, desde que autorizada por lei, nos termos do artigo 173 da Constituição. Vide, ainda, Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 189.

O mercado de seguros é exercido por grandes empresas⁶⁰, que garantem sua operacionalidade, ao administrarem fundos comuns ou de poupança coletiva, formados pelas contribuições (prêmios) de cada um dos segurados. Esta administração tem por finalidade garantir, no decorrer de uma determinada duração temporal, geralmente longa, os interesses legítimos dos segurados, que estão expostos a determinados riscos. A solvência e a capacidade operacional das empresas seguradoras exigem a autorização e o controle estatal sobre a atividade, visando preservar os interesses dos segurados⁶¹.

O resseguro é um mecanismo de dissolução de risco das seguradoras, essencial para a viabilidade de um mercado segurador no país, e, conseqüentemente, de todo o setor produtivo, pois ajuda a conferir estabilidade técnica e financeira às empresas de seguro. O risco do resseguro recai sobre o da atividade da seguradora, mas influencia a formação do contrato de seguro no caso dos seguros empresariais, de grande vulto financeiro⁶².

Deste modo, a importância do antigo monopólio legal do IRB e do controle estatal sobre a política de seguros privados justificava-se (e, em certa medida, ainda se justifica) para garantir o interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro, fortalecer as relações econômicas do mercado e para promover a expansão e integração do mercado de seguros no processo econômico e social do país, evitar a evasão de divisas, preservar a liquidez e solvência das seguradoras e coordenar a política de seguros com as

⁶⁰ No setor de seguros, a própria noção de empresarialidade é essencial para a realização do contrato, conforme explicita o parágrafo único do artigo 757 do novo Código Civil: "Art. 757 - Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada".

⁶¹ Vide, neste sentido, Cesare VIVANTE, *Del Contratto di Assicurazione*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, pp. 11-13 e Ernesto TZIRULNIK; Flávio de Queiroz B. CAVALCANTI & Ayrton PIMENTEL, *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed, São Paulo, RT, 2003, pp. 39-40. Vide, ainda, Tullio ASCARELLI, "O Conceito Unitário do Contrato de Seguro" in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, pp. 311-316 e 364-366; Fábio Konder COMPARATO, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, São Paulo, RT, 1968, pp. 24-26 e 159-161 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 119-127.

⁶² Fábio Konder COMPARATO, *O Seguro de Crédito cit.*, pp. 105-106; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros cit.*, pp. 303-310; Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 88-91 e 235 e Ernesto TZIRULNIK; Flávio de Queiroz B. CAVALCANTI & Ayrton PIMENTEL, *O Contrato de Seguro de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro cit.*, pp. 42-43. Vide também Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro cit.*, pp. 45-47.

políticas de investimentos, monetária, creditícia e fiscal do Governo Federal (artigos 2º, 4º e 5º do Decreto-Lei nº 73/1966, ainda em vigor).

Trata-se, portanto, de atividade econômica em sentido estrito, visando a consecução de objetivos de política econômica do Estado brasileiro⁶³, além da preservação do mercado e das relações econômicas no Brasil. O Estado brasileiro atua no setor de seguros e de resseguros com base na preservação de relevante interesse coletivo (artigo 173, *caput* da Constituição), sendo tal caracterização repleta de efeitos para a questão analisada, pois o relevante interesse coletivo deve ser perseguido e protegido pelos dirigentes da sociedade de economia mista constituída para tal fim. Agir de maneira a burlar os fins da atividade ressecuritária estatal, prioritariamente a instrumentalização de garantias do setor produtivo do país, é agir em descompasso com o ordenamento jurídico brasileiro.

Como a atividade de resseguro é uma atividade econômica de relevante interesse coletivo, tem-se que a Lei nº 8.884/1994 se aplica às condutas do IRB que violem as regras concorrenciais, mesmo tendo sido o IRB monopolista por força de lei, por se tratar da prestação de uma atividade econômica em sentido estrito (o resseguro), e não de um serviço público. Tal atividade econômica em sentido estrito, conforme destacado anteriormente, é de relevante interesse coletivo, possuindo a função de implementar uma política pública específica. Se, por um lado, não é serviço público, de outro, está adstrita a deveres e condutas explícitos e específicos, que tornam o regime de direito administrativo e de direito concorrencial fundamentos rigorosos de sua implantação. E, justamente, uma das tarefas do direito econômico é a de controlar o comportamento dos poderes econômicos⁶⁴.

IV. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE POR PARTE DO IRB

Esclarecida a necessária incidência da Lei nº 8.884/1994 sobre eventuais atos do IRB, como prestador da atividade econômica de resseguro, resta analisar se estes atos praticados (a recusa de contratar), teriam violado a legislação concorrencial brasileira.

⁶³ A política de seguros é competência exclusiva da União, conforme prescrevem os artigos 21, VIII e 22, VII da Constituição de 1988. Sobre os objetivos da política nacional de seguros privados, vide Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 469-472.

⁶⁴ Cf. Gérard FARJAT, *Por un Droit Économique*, Paris, PUF, 2004, pp. 180-199.

Fundada no artigo 173, §4º da Constituição de 1988, a Lei nº 8.884/1994 estabelece um verdadeiro código de conduta para os agentes econômicos monopolistas ou detentores de posição dominante, especialmente no disposto em seus artigos 20 e 21.

Prescreve o artigo 20, *caput* da Lei nº 8.884/1994:

Art. 20: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante."

A incidência do artigo 20 resolve-se pela (i) identificação do mercado relevante; (ii) posição do IRB dentro desse mercado e (iii) caracterização das condutas do IRB.

O mercado relevante é o mercado de garantia securitária/ressecuritária brasileiro. Os três requisitos para essa caracterização são a procura, a oferta e a delimitação geográfica. Em relação à procura, a garantia securitária/ressecuritária é insubstituível por qualquer outra. É uma garantia única, funcional e estruturalmente. O setor produtivo nacional não pode se proteger contra os infortúnios geradores de sinistros que o atinjam por outro meio que não seja a proteção securitária/ressecuritária. As garantias reais ou garantias creditícias, bem como financiamentos, privados ou públicos, não cumprem essa função específica. Prova inequívoca desta impossibilidade de substituição é a instituição, por lei, da obrigatoriedade de contratação de seguro contra riscos de incêndio (artigo 20, 'h' do Decreto-Lei nº 73/1966 e artigo 18 do Decreto nº 61.867, de 07 de dezembro de 1967, medida introduzida no ordenamento brasileiro ainda pelo artigo 36 do Decreto-Lei nº 1.189/1939, que criou o IRB), obrigação esta que necessita também de aval do ressegurador, função exercida de forma monopolista pelo IRB até 25 de março de 2008.

A proteção securitária/ressecuritária também é delimitada pelo lado da oferta, submetendo o IRB a três situações, diferenciadas no tempo: monopolista de direito, monopolista de fato e detentor de posição dominante por presunção legal. Até a edição da Portaria SUSEP nº 2.886, de 25 de março de 2008, que cadastrou o primeiro ressegurador eventual no Brasil que não o IRB, este ainda era o monopolista legal de resseguro no Brasil, mesmo com todas as alterações advindas posteriormente à Emenda Constitucional nº 13/1996.

A portaria é um ato administrativo. São características do ato administrativo, apesar das divergências doutrinárias, o fato de ser uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes, como uma autarquia, por exemplo, a SUSEP), estar sujeito a regime jurídico administrativo, ser sempre passível de controle judicial e produzir efeitos jurídicos imediatos⁶⁵. A Portaria SUSEP nº 2.886, de 25 de março de 2008, é um ato administrativo individual, ou seja, produz efeitos no caso concreto, e é um ato administrativo constitutivo, pois a Administração está criando, modificando ou extinguindo um direito ou uma situação do administrado⁶⁶.

