

nômico próprio a cada um deles; a segunda voltada, igualmente, a assegurar essa higidez, mas com foco na dinâmica mercantil de cada empresa, com vistas a repor custos e benefícios sofridos ou auferidos por elas em linha com os pressupostos concorrenciais que levam a empresa causadora dos primeiros e beneficiária dos segundos a devolver às empresas sofredoras do desvio de conduta, sob a forma de reparação civil a ilícita redução de seus patrimônios.

Impõe-se, em suma, uma sintonia fina entre os dois diferentes enfoques da tutela concorrencial para que, com justiça e equidade seja protegido o equilíbrio de cada mercado tanto macroeconomicamente quanto a correta distribuição de custos e benefícios entre seus operadores, sob a visão microeconômica.

## ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO À ECONOMIA DOS SEGUROS PRIVADOS: PENSANDO A PARTIR DE EROS GRAU

ALESSANDRO OCTAVIANI

*"Ele pensava dentro de outras cabeças  
E na sua, outras, além dele, pensavam".  
(Brecht)*

1. *Tentando entender o que pensa Eros Grau: (i) função e forma do direito moderno, (ii) conflito social e direito, (iii) interpretação/aplicação, (iv) técnicas de atuação do Estado em relação à economia e (v) superação do subdesenvolvimento: 1.1 Função e forma do direito moderno: essência e aparência. 1.2 Conflito social: a história não está parada. 1.3 Interpretação/aplicação: "porque jurídico, político". 1.4 Atuação do Estado na e sobre a economia, para a superação do subdesenvolvimento.*

2. *Tentando pensar a partir do que (talvez) pensa Eros Grau: atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados no Brasil: 2.1 Seguro, risco e garantia: histórico das descobertas teóricas, rumo à mensuração da incerteza. 2.2 Atuação do Estado em relação ao setor de seguro no Brasil: antecedentes (aplicando Eros Grau). 2.3 Divisão funcional contemporânea: submissão à Constituição e a articulação entre obrigação de garantia e o regime de reservas técnicas (aplicando Eros Grau). 2.4 Atuação do Estado em relação ao setor de seguros: atuação na e sobre a economia securitária (aplicando Eros Grau). 2.5 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: dirigindo o contrato. 2.6 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: dirigindo o mercado. 2.7 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (aplicando Eros Grau). 2.8 Atuação do Estado no domínio econômico securitário: a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (aplicando Eros Grau). 3. Uma nota pessoal (agradecendo a Eros Grau):*

O presente texto tem dois objetivos: (i) uma aproximação geral do pensamento de Eros Grau, prioritariamente no que tange ao di-

reito econômico para a superação do subdesenvolvimento,<sup>1</sup> e (ii) pensar um problema jurídico específico – a direção dos contratos, da empresa e do mercado de seguro – a partir da utilização de categorias criadas ou sistematizadas pelo nosso Professor.<sup>2</sup> Encerra o texto “Uma nota pessoal”, também testemunho da dívida do autor para com o homenageado.

**1. Tentando entender o que pensa Eros Grau: (i) função e forma do direito moderno, (ii) conflito social e direito, (iii) interpretação/aplicação, (iv) técnicas de atuação do Estado em relação à economia e (v) superação do subdesenvolvimento**

A mirada para entender o pensamento de Eros Grau – na medida e com as fragilidades que tais empreendimentos sempre trazem – será realizada a partir dos seguintes pressupostos: (i) partindo do marxismo, o autor divisa que, no modo capitalista de produção, o direito cumpre a *função* de conservar o sistema, repondo a correlação de forças que deu origem ao corpo normativo;<sup>3</sup> (ii) o direito assume uma específica forma, que o torna mais apto a cumprir sua função de conservação: a forma do “direito moderno”;<sup>4</sup> (iii) entretanto, ainda que cumprindo essa função, o direito não é um espaço isento de conflitos; ao contrário, passa a ser arena de disputas, em diversos níveis de sua operação;<sup>5</sup> (iv) um dos eixos dessa disputa é a interpretação, espaço aberto aos princípios;<sup>6</sup> (v) o direito econômico e suas formas de orga-

1. Este trecho está fortemente baseado em Alessandro Octaviani, *Recursos Genéticos e Desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*, itens I.f.2.ii. e III.d.1, São Paulo, Saraiva, no prelo.

2. Trecho amplamente baseado no Voto por mim proferido na condição de Conselheiro Relator de Ato de Concentração julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE sob o n. 08012.005526/2010-39, tendo como requerentes Banco do Brasil S.A., BB Seguros Participações S.A. e Mapfre Vera Cruz.

3. Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 14-15 e 20.

4. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 99-105 (8ª ed., 2011, pp. 98-103); Eros Roberto Grau, *La doppia destrutturazione del diritto – Una teoria brasiliana sull'interpretazione*, Milão, Unicopli, 1996, pp. 16-20.

5. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 44 (8ª ed., 2011, p. 45).

6. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 45 (5ª ed., 2009, p. 55).

nização da atuação estatal em relação à economia é uma das arenas do conflito;<sup>7</sup> e (vi) a superação do subdesenvolvimento é um dos jogos realizados nessa arena.<sup>8-9</sup>

**1.1 Função e forma do direito moderno: essência e aparência**

Para o autor, uma forma percuciente de se aproximar do fenômeno do direito é a pergunta sobre suas funções. Se “ensina Von Jhering que a *finalidade* é o criador de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade”,<sup>10</sup> esse aparato metodológico pode ser estendido para todo o corpo normativo, quando chegarmos à conclusão de que o “(...) *direito positivo, posto pelo Estado* –, seja quando enquanto visualizado como *direito formal*, seja quando tomado como *direito moderno*, está em que seu fim é a *conservação dos meios*, ainda que tantas vezes isso se tenha pretendido ocultar sob a afirmação de que ele estaria voltado a assegurar a *ordem e a paz*. Nesse sentido, o Estado põe um direito definidor das *regras de um jogo* cujo fim ou cujos fins são externos a ele, porque definidos pelo indivíduo, que se vale de suas *formas* para realizar *seus fins*. (...) Inexiste, nos quadros do modelo de *direito formal/direito moderno*, qualquer outro fim senão o de *conservar os meios*”.<sup>11</sup>

7. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 27 (8ª ed., 2011, pp. 28-29).

8. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 200-204 (15ª ed., 2012, pp. 197-201).

9. Essa reconstrução é certamente arbitrária, pois agrupo o enorme acervo de reflexão deixado pelo autor, é claro, à minha maneira, com minhas opções. Outras hão de aparecer e submeter-se ao debate público.

10. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., 2002, p. 35 (5ª ed., 2009, p. 45): “A pesquisa dos fins da norma, desenvolvida no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme”. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 13ª ed., 2008, cit., p. 151.

11. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., pp. 104 e 28-30 (8ª ed., 2011, pp. 102 e 29-32). Daí a afirmação em Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, cit., p. 20: “(...) na sociedade capitalista, o profissional do Direito, ao atuar no seu ofício, qualquer que seja o setor dele no qual desenvolva sua atividade – na advocacia, na Magistratura, no Ministério Público, como jurista, no magistério – estará sempre provendo a defesa de interesses bem determinados, interesses que convergem para o objetivo de preservação do jogo (...)”. Cf. pp. 14-15: “O que pretendo ora introduzir é a assertiva de que se poderia perfeita-

A forma que essas regras de conservação do jogo estabelecidas pelos mais fortes, detentores do capital, tomam é uma forma específica. É o chamado "direito moderno", dotado de características típicas, dentre as quais a universalidade abstrata e a possibilidade de dotar o agente econômico de capacidade de previsão. Para operar essas duas características típicas, a política capitalista transfigura-se em atividade recoberta com a aparência de técnica: "Direito moderno, aqui, conota o direito (positivo) produzido pelo chamado *Estado moderno*, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolveram uma *atividade técnica* – e não *política* (...) –, esse modelo de direito é o *modelo de direito do modo de produção capitalista*. (...) Modelo de direito do modo de produção capitalista, sua primeira peculiaridade é a *universalidade abstrata*. Os seres concretos que dão sustentação a suas funções estão distribuídos em duas categorias uniformes: as pessoas e as coisas. Se, de uma parte, no capitalismo tardio já se desuniformizam as coisas (bens de produção, bens de consumo), a uniformidade (*universalidade abstrata*) das pessoas – sujeitos de direito – é mantida, na instância do direito, como pressuposto necessário do modo de produção capitalista. A *igualdade (perante a lei)* e a *universalidade das formas jurídicas*, arrematadas na sujeição de todos ao domínio da lei (*legalidade*), é fundamental à estruturação desse modo de produção. A *universalidade do direito*, assim, reflete, ainda que de modo distorcido, a universalidade da troca mercantil, característica desse mesmo modo de produção. A *igualdade de todos (peran-*

mente conceber um 'jogo da velha' desenvolvido sobre regras tais – excepcionais em relação às que determinam o seu normal processamento – que conduzi-se sempre à vitória daquele que dá partida ao jogo. Bastaria, para tanto, que uma das 'regras' vedasse ao adversário a prática da jogada contrária adequada, a ser contraposta ao lance destinado a vencer. Aí teríamos, sempre, assegurada ao jogador mais forte – o que pratica o primeiro lance, no 'jogo da velha' – a vitória. (...) O mais forte, nesse jogo, é o detentor do capital. Divisa-o o conjunto dos trabalhadores como uma luta. Como o conflito é organizado pelo capital, contudo, desenvolve-se como luta apenas na concepção idealística de um dos adversários. (...) O que aquele primeiro grupo visualiza como luta não passa de um jogo, desenvolvido segundo regras muito especiais, que necessariamente conduz: a) à vitória do detentor do capital; b) à preservação dos vencidos, preservação indispensável na medida em que possibilita a continuidade do jogo e o renovar-se da relação de parasitismo: os vencidos não de ser conservados como objeto de exploração; c) ao renovar-se contínuo do conflito, organizado como jogo, indispensável à preservação da relação de parasitismo. (...) São extremamente peculiares, como observei, as regras que organizam esse jogo. Tais regras consubstanciam o que na sociedade capitalista denominamos de Direito".

te a lei), de outra parte, oculta a superposição, na base econômica, das relações entre pessoa e coisa. A legalidade, por outro lado, enquanto garantidora das liberdades do indivíduo – *liberdades formais* –, prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários. Sobre tais pressupostos é erigida a noção de *Estado de Direito*, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas do que von Ihering chama de *comércio jurídico*, especialmente o contrato e a propriedade. A segunda peculiaridade do *direito moderno* está em que expressa a forma de domínio racional que – provendo possibilidade de *previsão e calculabilidade* – corresponde à racionalidade do mercado. O desenvolvimento capitalista as reclama (...)”<sup>12</sup>

12. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., pp. 101-102 (8ª ed., 2011, pp. 99-100). Sobre as relações entre o direito moderno e o capitalismo também de uma perspectiva marxista, Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida – Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madri, Trotta, 1997, pp. 95-157. Sobre a visão desse autor a respeito das normas jurídicas: Juan Ramón Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Madri, Trotta, 1999, pp. 79-104. Sobre a involução dos direitos democráticos na atual quadra do capitalismo: Juan Ramón Capella, *Os Cidadãos Servos*, trad. Lédio Andrade e Têmis Soares, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, pp. 110-111. Articulando a análise do direito capitalista ao ensino do direito: Juan Ramón Capella, *El Aprendizaje del Aprendizaje – Fruta prohibida. Una introducción al estudio del derecho*, Madri, Trotta, 1995, pp. 13-24. Também na chave marxista, sobre a produção do direito: Óscar Correas, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontanamara, 1994, pp. 71-90. Sobre o direito da modernidade e sua opacidade: Carlos Maria Cárcova, *La Opacidad del Derecho*, Madri, Trotta, 1998, pp. 38-46. Manuel Atienza e Juan Ruiz Mañero, *Marxismo y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, Fontanamara, 1998, pp. 49-51. Para a análise do direito na perspectiva marxista, sobre a universalidade abstrata, entre nós: Alaôr Caffé Alves, *Estado e Ideologia – aparência e realidade*, São Paulo, Brasiliense, 1986, pp. 301-345; Alaôr Caffé Alves, *Linguagem, Sentido e Realidade da Norma Jurídica – dialética da norma jurídica*, Tese de Livre-docência em Filosofia e Teoria-Geral do Direito, São Paulo, FDUSP, 1996, pp. 14-15; Alaôr Caffé Alves, "A função ideológica do direito", in D. A. João Mendes Jr. (org.), *Fronteiras do Direito Contemporâneo*, São Paulo, D. A. João Mendes Jr./Imprensa Oficial do Estado, 2002, pp. 19-39; Alysson Leandro Mascaro, *Introdução à Filosofia do Direito – dos modernos aos contemporâneos*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 116-131; Alysson Leandro Mascaro, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 37-42. Para uma discussão fundadora do campo direito e marxismo: E. B. Pachukanis, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, trad. Sílvio Chagas, São Paulo, Acadêmica, 1988, pp. 68-88. Sobre Pachukanis e a forma da mercadoria, fio vermelho, esta, de toda a referência bibliográfica aqui elencada, Márcio Bilharino Naves, *Marxismo e Direito – um estudo sobre Pachukanis*, São Paulo, Boitempo, 2000, pp. 79-85.

