— O ato de autorização para funcionamento das sociedades seguradoras é vinculado, não podendo o administrador fugir aos limites traçados na legislação que rege o assunto, sob pena de se constituir em ato inválido.

— Desde que a sociedade reúna certos requisitos, previamente estabelecidos em lei, desaparece para a administração a possibilidade de escolha. Sua conduta, in casu, *é regida, vinculada, predeterminada — Decreto-lei n.º 73/66, art. 36.*

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Sérgio Sulisk Wais e outros *versus* Ministro da Fazenda
Mandado de Segurança nº 103.576 — Relator para o acórdão: Sr. Ministro Pedro Acioli

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o Tribunal Pleno do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de setembro de 1984 (data do julgamento). — *José Dantas*, Presidente. *Pedro Acioli*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Cândido: Sérgio Sulisk Wais e outros impetram mandado de segurança contra ato do ministro da Fazenda, na qualidade de presidente do Conselho

Nacional de Seguros Privados (CNSP), que indeferiu, na sessão de 25.10.83, seu requerimento de autorização para funcionamento da sociedade Gente Seguradora S.A., como empresa de seguro nos ramos elementares. Aduzem que o próprio órgão técnico da Superintendência de Seguros Privados (Susep), no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 36 do Decreto-lei nº 73/66, assim concluíra:

"6. Examinada a legislação em vigor, constatamos não existir, no momento, nenhum ato que proíba a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo (art. 74 — Decreto-lei nº 73/66).

7. Em face do exposto, informamos ainda que o pedido foi apresentado de forma correta, e de acordo com o que determina o art. 74, do Decreto-lei nº 73/66 e Decreto nº 60.459/77. Assim, submetemos à consideração de Vossa Senhoria."

Seguem argüindo que, apesar disso, o superintendente da Susep, extrapolando a competência de opinar sobre a "política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados" (art. 36 citado), emitiu parecer contrário à pretensão dos impetrantes (Documento nº 8), no que foi seguido pelo próprio conselho, por maioria de votos.

Alegam que o Conselho Nacional de Seguros Privados já usara de seu poder discricionário na edição dos critérios impessoais para a habilitação, os quais, satisfeitos, imporiam a observância de diretrizes e normas previamente estabelecidas para a apreciação dos pedidos. É o que resulta do art. 74 do Decreto-lei nº 73/66.

Afirmam que, preenchidos os requisitos (condições personalíssimas), e feito o depósito do vultoso capital e reconhecido oficialmente tal fato, "a capacitação para o exercício da atividade econômica, ou o funcionamento, é imanente. Pois, a lei não faz obra frívola, ao criar órgão e incumbi-lo, especificamente, de enunciar os critérios de constituição, ensejando aos interessados concorrer a sua verificação, para, afinal, negar eficácia aos próprios atos da regulação" (fls. 12).

Em suma, a norma imperativa do art. 74, do Decreto-lei nº 73/66 (a autorização para funcionamento será concedida...), reconheceria o direito à autorização, atendidos os requisitos; e mesmo o exame da "conveniência e oportunidade" pela Susep "permanecia vinculado aos padrões de aferição 'ditados' (*sic*) pelo Conselho Nacional de Seguros Privados", como se depreende dos termos do art. 43 e incisos do Decreto nº 60.459/67.

O excesso, pois, da Susep, adstrita à "política ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados", residiria nas próprias palavras do seu superintendente, quando ofertou, ao Sr. Ministro da Fazenda, seus estudos para a elaboração de critérios "a serem previamente estabelecidos" (Documento nº 8), *in verbis*:

"1. Isso não obstante, caso entenda V. Exª como válida a elaboração de estudo sobre o aumento do número de seguradoras, poderia o mesmo ser efetuado com observância de *critérios específicos a serem previamente estabelecidos*, tais como: capital mínimo e área de atuação (regional, como postulado, ou de âmbito nacional), além de outros aspectos técnicos de igual importância (...)."

Afirmam, ainda, o empenho do legislador em instituir "em letra de lei o princípio ético de os pedidos serem apreciados em função de diretrizes e normas" previamente conhecidos.

Estaria o Conselho Nacional de Seguros Privados vinculado às regras que ele próprio estabelecera como poder normativo, a exemplo do que ocorre com o presidente da República.

Negando a autorização sem prévia resolução (art. 27, do Decreto-lei nº 73/66) sobre "diretrizes e normas", como fizera com a prorrogação da suspensão do exame do pedido de autorização para a previdência privada (*DO*, 5.7.84 — Documento nº 13), o Conselho Nacional de Seguros Privados incorreria em abuso de poder decisório.

Continuam, discorrendo sobre a política de abertura e fechamento do mercado segurador, tendo à frente o Decreto-lei nº 1.115/70 (Documento nº 14) passando o país por 12 anos de fechamento, geradores da liqui-

dação, praticamente, das seguradoras regionais, reduzidas de 185 para 94. A situação foi desoladora para esse mercado que contribui, segundo alegam e tentam demonstrar com exemplo de outros países, para o aumento ou a diminuição do PIB, por isso que não houve mais prorrogações, a partir de 27.7.82, para a suspensão de novas autorizações.

Os impetrantes, pois, ter-se-iam habilitado em época propícia, porque atenderam os requisitos necessários, e não podiam ficar à mercê de critérios inventados (*sic*) que visam reinstalar a política de suspensão, em desapreço às próprias normas que editam, em afronta ao Decreto-lei nº 1.115 que subordina essa providência a três requisitos:

"a) competência exclusiva do ministro de Estado, e não do Conselho Nacional de Seguros Privados;

b) ato geral, de natureza normativa, e não por decisão casuística;

c) fixação de prazo de vigência da medida restritiva, e não por um indefinido termo 'no momento' (Documento nº 2)."

Aduzem, ainda, que essa reserva de mercado é base para a possibilidade especulativa das seguradoras que, não funcionando, vêm valorizar suas cartas-patentes.

Citam, em abono de sua pretensão, o fato de o Conselho haver autorizado a Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. a funcionar através do Processo nº 02/84-CNSP, provando a "política de abertura dos seguros privados" dentro da ordem constitucional de franqueamento do mercado a quem satisfizer os requisitos.

Requerem, finalmente:

"Os autores pedem a concessão da segurança para mandamentar-lhes o direito líquido e certo de funcionamento da empresa Gente Seguradora S.A., que constituíram, nos termos da solicitação, indeferida, ilegal e abusivamente, pelo Conselho Nacional de Seguros Privados no Processo CNSP nº 019/83-E.

XI Requerimento

Requerem:

47.1 — a notificação do Sr. Ministro da Fazenda, na qualidade de presidente do Conselho Nacional de Seguros Privados e órgão da União (Lei nº 1.533/51, art. 7º, I), em seu gabinete no Bloco P da Esplanada dos Ministérios em Brasília, com o encaminhamento da segunda via desta inicial e documentos acompanhantes, para a resposta que julgar merecer, no prazo legal (Lei nº 4.348, de 1964, art. 1º, *a*);

47.2 — a requisição à ilustre autoridade impetrada de fornecer a decisão do Conselho Nacional de Seguros Privados, no Processo nº 02/84-E, tomada da data de hoje, sobre o funcionamento de nova empresa seguradora no país;

47.3 — com ou sem as informações, a abertura de vista à douta Subprocuradoria-Geral da República para, nos termos do art. 10 da Lei nº 1.533/51, oficiar como Ministério Público."

Solicitadas as informações, prestou-as a autoridade impetrada, da seguinte forma:

— que os impetrantes confundem expansão do mercado segurador com multiplicação das seguradoras;

— que vem do Código Civil (art. 20, § 1º) e foi mantido pelo Decreto-lei nº 73/66 (art. 72) o intuito restritivo da proliferação das empresas desse tipo;

— que o próprio Decreto-lei nº 1.115, citado pelos impetrantes, estimulador da fusão e incorporação das seguradoras, alcançou seu objetivo conforme esclarece o superintendente da Susep ao despachar, como relator, o processo dos ora impetrantes, *in verbis*:

"(...) apesar da *ênfase* atribuída pelo Sr. Sérgio Wais à necessidade de aumento do número das seguradoras nacionais, como forma de se obter o crescimento da relação percentual do montante de prêmios sobre o PIB, a verdade é que a evolução histórica do mercado segurador nacional mostra exatamente o contrário: na medida em que, por força da implementação do Decreto-lei nº 1.115/70, foi diminuindo o número de seguradoras, cresceu simultaneamente a participação dos seguros no PIB (com ressalva dos últimos anos, como resultado natural do agravamento da situação econômica do País) (...) (vide em anexo)."

— que a autorização dada à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. refere-se a caso diverso, porque visa o mercado exterior, além de sua criação estar dentro dos parâmetros do Decreto-lei nº 1.115/70;

— que, como leciona Oswaldo Bandeira de Mello, em trecho que transcreve às fls. 138, o ato atacado é discricionário e contém-se no juízo de conveniência e oportunidade que o Conselho adotou.

— que, político ou discricionário, contido nas atribuições da Susep e do Conselho, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, refoge à apreciação do Judiciário, ao qual só seria submetido à vista de flagrante ilegalidade.

E conclui:

"As questões colocadas levam-nos, assim, a estas conclusões:

a) não apenas o funcionamento, mas a própria constituição das empresas seguradoras sujeita-se ao prudente critério da administração pública;

b) a política securitária ditada pela lei (Decreto-lei nº 1.115/70) tende antes à diminuição de empresas seguradoras, por fusões e incorporações, do que à criação de mais empresas;

c) o ato do Conselho Nacional de Seguros Privados, emitido ao fim da regular tramitação prevista em lei e regulamento, e não tendo ilegalidade a inquiná-lo, é inalcançável por pretensão mandamental, por ser ato discricionário daquele alto colegiado."

O *parecer* da douta Subprocuradoria-Geral da República, após um breve relato tanto das razões da impetração como das informações, opina pelo indeferimento.

Já incluídos os autos na pauta de julgamentos, de 7.6.84, os impetrantes ingressaram com a petição de fls. 183-6, chamando a minha atenção para "dois fatos" vinculados ao processo, e assim descritos: o primeiro, alusivo à "sonegação de esclarecimento à Justiça" (fls. 184), por não haver a autoridade coatora exibido certidão requerida com a inicial de despacho do Sr. Ministro da Fazenda, em expediente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional "sobre ato, objeto da presente impetração" (fls. 183-4). O segundo, sobre um pedido da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg), para o Conselho limitar a atuação da Seguradora Brasileiro-Iraquiana "às operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasil-Iraque" (fls. 185), o que mereceu resposta negativa, por parte do Sr. Ministro da Fazenda (Aviso nº 231, de 6.4.84), ao fundamento de que a lei "não lhe permite discriminar entre empresas locais e alienígenas em matéria de seguros" (fls. 185).

Por envolver o primeiro fato, violação à regra contida no parágrafo único do art. 6º, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, já que se omitira certidão deferida na inicial, determinei diligência e retirei os autos da pauta de julgamentos.

Notificado, o Sr. Ministro da Fazenda enviou ao tribunal a certidão reclamada, esclarecendo tratar-se de "nota" de circulação interna, de sua orientação exclusiva, não integrando "o processo administrativo no qual foi proferida a decisão impugnada por via de mandado de segurança, nem a fundamentou" (fls. 197). Acrescentou que a "nota" trata de assunto administrativo, "que diz respeito à sua disciplina interna, enfim, matéria *interna corporis*..." (fls. 202), assim expressa: (lê fls. 199).