Trata-se, no caso analisado, de um "cadastro", que tem a função de "autorização". A autorização, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é um ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de uma atividade material ou a prática de um ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. O fundamento da autorização é o poder de polícia do Estado e está condicionada à compatibilidade com o interesse público. A autorização pode ser revogada a

⁶⁵ Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht cit.*, pp. 246-247; Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand cit.*, pp. 117-119; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 188-199; Michel STASSINOPOULOS, *Traicté des Actes Administratifs cit.*, p. 37; Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo, RT, 1973, pp. 42-48; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 358-360; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 180-181; Weida ZANCANER, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos cit.*, pp. 24-26; Régis Fernandes de OLIVEIRA, *Ato Administrativo cit.*, pp. 60-61 e Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Teoria do Ato Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 30.

⁶⁶ Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, p. 203; Michel STASSINOPOULOS, *Traicté des Actes Administratifs cit.*, pp. 86-89; Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 396 e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 208 e 210. Sobre a definição de "portaria" como a forma de que se reveste o ato administrativo emanado de uma autoridade que não seja o Chefe do Executivo, vide Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 410 e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 216-217.

qualquer momento quando deixa de ser compatível com a preservação do interesse público⁶⁷. A portaria, assim, tem efeitos jurídicos vinculantes de constituição de direitos imediatamente após sua entrada em vigor⁶⁸. Portanto, apenas a edição desta portaria, no dia 25 de março de 2008, encerrou o período de monopólio legal do IRB no Brasil, iniciado em 1939.

O tipo de proteção oferecida durante décadas pelo IRB para companhias seguradoras que compõem a garantia, funcional e estruturalmente, necessária à siderúrgica consulente, é aquela oferecida pelos resseguradores locais, categoria na qual o IRB foi transformado a partir de 2007, constituindo-se no único ressegurador local até a edição da Portaria SUSEP nº 2.939, de 23 de maio de 2008, que concedeu autorização para o primeiro ressegurador local no Brasil que não o IRB. As operações dos resseguradores locais, hoje em dia, são ainda monopolizadas, de fato, pelo IRB. A própria Lei Complementar nº 126/2007, em seu artigo 11, dispõe que a contratação de resseguro deverá ser realizada ou ofertada, preferencialmente, aos resseguradores locais, ou seja, com sede no país, na porcentagem de 60% (sessenta por cento) nos três primeiros anos após a entrada em vigor da lei, e de 40% (quarenta por cento), decorridos três anos da entrada em vigor da lei complementar. Isto significa que até 15 de janeiro de 2010, 60% (sessenta por cento) das operações de resseguro no Brasil devem ser realizadas ou ofertadas preferencialmente aos resseguradores locais, como o IRB, e que, a partir de 15 de janeiro de 2007, há uma "reserva de mercado" legal de 40% (quarenta por cento) do resseguro no país para, preferencialmente, contratação com os resseguradores locais, setor dominado pelo IRB.

O IRB, por força do disposto no artigo 22 da Lei Complementar nº 126/2007, continua a exercer, sem solução de continuidade, a função de ressegurador local, correndo para si os longos anos acumulados como único

⁶⁷ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 210-212. Vide também Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo cit.*, vol. 1, pp. 493-494 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, p. 409.

⁶⁸ Sobre a força vinculante dos atos administrativos, vide o clássico texto, publicado em 1907, de Otto MAYER, "Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen" in *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, vol. 1, pp. 78-126. Vide também Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand cit.*, pp. 119 e 124-125; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 244-251; Michel STASSINOPOULOS, *Traicté des Actes Administratifs cit.*, pp. 68-70 e 232 e Antônio Carlos Cintra do AMARAL, *Teoria do Ato Administrativo cit.*, pp. 23-27.

explorador da atividade de resseguro no país. E o resseguro é essencial para as atividades empresariais, pois sem ele não há cobertura securitária adequada. A emissão de títulos no exterior (como os *eurobonds*), a possibilidade de obtenção de financiamentos e linhas de crédito, no país e no exterior, bem como a própria valorização das ações das empresas em bolsa de valores exige a disponibilidade da proteção securitária adequada e, conseqüentemente, do resseguro. Em suma, sem resseguro, não é possível a apropriada proteção securitária, inviabilizando-se a atividade empresarial. O resseguro é, portanto, um bem essencial e a situação de dependência⁶⁹ do empresariado nacional em relação ao IRB para a obtenção deste bem essencial, cuja falta praticamente impede a realização de qualquer atividade empresarial, é clara, mormente antes de 25 de março de 2008, quando ainda era monopolista de direito.

Nas situações em que se caracteriza o abuso de posição dominante, o poder no mercado é um pressuposto, e não uma conseqüência dos comportamentos dos agentes econômicos. Não bastasse isto, além da óbvia constatação de que o monopolista legal (até 25 de março de 2008) no mercado de resseguros no país exerce posição dominante, deve-se ressaltar que a posição dominante também é presumida pela Lei nº 8.884/1994, no seu artigo 20, § 3º:

Artigo 20: "§2º: Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º: A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia".

Ou seja, presume-se que exerce posição dominante quem controla, ao menos, 20% (vinte por cento) do mercado relevante. Está fora de qualquer

⁶⁹ Sobre a dependência econômica, denominada pela doutrina francesa de "*abus de dépendance économique*", vide Gérard FARJAT, *Por un Droit Économique cit.*, pp. 128-130.

dúvida o exercício de posição dominante por parte do IRB no mercado de resseguros brasileiro, mesmo depois da quebra de seu monopólio de direito, posição esta reforçada pelo artigo 11 da Lei Complementar nº 126/2007, com sua "reserva de mercado" para os resseguradores locais.

Ainda que nos termos da Lei Complementar nº 126/2007 haja sido permitida a entrada no mercado de outros resseguradores, este fato deve ser analisado com muito cuidado, para que não ocorram interpretações equivocadas que, açodadamente, tentem caracterizar o mercado de resseguros como algo que ele não é. Em virtude de barreiras legal/operacionais (condensadas nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 126/2007) e barreiras atuarial-cognitivas (determinadas pela natureza da atividade ressecuritária, que é conhecer adequadamente os riscos para poder aceitá-los), o IRB exercerá monopólio de fato, ou no mínimo, a posição dominante no mercado ressecuritário brasileiro ainda por anos. Além disto, os novos resseguradores, ao contrário do IRB, não precisam atuar em todos os ramos. A atividade siderúrgica, por exemplo, tem um mercado próprio de resseguradores, do qual não participam várias empresas, como o primeiro ressegurador eventual cadastrado no país, por meio da Portaria SUSEP nº 2.886, de 25 de março de 2008, cuja filial brasileira, inclusive, se tornou a primeira resseguradora local autorizada no Brasil, conforme determina a Portaria SUSEP nº 2.939, de 23 de maio de 2008. O IRB, assim, continua detentor de um bem essencial sem o qual a atividade empresarial no país não pode se desenvolver da maneira adequada. A prova disto é o volume de negócios ainda irrisório dos demais resseguradores locais, eventuais e admitidos, autorizados a atuar somente a partir de 25 de março de 2008, em comparação com o IRB.

Estas três posições do IRB (monopolista de direito, monopolista de fato e detentor de posição dominante por presunção legal), em relação à delimitação territorial, definem o Brasil como espaço geográfico.

Delimitado o mercado relevante pela procura, pela oferta e pelo âmbito geográfico, pode-se passar à análise das condutas do IRB. A Constituição de 1988 aponta como ilícito concorrencial estruturante do sistema concorrencial o abuso de poder econômico (artigo 173, § 4º). A Lei nº 8.884/1994 determina

diversos deveres e padrões de comportamento para o detentor de posição dominante, articulados a partir dos seus artigos 20 e 21, que compõem o que a doutrina classifica como abuso de posição dominante.

Conforme determina o artigo 20, IV da Lei nº 8.884/1994, a prática do IRB enquadra-se no código de conduta pelo tão só fato de **conter a possibilidade de produção dos efeitos** elencados pelo legislador. Dessa maneira, basta, para fins de imputação legal, a mera possibilidade lógica, minimamente amparada por dados empíricos, para que o ordenamento proteja o adquirente do poder do monopolista ou detentor de posição dominante no mercado. Além disso, a outra possibilidade de incidência do artigo dá-se pela via temática: os atos devem ter por objeto situações como as narradas pela consulente. Como se verá agora em detalhe, quer pela via da possibilidade de existência dos efeitos ou pela via temática, a conduta do ressegurador estatal está vedada pela Lei de Defesa da Concorrência brasileira.

