INSTITUTO DE APOSENTADORIA E PENSÕES DOS COMERCIÁRIOS – CONCESSÃO DE MONOPÓLIO DE CORRETAGEM DE SEGUROS – DECLARAÇÃO DE NULIDADE

– O Presidente do I.A.P.C. pode celebrar ajustes e, salvo excesso de poder ou transgressão a proibição legal, seus atos não devem ser havidos por nulos.

– Os atos de concessão ou adjudicação de serviços devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa, e adjudicados a quem maiores vantagens ofereça.

– A outorga de monopólios ou privilégios deve resultar de lei.

– Atribuir a um só agente, a um corretor apenas, firma ou indivíduo, a exclusividade de colocação de todos os seguros do I.A.P.C. corresponde à outorga de privilégio ou monopólio.

PARECER

1. O Presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários se dirige ao Sr. Ministro, expondo a situação criada em virtude de contrato celebrado, pelo seu antecessor nessas funções, com a emprêsa *Ajax*, para

o fim de conceder à mesma a exclusividade da distribuição de todos os seguros realizados por êsse Instituto, durante o prazo de três anos.

2. Acentua o referido Presidente que :

"...6. Em face do monopólio criado pelo sobredito contrato, contrário aos preceitos fundamentais da profissão de corretagem de seguro, assegurados pela legislação vigente, e se tendo em vista que é dos interêsses do próprio Instituto restabelecer a livre concorrência dos corretores de seguro na realização dos seus serviços, parece de tôda oportunidade sejam tomadas providências imediatas, que ponham têrmo a esta irregular situação.

7. E, uma vez que não se tenha verificado a possibilidade de uma solução amigável para o caso, apesar dos esforços neste sentido empregados por esta Presidência, solicito, antes de recorrer aos meios judiciários previstos na cláusula 5 do aludido contrato, uma palavra de ponderação a respeito, da parte de V.Ex.ª, sempre tão seguro em suas decisões, ante a prudência e a energia com que tem sabido defender os elevados interêsses da administração pública."

3. Ressalvando a competência originária que caberia ao Departamento Nacional da Previdência Social, na forma do art. 2.º, alínea I, do Decreto-lei n.º 8.742, de 21 de janeiro de 1946, *verbis*: "decidir todos os assuntos de ordem administrativa ou técnica relativos à previdência social, que dependerem do pronunciamento do Ministro, inclusive recursos dos atos dos Institutos e Caixas, ressalvada a competência atribuída a outros órgãos ou autoridades", passemos ao estudo da questão, indagando se o ato referido se apresenta eivado de nulidade, de tal forma que possa ser, desde logo, declarado nulo e rescindido mediante simples pronunciamento administrativo, ou se demanda, em verdade, ação judicial para que sua rescisão se possa operar.

4. O contrato impugnado é sucinto, e vale transcrevê-lo em sua íntegra para melhor apreciação: "Contrato de locação de serviços, que entre si fazem, como locadores, Ajax Corretores de Seguros Ltda., sociedade por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nesta Cidade, neste ato representada pelos seus sócios Gerentes, Drs. Carlos Oliveira Rocha Guinle e Celso da Rocha Miranda, de agora em diante denominada simplesmente Ajax e, como locatário, o I.A.P.C., também com sede nesta Capital, aqui simplesmente denominado Instituto, neste ato representado pelo seu Presidente Major Valdemar Monteiro.

1. A Ajax pelo presente contrato se compromete:

a) a tomar a seu cargo tôdas as medidas necessárias para que, de acôrdo com as disposições legais, exigências das autoridades competentes, e o que, em cada caso, fôr determinado pelo Instituto, sejam os bens de propriedade do mesmo Instituto ou a êle dados em garantia e enquanto não liquidadas as dívidas a que servirem de garantia, segurados às taxas e condições melhores possíveis, e, de qualquer forma nunca superiores a Tarifa Mínima Oficial aprovada, contra os seguintes riscos:

I — Fogo, raio e suas conseqüências, explosões e conseqüências.

II — Acidentes do trabalho e acidentes pessoais.

III — Responsabilidade civil.

IV — Infidelidade funcional.