Por outro lado, abordando ainda o segundo ponto tratado pelos peticionários, isto é, sobre a sua autorização para o funcionamento da Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., diz a autoridade impetrada, *verbis*:

"A autorização para funcionamento teve como razão precípua dar cumprimento a um acordo bilateral, celebrado pelo Banco do Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial de origem iraquiana, visando a constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro Iraquiano S.A., e, bem assim, de uma subsidiária desse banco, a ser constituída no Brasil, para operar como companhia de seguros. Dito acordo bilateral foi aprovado pelos ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque. E, celebrado em 14.11.81, cumpria às autoridades brasi-

leiras lhe dar cumprimento, inclusive em obediência ao princípio *pacta sunt servanda*.

Portanto, além de cumprir este secular e universal princípio de direito, a recusa em impor restrições à área de atuação da Seguradora Brasileiro-Iraquiana decorre do cumprimento das normas jurídicas brasileiras, que teriam de ser violadas para que se pudesse atender a pretensão da Fenaseg."

A douta Subprocuradoria voltou a pronunciar-se, às fls. 207-8, pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Cândido (Relator): Os impetrantes se estribam no chamado *abuso do poder*, com que teria procedido a autoridade impetrada. Consideram que o art. 74, do Decreto-lei nº 73/66, de caráter imperativo, assegura-lhes direito ao que pretendem, de forma líquida e certa, porque "atenderam a todos os critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados para constituição de seguradora" (fls. 13).

Em razão disso, estranham que lhes tenham indeferido a competente autorização, sem que haja sido especificado o motivo de tal recusa, quando é certo que o Conselho Nacional de Seguros Privados, "em sua 123ª sessão ordinária, realizada em 25 de outubro último, não aprovou o pedido, por considerar *inoportuno* e *inconveniente*, no momento, a concessão de autorização para funcionamento de novas seguradoras" (fls. 14).

Em debate, portanto, como ilegal e abusivo o ato que deu pela *inoportunidade* e *inconveniência* de que novas seguradoras venham a operar no país.

Assim, posta a demanda, estamos diante do poder discricionário da administração em conceder ou não novas autorizações para o funcionamento de companhias de seguros privados no território nacional.

Não sou dos que se filiam, com intransigência, à tese de que o Poder Judiciário não pode examinar ato discricionário da administração pública, havido como inoportuno e inconveniente, a exemplo da hipótese em julgamento.

Por essa razão, passo ao exame do ato impugnado, para apurar se foi ele "exercido sem os fundamentos legais ou acima dos limites fixados pela lei" tal como conceitua o *abuso de poder*, o inolvidável mestre Temistocles Brandão Cavalcanti, em sua *Teoria dos atos administrativos*, 1973, p. 129.

Sobre a legalidade da decisão administrativa parece não haver objeção. A autoridade impetrada agiu com base na orientação traçada pelo Decreto-lei nº 1.115/70, como demonstra em suas informações. Resta a hipótese de haver-se excedido no poder que tem de aferir a oportunidade e conveniência da concessão pretendida, como argúem os impetrantes. Para tanto, se apóiam nos seguintes fatos descritos na vestibular.

a) que o pedido de autorização de funcionamento encaminhado ao Conselho Nacional de Seguros Privados, através da Susep, estava legalmente constituído, na forma do art. 32, incisos I e XI, do Decreto-lei nº 73/66, não comportando o seu indeferimento; b) que não subsistem as proibições para eventual autorização para funcionamento de novas sociedades seguradoras, a partir da Portaria nº 607/79; c) que a Susep não justificou a sua recusa, no ofício de fls. 34; resumindo tal procedimento nas razões argüidas pelo Conselho, sobre "ser inoportuno e inconveniente" a pretendida autorização; que "não admira, assim, que a obstrução prolongada ao ingresso de outros concorrentes e a adoção de práticas aberrantes da autêntica economia de mercado produzissem uma situação desoladora do seguro no país. Além de não alcançar sequer a metade da taxa de participação a que se propuseram no PIB, inclusive na fase áurea do desenvolvimento nacional, essa famigerada política estiolou os empreendimentos regionais, amorteceu a dinâmica empresarial na conquista de novos espaços e relegou o Brasil a uma desclassificação abaixo de outras nações com menor produto interno bruto (Documento nº 17)"; e) que o Sr. Superintendente da Susep não podia "inventar" critério, quando sua apreciação de con-

veniência e oportunidade subordinava-se à "política de seguros privados ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados" (art. 43, alínea *a* do regulamento) (fls. 27); f) e, por último, deixam expressa a sua inconformidade com o tratamento desigual dado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados à sua postulação, quando autorizou o funcionamento (Processo CNSP nº .... 02/84-E) nesta data, de nova Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., "com sede no Rio de Janeiro, para operar em ramos elementares". E concluem mostrando, enfaticamente, a sua insatisfação, afirmando, *verbis*:

"É a evidência material que está em vigor a regra básica de nossa ordem constitucional, de franquear o mercado, inclusive à concorrência do capital estrangeiro, a quem satisfaz os critérios de habilitação estabelecidos. A menos que haja carta marcada, de dar preferência à finança alienígena em detrimento da iniciativa nacional, privada e independente, para ter acesso a esse setor de nossa economia."

Revelados esses aspectos, é de concluir-se que o ponto crucial da impetração reside no tratamento diferenciado, por parte do Conselho Nacional de Seguros Privados, aos pedidos de autorização de Sociedade Anônima Gente Seguradora, constituída pelos impetrantes, e o da Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. (SBI). Esta última, através da Portaria nº 41, de 13 de março de 1984, do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, foi autorizada a operar em seguros dos ramos regulares, e a firma dos postulantes teve igual pedido de carta-patente recusado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

Essa diversidade de tratamento, em face da possibilidade da reabertura de constituição de novas sociedades seguradoras, constitui a pedra angular da demanda.

Aqui os impetrantes querem que o tribunal substitua o Conselho Nacional de Seguros Privados na aferição do seu pedido, e que determine que aquele órgão da administração pública proceda de forma contrária, considerando ser oportuno e conveniente para a política nacional de seguros privados, que a empresa dos autores venha operar em seguros dos ramos regulares, no Brasil.

Para atender a tal pretensão, esta egrégia Corte tem que transpor sério obstáculo de ordem jurídica, expresso na doutrina que restringe unicamente à administração pública dizer da oportunidade e da conveniência de sua decisão. Com esse entendimento comungam vários autores, valendo destacar a figura do eminente Prof. Cretella Júnior (*Manual de direito administrativo*, Forense, 1979, p. 144), quando afirma que "o ato discricionário é insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o editou". E acrescenta: que "É a administração que se pronuncia a respeito da oportunidade e da conveniência da ordem", e quando se nega a concedê-la, "fere apenas *interesse* e nunca o direito do administrado". É evidente que o ilustre mestre ao fazer tal restrição, sustenta que o ato do administrador, considerado do ponto de vista substancial, não pode ser praticado pelo juiz. É, na sua conformação jurídica, o que diz também o eminente Hely Lopes Meirelles, em texto lapidar, *verbis*:

"Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da administração" (*Direito administrativo brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1979, p. 96).

Vale repetir a expressão do ilustre administrativista: "o que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz".

A Susep, órgão encarregado de apreciar o pedido de autorização dirigido ao Conselho Nacional de Seguros Privados, está vinculada à obrigação de examiná-lo sob todos os seus aspectos, "em face da política de seguros ditada por esse mesmo órgão, como diz expressamente o art. 43, do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, que regulamenta o

Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Exercendo essa atividade precípua, o egrégio conselho da Susep deliberou "ser inoportuna e inconveniente, no *momento*, a concessão de autorização para o funcionamento de novas sociedades seguradoras" (fls. 34). (Ato considerado violador do suposto direito líquido e certo dos postulantes.) Observe-se que a autoridade impetrada ao proceder desta forma, dispôs tão-só, sobre esses dois pressupostos da pretendida autorização, nos limites do seu poder discricionário, tendo em vista o interesse público. O juiz da discricionariedade é apenas a administração pública, jamais o Poder Judiciário, como adverte Cino Vitta, em seu *Diritto amministrativo*, 3. ed., 1949, v. 1, p. 303.

No caso em julgamento, a autoridade impetrada responde com profunda sensibilidade jurídica a todos os pontos focalizados na inicial, já por mim resumidos e enumerados.

Quanto à afirmação de que é desoladora a situação do seguro no país, porque não alcança "sequer a metade da taxa de participação a que se propusera no PIB", o Sr. Ministro da Fazenda é categórico na resposta, dizendo:

"Quanto à participação dos seguros no produto interno bruto, pode-se averiguar que os resultados perseguidos pelo Decreto-lei nº 1.115/70 foram alcançados, conforme está bem esclarecido no parecer do Ilmo. Superintendente da Susep, relator do Processo CNSP nº 19/83-E, relativo ao requerimento dos impetrantes, *litteratim*: 'A respeito, apesar da *ênfase* atribuída pelo Sr. Sérgio Wais à necessidade de aumento do número das seguradoras nacionais, como forma de se obter o crescimento da relação percentual do montante de prêmios sobre o PIB, a verdade é que a evolução histórica do mercado segurador nacional mostra exatamente o contrário: na medida em que, por força da implementação do Decreto-lei nº 1.115/70, foi diminuindo o número de seguradoras, cresceu simultaneamente a participação dos seguros no PIB (com ressalva dos últimos anos, como resultado natural do agravamento da situação econômica no país) (...)' (vide em anexo)" (fls. 136-7).

Pondo em destaque o objetivo a ser alcançado pelo Decreto-lei nº 1.115/70, que concede estímulos às fusões e às incorporações das sociedades seguradoras, acentua o Sr. Superintendente da Susep, em documento que instrui as informações:

"Vale destacar, ainda, tendência de as seguradoras se voltarem para os grupos financeiros, como forma de compensar o baixo resultado operacional e ampliar sua área de atuação, através de venda de seguros por intermédio de agências bancárias, de captação de poupança e outras, sistemas esses inacessíveis às chamadas 'seguradoras independentes'. A simples concessão de mais uma carta-patente para seguradora, também independente, em nada contribuiria, s.m.j., para modificar tal situação.

Observe-se que a produção de prêmios de seguro está concentrada em reduzido número de empresas de grande porte, ligadas a conglomerados financeiros ou industriais, como a seguir se demonstra:

Prêmios de seguros diretos
em 31.03.83 (em Cr$ 1.000)

Seguradora	Prêmios	% sobre o mercado
Itaú (SP)	11.495	7,00
Bradesco (RJ)	8.679	5,28
Satma (RJ)	7.690	4,68
Internacional (RJ)	6.275	3,82
Bamerindus (PR)	5.848	3,56
Sul-América (RJ)	5.835	3,55
Aliança da Bahia (BA)	5.010	3,05
Bandeirante (SP)	4.862	2,96
Boavista (RJ)	4.214	2,57
União de Seguros (RS)	4.200	2,55
Subtotal	64.108	39,02
Outras 84	100.202	60,98
Total	164.310	100,00

A nosso ver, portanto, a expansão do mercado não depende somente do número de seguradoras atuantes, como pretende o postulante, mas da própria situação econômico-

financeira do país e da adoção de medidas que viabilizem o maior dinamismo daquelas já existentes, em número de 94, suficiente, concluímos, para atender à demanda e à possibilidade de crescimento do mercado" (fls. 143-4).