De acordo com o artigo 21, V da Lei nº 8.884/1994, o ressegurador não pode criar dificuldades para o funcionamento da empresa adquirente de seguro/resseguro⁷⁰, como fez o IRB. Ao (i) não permitir a renovação da operação ressecuritária ou (ii) ao propor nova formatação contratual totalmente estranha às décadas do negócio sempre encetado, (iii) conturbando os prazos contratuais e (iv) expondo de maneira acentuada a consulente junto (iva) aos detentores dos "eurobonds", (ivb) aos investidores no mercado de capitais ou (ivc) outros financiadores privados e (ivd) públicos, (v) obrigando a propositura de medida extrema, como a ida ao Poder Judiciário, (va) na qual foi obrigado a rever seus atos por via de tutela antecipada (vb) geradora de severa multa diária, nomeadamente o IRB incide em comportamento proibido pela Lei nº 8.884/1994, pois gerou, e continuará gerando até cessar sua conduta abusiva, dificuldades no funcionamento e desenvolvimento das atividades econômicas da adquirente do resseguro que instrumentaliza o seguro da consulente.

Da mesma forma, segundo o artigo 21, XII da Lei nº 8.884/1994, o ressegurador não pode discriminar adquirente de seguro/resseguro, propondo

⁷⁰ Artigo 21: "As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços".

fixação diferenciada de condições operacionais⁷¹, como fez o IRB. Ao alterar as condições do negócio da maneira que o fez, desnaturando as expectativas e práticas realizadas ao longo de décadas, sem que haja qualquer possibilidade de opção por parte do adquirente do serviço, sabidamente o ressegurador monopolista incorre em conduta sancionável.

O artigo 21, XIII da Lei nº 8.884/1994⁷² inclui a recusa de contratar dentre os atos ilícitos concorrenciais. Não se trata de uma limitação qualquer à liberdade contratual, mas do rompimento injustificado de relações contratuais estabelecidas há muito tempo e por agente detentor de um bem essencial para a realização da atividade econômica de outro ator econômico⁷³.

Neste caso, portanto, é interessante considerar a concepção de "bem essencial" ("*essential facility*"), formulado a partir da experiência norte-americana de serviços em rede, como telecomunicações ou transportes ferroviários, por exemplo, em que há, no mínimo, dois pressupostos: o da situação de dependência de um agente econômico em relação a outro para o acesso a determinados bens cuja utilização é essencial em sua atividade e o da impossibilidade de superação desta dependência, havendo, portanto, a necessidade de imposição de fornecimento destes bens. Há obrigação de fornecimento destes bens essenciais por parte das empresas monopolistas para que não se inviabilizem as atividades dos demais agentes econômicos⁷⁴. A abrangência dos bens e serviços integrados no conceito de "bem essencial" é ampla⁷⁵, como nota adequadamente a doutrina nacional:

"Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de

⁷¹ Artigo 21, XII: "*discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços*".

⁷² Artigo 21, XIII: "*recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais*".

⁷³ Herbert HOVENKAMP, *Antitrust cit.*, pp. 190-204 e Calixto SALOMÃO Filho, *Direito Concorrencial: As Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 233-246. Vide, ainda, Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 141-142.

⁷⁴ Herbert HOVENKAMP, *Antitrust cit.*, p. 115; Giuliano AMATO, *Il Potere e l'Antitrust: Il Dilemma della Democrazia Liberale nella Storia del Mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 72-73; Calixto SALOMÃO Filho, *Direito Concorrencial: As Condutas cit.*, pp. 111-118 e Gérard FARJAT, *Por un Droit Économique cit.*, p. 138.

⁷⁵ A doutrina das "*essential facilities*" foi incorporada, no direito brasileiro, por exemplo, nos setores de telecomunicações e energia elétrica, como pode-se perceber pelos artigos 152 e 155 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), pelo artigo 15 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, e pelo artigo 9º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

*dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma **essential facility***⁷⁶.

A essencialidade do resseguro nas atividades empresariais é patente. Sua importância é tamanha que, até 1996, era monopólio constitucional do IRB, permanecendo como monopólio legal até 25 de março de 2008.

O ressegurador também não pode, conforme o disposto no o artigo 21, XIV da Lei nº 8.884/1994⁷⁷, dificultar ou interromper a prestação ressecutária, notadamente de prazo indeterminado, em razão da recusa da consulente segurada em submeter-se à desnaturação proposta por ele, que alteraria por completo o padrão vigorante durante mais de meio século.

As condutas infratoras do IRB levam à conclusão de que, perante a legislação concorrencial brasileira, o IRB tem o dever de contratar a operação que propicie o resseguro e ampare a garantia securitária necessária para a atividade empresarial da consulente. O dever de contratar é denominado pela doutrina de "contrato coativo". Trata-se de uma definição do Estado que torna compulsória o próprio exercício da atividade econômica. E, neste sentido, todo agente econômico monopolista ou tendente a sê-lo tem o dever de contratar, especialmente quando se trata de um bem essencial para a realização da atividade econômica de outros agentes econômicos⁷⁸, como é o caso do resseguro para a atividade industrial no país.

V. A ORDEM PÚBLICA ECONÔMICA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MERCADO INTERNO

O direito econômico busca, entre outras tarefas, disciplinar juridicamente a atividade econômica, voltando-se, essencialmente, para a preservação do mercado. Como relembra Eros Grau, o direito do modo de produção capitalista é racional e formal, caracterizando-se pela universalidade abstrata das formas jurídicas e pela igualdade formal perante a lei, refletindo a universalidade da troca mercantil e buscando garantir a previsão e a calculabilidade de

⁷⁶ Calixto SALOMÃO Filho, *Direito Concorrencial: As Condutas cit.*, p. 113, destaque do autor.

⁷⁷ Artigo 21, XIV: "*dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais*".

⁷⁸ Vide especialmente Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 98-101.

comportamentos. O direito é também uma condição de possibilidade do sistema capitalista, não é um elemento externo.

Não por acaso, Geraldo de Camargo Vidigal denomina o direito econômico como "direito da organização dos mercados". Apesar desta perspectiva ser limitada, por ater-se apenas às relações entre os agentes econômicos privados, ela demonstra a preocupação da doutrina do direito econômico em compreender o mercado também como uma instituição jurídica, portanto, artificialmente criada e historicamente situada, não apenas econômica. As pretensões de calculabilidade e previsibilidade de comportamentos do mercado só ganham dimensão completa quando se compreende o mercado não como uma "ordem espontânea", natural, embora o discurso liberal sustente essa visão, mas como uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros⁷⁹.

No setor de seguros/resseguros há, como apontado, uma ampla atuação intervencionista do Estado, pois trata-se de uma atividade econômica que funciona na base da confiança e com a movimentação de grandes somas de recursos financeiros. O controle e a fiscalização do Estado são, neste caso, essenciais, seja para garantia das reservas financeiras manipuladas pelas empresas seguradoras, seja para tornar efetiva a garantia ao segurado, ou seja pelo "simples" fato de que os recursos manejados pelo setor securitário e ressecuritário são provenientes de poupança pública.

O IRB foi criado em 1939 justamente para evitar a evasão de divisas para o exterior, garantir um maior equilíbrio no balanço de pagamentos e fortalecer a economia nacional, reduzindo a dependência de recursos externos e elevando o potencial nacional de retenção de recursos e de poupança

⁷⁹ Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1977, pp. 45-60; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico cit.*, pp. 19-22, 32-33 e 38-39; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 29-39; António José Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70 e Eros Roberto GRAU, "O Direito do Modo de Produção Capitalista e a Teoria da Regulação" in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 118-126. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed, Coimbra, Centelha, 1978, pp. 67-131. Para o debate em torno da natureza jurídica do mercado, vide Natalino IRTI, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, 4ª ed, Roma/Bari, Laterza, 2001 e Marthe TORRE-SCHAUB, *Essai sur la Construction Juridique de la Catégorie de Marché*, Paris, L.G.D.J., 2002.

interna. A função do IRB foi estratégica e há, ainda, a necessidade de que permaneça na esfera estatal, mesmo sem ser mais monopolista legal⁸⁰.