### 1.2 Conflito social: a história não está parada

Entretanto, ainda que os detentores do capital tenham tido a capacidade de estabelecer regras do jogo cuja função é conservar o próprio jogo, a história não está parada. As forças sociais continuam em movimento, e o direito é um espaço onde esse movimento reverbera: "(...) o direito positivo (direito posto). (...) é a tradução da correlação das forças produtivas existentes. O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso".<sup>13</sup>

### 1.3 Interpretação/aplicação: "porque jurídico, político"

Esse conflito estende-se por toda a existência do direito, porque, em verdade, o direito surge imerso na sociedade conflituosa.<sup>14</sup> Um dos eixos desse conflito é a interpretação, momento culminante de aplicação do direito.<sup>15</sup> Essa interpretação por um intérprete jamais neutro

13. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 44 (8ª ed., 2011, p. 45). Cf. p. 86 (8ª ed., 2011, pp. 85-86): "(...) o direito é um produto cultural, uma invenção do homem, sendo as realidades sociais o elemento desde o qual se processa sua invenção. (...) Vale dizer: a sociedade inventa sua cultura e, a partir dela, sob pressão das forças sociais, o legislador cria o direito positivo, que resultará legítimo ou ilegítimo".

14. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 65 (5ª ed., 2009, pp. 78-79). "Ora, desde o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. Logo, quando o jurista cogita dos elementos e situações do mundo da vida sobre as quais recai determinada norma, não se refere a um tema metajurídico. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica." Sobre direito pressuposto: Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 77 (8ª ed., 2011, p. 77). Cf. a menção a Betti, pp. 79-80 (8ª ed., 2011, pp. 78-80); Gramsci, p. 80 (8ª ed., 2011, p. 80) e Sartre, p. 81 (8ª ed., 2011, p. 81). Sobre o direito posto, cf. p. 151 (8ª ed., 2011, pp. 147-148).

15. Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo (estudos sobre a interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 6: "A interpretação, pois, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações; isto é, o conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais."

("(...) ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito, ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas"<sup>16</sup>) haverá de estar aberta aos princípios – já assumidos, então, como normas<sup>17</sup> –, para que se configure uma política de interpretação a mais aberta possível ao direito pressuposto na sociedade.

### 1.4 Atuação do Estado na e sobre a economia, para a superação do subdesenvolvimento

Sendo o direito uma arena conflituosa – mas não isenta de vetores que a orientam com muito mais força em um determinado sentido, conservador, plenamente identificável, como se viu acima –, as próprias formas jurídicas de que se revestem as formas de atuação estatal na e sobre a economia também são objeto de conflito.<sup>18</sup>

Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 11. A homenagem a João Mangabeira condensa a explicação, in Eros Grau, *Do Ofício de Orador*, Rio de Janeiro, Revan, 2002, p. 45: "Vale dizer: o intérprete, ao interpretar/aplicar o direito, isto é, ao torná-lo concreto, operando o que a doutrina mais atual denomina concretização do direito – interpreta os textos e a realidade à qual se aplica".

16. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2002, cit., p. 45 (5ª ed., 2009, p. 55).

17. Idem, ibidem, p. 39 (5ª ed., 2009, p. 49). "Os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica. (...) Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito." Neste ponto, sobre o papel dos princípios e a confiança do autor em tal construto teórico, não ignora que há – como em outros pontos, eventualmente – mudança nas afirmações recentes de nosso Professor, que estão sendo expostas em algumas intervenções orais, em bancas examinadoras no Largo de São Francisco, e mesmo constam em votos no exercício do Ministério realizado junto ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, manteve a menção, por me parecer que tais mudanças ainda não foram objeto de sistematização, ao contrário da trajetória anterior, que levou décadas sendo burilada e divulgada.

18. Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, Ed. RT, 1977, pp. 23-24; Eros Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 58-81; Eros Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 8ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2011; Eros Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 109-114; Eros Grau e Paula Forgioni, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 213; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 13ª ed., 2008, cit., pp. 83-84 (15ª ed., 2012, pp. 83-85); pp. 131-135: "Afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção, para referir atuação estatal no campo da atividade econô-

### 1.2 Conflito social: a história não está parada

Entretanto, ainda que os detentores do capital tenham tido a capacidade de estabelecer regras do jogo cuja função é conservar o próprio jogo, a história não está parada. As forças sociais continuam em movimento, e o direito é um espaço onde esse movimento reverbera: "(...) o direito positivo (direito posto) (...) é a tradução da correlação das forças produtivas existentes. O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso".<sup>13</sup>

### 1.3 Interpretação/aplicação: "porque jurídico, político"

Esse conflito estende-se por toda a existência do direito, porque, em verdade, o direito surge imerso na sociedade conflituosa.<sup>14</sup> Um dos eixos desse conflito é a interpretação, momento culminante de aplicação do direito.<sup>15</sup> Essa interpretação por um intérprete jamais neutro

13. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 44 (8ª ed., 2011, p. 45). Cf. p. 86 (8ª ed., 2011, pp. 85-86): "(...) o direito é um produto cultural, uma invenção do homem, sendo as realidades sociais o elemento desde o qual se processa sua invenção. (...) Vale dizer: a sociedade inventa sua cultura e, a partir dela, sob pressão das forças sociais, o legislador cria o direito positivo, que resultará legítimo ou ilegítimo".

14. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 65 (5ª ed., 2009, pp. 78-79). "Ora, desde o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. Logo, quando o jurista cogita dos elementos e situações do mundo da vida sobre as quais recai determinada norma, não se refere a um tema metajurídico. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica." Sobre direito pressuposto: Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., 2003, cit., p. 77 (8ª ed., 2011, p. 77). Cf. a menção a Betti, pp. 79-80 (8ª ed., 2011, pp. 78-80); Gramsci, p. 80 (8ª ed., 2011, p. 80) e Sartre, p. 81 (8ª ed., 2011, p. 81). Sobre o direito posto, cf. p. 151 (8ª ed., 2011, pp. 147-148).

15. Eros Roberto Grau, *Licitação e Contrato Administrativo (estudos sobre a interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 6: "A interpretação, pois, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser, a interpretação, uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação; e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações; isto é, o conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais."

("(...) ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito, ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas"<sup>16</sup>) haverá de estar aberta aos princípios – já assumidos, então, como normas<sup>17</sup> –, para que se configure uma política de interpretação a mais aberta possível ao direito pressuposto na sociedade.