O Sr. Superintendente da Susep, como se vê da transcrição acima, não "inventou critério", como insinuam os impetrantes na peça vestibular.

Desta forma, o ponto nodal da controvérsia, como já assinalado, é a autorização concedida pelo Sr. Ministro da Fazenda à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. (SBI) para operar no Brasil, no ramo de seguros privados.

Nenhuma razão assiste aos impetrantes, quando pretendem ocupar posição idêntica à da Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. No particular, basta que se atente para o que esclarece a autoridade apontada como coatora, em suas informações, *verbis*:

"No que diz respeito à Seguradora-Brasileiro-Iraquiana S.A., citado como exemplo pelos impetrantes, o caso é bem diverso, como nos explicita o parecer que informou a decisão do Conselho Nacional de Seguros Privados (em anexo). Esta companhia participa de um grupo, liderado pelo Banco Brasileiro-Iraquiano, e seu objetivo é, precipuamente, a penetração no mercado internacional de seguros.

Como se percebe, além de sua criação estar dentro do parâmetro estabelecido pelo Decreto-lei nº 1.115/70, sua atuação está fadada a desenvolver-se em outro mercado, isto é, no mercado exterior de seguros, não havendo, pois, contradição entre o parecer relativo aos impetrantes, que fala em saturação do mercado, e o parecer favorável ao funcionamento da outra companhia, já que são distintas as respectivas áreas de atuação" (fls. 137).

Mais adiante, no parecer que instruiu a decisão do Conselho Nacional de Seguros Privados, documento de fls. 145-6, disse a Susep, por intermédio do seu presidente, *verbis*:

"Como se verifica da documentação anexa, foi firmado em 14.11.81, pelo Banco do Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial existente e organizada sob as leis do Iraque, com sede em Bagdá, um acordo visando à constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro-Iraquiano S.A., ao mesmo tempo que concordaram em que o aludido estabelecimento bancário teria uma subsidiária integral, a ser constituída no Brasil, para operar como companhia de seguros, cuja denominação seria Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. (SBI).

Referido acordo mereceu o beneplácito dos Exmos. Srs. Ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque, bem como dos presidentes do IRB e da Organização Estatal de Seguros daquele país.

Como objetivo final, a seguradora se propõe a 'promover e desenvolver a cooperação econômica no setor de seguros, intercâmbio de experiência técnica'.

Dando seguimento ao avençado, o Banco Brasileiro-Iraquiano S.A. promoveu, através de escritura pública, passado no 3º Ofício de Notas da Comarca da Cidade do Rio de Janeiro, livro 3.041, fl. 11, a constituição da subsidiária integral, denominada Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., tendo por objeto a realização, no Brasil, de operações de seguro e resseguro, nos ramos elementares.

Agora, o incorporador da companhia de seguros, o Banco Brasileiro-Iraquiano S.A., apresenta requerimento à Susep, nos termos do art. 74 do Decreto-lei nº 73/66, para que faça presente ao Conselho Nacional de Seguros Privados o seu pedido de autorização para a Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. funcionar como companhia de seguros, juntando cópia da respectiva escritura de constituição e a tradução de acordo anteriormente firmado.

Examinada pelos órgãos técnicos da Susep, ficou constatado que a escritura pública é obrigatória, quando se trata de constituir subsidiária integral, na forma do disposto no art. 251, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

É de registrar-se que o capital da Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., fixado em

Cr$ 750 milhões, está dividido em 75 mil ações sem valor nominal, cujo preço de emissão corresponde a Cr$ 10 mil, todas ordinárias-nominativas. O capital foi integralizado, na base de 50% do respectivo montante, com base no art. 49 do regulamento aprovado pelo Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967. No que se refere ao estatuto social da seguradora, constante da estrutura pública em referência, nada há a objetar, posto que está elaborado em harmonia com as disposições legais vigentes, sendo de assinalar, que os diretores da novel sociedade somente poderão tomar posse, após a aprovação pela Susep, dos seus nomes, de acordo com a Resolução CNSP nº 08, de 3 de outubro de 1975.

Assim sendo, considerando que o pleito consulta os interesses nacionais, vimos submeter o presente processo à elevada consideração desse plenário, opinando pela concessão da autorização à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., com sede na cidade do Rio de Janeiro, para operar em seguros dos ramos elementares."

Mais adiante, o Sr. Ministro da Fazenda, falando sobre a pretensão da Fenaseg, quanto ao limite da Seguradora Brasileiro-Iraquiana às operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasil-Iraque, volta a afirmar, de modo categórico:

"Os impetrantes alegam, ainda, ter sido concedida autorização para funcionamento e operação, em ramos elementares de seguros, à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. Outrossim, trazem à colação pedido da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg) ao Sr. Ministro da Fazenda para que restringisse a atuação dessa seguradora às 'operações ligadas ao fluxo do comércio bilateral Brasil-Iraque', e a resposta ao Sr. Ministro quando a impossibilidade legal de atendimento do seu pleito.

A autorização para funcionamento teve como razão precípua dar cumprimento a um acordo bilateral, celebrado pelo Banco do Brasil S.A. e Rafidain Bank, instituição financeira oficial de origem iraquiana, visando a constituição de uma sociedade binacional, denominada Banco Brasileiro Iraquiano S.A., e, bem assim, de uma subsidiária desse banco, a ser constituída no Brasil, para operar como companhia de seguros. Dito acordo bilateral foi aprovado pelos ministros da Fazenda do Brasil e do Iraque. E, celebrado em 14.11.81, cumpria às autoridades brasileiras lhe dar cumprimento, inclusive em obediência ao princípio *pacta sunt servanda.*

Portanto, além de cumprir este secular e universal princípio de direito, a recusa em impor restrições à área de atuação da Seguradora Brasileiro-Iraquiana decorre do cumprimento das normas jurídicas brasileiras, que teriam de ser violadas para que pudesse atender a pretensão da Fenaseg" (fls. 203).

Observe-se que há expressa referência ao fato de que *"o pleito consulta os interesses nacionais"*, como se vê do documento acima transcrito. No pedido de autorização para a Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., houve, na forma da letra *a*, do art. 43, do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, por parte da Susep, expressa opinião sobre "a conveniência e oportunidade da autorização, em face da política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados".

Examinados os fundamentos jurídicos da justificável recusa da autoridade impetrada, é de concluir-se que o julgador, agora investido do poder discricionário da administração pública, não pode chegar à conclusão diversa, atendidas as circunstâncias objetivas do fato em julgamento. Como equiparar, tendo-se em conta o interesse nacional, no setor de seguros privados, a "Gente Seguradora S.A.", com sede em Porto Alegre, como empresa independente, de pequeno porte, com a Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. (SBI), constituída pelo Banco do Brasil S.A., e o Rafidain Bank, órgãos oficiais dos Governos do Brasil e do Iraque?

Destaque-se, a favor do ato do Sr. Ministro da Fazenda, a perspectiva do exuberante comércio internacional de seguros privados, a ser realizado por essa empresa binacional, sobretudo em área onde o Brasil mantém inúmeros contratos mercantis.

Para julgar com isenção de ânimo a presente demanda, tendo em vista o alegado

abuso de poder por parte do impetrado, recolhi na biblioteca do Banco Central alguns dados sobre o Rafidain Bank, os quais devem ser revelados ao tribunal. Trata-se de um banco de Governo do Iraque, com sede em Bagdá. Figura entre os principais bancos do mundo (*The principal banks of the word*), como se vê no *The Bankrs' Almanac And Year Bool* 1984 (impresso na Inglaterra). Tem 222 agências no Iraque e oito no estrangeiro: Londres, Beirute, Amman, Mafraq, Abdu Dhabi, Bahrain e duas no Cairo. São seus correspondentes, em Nova Iorque: Bank America International, Chase Manhattan Bank, Chemical Bank, Citibank, Continental Bank International, Irving Trust, Manufactures Hanover Trust e o Morgan Guaranty Trust. No balanço de 1982, o Rafidain Bank apresentou um movimento global de 12.805.612,262 de *dinats* (um *dinat* corresponde a US$ 3.2004).

Pelo exposto, há de concluir-se que foi extremamente oportuno e conveniente para a política de seguros privados no Brasil, a organização da "Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A." autorizada pelo Sr. Ministro da Fazenda.

Essa decisão administrativa está rigorosamente de acordo com a determinação do Decreto-lei nº 1.115, de 24 de julho de 1970, que, especificamente "concede estímulos às fusões e às incorporações das sociedades seguradoras (...)" basta que se leia o seu art. 1º, *verbis*:

"As incorporações ou fusões das sociedades seguradoras aprovadas pelo Ministério da Indústria e do Comércio gozarão dos benefícios financeiros estabelecidos neste decreto-lei."

Disto resulta a lúcida compreensão de que a política recomendada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados é a de que nesta área operem as grandes empresas, os conglomerados mais ativos dos setores econômicos e financeiros, os únicos que, pela diversidade das operações, podem suportar o mercado de seguros privados. Dentro desse critério está certa a administração pública. Ao contrário do que afirma a inicial, de que estaria o Sr. Superintendente da Susep *inventando critério* (fls. 27), o que se observa é que essa autoridade permaneceu fiel ao espírito do Decreto-lei nº 1.115, de 24 de julho de 1970, acima transcrito. Ao negar autorização para o funcionamento da sociedade "Gente Seguradora S.A.", como empresa de seguros nos ramos elementares, a autoridade impetrada quis apenas evitar que mais uma empresa, de capacidade mínima, entrasse no mercado, contrariando a política securitária brasileira, definida pelo Decreto-lei nº 1.115/70, cujo objetivo é a "diminuição de empresas seguradoras, por fusões e incorporações", e não o aparecimento de outras de pequeno porte. Dentro dessa orientação, justifica-se, em sentido contrário, o ato do Governo ao admitir o funcionamento da "Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A.", que passa a ser entre nós, a maior empresa da área de seguros privados.

Através do estudo comparativo das razões que levaram o Sr. Ministro da Fazenda a decidir em favor da "Seguradora-Iraquiana S.A." e contra a "Gente Seguradora S.A.", representada pelos impetrantes, chega-se à conclusão que a esta última não seria de reconhecer-se conveniência e oportunidade para o seu funcionamento, pelo menos nas contingências do mercado atual de seguros privados. Não há, na inicial, motivo que justifique o pedido dos autores, e, muito menos, prova que leve o tribunal a decidir de modo contrário aos interesses da administração pública. Considere-se que não está em causa, propriamente, o direito dos impetrantes, mas o seu interesse, que neste instante conflita com o do poder concedente, que julga a pretensão inicial *como inconveniente e inoportuna para o momento.* Advirta-se que o pedido dos autores, a rigor, só poderia ser atendido se eles juntassem ao processo prova inequívoca de que a autoridade impetrada agira ilegalmente ou com abuso do poder. Isto não aconteceu. Por isso o Judiciário não pode substituir o administrador público.

Sobre o tema, disserta com bastante lucidez o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar:

"Dado que o dever administrativo imposto pelo direito é sempre e sempre o de produzir unicamente o ato capilarmente ajustado ao interesse público, tem-se que é ilegítima a conduta administrativa — inobstante praticada no exercício de competência ensejadora de discrição — que não realize de maneira ótima o interesse público aferível *in concreto*, isto é, diante das circunstâncias do caso.