A importância do setor securitário/ressecuritário torna-se evidente quando se analisa a política brasileira de industrialização, instituída a partir de 1930. O processo de industrialização por substituição de importações procurou industrializar aceleradamente a América Latina, em condições bem distintas das ocorridas nos países desenvolvidos, como resposta às restrições do comércio exterior iniciadas com a crise de 1929. O fundamento desta política é a concepção centro-periferia da CEPAL (Comisión Económica para América Latina). Para que os países periféricos pudessem adquirir um ritmo de crescimento da produção e da renda maior que o dos países centrais, tentando superar o subdesenvolvimento, seria necessário que se industrializassem. Esta industrialização seria característica das fases de “desenvolvimento para dentro” (*desarrollo hacia adentro*), devendo ser orientada por meio de uma política deliberada de desenvolvimento. O planejamento e o Estado desempenham um papel preponderante na industrialização por substituição de importações, bem como a proteção alfandegária do mercado interno.

Este tipo de industrialização não busca, como pode parecer, eliminar todas as importações, substituindo produtos importados por produtos nacionais. Nem é seu objetivo diminuir a quantidade global de importações, pois, conforme a industrialização substitutiva avança, aumenta a demanda por outros tipos de importações (equipamentos, maquinário, etc). A industrialização por substituição de importações é um processo de desenvolvimento interno que se manifesta com a ampliação e diversificação da capacidade produtiva industrial⁸¹.

⁸⁰ Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 285 e 289; Pedro ALVIM, *Política Brasileira de Seguros cit.*, pp. 232-236; Pedro ALVIM, *Política Nacional de Seguros cit.*, pp. 327-343 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 461-465.

⁸¹ Raúl PREBISCH, “El Desarrollo Económico de la América Latina y Algunos de sus Principales Problemas” in Adolfo GURRIERI (org.), *La Obra de Prebisch en la CEPAL*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, vol. 1, pp. 143-154; Maria da Conceição TAVARES, “Auge e Declínio do Processo de Substituição de Importações no Brasil” in *Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro - Ensaio sobre a Economia Brasileira*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Zahar, 1973, pp. 33-35 e 38-41 e Octavio RODRÍGUEZ, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL*, 8ª ed, México, Siglo Veintiuno Ed, 1993, pp. 39-40, 64-69 e 165-168. Vide também António José Avelãs NUNES, *Industrialização e Desenvolvimento: A Economia Política do “Modelo Brasileiro de Desenvolvimento”*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 280-350.

A industrialização brasileira significou a criação de um mercado nacional articulado⁸². A partir da crise de 1929, as barreiras ao comércio internacional deslocaram o centro dinâmico da economia brasileira do setor exportador para o mercado interno. Esta política teve apoio deliberado do Estado nacional para promover a integração do mercado nacional e beneficiar o processo de industrialização⁸³. A expansão da industrialização tornou-se o setor dinâmico da economia nacional, mas é uma expansão restringida. Ainda não havia condições técnicas e financeiras para que se implantasse o núcleo fundamental da indústria de bens de produção, o que vai ser obtido com a atuação decisiva do Estado, nas décadas de 1940 e 1950. Só a partir da implementação do Plano de Metas (1956-1961), o processo de industrialização brasileira vai superar a fase restringida e passar à fase de industrialização pesada⁸⁴.

No Brasil, durante o período do nacional-desenvolvimentismo (1930-1964), uma das preocupações centrais do Estado foi a de transformar o potencial investidor do setor segurador em investimentos na infra-estrutura do país. Na década de 1950, por exemplo, houve um aumento no recolhimento das reservas técnicas das empresas seguradoras para direcionar estes recursos aos fundos do BNDE (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico). O controle estatal sobre o setor securitário está voltado, assim, mais propriamente à gestão dos recursos financeiros do país. O Estado busca dirigir os recursos financeiros do setor securitário para sustentar suas próprias iniciativas, dispondo de uma ampla margem de manobra para determinar a destinação das reservas. Trata-se, portanto, de um meio poderoso de

⁸² Celso FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, 24ª ed, São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1991, pp. 236-237 e Octavio IANNI, *Estado e Capitalismo*, 2ª ed, São Paulo, Brasiliense, 1989, pp. 67-68.

⁸³ Sobre a crise de 1929 e a política de recuperação econômica por meio da defesa do setor cafeeiro, levada a cabo a partir da Revolução de 1930, vide a análise clássica de Celso FURTADO in *Formação Econômica do Brasil cit.*, capítulo XXXI, pp. 186-194.

⁸⁴ Carlos LESSA, *Quinze Anos de Política Econômica*, 4ª ed, São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 86-89 e João Manuel Cardoso de MELLO, *O Capitalismo Tardio*, 8ª ed, São Paulo, Brasiliense, 1991, pp. 109-122. Sobre o declínio do modelo de industrialização por substituição de importações até então bem-sucedido, vide especialmente Maria da Conceição TAVARES, "Auge e Declínio do Processo de Substituição de Importações no Brasil" *cit.*, pp. 115-124. Para uma análise do papel central que a siderurgia teve no processo de industrialização brasileiro, desde a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, autorizada pelo Decreto-Lei nº 3.002, de 30 de janeiro de 1941, vide John D. WIRTH, *A Política do Desenvolvimento na Era de Vargas*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1973, pp. 66-109 e Francisco Magalhães GOMES, *História da Siderurgia no Brasil*, Belo Horizonte/São Paulo, Itatiaia/EDUSP, 1983, PP. 201-285.

intervenção direta na orientação do emprego de recursos financeiros para finalidades de interesse público e de defesa da economia nacional⁸⁵.

O papel estratégico do IRB para a economia nacional está também vinculado à proteção do mercado interno, constitucionalmente consagrada no artigo 219 da Constituição de 1988. Ao integrar o mercado interno ao patrimônio nacional, este artigo deve ser compreendido como um corolário da soberania econômica nacional (artigo 170, I da Constituição)⁸⁶. O significado deste dispositivo é justamente a endogeneização do desenvolvimento tecnológico e a internalização dos centros de decisão econômicos, seguindo o programa de superação do subdesenvolvimento proposto por Celso Furtado e pela CEPAL e incorporados no texto constitucional de 1988⁸⁷. Afinal, desde as concepções da CEPAL, entende-se o Estado, através do planejamento, como o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado. As reformas estruturais são o aspecto essencial da política econômica dos países subdesenvolvidos, condição prévia e necessária da política de desenvolvimento. Coordenando as decisões pelo planejamento, o Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa para modificar as estruturas sócio-econômicas, bem como distribuir e descentralizar a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população⁸⁸.

⁸⁵ Alberto JORIO, *Impresa di Assicurazione e Controllo Pubblico cit.*, pp. 97 e 126-130 e Carlos Eduardo SARMENTO, "Nacionalização e Expansão: O Mercado Segurador Brasileiro entre 1939 e 1963" *cit.*, pp. 187-203.

⁸⁶ Para uma análise sobre o princípio constitucional da soberania econômica e sobre a incorporação do mercado interno ao patrimônio nacional, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 225-231, 254-255 e 273.

⁸⁷ Sobre a incorporação do ideário nacional-desenvolvimentista (e keynesiano) no texto da Constituição de 1988, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 35-44, 54-67, 291-302 e 312-315; Gilberto BERCOVICI, "Estado, Soberania e Projeto Nacional de Desenvolvimento: Breves Indagações sobre a Constituição de 1988", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, janeiro/junho de 2003, pp. 559-569 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 45-68.

⁸⁸ Vide Adolfo GURRIERI, "Vigencia del Estado Planificador en la Crisis Actual", *Revista de la CEPAL* nº 31, Santiago, CEPAL, abril de 1987, pp. 201-217 e Celso FURTADO, *Brasil: A*

A abertura do setor securitário/ressecuritário ao capital estrangeiro e à maior participação da iniciativa privada não significa que o papel do IRB tenha diminuído de importância. Pelo contrário, a sua função de garantidor das operações securitárias, por meio do resseguro, bem como o seu papel na contenção e controle da evasão de divisas para o exterior são instrumentos fundamentais de que o Estado brasileiro não pode abrir mão, sob pena de comprometer todo o esforço histórico de décadas de construção e desenvolvimento de um parque industrial eficiente e autônomo no país.