### 1.4 Atuação do Estado na e sobre a economia, para a superação do subdesenvolvimento

Sendo o direito uma arena conflituosa – mas não isenta de vetores que a orientam com muito mais força em um determinado sentido, conservador, plenamente identificável, como se viu acima –, as próprias formas jurídicas de que se revestem as formas de atuação estatal na e sobre a economia também são objeto de conflito.<sup>18</sup>

Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 11. A homenagem a João Mangabeira condensa a explicação, in Eros Grau, *Do Ofício de Orador*, Rio de Janeiro, Revan, 2002, p. 45: "Vale dizer: o intérprete, ao interpretar/aplicar o direito, isto é, ao torná-lo concreto, operando o que a doutrina mais atual denomina concretização do direito – interpreta os textos e a realidade à qual se aplica".

16. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2002, cit., p. 45 (5ª ed., 2009, p. 55).

17. *Idem*, ibidem, p. 39 (5ª ed., 2009, p. 49). "Os princípios, todos eles – os explícitos e os implícitos –, constituem norma jurídica. (...) Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito." Neste ponto, sobre o papel dos princípios e a confiança do autor em tal construto teórico, não ignoro que há – como em outros pontos, eventualmente – mudança nas afirmações recentes de nosso Professor, que estão sendo expostas em algumas intervenções orais, em bancas examinadoras no Largo de São Francisco, e mesmo constam em votos no exercício do Ministério realizado junto ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, mantive a menção, por me parecer que tais mudanças ainda não foram objeto de sistematização, ao contrário da trajetória anterior, que levou décadas sendo burilada e divulgada.

18. Eros Roberto Grau, *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, São Paulo, Ed. RT, 1977, pp. 23-24; Eros Grau, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 58-81; Eros Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 8ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2011; Eros Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 109-114; Eros Grau e Paula Forghioni, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 213; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 13ª ed., 2008, cit., pp. 83-84 (15ª ed., 2012, pp. 83-85); pp. 131-135: "Afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção, para referir atuação estatal no campo da atividade econô-

Esse conflito será travado pela utilização das formas de atuação do Estado *na e sobre* a economia em um ou outro sentido em relação às classes e à hierarquia centro-periferia. Por isso, o corpo de disposições poderá ser interpretado a favor dos que detêm o capital ou não, e a favor dos países centrais ou periféricos. No caso da nossa Constituição, o desenvolvimento – a superação do subdesenvolvimento – foi erigido à condição de princípio:

“Outro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de *garantir o desenvolvimento nacional* (art. 3º, II). (...) Não me deterei, neste passo, em digressões cuja obviedade, inquestionada, pode ser sumariada na distinção entre o qualitativo – o desenvolvimento – e o quantitativo – o crescimento econômico. Importa incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade, a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa que esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade

mica em sentido estrito (‘domínio econômico’), reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c)”. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed., 2008, cit., p. 27 (8ª ed., 2011, p. 28): “1. atuação na economia: 1.1 atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1.2 atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2. atuação sobre a economia: 2.1 atuação por direção, que ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2.2 atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. (...) A classificação que proponho tem a virtude de apresentar, com nitidez, o peculiar e distinto caráter jurídico de cada uma das técnicas consideradas. Visualiza-se inicialmente a atuação do Estado como agente econômico (atuação na economia) e como regulador do processo econômico (atuação sobre a economia). Após, a atuação estatal mediante a imposição de comandos imperativos, cogentes, a serem suportados pelos agentes econômicos (atuação por direção) e, de outra parte, mediante a utilização de mecanismos do direito premial”. Cf. ainda pp. 125-126 (8ª ed., 2011, pp. 122-123). Sobre a noção de planejamento: Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, cit., pp. 149-150 e pp. 304-306. Para uma aproximação liberal do tema do planejamento: Marcos Souto, *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, pp. 177-181. Discutindo os planos econômicos em comparação com a lei do plano e o planejamento, Ademir Buitoni, *O Direito na Balança da Estabilização Econômica (do Cruzado ao Real)*, São Paulo, Ltr, 1997, pp. 66-68.

social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. (...) Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II.”<sup>19</sup>

A concreção de tal princípio – objeto, sempre, de conflito – advirá com a realização de políticas públicas. “O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar. A norma jurídica que compõe esse direito, por isso mesmo, é abstrata e geral. Esse mesmo direito, assim, em um primeiro momento, viabiliza a fluência das relações de mercado. Em um segundo momento, contudo, marcado pelo advento do fenômeno das crises nos processos de mercado, o Estado, assumindo a função de administrá-las, lança mão do direito como instrumento voltado à sua preservação. A atuação do Estado, neste sentido, é empreendida sob múltiplas modalidades e facetas. Neste momento é que se presta, precisamente, a implementar políticas públicas.”<sup>20</sup>

Todavia, se “garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas”, estaremos aqui diante de uma possibilidade para o direito que supere o primeiro momento (“viabilizar a fluência das relações de mercado”) e o segundo (“preservação do Estado perante a crise no mercado”). É o momento no qual as políticas públicas serão objeto de um conflito de reescrita da economia política até então vigente. É um momento no qual o direito econômico transforma-se em um direito da superação do subdesenvolvimento.

Na mesma senda, por exemplo, Fábio Konder Comparato, *metabolizando o estruturalismo econômico latino-americano dentro do*

19. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, cit., pp. 200-201. Cf. também p. 178.

20. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 7ª ed., 2008, cit., p. 124 (8ª ed., 2011, p. 122).

pensamento jurídico brasileiro, emite diagnóstico sobre a dupla necessidade de (i) endogeneização da tecnologia e (ii) realização da homogeneização social: "No plano interno, o processo de contínua criação e absorção de tecnologia somente pode assentar-se no desenvolvimento endógeno do saber científico, que não pode ser levado a cabo sem uma larga base de instrução, a ser propiciada pela educação popular. Esta, por sua vez, implica a alteração do atual sistema de concentração do poder e da riqueza numa minoria da população".<sup>21</sup>

Esse programa de juridificação do "desafio furtadiano" "(...) supõe uma transformação radical, tanto no plano da organização interna dos países subdesenvolvidos quanto no da estrutura das relações internacionais (...)",<sup>22</sup> postulando a incapacidade congênita do regime tradicional de propriedade industrial para lidar com complexidade do subdesenvolvimento<sup>23</sup> e a necessidade de uma consciência subdesenvolvida que faça "grande política mundial", nos moldes da política operária do século XIX, rediscutindo os termos essenciais da economia-mundo e as formas institucionais pelas quais esta repõe a desigual difusão do progresso técnico.<sup>24</sup>

21. Fábio Konder Comparato, "A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins", in *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 53: "É preciso, afinal, reconhecer e proclamar a evidência: em regime de livre concorrência entre unidades econômicas que obedecem à lei do lucro máximo, a desigualdade é sempre mais reforçada e acaba anulando a liberdade econômica, em nome da qual se erigiu o sistema. As relações empresariais, no mercado mundial, são relações de poder, com fins egoístas; e o poder econômico existe, hoje, sempre mais em função da acumulação tecnológica. Ora, na lógica do poder, ninguém se despoja de sua supremacia voluntariamente. Por outro lado, as nações subdesenvolvidas já não podem ser mantidas na ilusão de que, um dia, chegarão a igualar o nível de vida dos países opulentos. (...) Basta àquelas nações limitar seu projeto coletivo a uma erradicação da miséria generalizada e do desperdício luxuoso das camadas dominantes – o que já é tarefa ingente, envolvendo gerações. Para realizá-la, o domínio tecnológico na produção é obviamente necessário. Mas ele deve ser alcançado segundo objetivos próprios dos países pobres, e não de acordo com os interesses permanentemente hegemônicos nas nações industrialmente desenvolvidas".