Logo, o problema do controle da validade dos comportamentos praticados a título de discrição administrativa, converte-se, em larga medida, num problema de prova. Fica a cargo de quem impugna o ato demonstrar que a providência tomada não realiza, *in concreto*, a perfeita satisfação do interesse tutelado em abstrato pela regra de direito. Se o fizer, o ato terá que ser fulminado pelo Judiciário porque revelada estará sua desconformidade com o direito.

Note-se que, em alguns casos, será possível comprovar que uma única providência — distinta da que a administração adotou — seria a adequada para realizar a finalidade normativa. Em outros casos tal demonstração será impossível, mas possível será demonstrar que, de toda sorte, aquela específica medida adotada não era a idônea para atender com exatidão a finalidade da lei. Deveras, muitas vezes não se pode saber o que uma coisa é, mas pode-se saber o que aquela coisa não é. Portanto, em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende, conforme bem registra o Prof. Afonso Rodrigues Queiró" (*RDA*, n. 152, p. 13).

Ora, os pontos enfocados pela inicial foram todos rebatidos pelo Sr. Ministro da Fazenda, de forma incensurável. Daí ser impossível a atuação judicial em sentido contrário, isto é, adotando um critério que a inicial não fundamenta.

Por isso, adverte ainda o professor paulista, *verbis*:

"Haverá indevida intromissão judicial na discricionariedade administrativa, se o juiz se propuser a sobrepor seu critério pessoal a outro critério, igualmente admissível e razoável, adotado pelo administrador. Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo, se o critério ou opção do administrador houverem sido logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição de providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir" (*RDA*, p. 15).

Não há, em virtude disto, qualquer desconformidade desse ato, com o outro que deferiu à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., autorização para operar no mercado de seguros privados. É incomparável a posição de uma em relação a outra. Basta acentuar, que na hipótese da seguradora binacional há um interesse expresso do governo brasileiro, através do seu banco oficial, em penetrar no mercado internacional de seguros privados. Por outro lado, é incomensurável a distância que separa as duas pretensões.

Após essas longas considerações, devo concluir por confessar que não encontrei, nos presentes autos, os elementos necessários à formação do meu convencimento, em sentido contrário ao manifestado pelo Sr. Ministro da Fazenda.

Não vejo nos autos a ilegalidade ou o abuso do poder apontados na inicial.

Por isso, denego a ordem.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Colhe-se dos autos que os impetrantes em abril de 1983 constituíram, por escritura particular, uma sociedade denominada Gente Seguradora S.A., para operar no setor de seguros — ramos elementares.

A sociedade foi constituída de acordo com a Resolução nº 9/81, do Conselho Nacional de Seguros Privados. Efetuou-se no Banco do Brasil o depósito de Cr$ 50 milhões (metade do capital da sociedade), e em ato contínuo requereram os postulantes, por inter-

médio da Superintendência de Seguros Privados (Susep), autorização para seu funcionamento. Esse órgão — que detém poder opinativo — assim se manifestou:

"6. Examinada a legislação em vigor, constatamos não existir no momento, nenhum ato que proíba a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo (art. 74 do Decreto-lei nº 73/66).

7. Em face do exposto, *informamos ainda que o pedido foi apresentado de forma correta, e de acordo com o que determina o art. 74, do Decreto-lei nº 73/66 e Decreto nº 60.459/77*. Assim, submetemos à consideração de Vossa Senhoria" (fls. 6-7).

Tal posicionamento da Susep tem respaldo no art. 36, do Decreto-lei nº 73/66, assim escrito:

"Art. 36. Compete à Susep, na qualidade de executora da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, como órgão fiscalizador da constituição, funcionamento e operações das sociedades seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao Conselho Nacional de Seguros Privados."

Surge, neste ínterim, o superintendente da Susep com parecer examinando as situações em que "se encontram as seguradoras no país", e destaca que a produção de prêmios de seguro está concentrada em reduzido número de empresas de grande porte, ligadas a conglomerados financeiros ou industriais, exemplificando: Itaú-SP, Bradesco-RJ, Sul-América e vários outros, para afinal concluir, no essencial, de modo opinativo, nestes termos:

"A nosso ver, portanto, a expansão do mercado não depende somente do número de seguradoras atuantes, como pretende o postulante, mas da própria situação econômico-financeira do país e da adoção de medidas que viabilizem o maior dinamismo daquelas já existentes, em número de 94, suficiente, a nosso ver, para atender à demanda e à possibilidade de crescimento do mercado.

Em face do exposto, manifestamos nossa opinião contrária ao deferimento do pedido, submetendo o assunto à consideração de V. Exa., que melhor decidirá a respeito" (fls. 104).

O Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, na qualidade de presidente do Conselho Nacional de Seguros Privados, entendeu ser inoportuna e inconveniente a concessão de autorização para o funcionamento de novas sociedades seguradoras, o que ensejou o indeferimento do pedido de funcionamento (autorização) da sociedade "Gente Seguradora S.A."

É justamente contra esse ato que se insurgem os impetrantes, acoimando-o de ilegal e arbitrário, valendo-se para tanto dos argumentos expostos na exordial, dos quais destaco:

"Ao ser protocolizado o pedido de funcionamento, em abril de 1983 (Documento nº 5), vigia, por conseguinte, a política de abertura à iniciativa e concorrência das empresas privadas, consagrada constitucionalmente. Prevalecia como diretriz fundamental a disputa do mercado, com o trabalho e o capital daqueles que comprovassem, à luz dos critérios editados, capacidade empresarial, idoneidade gerencial e demais requisitos enunciados.

Os autores habilitaram-se sob essa égide constitucional e satisfizeram a todas as exigências postas pelo órgão competente, de acordo com o art. 32, I e XI do Decreto-lei nº 73/66. Não podia, *data venia*, o Sr. Superintendente da Susep 'inventar' critério, quando sua apreciação de conveniência e oportunidade subordinava-se à 'política de seguros privados ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados' (art. 43, alínea *a*, do regulamento). E essa 'política', à míngua de prévia resolução normativa em contrário, tornara ao leito normal de abertura do mercado ao estímulo da concorrência. Por outro lado, o mesmo conselho não possuía poder de livre-arbítrio para decidir so-

licitações específicas, vinculado que estava, legalmente, às 'diretrizes e normas' por que devia também reger-se. Cessada a 'política de fechamento', sua decisão tinha de ater-se aos 'critérios de constituição estabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados', e esses os impetrantes preencheram-no às completas.

Em verdade, o ato colegial pretendeu reinstalar, sub-repticiamente, a política de suspensão que durou 12 anos. Fê-lo com infringência manifesta do art. 6º do Decreto-lei nº 1.115, de 1970, que só permite essa providência mediante três requisitos:

a) competência exclusiva do ministro de Estado, e não do Conselho Nacional de Seguros Privados;

b) ato geral, de natureza normativa, e não por decisão casuísta;

c) fixação de prazo de vigência da medida restritiva, e não por um indefinido termo 'no momento' (Documento nº 2)" (fls. 27-8).

Não há negar que o ato de autorização para funcionamento de sociedades seguradoras está vinculado a critérios definidos em regulamento — assim o quis o legislador. Segue-se que o ato que nega a autorização de funcionamento, sem motivação, é inválido. A simples referência a expressões genéricas, como conveniência e oportunidade, é mero circunlóquio que não serve para motivar o ato de que se cuida. A motivação exige que se estabeleça, que se demonstre a relação efetiva de causa e conseqüências entre a situação de fato e a determinação do direito, numa ordenação de vigência.

Convém destacar-se a precisa observação da inicial:

"O legislador do Decreto-lei nº 73/66 abominou o casuísmo nessa área sensível de interesses econômicos, em que as empresas privadas dependem de uma autorização do Estado para exercitar o direito de explorar o mercado segurador. Daí o empenho de instituir em letra de lei o princípio ético de os pedidos serem apreciados em função de 'diretrizes e normas' conhecidas antecipadamente de todos. Essa 'política', que constitui 'as regras do jogo' em linguagem livre, objetiva resguardar a administração pública e os administradores dos desvios de uma economia cartorial sem rumos predefinidos, sujeita aos riscos de particularismos personalistas, e influências do dia e, até, aos humores da burocracia" (fls. 18).

O Prof. Cretella Júnior (*Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, p. 42), distingue o vocábulo "mérito", no direito processual civil e no direito administrativo, ensinando que, no primeiro, significa a mera substância do litígio e, no segundo, relaciona-se com a oportunidade e conveniência da medida a ser editada. E, afinal, pontifica: "O mérito não é requisito essencial do ato administrativo. No entanto, o administrador sempre se baliza pela oportunidade ou pela conveniência da medida, de modo que é necessário que se analise o mérito apenas para saber a razão da medida, mas isso não dá possibilidade ao administrador, cujos interesses foram contrariados por motivos de mérito, de promover o desfazimento desse ato pelo Poder Judiciário."

No caso concreto, o desfazimento do ato administrativo de S. Exª, o ministro de Estado da Fazenda, no meu sentir, é imperativo, eis que o ato em apreço desafia a legislação que rege o assunto.

O pedido dos impetrantes tem respaldo no art. 36, do Decreto-lei nº 73/66, transcrito às fls. 2, que define a competência da Susep, no procedimento relativo às sociedades seguradoras, com o encaminhamento do processo ao Conselho Nacional de Seguros Privados.

Esse órgão — Susep — tem poder opinativo e o pedido atendeu a todos os pressupostos para que o Conselho Nacional de Seguros Privados concedesse a autorização ao funcionamento da sociedade, o que não foi feito dado o parecer contrário do superintendente da Susep, catalisador do ato indeferitório do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda, sob o esdrúxulo fundamento da "inconveniência e inoportunidade" para o funcionamento da "Gente Seguradora S.A.".

O ato de autorização ou indeferimento, deve ser editado dentro dos limites do direito posto.

Desde que reúna certos requisitos, previamente estabelecidos em lei, desaparece para a administração a possibilidade de escolha. Sua conduta, *in casu*, é regida, vinculada, predeterminada.

Veja-se, por outro lado, que S. Exa., o Ministro da Fazenda, ao conceder — julgando legal, portanto — a autorização para operar à Seguradora Brasileiro-Iraquiana e, negando à Gente Seguradora S.A. (dos impetrantes), usou procedimento duvidoso, censurável sob o crivo da legalidade.

Estou em que razão assiste aos impetrantes.

Se não bastasse o fiel cumprimento das normas prescritas na legislação específica, pelos impetrantes, para a autorização do fundamento da "Gente Seguradora S.A.", viria em reforço à pretensão o tratamento dado à Seguradora Brasileiro-Iraquiana.

Ademais, vale acentuar o benefício regional que trará o funcionamento da sociedade em epígrafe — destinada ao ramo de seguros — dado o volume de capital e mão-de-obra que certamente serão movimentados.

Isto posto, forçoso é reconhecer a invalidade do ato, dispensando-me, para fazê-lo, de outras considerações.

Nessa linha de idéias, peço vênia ao eminente ministro relator para, dissentindo do seu voto, conceder a segurança, nos termos do pedido.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, a matéria acha-se bem esclarecida diante do douto voto proferido pelo eminente ministro relator e, ainda, do douto voto proferido pelo eminente Ministro Pedro Acioli. Ademais, brilhante sustentação oral foi produzida pelo eminente advogado dos impetrantes, que, também, fez distribuir excelentes memoriais.