Deste modo, no momento em que o IRB nega, de forma abusiva e ilegal, a contratação do resseguro que ampara a consulente, está violando o artigo 219 da Constituição, pois pode impedir, com sua recusa, a atuação de um grupo empresarial central na vida econômica do país. Além disto, o IRB, com esta prática, acaba facilitando o processo de desnacionalização de nossa economia, de evasão de divisas e de aumento da vulnerabilidade externa do sistema financeiro nacional, mais sujeito às crises e instabilidades dos fluxos financeiros internacionais.

Ao violar o artigo 219 da Constituição, a conduta do IRB vai de encontro com a ordem pública econômica brasileira. A ordem pública econômica, na clássica definição de Farjat, é uma noção funcional, que compreende o conjunto de medidas estatais que visam a organização e a manutenção das estruturas econômicas⁸⁹. No caso brasileiro, segundo o disposto na Constituição de 1988, a ordem pública econômica tem como objetivo permitir a atuação estatal e dos agentes econômicos privados no processo de desenvolvimento econômico. Para tanto, a atuação do setor privado e do setor estatal devem convergir e trabalhar em conjunto, visando a consecução do objetivo constitucional de superação do subdesenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição de 1988), no sentido de rompimento com a

Construção Interrompida, 2ª ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, pp. 11-13, 24-35, 38, 40-48, 51-52, 61-64 e 74-75.

⁸⁹ Vide Gérard FARJAT, *Droit Économique cit.*, pp. 41-49; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico cit.*, pp. 42-43; Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 61-64; Hubert CHARLES, "Peut-On Parler d'une Conception Républicaine du Droit Économique Français?" in *Philosophie du Droit et Droit Économique: Quel Dialogue? - Mélanges en l'Honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, pp. 113-114; M. M. SALAH, "Les Transformations de l'Ordre Public Économique vers un Ordre Public Régulateur?" in *Philosophie du Droit et Droit Économique: Quel Dialogue? cit.*, pp. 262-266 e Paulo Luiz de Toledo PIZA, *Contrato de Resseguro cit.*, pp. 458-461 e 464-468.

situação de dominação externa e interna em que se encontra o país, a partir da transformação das estruturas sócio-econômicas que possibilitem a integração democrática de toda a população no processo de desenvolvimento e internalizem os centros de decisão econômica.

A prática do IRB configura clara violação ao artigo 219 da Constituição de 1988 e à ordem pública econômica, com a violação do interesse público de caráter econômico protegido constitucionalmente. A proteção ao mercado interno e à ordem pública econômica são, assim, essenciais, sendo absolutamente necessária a atuação do Estado por todos os meios disponíveis para garanti-los. Neste sentido, é inadmissível a atuação de um órgão estatal, uma sociedade de economia mista que deveria preservar o interesse público, no sentido de violar esta proteção constitucional, ao se recusar, sem qualquer fundamento legal, a garantir o resseguro que permite a proteção securitária da consulente.

VI. RELAÇÕES JURÍDICAS EXISTENTES ENTRE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA IRB E AS EMPRESAS SEGURADORAS

As relações jurídicas, seguindo a clássica exposição de Giuseppe Lumia, se caracterizam pela alteridade, bilateralidade e reciprocidade. A alteridade denota a intersubjetividade do direito, ou seja, a existência de vários sujeitos que estabelecem relações entre si que devem ser reguladas. Estas relações dão origem a poderes e deveres correlatos, em que há uma igualdade formal entre os sujeitos (reciprocidade e bilateralidade)⁹⁰. Essencial na análise das relações jurídicas é a situação jurídica subjetiva, ou seja, a posição que todo sujeito ocupa no contexto da relação jurídica⁹¹. Em termos gerais, pode-se dizer que existem as situações jurídicas que impõem obrigações e as que atribuem poderes, mas há, na realidade, uma série de relações recíprocas de poderes e deveres que geram as mais variadas formas de situações jurídicas complexas, cuja estrutura elementar, com oito modalidades essenciais, foi esquematizada pelo norte-americano Wesley N. Hohfeld, em 1913⁹².

⁹⁰ Giuseppe LUMIA, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 99-101.

⁹¹ Giuseppe LUMIA, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito cit.*, pp. 104-105.

⁹² Para Hohfeld, as relações jurídicas poderiam ser sintetizadas nas seguintes expressões: *right*, *no-right*, *privilege*, *duty*, *power*, *disability*, *immunity*, *liability* (faculdade, não-faculdade, liberdade, dever, potestade, impotência, imunidade e sujeição). Cf. Wesley Newcomb HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23,

Para os autores tradicionais, a relação jurídica pode regular uma relação fática pré-existente ou pode ser criada, por meio da norma jurídica que a regula⁹³. De modo distinto, para as correntes positivistas, a relação jurídica não é uma relação real entre os homens, mas tratam-se de ações ou omissões de seres humanos enquanto traduzidas e reguladas por normas jurídicas⁹⁴.

Originárias do debate no direito civil, as relações jurídicas também se tornaram objeto de preocupação do direito administrativo, especialmente no que a doutrina administrativista denomina de "relações de poder gerais" ("*Allgemeine Gewaltverhältnis*"), ou seja, as relações jurídicas existentes entre os cidadãos e a Administração Pública, que implicam em direitos (como os "direitos públicos subjetivos" da doutrina tradicional) e deveres⁹⁵.

A distinção entre dever, obrigação e ônus torna-se, portanto, essencial. A concepção de obrigação pressupõe a de dever, ou seja, de algo cujo cumprimento é compulsório por ser definido como tal pela ordem jurídica para a tutela de determinados interesses, sob pena de sanção. Dever, assim, transcende a idéia de obrigação, que é uma modalidade específica de dever jurídico. Seja em sentido amplo (elemento passivo de qualquer relação jurídica), seja em sentido estrito (vínculo em razão do qual um sujeito deve a outro o cumprimento de uma prestação), a obrigação, como espécie de dever, exige que o devedor atenda a interesse alheio, do credor, cujo descumprimento é juridicamente sancionado. Dever e obrigação são distintos, por sua vez, de

1913-1914, pp. 28-59. Vide também Giuseppe LUMIA, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito cit.*, pp. 105-107. Para a crítica da concepção de Hohfeld, que, segundo Alf Ross, permite em sua classificação que todas as modalidades possam ser reduzidas a "dever", uma terminologia ambígua e ideologicamente carregada, vide Alf ROSS, *Direito e Justiça*, Bauru, EDIPRO, 2003, pp. 190-201.

⁹³ Para a visão do direito privado, em muitos aspectos, dominante na maior parte da dogmática jurídica até hoje, vide Manuel A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1983, vol. I, pp. 2-27 e Karl LARENZ & Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed, München, Verlag C. H. Beck, 2004, pp. 225-229. Sobre a crítica deste modelo, vide Orlando de CARVALHO, *Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil I: A Teoria Geral da Relação Jurídica - Seu Sentido e Limites*, 2ª ed, Coimbra, Centelha, 1981, pp. 43-48, 61-73 e 90-98.

⁹⁴ Cf. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, reimpr. da 2ª ed, Wien, Verlag der Österreichische Staatsdruckerei, 1992, pp. 167-172 e Roberto José VERNENGO, *Curso de Teoria General del Derecho*, 2ª ed, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 242-244. Ainda para o debate sobre a concepção de relação jurídica, vide Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Ein Lehrbuch*, 2ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1986, pp. 372-381.

⁹⁵ Sobre as relações jurídicas administrativas, vide, por todos, Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo cit.*, pp. 51-60 e Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht cit.*, pp. 367-397, especialmente pp. 381-387 e 391-394.

ônus, que consiste na vinculação imposta à vontade do sujeito em virtude de seu próprio interesse, não do interesse de terceiros. O texto legal que estabelece o ônus não implica na adoção necessária de determinada conduta ao sujeito, isto é, não impõe nenhum dever de conduta. O seu não cumprimento não acarreta sanção jurídica, mas desvantagem ou prejuízo econômico⁹⁶.