22. *Ibidem*, *ibidem*.

23. *Ibidem*, p. 45: "(...) a exploração dos inventos industriais no âmbito de um direito promocional ou premial – e não como propriedade ou monopólio privados – parece, hoje, melhor atender às exigências e necessidades de um mundo fundamentalmente desequilibrado, em sua organização social e econômica."

24. *Ibidem*, p. 53: "No plano internacional, o estabelecimento de relações menos desiguais passa pela necessária união das nações subdesenvolvidas em defesa de suas riquezas e de seus mercados, de forma a superar o isolamento submetido na carência

Esse direito econômico para a superação do subdesenvolvimento foi plenamente albergado pela Constituição de 1988 (que, por ter acertado tanto, aliás, transformou-se em alvo preferencial dos "intelectuais orgânicos da dependência" [em relação ao centro do sistema-mundo e das oligarquias internas, antigas – vinculadas à propriedade rural –, novas – vinculadas aos meios de comunicação e ao sistema financeiro – ou novíssimas – vinculadas à tecnociência]). Seus artigos 218 e 219 obrigam a endogeneização da tecnologia e a homogeneização social, compondo o quadro de internalização democrática dos centros decisórios que deve orientar toda a regulação econômica (mesmo que alguns autoanunciados "especialistas em regulação econômica" aparentemente jamais ter lido a Constituição).

O art. 218 especifica a forma da endogeneização tecnológica, determinando que "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas", priorizando "a pesquisa científica básica" e direcionando os esforços tecnológicos para "a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional." Além da perspectiva da endogeneização, o artigo contém comando vinculado à pauta da homogeneização social, ao determinar que "a lei apoiará e estimulará as empresas (...) que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho".<sup>25</sup>

econômica. A associação dos países subdesenvolvidos, por meio de acordos regionais ou setoriais de recíproca defesa econômica e coordenação de atividades, perante as nações poderosas e as empresas nacionais, é hoje tão indispensável para a reconstrução do direito internacional quanto foi, no passado, a sindicalização operária, para o surgimento de um verdadeiro direito do trabalho."

25. "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º. A pesquisa tecnológica voltará-se à preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º. O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º. A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica."

Na interpretação de Eros Grau sobre o art. 218, “o que inspira a consagração, no texto constitucional, da regra de que ora cogito é a verificação de que, hoje, o fator determinante do crescimento econômico, parcela do desenvolvimento nacional, já não é mais tão somente a acumulação de capital, mas, também, a acumulação de saber e tecnologia. Esta, em verdade, a razão do declínio da importância relativa das patentes de invenção, ao qual corresponde a elevação da relevância dos contratos de *know how*: a necessidade de reservar conhecimentos técnicos acumulados impõe a manutenção em segredo – em ‘caixas pretas’ – dos novos inventos. Por isso mesmo se impõe a revisão da noção mesma de ‘transferência de tecnologia’. Essa *transferência* em regra não se manifesta, no mercado internacional, senão como mero *aluguel de tecnologia*. É que a tecnologia é um elemento antropológico, razão pela qual só pode haver absorção dela quando houver capacidade nacional de saber científico. A tarefa de viabilizar o rompimento do processo de dependência tecnológica no qual estão embrenhadas as sociedades subdesenvolvidas é missão do Estado, ainda que a evolução tecnológica haja de ser empreendida pela empresa – não mais pelo indivíduo. (...) É necessário enfatizar que a situação de cada sociedade diante do desafio tecnológico – situação de autonomia ou dependência – é que há de determinar o seu papel, de sujeito ou objeto, no mercado internacional”<sup>26</sup>

As tarefas necessárias à superação do subdesenvolvimento encontram-se condensadas no art. 219, que define que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (...)”. A letra do artigo determina que “o mercado interno integra o patrimônio nacional”, subordinando-o, portanto, à vontade política, não sendo o “mercado” livre, mas sim funcionalizado.

Como afirmei em outra oportunidade, ao estudar a subordinação do direito financeiro às pautas constitucionais, “integrar o patrimônio de alguém é submeter-se às posições jurídicas determinadas pelo titular do patrimônio. O titular do patrimônio é ‘a Nação’ e o objeto são

26. Eros Grau. *A Ordem Econômica...*, cit., pp. 209-210. Para uma interpretação do art. 218 preocupada em vincar os espaços aos particulares (mas também afirmando a necessidade de as pesquisas financiadas pelo Estado guardarem plena pertinência com nossos problemas concretos), André Ramos Tavares, “Ciência e tecnologia na Constituição”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 175; Separata, 2007, pp. 7-20.

as relações econômicas, de produção, de circulação, de poupança e de consumo. Não é teoria econômica adotada pela Constituição qualquer teoria que diga que o mercado é ou deva ser livre; tal pode ser um discurso sobre a Constituição, jamais o discurso da Constituição. O ‘mercado interno’ deve obedecer à Nação e viabilizar as duas tarefas de superação do subdesenvolvimento: a eliminação das assimetrias entre as classes e setores sociais, internamente (‘viabilizar o bem-estar da população’, ‘viabilizar o desenvolvimento socioeconômico da população’, ‘viabilizar o desenvolvimento cultural da população’), e entre os países, externamente (‘viabilizar a autonomia tecnológica do país’). A concretização do artigo 219 da Constituição Federal é a superação do subdesenvolvimento brasileiro”<sup>27</sup>

Incentivar o mercado interno é, portanto, distribuir renda e realizar políticas de bem-estar, liberando os efeitos de aumento de demanda que Furtado afirma terem ocorrido na virtuosa industrialização central. Esse processo estabelece a internalização de centros decisórios, e, nessa chave, Eros Grau pôde afirmar que “a integração do mercado interno ao patrimônio nacional se dá na medida em que a Constituição o toma como expressão da soberania econômica nacional”<sup>28</sup>

A busca para “a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional” deve levar em consideração, com redobrada atenção política, o fato de sermos o país mais megabiódverso do mundo. Desta maneira, a interpretação dos arts. 218 e 219 se completa com o art. 225,<sup>29</sup> que determina caber ao

27. Alessandro Octaviani, “A benção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna”, in Jose Maurício Conti e Fernando Scaff (orgs), *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, São Paulo, Ed: RT, 2011, pp. 1.179-1.205.