Diante desse contexto, irei, de logo, prolatar o meu voto quanto, se outras fossem as circunstâncias, melhor seria que pedisse vista dos autos, por ter de me pronunciar logo após dois votos divergentes.

Insurgem-se os impetrantes contra ato do Conselho Nacional de Seguros Privados, que, em sessão de 25 de outubro de 1983, indeferiu o pedido de autorização à sociedade anônima "Gente Seguradora S.A.", para funcionar como empresa de seguro.

Convenci-me, diante dos fatos aqui controvertidos, de que, no caso, estamos diante de um ato arbitrário, violador de direito subjetivo dos impetrantes, e não em face de um ato discricionário.

Na verdade, o Conselho impetrado tem o poder discricionário de estabelecer os critérios da política de seguros privados. É o que decorre do Decreto-lei nº 73/66, art. 32, incisos I e II, ensejo em que o referido Conselho atua tendo em conta os aspectos de conveniência e de oportunidade.

Todavia, quando decide sobre os pedidos de autorização, organização e funcionamento das sociedades seguradoras, age no exercício de poder vinculado, e mais, vinculado às diretrizes por ele próprio traçadas.

Com efeito, cabe-lhe examinar tais pedidos após o seu processamento pela Susep, que é o órgão executor da política no setor (Decreto-lei nº 73/66, art. 32, inciso I), devendo deferi-los ou indeferi-los de maneira fundamentada, por se tratar de ato vinculado.

Tais distinções acerca da atuação normativa ou executiva do Conselho são tão claras que, segundo seu Regimento Interno, devem consubstanciar-se, no primeiro caso, em resolução, e, no outro caso, em ato (Regimento Interno do Conselho, art. 27, parágrafo único).

E o que ocorreu na espécie? A decisão denegatória, além de não consubstanciar-se em ato (consta apenas da ata da reunião do Conselho), tal qual previsto na citada norma regimental, está desprovida de qualquer fundamentação.

Desse deslize, da falta de fundamentação, deu conta a própria Procuradoria da Fazenda Nacional. Tanto assim que, meses

após a impetração, já conhecendo a fundamentação desta, recomendou ao Conselho que fosse baixado o indispensável ato, o que, aliás, se verificou. Tal procedimento, contudo, no meu entender, longe de afastar, vem apenas corroborar a conclusão no sentido da arbitrariedade do ato malsinado nesta impetração.

Ademais, é impressionante a contradição em que que incidiu o Conselho impetrado: nega autorização para funcionar a sociedade brasileira e concede tal direito a grupo estrangeiro, sob a invocação de acordo internacional, sem que exista acordo firmado, a propósito, segundo rito constitucional, entre o Brasil e o Iraque.

Diz a Constituição, no seu art. 81, inciso X, que é da competência privativa do presidente da República, e não do ministro da Fazenda, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional.

Portanto, não podemos aceitar o argumento de que a concessão feita à seguradora alienígena o teria sido em cumprimento de acordo internacional. Que acordo é esse? Acordo feito pelo Sr. Ministro da Fazenda? Isso não se compadece com o nosso texto constitucional.

Se se trata de algum acordo efetivado, tendo em vista aspectos negociais, obviamente que esse acordo há de adstringir-se às regras gerais, previstas também no próprio texto constitucional, ao tratar dos direitos e garantias individuais, segundo o qual não se pode distinguir entre brasileiros e estrangeiros, no tocante ao exercício dos direitos privados.

Nesse contexto, pareceu-me contraditório o voto do ilustre relator, quando afirma que não cabe ao Judiciário examinar os aspectos de conveniência e oportunidade quanto à prática dos atos administrativos, e, a seguir, com base nas informações, passa a examinar os aspectos que informaram o deferimento do pedido de funcionamento da empresa alienígena.

De fato, não cabe ao Poder Judiciário examinar os aspectos de conveniência e de oportunidade dos atos administrativos, mas cabe-lhe examinar a sua legalidade, legalidade essa que assume controle mais amplo quanto aos atos administrativos vinculados, quando se lhe abre ensejo para o exame da sua motivação, que no caso é inexistente.

Atendidas, pois, na espécie, todas as exigências para a sociedade funcionar no país, segundo expressamente reconhecido pela Susep, o indeferimento do pedido dos impetrantes, através de ato praticado sem a forma legal e desprovido de fundamentação, constitui arbítrio violador de direito subjetivo que, na espécie, mais se aflora, se analisado à vista dos princípios constitucionais da livre iniciativa, do acesso à concorrência e da expansão de oportunidades de emprego produtivo (Constituição, art. 160, incisos I, V e VI).

Isto posto, com a devida vênia ao eminente relator, também concedo a segurança, na linha do douto voto aqui proferido pelo eminente Ministro Pedro Acioli.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente, havia eu, na sessão primeira desse julgamento, após ler o memorial, ouvir o relatório, as sustentações orais e o voto proferido pelo eminente ministro relator, escrito o meu voto. Vejo que, hoje, após os eruditos pronunciamentos dos Srs. Ministros Pedro Acioli e Pádua Ribeiro, nada tenho a acrescentar às notas que escrevera.

A impetrante teve recusado o pedido para operar por *"ser inoportuna e inconveniente no momento a concessão de autorização para o funcionamento de novas sociedades seguradoras"*, embora em data posterior tenha sido concedida autorização à "Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A."

Todas as operações de seguros privados realizadas no país subordinam-se ao que dispõe o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, regulamentado através do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, eis que o Decreto-lei nº 1.115, de 24 de

julho de 1970 tratou de estimular as fusões e as incorporações de seguradoras, por prazo definido.

A política de seguros privados objetivará:

I — promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do país;

II — evitar evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio de negócios com o exterior;

III — firmar o princípio da reciprocidade em operações de seguros, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras a igualdade de condições no país de origem;

IV — promover o aperfeiçoamento das sociedades seguradoras;

V — preservar a liquidez e a solvência das sociedades seguradoras;

VI — coordenar a política de seguros com a política de investimentos do Governo Federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal.

Foi criada, então, a Superintendência de Seguros Privados (Susep) para executar a política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), na qualidade de *"órgão fiscalizador da constituição, organização e funcionamento e operações das sociedades seguradoras"* (art. 36).

Conferindo-se o disposto no art. 32 do Decreto-lei nº 73 e o art. 21 e incisos do Decreto nº 60.459, verifica-se que ao Conselho Nacional de Seguros Privados compete:

I — flxar as diretrizes e normas da política de seguros privados, tendo em conta as condições do mercado nacional de seguros;

(...)

VII — regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas ao Decreto-lei nº 73/66;

(...)

XIII — prescrever os critérios de constituição das sociedades seguradoras, com fixação dos limites técnicos das operações de seguros;

(...)

XIX — baixar resoluções, nos casos de suas atribuições específicas, a serem observadas pelos integrantes do Sistema Nacional de Seguros Privados.

À sua vez, o Decreto nº 61.589, de 23 de outubro de 1967, insiste:

"Art. 6º A constituição, organização, funcionamento e fiscalização das sociedades seguradoras obedecerão às disposições da legislação aplicável e às condições estabelecidas pelo CNSP e pela Susep."

Tem-se, então, que ao CNSP foi conferida liberdade para formular a política de seguros privados, mas a execução da mesma política sai do campo da discricionariedade para cingir-se às normas previamente estabelecidas, seja no Decreto-lei nº 73/66, seja no regulamento ou nas resoluções baixados.

Do contrário, as autorizações decorrentes do disposto no art. 74 do Decreto-lei nº 73/66 ficariam ao gosto ou ao interesse de pessoas da Susep ou do CNSP.

De modo que, se o CNSP não traçou as "diretrizes e normas da política de seguros privados" como era do seu dever e de sua competência, a autorização submete-se ao que está expresso no regulamento, assim enunciado:

"Art. 42. A autorização para funcionamento será concedida através de portaria do ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da Susep.

Parágrafo único. O pedido será instruído com a prova de regularidade de constituição da sociedade, do depósito no Banco do Brasil da parte já realizada do capital e exemplar do estatuto.

Art. 43. O pedido de autorização para funcionamento será encaminhado à apreciação do Conselho Nacional de Seguros Privados pela Susep, que opinará sobre:

a) a conveniência e oportunidade da autorização, em face da política de seguros

ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados;

b) a saturação e possibilidades do mercado segurador nacional;

c) a regularidade da constituição da sociedade;

d) probabilidade de êxito de suas operações;

e) regime administrativo;

f) inconveniências, omissões e irregularidades encontradas na constituição, nos estatutos ou planos de operações."

De sorte que a conveniência e a oportunidade não se subordinam ao "momento", ao sabor de *A* ou de *B*, porém à "política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados".

Quer dizer, o motivo e a finalidade do ato administrativo de autorizar ou negar, aí esbarram.

O alegado poder discricionário tem-se de conter na vontade da lei, ficando dentro dos limites de opção que a norma faculta.

A autorização para portar arma, por exemplo, concede certa margem de discricionariedade ao Poder Público. Se o particular a requer, a administração a deferirá ou não, pois a lei não a obriga concedê-la. Verifica se convém ou não, no caso concreto, atender o pedido.

A propósito, leio ensinamentos encontrados em Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.'

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em conseqüência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever) cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto" (*Elementos de direito administrativo*, 1. ed. 2.ª tiragem, p. 63).

Amilcar de Araújo Falcão adianta:

"Importa acentuar que o poder discricionário conferido à administração pública não se confunde com o arbítrio, encontrando limites na ordem jurídica.

Uma dessas limitações diz respeito à competência, de modo que só dispõe do poder discricionário o órgão ao qual foi dada atribuição para a prática do ato de que se trate.

A outra limitação é constituída pela proibição do excesso ou desvio de poder, que consiste na utilização da discriminação para fins não coincidentes com aqueles que constituem a causa da atividade administrativa, isto é, com fins que digam respeito não ao interesse público ou à utilidade pública, mas a propósitos de caráter pessoal ou a caprichos do titular do órgão; se ocorrer esse desvio na prática do ato, embora a administração pública disponha de um poder discricionário e, assim, possa adotar uma deliberação livre, o ato será nulo, porque não se destinou a ele à concretização de um objetivo que é comum a todos os atos administrativos, qual a finalidade de interesse, necessidade ou utilidade pública" (*Introdução ao direito administrativo*, p. 49).

Marcelo Caetano leciona:

"O poder é vinculado na medida em que o seu exercício está regulado por lei.

O poder será discricionário quando seu exercício fique entregue ao critério do respectivo titular, deixando-lhe liberdade de escolha do procedimento a adotar em cada caso como mais ajustado à realização do interesse público protegido pela norma que o confere.

É como se tivéssemos de enviar uma carta a certo destino, confiando-a a um mensagei-

ro: poderemos fixar a este rigidamente o itinerário a seguir, vinculando-o às ordens dadas, ou então deixar-lhe liberdade de ado tar aquele dos caminhos que lhe parecer mais curto, mais seguro, mais conveniente, porque o importante é que a carta chegue.

No primeiro caso, cumprida a missão, quem a ordenou pode preocupar-se em saber se o itinerário marcado foi seguido, ou não. No segundo, isso não importa, o que interessa é saber se a carta chegou nas melhores condições às mãos do destinatário: o fim prevalece sobre os meios usados.