V — Transportes marítimos, ferroviários e rodoviários.

b) a fazer extrair as apólices que lhe forem pedidas, com presteza e nas melhores condições possíveis;

c) a inspecionar periòdicamente os bens segurados, indicando as medidas práticas e eventualmente necessárias à normal conservação dos ditos bens dentro das exigências das apólices;

d) a promover o rápido pagamento ao Instituto das indenizações devidas pelas Companhias seguradoras, em casos de sinistros;

e) a prestar, enfim, sua assistência onde quer que ela seja útil ou exigida, desde o oferecimento ao Instituto dos bens que eventualmente devam ser recebidos em garantia e segurados, até a solução das dívidas respectivas ou liquidação das apólices de seguro.

2. O Instituto distribuirá exclusivamente por intermédio da Ajax todos os seguros aludidos na cláusula 1, cuja realização tome a seu cargo, reservando para si o direito de indicar Companhias Seguradoras de sua preferência, ressalvadas as determinações constantes do Decreto-lei n.º 3.172, de 3-4-941.

3. A Ajax pelos serviços que se compromete a prestar neste contrato nada perceberá do Instituto como remuneração.

4. O presente contrato vigorará pelo prazo de 3 (três) anos, prorrogável por igual tempo e assim sucessivamente, enquanto não denunciado por qualquer das partes 90 (noventa) dias antes de terminado o período de vigência.

5. As partes contratantes elegem o fôro desta Cidade para qualquer ação oriunda do presente contrato.

6. E por estarem assim justos e contratados assinam o presente em duas vias de igual teor e na presença das testemunhas abaixo."

5. Examinando êsse texto, duas indagações se apresentam: 1º) poderia o Presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários celebrar, por iniciativa ou deliberação própria, semelhante ajuste, isto é, teria competência para tal realização? 2º) êsse ajuste se enquadra nas normas habituais da administração pública?

6. Quanto à primeira, devemos examiná-la em face da lei reguladora da autarquia, o Decreto-lei n.º 2.122, de 9 de abril de 1940, e seu regulamento n.º 5.493, dessa data. Aquêle diploma, no seu art. 7.º, dispunha: "O Instituto será administrado por um presidente, assistido por um Conselho de Diretores, e terá um Conselho Fiscal na forma que o regulamento determinar," estabelecendo, no seu art. 12, que "o presidente do Instituto será nomeado em comissão, por livre escolha do Presidente da República, com os vencimentos fixados em lei, tomando posse perante o presidente do Conselho Nacional do Trabalho."

7. Suprimido o Conselho de Diretores pelo Decreto-lei n.º 3.502, de 14 de agôsto de 1941, passou a administração do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários a cargo exclusivo do seu presidente, com a fiscaliza-

ção preventiva ou *a posteriori* do Conselho Fiscal, conforme o caso, nos têrmos do Decreto-lei n.º 7.424, de 27-3-45, que restabeleceu a vigência do texto do Regulamento n.º 5.493. De acôrdo com êsse regulamento, ao presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, entre as atribuições discriminadas no seu art. 38, compete: "*a*) dirigir os serviços do Instituto... *p*) representar o Instituto perante a Administração Pública, ou em suas relações com terceiros."

8. Por sua vez, ao Conselho Fiscal compete: *a*) emitir parecer sôbre a proposta orçamentária elaborada pelo Presidente do Instituto e sôbre o balanço anual e dados referentes ao exercício encerrado; *b*) examinar tôdas as decisões relativas à aplicação de fundos, a fim de lhes dar ou negar homologação; *c*) autorizar as despesas excedentes de 50:000$0 (cinqüenta contos de réis) e as aplicações de fundos superiores a 100:000$0 (cem contos de réis); *d*) conhecer dos recursos interpostos, nos processos referentes a seguro ou auxílios, e dos que o Presidente do Instituto interpuser de suas próprias decisões; *e*) fiscalizar a execução do orçamento aprovado pelo Conselho Nacional do Trabalho e autorizar as transferências de consignações de subverbas, solicitadas pelo presidente, dentro das dotações globais das verbas aprovadas; *f*) solicitar ao Presidente do Instituto informações e diligências que julgue necessárias ou convenientes ao bom desempenho de suas funções, bem como dar-lhe prévio conhecimento das inspeções pessoais e diretas, por intermédio de seus membros, sempre que oportuno; *g*) sugerir ao Presidente do Instituto as medidas que julgar de interêsse da Administração e representar ao Conselho Nacional do Trabalho, sempre que assim entender conveniente."