28. Eros Grau, *A Ordem Econômica...*, cit., p. 250.

29. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir,

Estado e à coletividade “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.<sup>30</sup>

## 2. Tentando pensar a partir do que (talvez) pensa Eros Grau: atuação do Estado em relação à economia dos seguros privados no Brasil

A reconstrução do pensamento de Eros Grau realizada acima permite-nos compreender de maneira adequada os fins, atores, instrumentos e tempos do programa constitucional para diversos setores da economia brasileira. Realizaremos esse exercício com a economia dos seguros privados.

### 2.1 Seguro, risco e garantia: histórico das descobertas teóricas, rumo à mensuração da incerteza

O setor de seguros oferece uma mercadoria que é, basicamente, a reposição das forças produtivas, no processo de acumulação infinita

na forma da lei; para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

30. Eros Grau, *A Ordem Econômica...*, cit., pp. 227-228: “Por esta trilha segue a chamada ética ecológica e é experimentada a perspectiva holística da análise ecológica, que, não obstante, permanece a reclamar tratamento crítico científico da utilização do fator recursos naturais. Saliente-se que o § 1º, III, do art. 225 atribui ao Estado, a fim de que se assegure a efetividade do direito ao meio ambiente, os deveres de ‘preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético’. Variedade e fertilidade genética crescem dos Polos para o Equador, onde a diversidade se multiplica e as transformações se apuram com maior intensidade. Admitida a metáfora, a preservação do patrimônio genético – sua diversidade e integridade – diante do neodilúvio das queimadas e outras formas de destruição ecológica, bem assim da exploração econômica predatória, é uma tarefa de Noé. Cuida-se de preservar patrimônio genético animal e vegetal, este fonte inesgotável de fármacos e nutrientes, cuja comercialização dá conta da sua extrema relevância, da qual ainda não nos apercebemos”.

do capital. Em outra gramática, a tranquilidade de que eventos danosos ao nosso patrimônio terão suas consequências reparadas. Por detrás dessas apresentações didáticas, que dizem o essencial, entretanto, acomoda-se uma enorme teia de complexidade, cuja solução teórica remonta ao século XVII, e sem a qual não é sequer possível pensar em um sistema racional e coletivo de gestão do risco.

Em sua reconstrução da história do risco e da (tentativa de) sua gestão (que, mesmo com seu viés ideológico, não perde o brilho informativo), Peter Bernstein pontua quais as conquistas matemáticas sem as quais as tecnologias de gerenciamento do risco – que vieram a ter no seguro uma de suas diversas manifestações – não existiriam.

Em suas palavras, “a concepção moderna de risco tem suas raízes no sistema de numeração indo-arábico que alcançou o Ocidente há cerca de setecentos a oitocentos anos. Mas o estudo sério do risco começou no Renascimento (...)”. Em 1654, Pascal desenvolve a teoria das probabilidades, “núcleo matemático do conceito de risco”; em 1703, “Leibniz comentou com o cientista e matemático suíço Jacob Bernoulli que ‘a natureza estabeleceu padrões que dão origem ao retorno dos eventos, mas apenas na maior parte dos casos’, levando assim Bernoulli a inventar a Lei dos Grandes Números e os métodos de abordagem estatística (...)”; em 1725, matemáticos competiam entre si na elaboração de tabelas de expectativa de vida, que pudessem substituir a famosa tabela de Ulpiano, vigente por mais de 1400 anos; em 1730, Abraham de Moivre comunicou a “estrutura da distribuição normal, também conhecida como curva em sino – e descobriu o conceito de desvio padrão. Conjuntamente, esses dois conceitos construíram o que popularmente se conhece como Lei das Médias e são ingredientes essenciais das técnicas modernas de quantificação do risco. Oito anos depois, Daniel Bernoulli (...) definiu pela primeira vez o processo sistemático pelo qual a maioria das pessoas realiza escolhas e chega a decisões”; quase cem anos depois das contribuições seminais de Pascal, “Thomas Bayes deu um impressionante avanço em estatística ao demonstrar como tomar melhores decisões mesclando matematicamente as novas informações com as informações velhas”; em resumo, “todas as ferramentas atualmente usadas na administração do risco e na análise das decisões e opções, da rigorosa racionalidade da teoria dos jogos aos desafios da teoria do caos, resultam das evoluções ocorridas entre 1654 e 1760”, com as exceções de Francis Galton, que

em 1875 descobriu a regressão à média, e Harry Markowitz, que em 1952 “demonstrou matematicamente por que colocar todos os ovos na mesma cesta é uma estratégia inaceitavelmente arriscada (...)”<sup>31</sup>

Esse imenso cabedal teórico foi lentamente sendo apropriado por atores sociais cuja preocupação central era contrapor-se ao que anteriormente era tido como inevitável: os acidentes nos mares, a velhice que debilita a força de trabalho, a incapacidade advinda de uma doença. Essas técnicas foram incorporadas pelos negociantes – dando origem aos seguros comerciais – e pelas populações e poderes públicos – dando origem aos sistemas de segurança social.

Esse caminho, que é certamente tortuoso e depende de diversas variáveis históricas, foi caricaturado por Michel Albert como sendo o do capitalismo saxão (negociante, derivado das explorações do mar) contra o renano (solidário, derivado das cooperativas de solidariedade das guildas), ambos tentando se valer ao máximo das técnicas desenvolvidas desde o século XVII para prever e, conseqüentemente, prover. Karl Polanyi chega mesmo a definir a reação por mais segurança, construída pelos movimentos solidaristas, de inspiração religiosa ou laica, cristã ou socialista, contra os riscos advindos do mercado e da natureza, como o ponto nodal da “grande transformação” que sepulta a versão triunfalista do liberalismo do século XIX.

A tentativa de definição da estrutura, função e processo das técnicas securitárias tem sido realizada por diferentes matizes, dando origem, por exemplo, às metáforas do (i) seguro como “tecnologia política” da *redução de riscos*, de Ewald, Castels e a tradição solidarística francesa;<sup>32</sup> (ii) seguro como *redução de custos*, de Calabresi e os neoclássicos em geral; (iii) seguro como *redução de complexidades*, de Luhmann e os teóricos sistêmicos; ou (iv) o seguro como *reprodução das forças produtivas na acumulação infinita*, na tradição que remonta de Marx a Wallerstein, apresentada no início dessa exposição.