O poder vinculado, sendo exercido quando a lei impõe ou nos termos que ela dispõe, entende-se que o é sempre na ocasião oportuna e por modo a atingir os fins para que foi conferido. Só se a lei não for respeitada a função deixa de ser desempenhada.

Quanto ao poder discricionário, a liberdade dada por lei para num e noutro aspecto do seu exercício o respectivo titular agir segundo seu critério não lhe tira o caráter funcional. Embora quem o exerce seja o único juiz da oportunidade e da conveniência de exercê-lo, deve ser exercido sempre que assim o exijam os interesses servidos e para o fim que eles imponham.

A discricionariedade de certos poderes conferidos por lei aos órgãos da administração traduz o reconhecimento pelo legislador da impossibilidade de prever na norma toda a riqueza e variedade das circunstâncias em que o órgão pode ser chamado a intervir e as soluções mais convenientes consoante os casos. O legislador deixa, pois, em maior ou menor grau, a quem tiver de aplicar a lei, liberdade para encontrar a melhor solução para cada caso concreto, considerando legal a essa solução desde que preencha o fim de interesse público que se pretende realizar" (*Princípios fundamentais de direito administrativo*, p. 141/2).

No caso concreto, a autoridade disse que não convinha "no momento" a autorização. Contudo, não esclareceu porque não convinha autorizar, embora estivesse subordinada ao comando do art. 43, *a*, do regulamento, a dizer: à *política* de seguros *ditada* pelo Conselho Nacional de Seguros Privados.

Afirmou-se que assim procedeu considerando o interesse público.

Porém, é como observa Miguel Reale: "todo ato administrativo possui como fundamento o interesse público, a utilidade social que a lei consagra e reclama, realizando fins que se contenham na lei ou que com ela se harmonizem" (*Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 43).

O arbítrio do ato impugnado foi tal que, agora nas informações, procura a autoridade justificar-se falando em interesse público, na necessidade de limitar o número de seguradoras, de autorizar quem tem capital elevado.

Ora, nada disso está na lei e nem por ela deixado à discricionariedade da autoridade.

A meu ver, por ser uma empresa de pequeno porte e de âmbito regional isso não é motivo para ser proibida de funcionar pois, quase sempre, de empreendimentos assim modestos nascem os grandes e fortes conglomerados. Importava examinar, na época, se preenchia os requisitos ojetivamente postos no decreto-lei, no regulamento ou em resolução preexistente. E isto ocorreu tanto que o órgão próprio da Susep concluiu informando que o pedido foi apresentado corretamente e de acordo com o Decreto-lei nº 73/66, art. 74 e Decreto nº 60.459/67.

Pelo visto, o poder discricionário tem-se de conter na vontade da lei, isto é, ficar dentro dos limites de opção que a norma faculta. No caso, a conveniência e a oportunidade ficaram sem um prévio disciplinamento, valendo para a impetrante um modo de posicionar-se e, aseguir, outro e bem diverso, para outra entidade. Assim, não me parece ter havido adequação do fato à hipótese normativa, uma vez que a política de seguros de competência do Conselho Nacional de Seguros Privados, como se viu, não fixou previamente em que se assenta a conveniência e a oportunidade, falando que, no momento, é inoportuna a autorização, esse critério não tem apoio no sistema

legal pertinente ao assunto. Portanto, o ato desveste-se de fundamentação.

De conseguinte, a autoridade agiu com abuso de poder.

Concedo, pois, *o writ, data venia.*

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Sr. Presidente, com a devida vênia, acompanho o eminente Ministro Pedro Acioli, concedendo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Thibau: A concessão de autorização para o funcionamento da seguradora constituir-se-ia imperativo para o poder público, em face do tempo do verbo existente no art. 74 do Decreto-lei nº 73, não fosse o art. 43, *a*, que mitigou tal imposição, ao estabelecer que essa autorização será deferida tendo em vista suas conveniência e oportunidade, em razão da política de seguros ditada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, segundo parâmetros estabelecidos pelo art. 36 do mesmo diploma.

Trata-se, pois, tal concessão, de ato administrativo, que poderá ser baixado com certa margem de discricionariedade pelo Poder Público, porém sempre tendo em vista diretrizes normativas segundo a política, predeterminada, e impessoal, estabelecida pelo Conselho Nacional de Seguros Privados para atender aos objetivos enunciados pela lei.

Ocorre, no entanto, que os impetrantes demonstraram que, formalmente, o seu pedido de autorização estava correto, tanto é que a própria Susep assim o considerou.

E demonstraram, também, os impetrantes que, enquanto o Conselho Nacional de Seguros Privados indeferiu o seu pedido, deferiu igual pretensão à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., para operar no ramo de seguros privados em âmbito internacional e nacional.

A tal conclusão cheguei pelo esclarecimento prestado pelo ministro da Fazenda, quando considerou a empresa multinacional em condições de atuar em operações simplesmente internas, no país.

O tratamento desigual dispensado a pretensões de idêntico teor, formuladas praticamente na mesma época, deixa à mostra a arbitrariedade do comportamento ora impugnado, posto que, a meu ver, não há motivo de conveniência e oportunidade que justifique a autorização para que uma empresa seguradora multinacional opere no Brasil e que, ao mesmo tempo, sirva de base ao indeferimento a uma empresa brasileira, em *graciosa amplianda, odiosa restringenda,* tanto mais que o acordo entre os Governos brasileiro e iraquiano não foi consagrado em trato formal aprovado pelo Congresso Nacional, não sendo, pois, oponível à nação.

Os dois atos são discrepantes, foram praticados *intuitu personae* e não em função de qualquer política de seguros.

Mas a empatia pessoal não pode ser fundamento ou parâmetro para o ato administrativo, mesmo sendo ele discricionário.

De modo que não me parece que o ilustre relator esteja com a razão, ao entender que os impetrantes pretendam que o tribunal se substitua ao Conselho Nacional de Seguros Privados para aferir da conveniência e da oportunidade da concessão da autorização, pois ficou patente que a negativa não teve por motivo qualquer política e sim critérios subjetivos de preferência de uma empresa em detrimento de outra.

O ilustre relator, ao denegar a segurança, é que adentrou em considerações de conveniência e oportunidade para justificar a autorização concedida à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A., questão que, *data venia,* não é objeto do pedido, senão o tratamento desigual que as duas empresas mereceram por parte do Impetrado.

E isso está sujeito ao controle do Judiciário, pois se trata de puro arbítrio, de inconfessável desvio de poder, mascarado sob razões de Estado, que fere direito líquido e certo dos impetrantes e, pior que isso, afronta os princípios constitucionais de isonomia e de liberdade de iniciativa.

Pelo exposto, concedo a ordem, *data venia* do ilustre relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Madeira: Na ata da reunião do Conselho Nacional de Seguros Privados, em que foi apreciada a pretensão dos impetrantes, registrou-se o seguinte:

"Com a presença do ministro, a matéria foi novamente discutida. Colocada em votação, o Conselho aprovou o voto do Sr. Superintendente da Susep, negando a carta-patente solicitada, por considerar inoportuna e inconveniente, no momento, a concessão de autorização para funcionamento de novas seguradoras."

A ausência de ato que especifique tal deliberação, deixa em branco as razões de inoportunidade e inconveniência, que levaram o Conselho a indeferir a autorização a novas seguradoras. Ao que se deduz da impetração, a razão da decisão seria a de que o número de seguradoras existentes no país desaconselharia a autorização de mais uma.

O Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, atribui à Superintendência de Seguros Privados competência para processar os pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao Conselho Naciona de Seguros Privados (art. 36, alínea *a*). A autorização será concedida pelo ministro de Estado, mediante requerimento dirigido ao Conselho Nacional de Seguros Privados, apresentado por intermédio daquela superintendência (art. 74).

Tanto significa que o pedido de autorização de constituição de nova seguradora é primeiramente submetido a exame e parecer da Superintendência, cabendo ao Conselho decidir quanto ao seu deferimento. Só após essa decisão, será baixado o ato ministerial concessivo ou não da autorização.

O ato ministerial é, portanto, vinculado à decisão do Conselho. Esta se concretiza naquela.

Tais considerações demonstram o vício de forma da decisão ora impugnada, pois os impetrantes informam que não houve ato ou resolução do Conselho sobre o pedido de autorização. O que o órgão colegiado decidiu constitui apenas uma deliberação, que deveria ser concretizada em ato ou resolução, para ter eficácia de ato administrativo formalmente perfeito.

De qualquer sorte, os impetrantes se irresignaram com a própria deliberação do Conselho, dando-lhe por via da oposição, aquela eficácia.

Superado o aspecto do vício de forma, cumpre examinar se cabe o exame da legalidade do ato. Entende o eminente ministro relator ser descabido tal exame, por se tratar de ato emanado do poder discricionário da administração.

Mas é de se considerar que o art. 21 do Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, que regulamentou o Decreto-lei nº 73, de 1966, dispõe, em seu inciso I, que compete privativamente ao Conselho Nacional de Seguros Privados "fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados, tendo em conta as condições do mercado nacional de seguros". Tal disposição importa, sem dúvida, no estabelecimento prévio de uma limitação ao juízo de conveniência e oportunidade, em que se funda o poder discricionário. Se a lei determina que se fixe uma política de seguros que leve em conta as condições do mercado, estabelece, evidentemente, um parâmetro, um modelo, uma prévia conformação às decisões administrativas sobre seguradoras. A negativa ao pedido de autorização só tem, então, validade, se demonstrado que as condições do mercado de seguros não comportam o deferimento, segundo a política adotada.

A definição do poder discricionário como o direito concedido à administração, de modo explícito ou implícito, para a prática

de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, não conduz, necessariamente, à noção da discricionariedade absoluta. O próprio Hely Lopes Meirelles adianta que "a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado" (*Direito administrativo brasileiro*, 9.ª ed. p. 80).

Marcel Waline leciona que "a l'ancienne notion d'acte discrétionnaire, s'est donc substituée celle d'un certain pouvoir discrétionnaire qui existe dans chaque cas, sauf dans celui de compétence liée, mais qui existe à des doses qui varient d'un cas à l'autre suivant que la loi a mis des bornes plus ou moins étroites à lá liberté d'option de l'administrateur" (*Traité de droit administratif*, 9ª ed .p. 451). O ilustre professor observa ainda que, se a lei diz que a administração poderá, em caso de necessidade, tomar tal ou qual medida, a necessidade torna-se uma condição de legalidade da medida, arrematando: "Celle-ci est une appréciation d'opportunité, carce qui est nécessaire est. *a fortiori* opportun" (op. cit. p. 478).

O ato discricionário pode, portanto, ser submetido ao juízo de legalidade, não só quanto à competência, à forma e à sua finalidade, mas também quando a esse juízo interessa a conveniência ou oportunidade, ou quando a lei condiciona o administrador a que só pratique o ato segundo condições externas a ele.