Como ente da Administração Indireta, o IRB exerce função administrativa, ou seja, o seu poder não é exercido por interesse próprio ou exclusivamente próprio, como se fosse uma empresa privada, mas por interesse público. A sociedade de economia mista, como empresa estatal, tem por finalidade o exercício de uma função pública, ou seja, tem o dever de realizar o interesse público, não o seu. A sociedade de economia mista não pode atuar de acordo com a autonomia da vontade, buscando atingir interesses e objetivos em proveito próprio. Não há autonomia da vontade para entes que exercem função pública, pois estão submetidos aos objetivos determinados previamente na Constituição e nas leis, possuindo o dever de preservar o interesse público, não o interesse exclusivo da entidade estatal ou os interesses privados de seus dirigentes. Por este motivo, é criada, mantida e obtém poderes e recursos por meio do ordenamento jurídico. O seu poder é atribuído, por lei, para a realização dos seus deveres, de suas finalidades, também legalmente fixados. Na concepção que é utilizada pela melhor doutrina publicista brasileira, o ente público é dotado de "dever-poder", pois é um instrumento que deve cumprir a finalidade para a qual foi instituído⁹⁷

Deste modo, a sociedade de economia mista, como órgão estatal, que tem finalidades definidas por lei, não tem faculdades no sistema jurídico brasileiro. Como, pelo ordenamento brasileiro, não pode haver empresa sem seguro, o resseguro é essencial para o exercício da atividade econômica no

⁹⁶ Karl LARENZ & Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts cit.*, pp. 233-235; Giuseppe LUMIA, *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito cit.*, pp. 113-114 e Eros Roberto GRAU, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, RT, 1988, pp. 114-122. Vide também Manuel A. Domingues de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica cit.*, vol. I, pp. 16-18. Esta distinção, inclusive, encontra-se consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no RE nº 387047/SC (Relator: Ministro Eros Grau), julgado em 06 de março de 2008 (DJ de 02-05-2008).

⁹⁷ Ruy Cirne LIMA, *Princípios de Direito Administrativo cit.*, pp. 20-22 e 51-52; Eros Roberto GRAU, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas cit.*, pp. 107-108, 179-180, 183 e 186 e Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 60-61 e 86-88.

país. O IRB é uma sociedade de economia mista, portanto, existe para desenvolver determinada política pública, definida por lei. No caso, a política nacional de seguros privados. Neste sentido, o IRB tem que favorecer o desenvolvimento do setor securitário nacional e proteger o mercado interno, garantindo as operações de resseguro das empresas sediadas no país. No caso das pequenas e médias empresas, por exemplo, cuja capacidade de conseguir proteção securitária/ressecuritária no exterior é limitada, o IRB está vinculado, ainda, à proteção constitucional explícita a estas modalidades empresariais, conforme prescreve o artigo 170, IX da Constituição, que assegura o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

O monopólio, seja criado por lei, seja de fato, consiste sempre em uma situação de poder, o que, no caso de um monopólio exercido por órgão estatal, como uma sociedade de economia mista, apenas reforça sua situação de "dever-poder". O IRB, como sociedade de economia mista, não tem opção em garantir ou não a operação de resseguro, mas tem o "dever-poder" de garantir estas operações. Quem tem faculdade no sistema são as seguradoras privadas que, após a quebra do monopólio legal do IRB, podem realizar suas operações de resseguro com o IRB ou com outros resseguradores devidamente cadastrados.

Antes da vigência da Lei Complementar nº 126/2007, o IRB era obrigado a realizar as operações de resseguro (artigos 44, I, 'b' e 58 do Decreto-Lei nº 73/1966), com a ressalva disposta no artigo 44, I, letras 'd' e 'h' do mesmo decreto-lei: a conveniência dos interesses nacionais. Neste caso, o IRB poderia se recusar a contratar a operação de resseguro, que deveria ser realizada no exterior. No entanto, mesmo assim, o IRB detinha o monopólio da intermediação de contratação de seguro no exterior (artigo 81 do Decreto-Lei nº 73/1966), ou seja, o IRB continuava a exercer um papel central em todo o processo. Atualmente, há possibilidade de recusa por parte do ressegurador local, "observados seus procedimentos e critérios operacionais", devendo as operações de resseguro, neste caso, ser realizadas no exterior (artigo 6º, §1º da Resolução CNSP nº 164, de 17 de julho de 2007).

A questão trazida por esta Resolução é se o IRB pode recusar a contratação de resseguro, "observados seus procedimentos e critérios operacionais", como se fosse uma empresa privada. O IRB é uma sociedade de economia mista, portanto, instrumento da política econômica estatal, não podendo atuar como uma simples empresa privada, que almeja apenas o lucro, sob pena de não ter mais nenhuma função no sistema securitário/ressecuritário brasileiro.

Talvez a situação esteja hoje retornando à proposta inicial de Agamenon Magalhães, feita no anteprojeto de 1936, em que este afirmava que o proposto Instituto Federal de Resseguros não exerceria o monopólio da atividade securitária/ressecuritária, mas o controle nacional do setor, visando o desenvolvimento da atividade de seguro e resseguro com a colaboração do Estado e, assim, impedir também evasão de divisas para o exterior. As empresas seguradoras nacionais, inclusive, seriam subscritoras do capital e colaboradoras na direção do Instituto. O Estado seria o regulador do resseguro, enfatizando Agamenon Magalhães, em sua exposição de motivos, que a centralização das operações de resseguro não significaria o monopólio estatal da atividade de seguro⁹⁸:

*"Não se trata, pois, de socialização, mas de um systema de cooperação e defesa das iniciativas nacionaes do seguro"*⁹⁹.

Nesta situação de fim do monopólio legal, do mesmo modo que o Banco Central do Brasil é o garantidor de última instância do sistema bancário, o IRB continua a ser o ressegurador de última instância do sistema securitário/ressecuritário do país. A Lei Complementar nº 126/2007, ao manter o IRB como sociedade de economia mista, não alterou este seu estatuto. O IRB, assim, mantém o "dever-poder" de oferecer proteção ressecuritária.

A contratação direta de proteção securitária/ressecuritária no exterior, que poderia ser uma possibilidade diante da recusa do IRB, é juridicamente inviável. A própria regulação do Conselho Nacional de Seguros Privados impede que a consulente opte por esta alternativa. O artigo 6º da Resolução

⁹⁸ Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro cit.*, pp. 27-38 e 47.

⁹⁹ Agamenon MAGALHÃES, *O Anteprojecto de Nacionalização das Sociedades de Seguros e o Instituto Federal de Resseguro cit.*, p. 30.

CNSP nº 165, de 17 de julho de 2007, estabelece os requisitos para a contratação de seguro no exterior:

Artigo 6º: "A contratação de seguro no exterior por pessoas naturais residentes no País ou por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional é restrita às seguintes situações: I - cobertura de riscos para os quais não exista a oferta de seguro no País, desde que sua contratação não represente infração à legislação vigente; II - cobertura de riscos no exterior em que o segurado seja pessoa natural residente no País, para o qual a vigência do seguro contratado se restrinja, exclusivamente, ao período em que o segurado se encontrar no exterior; III - seguros que sejam objeto de acordos internacionais referendados pelo Congresso Nacional; e IV - seguros que, pela legislação em vigor, na data da publicação da Lei Complementar nº 126, de 2007, tiverem sido contratados no exterior. §1º A caracterização da situação prevista no inciso I deste artigo dar-se-á pelas negativas ou ressalvas para a cobertura do seguro obtidas mediante consultas efetuadas a, no mínimo, 3 (três) sociedades seguradoras brasileiras que operem no ramo de seguro em que se enquadre o risco. §2º As consultas mencionadas no parágrafo anterior deverão ser iguais para todas as sociedades seguradoras e encaminhadas em intervalo não superior a 10 dias".