31. Peter Bernstein, *Desafio aos Deuses – A fascinante História do Risco*, trad. Ivo Korylowski, 23ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 1997, pp. 3-6.

32. Cf. Carlos Miguel Herrera, “Democracia e solidariedade”, *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, p. 30: “Para ele [Ewald], o seguro aparece, nas suas palavras, como uma ‘tecnologia política do risco’, que, como tal, tem como pressuposto ‘solidarizar interesses’ (...), à medida que, se um risco é eventual para todos, temos de solidarizar essa possibilidade, em particular no tocante ao risco profissional. Foi a partir da solidarização dos riscos de trabalho, enfim, que se pôde chegar, após longa marcha, à seguridade social”.

Partindo do ponto de vista da lógica individual, Bernstein aponta o objetivo da operação securitária destinada a *transformar a incerteza em incerteza mensurável, ou seja, risco*, de maneira a poder tornar-se atividade empresária, que oferta ao mercado inúmeros e tão variados produtos, subdivididos de tal maneira, que demandam uma enorme massa de regulação estatal para que sua função seja corretamente cumprida. Retomando a contribuição de Arrow, prêmio Nobel justamente por conta de “sua seguradora imaginária”, Bernstein relembra que, do ponto de vista individual, “compramos seguros porque não podemos nos dar ao luxo de assumir o risco de perder nossa casa em um incêndio – ou nossa vida antes do tempo. Ou seja, preferimos um jogo com 100% de vantagem para uma pequena perda (o prêmio que temos de pagar) e pouca chance de um grande ganho (se a catástrofe nos atingir) a um jogo com um ganho pequeno certo (poupar o custo dos prêmios do seguro), mas conseqüências incertas e potencialmente ruinosas para nós ou nossas famílias. Arrow ganhou seu prêmio Nobel em parte como resultado de suas especulações sobre uma empresa seguradora imaginária (...). (...) na ausência de seguro, quase todo resultado parece ser uma questão de sorte. O seguro, ao combinar os riscos de muitas pessoas, permite que cada indivíduo desfrute das vantagens proporcionadas pela Lei dos Grandes Números. Na prática, o seguro só está disponível quando a Lei dos Grandes Números é observada”<sup>33</sup>

Para alcançar esse resultado, “as empresas seguradoras usam os prêmios pagos por pessoas que não tiveram prejuízos para indenizar pessoas que os tiveram”<sup>34</sup> e assim “(...) os gerentes de empresas seguradoras (...) fixam seus prêmios para cobrir os prejuízos que sofrerão a longo prazo; mas quando terremotos, incêndios e furacões ocorrem todos ao mesmo tempo, o curto prazo pode ser muito doloroso. Ao contrário dos jogadores, as seguradoras aumentam o capital e formam reservas para sustentá-las durante os surtos inevitáveis de azar a curto prazo”<sup>35</sup>. Com isso, conseguem obter a distinção propugnada por Knight, entre incerteza e risco: “A incerteza deve ser tomada em um sentido radicalmente distinto da noção familiar de risco, da qual nunca foi propriamente separada... Descobrir-se-á que uma incerteza men-

33. Peter Bernstein, *Desafio aos Deuses...*, cit., pp. 203-204.

34. Idem, *ibidem*, p. 93.

35. Idem, *ibidem*, p. 145.

surável, ou 'risco' propriamente... é tão diferente de uma imensurável que, na verdade, não chega a ser uma incerteza".<sup>36</sup>

## 2.2 Atuação do Estado em relação ao setor de seguro no Brasil: antecedentes (aplicando Eros Grau)

Essa utilidade individual passou a ser ofertada em escala industrial, com nítidas funções de estruturação, manutenção e reforço do modo capitalista de produção, como um todo, modelando-se a partir

36. Idem, p. 219. Cf. Paulo Piza, *Contrato de resseguro – tipologia, formação e direito internacional*, São Paulo, IBDS-EMTS, 2002, pp. 81-83. "Considere-se, de início, que o seguro, tecnicamente, é encarado como uma instituição econômica voltada a restabelecer o patrimônio ou o nível de receita dos segurados, que se veem afetados em consequência da verificação de riscos independentes de sua vontade. Vale-se o seguro, assim, da prévia acumulação daqueles recursos que formam o que (...) se denominou de *fundo comum de proteção securitária*, o que se obtém mediante o pagamento, pelos segurados, de uma contribuição, denominada *prêmio*, cujo montante é calculado com base na probabilidade estatística da ocorrência do risco, fundamentada na chamada 'lei dos grandes números'. (...) As empresas de seguros, portanto, de um ponto de vista figurado, podem ser vistas como 'intermediárias financeiras', mas tão-somente à medida que, mediante o agrupamento técnico do interesse individual ameaçado, elas operam uma solidariedade implícita ao conjunto – solidariedade essa, justamente, que irá proporcionar os recursos necessários para o financiamento eficiente do sistema de reparações. Tecnicamente, portanto, o seguro, como dizia Chaufton há mais de um século, é 'a compensação dos efeitos do azar, pela mutualidade organizada, segundo as leis da estatística.' (...) A técnica costuma apontar, para que se envide esse funcionamento solvente, a necessidade de satisfação de determinadas condições: de um lado, a congregação de um grande número de segurados, ou seja, uma 'população suficientemente grande; de outro, um prazo para o seguro suficientemente longo (um ano, por exemplo); de outro, ainda, a possibilidade de obtenção de valores em risco homogêneos (entre, por exemplo, cinquenta e cem mil reais); a identificação de uma homogeneidade também no tocante à qualidade dos bens passíveis de sofrerem danos em consequência da verificação do risco (o imobiliário residencial, por exemplo), e, por fim, a identificação de um risco específico (como o de roubo), a par da possibilidade de promoção de sua dispersão física (em cidades diversas). Diz-se, nesse sentido, que, se o segurador satisfizer essas condições – que, ademais, devem coincidir com o agrupamento de dados recolhidos pela experiência estatística histórica – poderá, então, chegar a administrar uma carteira homogênea e compensada, em relação à qual terá condições de presumir que atendeu às bases probabilísticas do sistema. De modo que, em princípio, poderá presumir-se solvente, do ponto de vista econômico. É assim, em poucas palavras, que ocorre a citada transformação 'de uma incerteza em certeza'; ou melhor, assim é que a incerteza vai aproximando-se da certeza, já que aquele ideal, lamentavelmente, não encontra espaço neste mundo, impedindo-o a realidade física, comercial e humana."

de diferentes espaços insitucionais, com diferentes forças políticas, que lhe configuram as feições finais.

No Brasil, pode-se afirmar que a atuação do Estado em âmbito econômico – na e sobre a economia – constitucionalmente vinculada, traz um desenho que *dirige o contrato, a empresa e o mercado de seguro*, com vistas a expandir para o máximo de cidadãos as possibilidades de garantir seus interesses legítimos contra os riscos presentes na sociedade contemporânea.