Talvez a síntese da questão, em direito administrativo, se encontre no manual de Bartolomé Fiorini, quando afirma que "la discricionaridad se presenta como atribuición inherente a lo poder administrador para crear un acto o una norma, eligiendo y juzgando los motivos creadores, quando éstos no aparecen establecidos en norma particular. Toda la actividad discricional se desenvuelve en un proceso de razonabilidad para el juizio de los motivos y la voluntad creadora do acto o norma". E adiante: Cuando la norma general o particular establece todos los preceptos que determinan la creación de un acto, el poder administrador aplica directamente los hechos o antecedentes que lo presupuestan; cuando esto no se ha establecido el poder administrador deverá previamente eligir y determinar los hechos que causan el acto. En uno, el acto se encuentra predeterminado, en el otro está indeterminado" Fiorini, Bartolomé, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1 p. 243).

Quando o ato discricionário tem como condicionante uma norma indeterminada, como a ditada pelo inciso I do art. 21 do Decreto nº 60.459, de 1967, ou seja, as diretrizes e normas da política de seguros privados, levadas em conta as condições do mercado nacional de seguros, não pode ser praticado segundo o mero juízo de conveniência e oportunidade, sem explicitar quais as condições do mercado, que suportam o ato.

E isto porque a atribuição conferida ao ministro de Estado, pelo art. 6º do Decreto-lei nº 1.115, de 1970, de suspender a concessão de autorização para funcionamento de sociedades seguradoras foi prorrogada somente até julho de 1982, não sendo, desde então, vedado o pedido de novas autorizações. Aberto o mercado, a denegação de qualquer autorização só pode ser válida se contiver a sua exata razão, ou seja, a de ser incomportável uma nova seguradora, em face das condições do mercado.

A ausência dessa justificação, sob a vaga alegação de inconveniência e inoportunidade, torna a decisão do Conselho viciada, passível de anulação, tanto mais porque, na mesma época, excepcionando o princípio de legalidade, foi dada autorização a empresa estrangeira para funcionar no país. Não importa, no caso, que a exceção decorra de acordo do nosso país com o país estrangeiro. O que tem reelvo é que, se a autorização à Seguradora Brasileiro-Iraquiana S.A. foi dada com o mercado ainda fechado, isto é, no prazo de suspensão de novas autorizações — como se houvesse reserva de mer-

cado para casos excepcionais —, criando-se um precedente, com declarada absorção de boa parcela desse mercado segurador, não é justo negar-se a um grupo nacional a mesma autorização, já não em caráter excepcional, mas absolutamente normal, pois desde que reaberto o mercado, a iniciativa privada se encontra, no setor, no pleno gozo das garantias contidas no art. 170 da Constituição.

Com estas considerações, concedo o mandado de segurança, *data venia* do ilustre ministro relator.

VOTO (VISTA)

O *Sr. Ministro Gueiros Leite*: Os impetrantes organizaram uma sociedade anônima para operar em seguros, nos ramos elementares e cujos atos constitutivos não conseguiram registrar por falta de autorização do Conselho Nacional de Seguros Privados, atualmente presidido pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

A falta de autorização está sendo agora objeto de impugnação sob a pecha de ilegal, arbitrária e abusiva, porque o pedido dos impetrantes foi apresentado de forma correta e de acordo com o disposto no art. 74, do Decreto-lei nº 73/66, conforme consta de parecer da Susep, órgão competente para processar os pedidos de autorização para constituírem-se, organizarem-se e fazerem-se funcionar sociedades seguradoras, sendo esta a sua atribuição precípua, embora também opine *ad referendum* do Conselho Nacional de Seguros Privados (Decreto-lei nº 53/68, art. 37, letra *a*).

Discrepando do parecer da Susep, o seu próprio superintendente opinou contrariamente à concessão da autorização pleiteada, porque seria mais uma empresa a acrescentar o número já grande das congêneres existentes no país. Com base nesse parecer e sendo o mesmo parecerista também relator do processo no Conselho, houve este por bem negar a carta-patente, por considerar inoportunas e inconvenientes novas autorizações.

Acho, primeiramente, que está havendo desentrosamento entre os dois órgãos máximos do sistema securitário nacional, que são a Susep e o Conselho Nacional de Seguros Privados, porque o primeiro foi favorável ao funcionamento da empresa impetrante e o segundo não. O desentrosamento é preocupante porque a Susep opina *tecnicamente*, objetivamente, como faria um perito de confiança do juízo, enquanto o Conselho Nacional de Seguros Privados deve julgar com base nos elementos que lhe sejam fornecidos no processo, sem afastar-se da realidade dos fatos e lançar juízo subjetivo desmoralizante da fase instrutória e também conclusiva que a lei prevê.

A Susep existe para o que dispõe o art. 36 do Decreto-lei nº 73/66, *verbis*:

"Art. 36. Compete à Susep, na qualidade de executora da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento, e operações das sociedades seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para a constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das sociedades seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao Conselho Nacional de Seguros Privados (*omissis*)."

Ora, com esse poder a Susep foi além da objetividade que lhe é exigida. E como *executora* da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, além de *processar* o pedido dos impetrantes, *opinou* no sentido de não haver constatado, no momento, nenhum ato que proibisse a constituição de novas seguradoras, a não ser o poder de concessão que cabe ao Governo. Esse poder atribuído ao Governo é apenas *sancionador*, vinculado às diretivas da Susep e do Conselho Nacional de Seguros Privados.

É ler-se, igualmente, o art. 74, do Decreto-lei nº 73/66, *verbis*:

"Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de portaria do

ministro da Fazenda, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao Conselho Nacional de Seguros Privados e apresentado por intermédio da Susep."

Ora, se tudo está em ordem, esse sancionamento governamental é vinculado (repita-se) às diretivas da Susep e do Conselho, cabendo a este "fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados" (art. 32, I, Decreto-lei nº 73/66). Mas o Governo não poderá tomar conhecimento do processo se o Conselho simplesmente disser *não pode* ou *não deve*.

Aí é que está o fulcro da causa. Abandona-se tudo o que foi regularmente feito e aprovado e fica-se na dependência, pura e simples, de alguns, porque nem todos negaram o pedido da impetrante. A decisão foi por maioria. Dir-se-á, todavia, que o defeito estaria na lei. Mas logo vem em socorro dos pequenos concorrentes a palavra cautelosa e prudente de um dos votantes, aliás vencido, o Conselheiro Daniel Monteiro, quando suscitou importantíssima questão preliminar, sequer votada: impõe-se a *preexistência* de norma regulamentadora da política do CNSP em matéria de autorização de funcionamento de novas seguradoras, sob pena de estarmos sempre às voltas com uma política variável, insegura e quase sempre *criada ex post facto*.

Isso é contra os princípios.

Não teria sentido, realmente, que a lei erigisse todo um complexo sistema disciplinador para a constituição de empresas seguradoras e após o reconhecimento oficial de estarem preenchidas as condições personalíssimas, tudo se tornasse inócuo e na dependência de mero capricho do aplicador. As normas gerais de uma política administrativa, que competem ao Conselho Nacional de Seguros Privados (art. 32, XI), dizem respeito aos elementos orgânicos da pessoa jurídica. Evidenciada a viabilidade à luz de tais requisitos, a capacitação para o exercício da atividade econômica, ou o funcionamento, é imanente. A lei não faz obra frivola ao criar um órgão e incumbi-lo, especificamente, de anunciar os critérios que ensejem aos interessados concorrer à sua verificação, para no fim negar-lhes eficácia (*Memorial*, p. 6).

A margem de discricionariedade foi reservada ao Conselho Nacional de Seguros Privados para fixar a política de seguros através de norma geral, prévia e impessoal. Fixada esta, a apreciação do pedido, mesmo sob o ângulo da conveniência e da oportunidade, há de se fazer à luz de uma política previamente traçada. Ora, o mesmo superintendente da Susep, em ofício ao ministro da Fazenda, procurando justificar sua posição contrária ao pedido da impetrante, admitiu que o fazia à margem de qualquer diretriz ou norma prévia do CNPS sobre pedidos de autorização, desconhecendo até mesmo as diretrizes e normas de capital mínimo, tipos de operação e áreas de atuação geográfica, constantes da Resolução CNSP nº 9/81.

O CNSP é órgão normativo, mas como órgão executório, também, deve obediência às normas gerais e impessoais que ele próprio traçar, mas previamente (repita-se), ao apreciar cada caso concreto.

Meirelles fecha com chave de ouro:

"Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que *ato discricionário* não se confunde com *ato arbitrário*. Discrição e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido" (*Direito administrativo brasileiro*, 10. ed. p. 126).

Ante o exposto concedo a ordem, *data venia*.

É como voto.

Voto

O *Sr. Ministro Washington Bolívar*: Sr. Presidente, procurarei ser breve, tendo em vista a manifestação dos eminentes colegas que me antecederam, já que a matéria está plenamente esclarecida. Mas acho que devo

dar as razões, ainda que sucintamente, do meu convencimento.

Li, com especial atenção, os memoriais que foram distribuídos pelos eminentes advogados, um dos quais já ilustrou esta Casa e o outro, os altos escalões da República, na área do Executivo, chefiando o Ministério Público Federal.

Ouvi a sustentação do eminente Ministro Advogado Paulo Távora e, naquela oportunidade, fiz algumas breves anotações.

Nem vou me reportar a elas, tal o esclarecimento de que todos já estamos possuídos, a esta altura do julgamento. Todavia, como disse, penso que devo deixar expresso o motivo do meu convencimento, pois o de que se está tratando aqui é, precisamente, de um vício do ato administrativo, em razão do motivo e por desvio de sua finalidade.

Como todos sabemos, os atos jurídicos, em geral, exigem sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei; os atos administrativos, além disso, exigem o motivo e o fim. O motivo é a situação jurídica, em razão da qual o ato foi praticado; e o fim, como sabemos, é o resultado, é o efeito que a administração quer atingir. Por suposto, todos esses elementos que devam integrar o ato administrativo devem ter, por suporte, a presunção legal do seu acerto, do interesse público que lhes deva nortear.

Conhece, todavia, o direito administrativo e já sobre ele falaram, com muito brilho, os demais colegas que me antecederam — um dos vícios referentes ao fim: no caso, o desvio de poder.

Pelo que entendi de tudo quanto se discutiu aqui, havia uma política do Governo, que se prolongou por um certo número de anos, no sentido da incorporação e da fusão das sociedades de seguro. Durante largo tempo, essa era a motivação que levava a impedir a concessão ou a autorização a outras empresas.

Posteriormente, porém, deliberou o Governo, dentro da sua política referente aos seguros, que já não haveria mais razão para impedir a concessão, tanto que não mais se prorrogou o ato que impedia, justamente, tais concessões.

Referiu-se o eminente relator ao Decreto-lei nº 73, de 1966, no qual se traça, em linhas gerais, a norma ou a diretriz referente aos seguros privados. E o decreto que o regulamentaria, ou complementaria, ou esclareceria, é o Decreto nº 60.459, de 1967.

Pelo art. 43 do referido decreto, alínea *a*, quando do pedido, o órgão o examinará sob os critérios da conveniência e oportunidade e, também, quanto à saturação do mercado, além de outros: a regularidade da constituição da sociedade, a probabilidade de êxito de suas operações, o regime administrativo, inconveniências, omissões e irregularidades encontradas na constituição, nos estatutos ou planos de operações.

Pelo que entendi, a sociedade obteve, ao ser examinada pelos órgãos técnicos da Susep, o plácito, a aprovação completa sobre todos os itens relativos à sua constituição e idoneidade.

Entretanto, quando da denegação do pedido, se disse, no Conselho, que isso ocorria por inoportunidade e inconveniência.