9. Conforme se evidencia, no tocante aos poderes atribuídos ao Presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, o legislador preferiu enumerá-los expressamente a deixá-los ao arbítrio dêste, notando-se, todavia, que essa enumeração não chega à discriminação dos atos normais de administração, cuja prática se reconhece como da competência de qualquer administrador.

10. Resulta, pois, que, em suas relações com terceiros, o Instituto é representado pelo respectivo presidente, independente de autorização de órgãos jurisdicionais, do mesmo modo que a prática de atos normais de administração independe do pronunciamento dêsse órgão, pôsto que, segundo vimos, o contrôle do Conselho Fiscal se cinge aos casos que o regulamento enumera de forma taxativa.

11. *Prima facie*, portanto, em se tratando de *atos normais da administração* e, de um modo geral, em relação àqueles que não dependem de pronunciamento prévio ou posterior do órgão fiscal, o Presidente do Instituto é competente para representá-lo em suas relações com terceiros, inclusive na celebração de contratos de interêsse da administração da autarquia. Dêsse modo, à primeira pergunta se poderá responder que, *em princípio*, o Presidente do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários pode celebrar ajustes, é competente para tanto, e salvo excesso de poder ou transgressão a proibição legal, seus atos não devem ser havidos por nulos, conclusão essa que, na parte formal, tem aplicação ao caso em exame.

12. Se não houve, dêsse modo, vício de capacidade para a celebração do acôrdo, cabe contudo indagar da validade deste no que diz respeito a própria *legitimidade* do ato. Nesse passo, convém invocar a lição de Bielsa, o qual, em matéria de nulidade, ensina que *"en general, los autores classifican las nulidades en dos categorias, a saber*: a) *nulidades expresas e textuales* y b) *nulidades virtuales. Las primeras son aquellas que se establecen en la ley (lex perfectae); las otras son las que resultan de la recta interpretation de la ley; no son, entonces, expressas sino implicitas."* (Raphael Bielsa, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administracion*, I, pg. 112).

13. No exame do ato impugnado, não encontramos ofensa frontal a texto vigente da lei, desde que texto expresso não pode ser apontado como violado; nem em matéria de competência, conforme vimos, nem mesmo em matéria de *legitimidade* do próprio ato. Restaria, pois, perquirir se êsse ato se deve considerar *ato normal de administração*, praticado dentro da esfera habitual de atividade dos agentes administrativos, ou se, ao contrário, o ato excede dêsses limites, traduz-se em atitude incompatível com os princípios gerais que devem reger a conduta dos administradores, seja de órgão governamental direto, seja delegado ou autárquico.

14. Sob êsse aspecto, não se nos afigura duvidoso que o *contrato* em exame excede dos limites que devem ser respeitados na administração pública. Efetivamente, e conforme de sua leitura se verifica, trata-se de um contrato de prestação de serviços consistente na *corretagem de seguros*. Segundo seus têrmos, atribuiu-se à emprêsa contratante a *exclusividade da distribuição*, pelas companhias de seguros privados, de todos os seguros realizados pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários no tocante a: "I — Fogo, raio e suas conseqüências, explosões e conseqüências. II — Acidentes do trabalho e acidentes pessoais. III — Responsabilidade civil. IV — Infidelidade funcional. V — Transportes marítimos, ferroviários e rodoviários."

15. Pergunta-se: poderiam êsses seguros ser *distribuídos*, isto é, efetuados, sem a mediação de qualquer corretor? A resposta é afirmativa; a lei vigente sôbre seguros privados, Decreto-lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940, não impede a negociação direta entre seguradores e segurados e apenas exige que, havendo mediação de corretor, êste seja legalmente habilitado ,art. 84). E' verdade que, na aquisição direta, não tem o segurado maiores vantagens, porque não lhe pode ser dado qualquer abatimento (art. 126). Dessa forma, a intervenção do corretor seria favorável ao segurado, o qual se beneficiaria da experiência e técnica de seguros dêsse agente. Não obstante, em se tratando de *serviços pessoais*, que envolvem como condição principal a *confiança* do segurado, no caso a do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, representado pelo seu então presidente, o que se deve concluir é que, se êste, normalmente, poderia atribuir semelhante função mediadora a agente de sua própria confiança, não deveria, contudo, vincular o Instituto a êsse ajuste por um prazo fixo, tanto mais quanto, exercendo êle próprio seu mandato *em comissão*, estaria sujeito à exoneração a qualquer tempo, e seria descabido que atribuísse ao seu sucessor uma confiança que sòmente êle próprio poderia ter.