Nenhuma destas situações ocorreu com a consulente, pessoa jurídica domiciliada no território nacional, que não teve sua cobertura de seguro negada por sociedades seguradoras brasileiras. Pelo contrário, a inviabilização da cobertura securitária pode ocorrer não em virtude de falta de oferta de seguro no país, mas pela atuação do órgão público ressegurador, que agiu em desconformidade com as suas funções estabelecidas em lei.

O IRB, sociedade de economia mista, submetida aos princípios constitucionais que estruturam a Administração Pública (artigo 37, *caput* da Constituição) e ao regime de direito administrativo, precisa fundamentar sua

negativa que inviabiliza a operação que permite a proteção securitária/ressecuritária da consulente com base, ao menos, no "interesse nacional"¹⁰⁰. Afinal, a legislação brasileira anterior (o Decreto-Lei nº 73/1966) determinava que o IRB só poderia se recusar a fornecer a garantia do resseguro no caso de contrariedade aos interesses nacionais. No caso analisado, sequer a inviabilidade técnica existe, pois não houve nenhuma recusa de contratação de seguro no país e já estavam contatados os retrocessionários no exterior. E negar o resseguro que viabiliza a proteção securitária de um dos maiores grupos empresariais do país, cuja indústria matriz é a origem da siderurgia no Brasil, não configura atuar em defesa do interesse nacional. Pelo contrário, inclusive, pode ser considerado uma violação direta dos artigos 170, I e 219 da Constituição de 1988.

As relações jurídicas não existem no espaço, mas no tempo, ou seja, são reconhecidas como válidas e determinantes por um certo período de tempo¹⁰¹. No decorrer do tempo, o IRB passou de monopolista de direito para monopolista de fato ou, na melhor das hipóteses, detentor de posição dominante no mercado. Enquanto foi monopolista de direito, o IRB tinha o "dever-poder" de contratar as operações de resseguro no país, pois era monopolista e sociedade de economia mista. Durante a atual fase de transição para a abertura de mercado, o IRB tornou-se monopolista de fato ou, na melhor das hipóteses, detentor de posição dominante. As companhias seguradoras privadas adquiriram, em determinadas situações, a faculdade de contratar resseguro diretamente no exterior, mas o IRB manteve o seu "dever-poder" de contratar as operações de resseguro no país, em virtude de ser monopolista e sociedade de economia mista. Finalmente, em um eventual mercado competitivo, as companhias seguradoras privadas podem escolher o seu

¹⁰⁰ Se as próprias companhias seguradoras privadas necessitam fundamentar suas negativas, de acordo com o artigo 2º, §2º da Circular SUSEP nº 240, de 5 de janeiro de 2004 (Art. 2º: "A sociedade seguradora terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a proposta, contados da data de seu recebimento, seja para seguros novos ou renovações, bem como para alterações que impliquem modificação do risco. §2º - Ficarà a critério da sociedade seguradora a decisão de informar ou não, por escrito, ao proponente, ao seu representante legal ou corretor de seguros, sobre a aceitação da proposta, devendo, no entanto, obrigatoriamente, proceder à comunicação formal, no caso de sua não aceitação, especificando os motivos da recusa"), com muito mais razão o IRB, ente da Administração Indireta, precisa fundamentar sua recusa, sob pena de desvio de finalidade.

¹⁰¹ Karl LARENZ & Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts cit.*, pp. 230-231. Vide, especialmente, Gerhart HUSSERL, *Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 1955, pp. 27-41.

ressegurador, mantendo sua faculdade. Já o IRB continua tendo o "dever-poder" de contratar o resseguro no país, pois é uma sociedade de economia mista, com funções e finalidades determinadas por lei e, dentre estas funções, exerce a de ressegurador de última instância no país, visando a garantia da atividade econômica industrial no país, a proteção ao mercado interno e à poupança pública e o equilíbrio da balança de pagamentos, com o controle sobre a evasão de divisas para o exterior.

A abertura do mercado securitário/ressecuritário deve ser vista não apenas sob a perspectiva dos interesses empresariais da gestão do IRB, mas também por meio da possibilidade que as companhias seguradoras privadas adquiriram de contratar suas operações de resseguro no país ou no exterior com outros resseguradores que não o IRB. Apesar disto, em virtude de sua natureza jurídica de sociedade de economia mista, o IRB continua com seu "dever-poder" de contratação de operações de resseguro no país. Esta é, inclusive, a justificativa para que continue a ser uma sociedade de economia mista. Se o IRB não fosse uma empresa estatal, o mercado nacional correria o risco de não conseguir a devida proteção securitária/ressecuritária, em virtude das avaliações de conveniência e oportunidade dos resseguradores privados que passaram a operar no mercado.

VII. O DEVER DE CONTRATAR E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Sendo o IRB uma sociedade de economia mista, portanto, vinculada a todos os dispositivos constitucionais que regem a Administração Pública, como a legalidade, a moralidade e a defesa do interesse público, resta saber se os seus dirigentes (diretores e membros do Conselho de Administração) são responsáveis no caso do descumprimento das determinações constitucionais ou legais a que estão submetidos.

A responsabilidade do Estado e seus agentes é um instrumento da legalidade, buscando reforçar a garantia dos cidadãos mediante o apelo a princípios materiais que vinculam todas as atividades dos agentes públicos¹⁰². Mesmo no caso da responsabilidade do Estado por ato lícito, há a necessidade

¹⁰² José Joaquim Gomes CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, pp. 12-16 e 131-134.

de voluntariedade e consciência do ato danoso e o sacrifício deve ter sido imposto com base no interesse público, não no interesse do titular do direito violado. O agente estatal que causa o dano tem certeza, consciência e vontade de causar um prejuízo, sob o manto de preservação do interesse público¹⁰³. Embora a responsabilidade civil das sociedades de economia mista que prestam atividade econômica em sentido estrito não siga exatamente os mesmos parâmetros da responsabilidade objetiva do Estado, em virtude dos artigos 37, §6º e 173, §1º, II da Constituição, há quem defenda, inclusive, que o Estado e seus agentes, como dirigentes e administradores das sociedades de economia mista, devem ser responsabilizados em caso de intervenção sobre o domínio econômico que cause violação ao chamado "princípio da lucratividade (ou economicidade)", ou seja, atue de forma a provocar o prejuízo econômico de forma danosa, violando a estrutura do mercado e o processo de reprodução do capital¹⁰⁴.

Devo ressaltar, também, a necessidade de observância do princípio da boa-fé da Administração Pública. O princípio da boa-fé, em seu conteúdo essencial, é decorrência do princípio da moralidade e do regime republicano, pois versa sobre a confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito, em qualquer de suas manifestações, seja no administrador, seja no legislador ou no julgador¹⁰⁵. Além da boa-fé, o administrador deve agir com imparcialidade, especialmente quando se trata de uma atuação estatal sobre o domínio econômico, como no caso do resseguro. Nestas situações, a Administração

¹⁰³ Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 332-337 e José Joaquim Gomes CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos cit.*, pp. 79-83 e 327-338. Em seu livro clássico sobre a questão do "excesso" no direito constitucional, Peter Lerche fala em "*imperioso interesse público*" ("*vordringlicher Allgemeininteressen*"). Cf. Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, 2ª ed, Goldbach, Keip Verlag, 1999, pp. 281-301.

¹⁰⁴ Cf. Fernando Facury SCAFF, *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 195-207 e 247-249.

¹⁰⁵ Sobre o princípio da boa-fé como confiança do cidadão no Estado, vide Fritz FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand cit.*, pp. 126-132; Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, pp. 252-255; Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 107-108; Juarez FREITAS, "Repensando a Natureza da Relação Jurídico-Administrativa e os Limites Princiológicos à Anulação dos Atos Administrativos" in *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 9-30; Juarez FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 72-75 e Marcelo FIGUEIREDO, *O Controle da Moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 104-107. Vide, ainda, Fernando Facury SCAFF, *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista cit.*, pp. 221-231 e 251-253.

Pública lida diretamente com os interesses privados, portanto, a necessidade de imparcialidade do administrador é ainda maior, tendo em vista a satisfação do interesse público¹⁰⁶.