Na verdade, a inoportunidade é a inconveniência no tempo, em determinado momento histórico condicionado. A inconveniência, esta sim, radica-se nos outros elementos do ato administrativo, no motivo e no fim. Dir-se-ia que ao Poder Judiciário não seria dado investigar a motivação e a finalidade do ato, típicos da administração.

Entretanto, ensina Cretella Júnior — e todos aqui sabemos disso — que, sendo a atividade administrativa condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a administração pública dela se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista, quando autorizou a sua prática. É o ensinamento de Seabra Fagundes.

A apreciação do mérito pelo Poder Judiciário, segundo Cretella Júnior, há de fazer-se, inclusive, quanto à matéria de fato,

sem a qual não se pode aquilatar se efetivamente houve, ou não, o indigitado desvio; porque, "se ao Poder Judiciário fosse interdito examinar a matéria de fato, básica para a formação do ato administrativo, estaria ele transformado em mero homologador das decisões do Poder Executivo, mediante superficial exame das formalidades extrínsecas do ato editado por autoridades da esfera deste Poder", como bem argumenta aquele douto administrativista, no seu livro *Anulação do ato administrativo por desvio de poder.*

O outro item a que se reportou a denegação seria o da saturação do mercado, que se encontrou, segundo foi dito pelo eminente advogado, num número esotérico, mágico, que seria o número 94, o teto a que atingiriam as empresas de seguro privado, no país. Depois, verifica-se que esse número não era tão exato, tão esotérico, tão mágico assim, pois haveria outro, ainda mais esotérico, mais mágico, mais poderoso, o número 95, porque se deu a uma outra entidade, a uma outra empresa, a Seguradora Brasileiro-Iraquiana, a concessão que se negava à empresa nacional.

De qualquer sorte, porém, o próprio Governo se encarregou de demonstrar a inexistência da motivação referente à saturação.

Cretella Júnior, no seu livro sobre a anulação do ato administrativo, já citado e aqui invocado pelo eminente Ministro Pedro Acioli, lembra bem, quanto à existência de indícios, que não somente na esfera do processo penal, mas em todo o direito, especialmente no direito administrativo, também devem ser considerados os indícios de desvio de poder.

No caso, nós temos um, quanto à saturação, que já demonstrei — a concessão a outra empresa; há o tratamento diversificado, em relação à nacional.

Ainda há outro indício, como foi dito aqui, no memorial e na sustentação oral: fez-se uma resolução com motivação *a posteriori,* para que a preliminar, que tinha sido levantada quando da discussão do tema no Conselho, isto é, a falta de diretrizes, ficasse atendida.

Mas o que se fez, com isso, foi indicar, precisamente, que as normas vieram depois e não antes da realização do ato, indício veemente e claro, a meu ver, do desvio de poder.

Finalmente, Sr. Presidente, a política de economia de mercado, estabelecida primeiro no fechamento, por tão longo tempo, e depois modificada, talvez pelos novos tempos, para a abertura e a pseudo-saturação — já se pode apelidar assim — estão a demonstrar que, efetivamente, ocorreu um desvio de poder, que compete ao Poder Judiciário corrigir, o quanto antes.

Só para quebrar um pouco, talvez, a monotonia das minhas palavras, recordo que, quanto à saturação, ainda que ela houvesse, ainda que não fosse tão mágico o número 94, ainda que ele fosse, de fato, o teto, nada há na natureza humana que seja tão completo, tão espesso, tão absolutamente saturado, em que não caiba algo mais. Se não me engano, foi Malba Tahan quem contou a seguinte passagem: "na academia dos silenciosos não poderia ingressar ninguém que, evidentemente, fizesse requerimento mediante palavras, por desnecessárias" (é uma pena que eu tivesse falado tanto); por isso mesmo, deveriam os candidatos demonstrar, não só o seu poder de síntese — dizer o máximo com o mínimo ou nenhuma palavra — como também de suas qualidades, da sua competência, do seu nível, para ingressar em tão admirável academia.

Quando o solicitante chegou, o presidente mostrou-lhe, diante de todos os demais pares, um copo, que estava absolutamente cheio, pelas bordas, não cabia uma gota sequer; qualquer gota, entornaria. E, mostrado isso ao candidato, é lógico que se lhe estava dizendo que não havia lugar para ele.

Acontece que o postulante, vendo uma rosa no jardim, dirigiu-se a ela, tirou-lhe uma pétala e colocou-a, sobrenadando, no copo, que evidentemente não derramou.

Isso demonstra que a saturação, como acabei de dizer, é inexistente, no plano físico ou no plano moral, enfim, em todos os sentidos. O homem é inventivo, sempre capaz de descobrir novas modalidades de criação e de crescimento. Tolher isso, impedir tais coisas é precisamente impedir o progresso na sua própria raiz.

Quando se falou — e isso vai dito apenas *en passant* e para finalizar — que personalidades da vida pública brasileira haviam atestado a idoneidade da empresa, evidentemente não tinham elas — é o que está dito no memorial, portanto, não é segredo algum — não tinham elas nenhum interesse escuso, mas interesse regional, tanto que ainda há uma outra personalidade, não citada e tão importante, tão relevante quanto às outras: o governador do estado...

O *Sr. Ministro José Cândido*: V. Ex.ª me permite um aparte? Quando fiz a afirmação, não aludi a nenhum procedimento escuso dessas autoridades. Quis apenas revelar ao tribunal que, em face das indicações ou pedidos, havia resistência da autoridade fazendária, o que me levava à convicção de que ela não cedera, mesmo assim, em razão daquilo que julgava estar procedendo na forma da lei, na forma da conveniência do postulado.

Não disse e não fiz nenhuma referência nesse sentido.

O Sr. Ministro Washington Bolívar: V. Ex.ª, eminente Ministro José Cândido, não o disse e sequer insinuou, mas a verdade é que os julgamento são públicos, e tudo deve restar bem esclarecido.

O que estou lendo no memorial, distribuído a quantos desejaram lê-lo — e todos o lemos — diz assim:

"A mesma alegação, despida de qualquer fundamentação, foi feita também pelo Conselho, ao se dirigir ao Sr. Governador do estado do Rio Grande do Sul e ao Sr. Deputado Nelson Marchezan, que haviam manifestado interesse e a importância de se concretizar o empreendimento para a economia regional, abonando a idoneidade empresarial dos postulantes."

Portanto, nada há de equivocado nos pedidos. Primeiro, porque ao governador compete defender os interesses do seu estado; segundo, porque também compete aos deputados defender os interesses do povo, em geral, pelo qual foram eleitos e, em particular, pelo povo daquele estado que representam na câmara.

Com essas considerações, Sr. Presidente, estou firmemente convencido de que houve desvio de finalidade, abuso de poder e, em conseqüência, também concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos M. Velloso: Sr. Presidente, fico com o Sr. Ministro Pedro Acioli, com a vênia devida ao Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Otto Rocha: Concedo a segurança, *data venia* do eminente ministro relator, acompanhando o voto do eminente Ministro Pedro Acioli.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro William Patterson: O grande Benjamin Villegas Basavilbaso, em magnífica obra, preleciona:

"Es de advertir que la actividad de la administración pública, como acertadamente lo expresa Fiorini, sea discrecional o reglada, estará ligada radical y fundamentalmente con la norma legislativa o ley que ejecuta. No puede existir, agrega, actividad de la administración, vinculada o discrecional, sin ley previa que autorice la gestión de la administración pública. La actividad discrecional está tan ligada a la norma como lo debe estar la actividad vinculada" (*Derecho administrativo*, v. 2, p. 234-5).

Desta notável lição extrai-se o postulado do permanente respeito e acatamento aos

ordenamentos jurídicos, seja para cumprir fielmente os seus textos, seja para observar os seus propósitos e diretrizes. Discricionariedade significa agir com uma certa margem de liberdade, dentro dos padrões legais preestabelecidos. Ultrapassar essas fronteiras é cair no campo da arbitrariedade, e, portanto, sujeitar-se ao controle do Judiciário.

In casu, o Decreto-lei nº 73, de 1966, autorizou o Conselho Nacional de Seguros Privados a exercer o poder regulamentar, normatizando as atividades da política de seguros privados. A discricionariedade permitida pela legislação situa-se no âmbito de fixação de normas, e, assim, mesmo, nos limites dos seus comandos.

A execução, conferida à Susep, no particular, não oferece meios para o exercício de poderes discricionários, mas, apenas, vinculados.

Diante disso, desde que permitida, de forma genérica, a constituição de novas empresas, após longo período recessivo, a conveniência e interesse da administração cede aos rigores dos preceitos por ela mesma exercidos, para cumprir as finalidades da lei.

Se a impetrante preencheu os requisitos da regulamentação, consoante restou demonstrado, qualquer outra condição que venha a ser invocada para excluí-la do processo equivale a abuso de poder.

Argumentar-se-á, contudo, que a impetrada, apenas, restabeleceu o fechamento do mercado, o que lhe cabe, como parece óbvio, no uso da prática do interesse e conveniência. Poderia concordar com tal alegação se o procedimento tivesse alcance amplo e não discriminatório. Todavia, há notícia de que organização mais poderosa foi autorizada a funcionar, circunstância infirmativa daquelas intenções. A renovação das suspensões, em ato posterior à habilitação da suplicante, não pode, evidentemente, servir de pretexto à sua recusa.

Ante o exposto, concedo a segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis: Sr. Presidente, *data venia* do eminente relator, acompanho o Sr. Ministro Pedro Acioli e o faço precipuamente por reconhecer que, na sistemática do Decreto-lei nº 73, há que distinguir entre a competência normativa do Conselho, que comporta juízos de valor, critérios de conveniência e oportunidade, e a competência executória, esta vinculada à política preestabelecida.

De outra parte, segundo recolhi dos debates, ao tempo do indeferimento do pedido das impetrantes, a política do mercado segurador fechado já se encontrava superada, prevalecendo a orientação do mercado aberto.

À luz dessa diretriz, a autoridade impetrada, quando não se deteve apenas nos aspectos objetivos do pedido, mas alongou-se em considerações de valor, de conveniência, de oportunidade, evidentemente transbordou da sua competência e, ao fazê-lo, praticou ato ilegal.

Em face dessas breves considerações e reportando-me aos doutos votos já proferidos nesse mesmo sentido, concedo a segurança.

EXTRATO DA ATA

MS nº 103.576-DF(5606012) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Relator para o acórdão: Exmo. Sr. Min. Pedro Acioli. Requerente: Sérgio Sulisk Wais e outros. Requerido: Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Advogados: Drs. Paulo Távora e Henrique Fonseca de Araújo.

Decisão: prosseguindo-se no julgamento, o tribunal, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deferiu o mandado de segurança (em 27.9.84 — Tribunal Pleno).

Votaram com o Sr. Ministro Pedro Acioli, que lavrará o acórdão, os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, Costa Lima, Leitão Krieger, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Armando Rolemberg, Moacir Catunda, Jar-

bas Nobre, Lauro Leitão, Carlos Madeira, Gueiros Leite, Washington Bolívar, Torreão Braz, Carlos M. Velloso, Otto Rocha, Wiliam Patterson, Adhemar Raimundo, Bueno de Souza, Sebastião Reis e Miguel Ferrante. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luiz, Flaquer Scartezzini, Hélio Pinheiro e Costa Leite. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro José Dantas.