16. Além disso, há a ponderar outro aspecto, igualmente relevante. Assim é que, como regra geral, os atos de concessão ou adjudicação de serviços devem ser precedidos de concorrência pública ou administrativa, e adjudicados a quem maiores vantagens ofereça, como é a regra do Código da Contabilidade da União. Quanto à outorga de monopólios ou privilégios, entende a boa doutrina do Direito Administrativo que sòmente a lei deve autorizá-los. E entre nós é preceito constitucional, representando matéria da competência privativa da União, estabelecer monopólios, o que sòmente é possível por *via legislativa* (art. 16, n.º VIII, da Carta de 10 de novembro de 1937).

17. Ora, atribuir a um só agente, a um corretor apenas, firma ou indivíduo, a exclusividade de colocação de todos os seguros do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, cuja realização se estende por todo o território nacional, corresponde, sem dúvida, à outorga de privilégio, o qual, embora temporário, nem por isso perde o caráter monopolístico durante o período de vigência, desde que exclui a intervenção de quaisquer outros corretores e a própria atividade direta do Instituto.

18. E' da essência dos regimes democráticos a possibilidade do acesso aos cargos públicos, mediante concurso, através das demonstrações de capacidade e merecimento. Em relação à execução de serviços, essa possibilidade se traduz na oferta de melhor preço, prazo e outras vantagens materiais. No caso, em que se trata de *serviço* predominantemente pessoal, ou êste deveria ser realizado diretamente pelo próprio aparelhamento administrativo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, ou se, atribuído a terceiros, essa atribuição não se deveria fazer em relação a um favorecido, ainda que revestido da necessária idoneidade técnica, mas deveria distribuir-se equitativamente em rodízio, conforme sucede com os corretores de fundos públicos nas transações judiciais, ou, no caso de pretender-se cometê-la a um só, seria então mister proceder-se a processo de seleção que autorizasse a aferir das vantagens ou inconveniências relativas a cada concorrente, e não apenas escolher um ofertante, pela forma sumária de que nos dá notícia o expediente encaminhado pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários, nos têrmos do qual se verifica que o negócio foi realizado em moldes privados, mediante aceitação de oferta epistolar, logo depois, e sem maiores formalidades, consubstanciada em contrato bilateral.

19. Por êsses motivos, e embora não encontremos ofensa frontal a texto de lei, parece-nos que o ato impugnado excedeu manifestamente da normalidade administrativa, e peca por falta de legitimidade ao atribuir, com prazo certo e com o caráter de privilégio, a colocação de todos os seguros a serem realizados pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários. Ocorre, pois, nulidade virtual, viciando o ato e autorizando seja o mesmo tornado sem efeito.

20. Resta, dêsse modo, a indagar se essa declaração de nulidade pode ou deve ser realizada administrativamente. Nesse particular, valemo-nos de novo da lição de Bielsa, ao advertir que, em se tratando de *atos bilaterais*, *"las causas de revocacion son limitadissimas y la interpretatión es más estricta"* (*obr. cit.*, pg. 104).

21. No caso, maior prudência é requerida desde que não se trata de ato de competência expressamente regulada, cuja infração ou violação seria fácil de verificar e, por isso mesmo, suscetível de ação corregedora segura, mas de ato de administração não previsto, e que, embora em nosso parecer seja virtualmente nulo e aberrante das regras normais de administração, não encontra, contudo, texto que o defina como tal. Dada, pois, essa característica de nulidade apenas *virtual* e sua natureza *bilateral*, suscetível de obrigar o Instituto a indenizações em caso de rescisão unilateral, afigura-se-nos que de maior prudência será o recurso à via judicial, ingressando o Instituto em juízo para demandar a declaração de nulidade do ato da administração anterior e sua liberação de um contrato bilateral de natureza não admissível e de prática desaconselhável na administração pública.

22. Assim opinando, julgo, contudo, que o processo deve ser remetido ao Departamento Nacional da Previdência Social, pois que, conforme esclarecemos, êsse é o órgão competente para a correição dos atos das autarquias de previdência social.

Rio, 6-7-946. — *Oscar Saraiva*, Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.