A própria noção de desvio de poder, proveniente do direito administrativo, foi incorporada também ao direito societário (artigo 154 da Lei das S.A.), correspondendo a uma espécie de fraude à lei praticada pelos administradores da sociedade. Para autores como Fábio Konder Comparato, a utilização da doutrina do desvio de poder para a análise dos atos praticados por dirigentes de sociedades anônimas (como as sociedades de economia mista, por exemplo) é "*uma das grandes conquistas atuais*"¹⁰⁷. A Lei das S.A., em seu artigo 239, dispõe, ainda, que as sociedades de economia mista terão, obrigatoriamente, um Conselho de Administração, com participação dos acionistas minoritários, ressaltando que os deveres e responsabilidades dos administradores das sociedades de economia mista são os mesmos dos administradores das empresas privadas (artigo 239, parágrafo único).

De forma similar, no direito alemão, segundo Forsthoff, os servidores ou funcionários públicos que atuam nos conselhos diretivos e gestores das sociedades de economia mista estão submetidos às disposições gerais do direito societário sobre responsabilidade dos dirigentes. No caso do servidor ou funcionário que estiver seguindo instruções de seus superiores hierárquicos e tome uma decisão que cause prejuízo para a sociedade de economia mista tem o direito a ser ressarcido pelo Estado em caso de responsabilização. No entanto, o servidor ou funcionário público que causar intencionalmente ou por negligência grave um prejuízo para a sociedade de economia mista deverá ser responsabilizado pessoalmente¹⁰⁸.

Na França, a responsabilidade dos membros dos conselhos de administração das sociedades de economia mista também segue, em geral, o disposto na legislação societária privada. Mas, como muitos integrantes destes

¹⁰⁶ Cf. Ana Paula Oliveira ÁVILA, *O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública: Para uma Administração Imparcial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 155-159. Para uma argumentação próxima, embora fundada no princípio da igualdade, vide Fernando Facury SCAFF, *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista cit.*, pp. 178-195 e 245-247.

¹⁰⁷ Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima cit.*, pp. 284-285. Para uma posição contrária à utilização da doutrina administrativista do desvio de poder no direito societário, vide Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Do Abuso de Direito cit.*, pp. 147-149.

¹⁰⁸ Cf. Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts cit.*, vol. 1, p. 486.

conselhos alegavam estarem representando órgãos públicos e que, portanto, deveriam ser estes órgãos responsabilizados por suas decisões, foi criada, com o artigo 21 da Lei de 28 de novembro de 1995, uma responsabilização especial dos administradores e integrantes de conselhos de empresas estatais. Além disto, foi alterada a lei francesa de fiscalização das contas públicas e se incluiu a previsão de que todo representante, administrador ou agente com responsabilidade na empresa estatal que atuar de maneira manifestamente incompatível com os interesses sociais (ou seja, com o interesse público), cometer falta grave ou agir com omissão ou negligência, será passível de punição por má-gestão¹⁰⁹.

As sociedades de economia mista estão, também, subordinadas ao controle externo do Tribunal de Contas, no caso do IRB, do Tribunal de Contas da União (artigo 71, II, III e IV). O dispositivo constitucional de fiscalização das sociedades de economia mista pelo Tribunal de Contas da União está regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.525, de 11 de abril de 1978), e pelo artigo 1º, I da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União)¹¹⁰. A referida Lei nº 8.443/1992, inclusive, declara no artigo 4º, IX que sua jurisdição também abrange "*os representantes da União ou do Poder Público na assembléia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades*".

A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe sobre a improbidade administrativa, inclui como passíveis de punição todos os "*atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de*

¹⁰⁹ Cf. Jean-Yves CHÉROT, *Droit Public Économique cit.*, pp. 511-513. Vide também Pierre DELVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie cit.*, p. 680.

¹¹⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo cit.*, pp. 187 e 192. A título de comparação, sobre as várias modalidades de controle público das empresas estatais na França, vide Jean-Philippe COLSON, *Droit Public Économique cit.*, pp. 337-350; Pierre DELVOLVÉ, *Droit Public de l'Économie cit.*, pp. 731-746 e Jean-Yves CHÉROT, *Droit Public Économique cit.*, pp. 514-532.

empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual" (artigo 1º), esclarecendo, em seu artigo 2º, que se entende por agente público *"todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função"* nas entidades mencionadas no artigo 1º¹¹¹. Em suma, os diretores e membros do conselho do IRB estão sujeitos às penalidades da Lei nº 8.429/1992, caso cometam qualquer ato de improbidade, seja gerando prejuízo ao erário público (artigo 10º da Lei nº 8.429/1992), seja atentando contra os princípios da Administração Pública (artigo 11 da mesma Lei)¹¹².

A atuação abusiva do IRB no caso em análise, violando a legalidade e o interesse público, não precisa, inclusive, gerar dano patrimonial para ser sancionada, conforme dispõe o artigo 21, I da Lei nº 8.429/1992¹¹³. Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Assim, o que quis dizer o legislador, com a norma do artigo 21, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico. É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no artigo 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição,

¹¹¹ Vide Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 753-755 e Marcelo FIGUEIREDO, *O Controle da Moralidade na Constituição cit.*, pp. 58-59.

¹¹² Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, pp. 759-761.

¹¹³ Artigo 21: *"A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas"*.

*que abrange as idéias de honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade*¹¹⁴.

A responsabilização dos dirigentes do IRB, por atuarem de forma contrária ao interesse público e ao texto constitucional, violando sua finalidade legal e a legislação concorrencial brasileira pode ser auferida, portanto, pelos instrumentos da legislação societária (artigos 153 a 159 da Lei das S.A.) e da legislação concorrencial (artigos 16 a 18 da Lei nº 8.884/1994). Não bastassem estes meios, há, ainda, o controle externo do Tribunal de Contas da União e a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

RESPOSTA

Diante da prévia análise da documentação apresentada pela consulente e de toda a argumentação exposta, concluo:

1) Houve na conduta do ressegurador violação do artigo 37 da Constituição Federal, do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e das demais regras que regulam as sociedades de economia mista? Diante do direito administrativo brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar? Sim. O IRB é uma sociedade de economia mista, portanto, uma entidade da Administração Pública Indireta, um instrumento de atuação do Estado brasileiro na política de seguros privados. Como sociedade de economia mista, o IRB está vinculado a todos os princípios constitucionais da Administração Pública (artigo 37) e obrigado a atuar, como agente econômico estatal, na defesa do interesse público (artigo 173, *caput*), tendo, assim, o dever de contratar, sob pena de caracterizar desvio de finalidade.

2) Houve na conduta do ressegurador violação da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994? Diante do direito concorrencial brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar? Sim. Houve violação dos seguintes dispositivos da da Lei nº 8.884/1994 na conduta do ressegurador, ao privar a consulente de um bem essencial para a realização de suas atividades empresariais: artigo 21, V, 21, XII e 21,

¹¹⁴ Vide Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo cit.*, p. 761. Vide, ainda, Marcelo FIGUEIREDO, *O Controle da Moralidade na Constituição cit.*, pp. 61-62.

XIV, estando sua direção passível de responsabilização nos termos dos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 8.884/1994. Portanto, levando-se em conta a legislação concorrencial brasileira, o ressegurador tem o dever de contratar.

3) Houve na conduta do ressegurador violação do artigo 219 da Constituição Federal, do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e demais regras que regulam o resseguro no Brasil? Diante do direito constitucional econômico brasileiro, o ressegurador tem o dever de contratar? Sim. Houve violação do artigo 219 da Constituição de 1988, da legislação que estabelece a política nacional de seguros privados e da garantia da ordem pública econômica por parte do ressegurador monopolista, que tem o dever constitucional de contratar.

4) Existe responsabilidade dos Diretores do ressegurador? E dos membros do Conselho? Como agentes públicos, os dirigentes (diretores e membros do conselho) das sociedades de economia mista, como o IRB, estão submetidos ao controle do Tribunal de Contas da União e às penalidades da Lei nº 8.429/1992, bem como à responsabilização prevista nas próprias Lei nº 6.404/1976 e Lei nº 8.884/1994, por eventuais atos contrários ao interesse público que tenham cometido ou que venham a cometer.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 04 de agosto de 2008