Pode-se tomar o Código Comercial Brasileiro de 1850 como a primeira forma sistemática de regulação securitária no Brasil, dispondo sobre o seguro marítimo. Sob o albrigo dessa normativa, surgiram diversas seguradoras que, além de seguros marítimos, passaram também a ofertar seguros terrestres e de vida.

O crescimento do mercado de seguros brasileiro atraiu seguradoras estrangeiras, que começaram a se instalar no Brasil em 1862. Tendo em vista que tais seguradoras provocavam grande evasão de divisas do país quando remetiam seus recursos financeiros de volta para as matrizes, foi promulgada a Lei 294 de 1895, que estabeleceu regras para que a receita de seguradoras estrangeiras advinda de seguros de vida permanecesse no Brasil.

Em 1901, foi promulgado o Decreto 4.270, que regulamentava as atividades de seguradoras nacionais e estrangeiras em seguros marítimos, terrestres e de vida. Além disso, foi criada a Superintendência Geral de Seguros, subordinada ao Ministério da Fazenda, responsável por fiscalizar as seguradoras e autorizar seu funcionamento, tarefas antes distribuídas em diversos órgãos. O Decreto 5.073, de 1906, substituiu a Superintendência Geral de Seguros pela Inspetoria de Seguros, também subordinada ao Ministério da Fazenda.

O Código Civil de 1916 trouxe um capítulo sobre seguro, que vigorou até 2002 – e cujas influências individualistas se fazem sentir até hoje em parcela da jurisprudência, paulatinamente substituída por visão mais sistêmica e articulada das relações securitárias.

Em 1932, foi autorizado o funcionamento de sociedades de capitalização, por meio do Decreto 21.143, regulamentado pelo Decreto 22.456, de 1933. As sociedades de capitalização também deveriam ser fiscalizadas pela Inspetoria de Seguros. Ainda em 1933, o Decreto 22.865 transferiu a Inspetoria para o Ministério do Trabalho, Indústria

e Comércio. No ano seguinte, por meio do Decreto 24.782, a Inspetoria foi substituída pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (DNSPC).

Após esse período, em que a percepção de evasão de divisas continuava (e não raro as indenizações não eram pagas por seguradores estrangeiros, que optavam, diante de grandes indenizações, por abortar por completo a operação no Brasil), estava construída a base para o que a Constituição de 1937 estabeleceu como o "Princípio da Nacionalização do Seguro", que deu origem ao Decreto 5.901, de 1940, que criou seguros obrigatórios para comerciantes, industriais e concessionários de serviços públicos, pessoas físicas ou jurídicas, contra os riscos de incêndios e transportes.

Nesse mesmo período, em 1939, foi criado o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), que deveria ressegurar as responsabilidades que excedessem a capacidade de retenção própria das sociedades seguradoras atuantes no Brasil. A criação do IRB consolidou o setor de seguros nacional, sendo responsável por grande parte da industrialização e da implementação do setor de serviços e da agricultura na economia brasileira.

Assim como parcela considerável das atividades econômicas simplesmente não eram realizadas pelos atores privados de nossa classe empresarial periférica ou semiperiférica (devido aos seus altos custos ou a sua cultura de pouca propensão ao risco), tendo sido assumidas pelo Estado brasileiro (como o financiamento e crédito à indústria pelo BNDE, a exploração da siderurgia pela CSN ou a realização da pesquisa tecnológica pela Embrapa), no mercado de seguros o IRB funcionou como garantidor de todos os negócios securitários brasileiros, desde sua criação até a autorização constitucional e administrativa para a operação de outros resseguradores, operada somente no ano de 2007.

Após 1964, a Ditadura Militar – para além da indústria da repressão política e da tortura – buscou dotar de sistematicidade a atuação das entidades financeiras no Brasil, organizando uma série de "Sistemas", do que deriva a "Lei do Sistema Financeiro Nacional" (Lei 4.595/1965), a "Lei do Sistema Nacional de Seguros" (Decreto-Lei 73/1966), o "Código Tributário Nacional" (Lei 5.172/1966), a "Lei do Orçamento Nacional" (Lei 4.320/1964) e o Decreto-Lei 200, que racionaliza o desenho da Administração Pública. Assim, o Decreto 73 de 1966 passa a regular todas as operações de seguros e resseguros no Brasil, buscando criar o "Sistema Nacional de Seguros Privados", for-

mado, entre outros, pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e o IRB. A SUSEP substituiu o DNSPC, passando a ter personalidade jurídica de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira; jurisdicionada ao Ministério da Indústria e Comércio até 1979, e vinculada ao Ministério da Fazenda desde então. O CNSP é responsável por definir as diretrizes e normas da política pública do setor, enquanto a SUSEP é autarquia que executa as diretrizes traçadas pelo CNSP e fiscaliza as sociedades reguladoras.<sup>37</sup>

### 2.3 *Divisão funcional contemporânea: submissão à Constituição e a articulação entre obrigação de garantia e o regime de reservas técnicas (aplicando Eros Grau)*

A redemocratização do Brasil trouxe ao texto constitucional pautas que buscavam contrariar o espírito do tempo anterior, o que pode ser encontrado em inúmeros trechos do diploma, sendo marcantes os já mencionados comandos com caráter redistributivo do art. 3º (que buscam dar uma resposta a um modelo econômico extremamente concentrador) e com caráter de soberania econômica (resposta a uma economia altamente internacionalizada a partir da vinda das automobilísticas e da indústria química, sob a égide da política de alinhamento – alguma vez tensa – com os Estados Unidos).

Nesse sentido, a dicção do art. 192 estabelecia que "o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado por Lei Complementar que disporá, inclusive, sobre (...) autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial ressegurador", que veio a ser substituído por "órgão oficial fiscalizador", até a última emenda, de 2003, torná-lo cláusula mais geral e abrangente (mas mantendo sua subordinação aos objetivos de "promoção do desenvolvi-

37. Sobre a história do seguro no Brasil, cf. Gilberto Bercovici, "Resseguro e Ordem Econômica", *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, pp. 139-153; Gilberto Bercovici, "Parecer – IRB Brasil Resseguros S.A. – Sociedade de Economia Mista – Monopólio de Fato, Dever de Contratar e Proteção à Ordem Pública Econômica", *Revista de Direito do Estado*, n. 12, pp. 335-376. Cf. Paulo Piza, *Contrato de resseguro...*, cit., pp. 60-63.

mento”), segundo a qual “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

Dessa maneira, toda regulação infra-constitucional sobre seguro, quer seja a regulação que determine os termos do contrato, a atuação da empresa ou a conformação do mercado, está submetida à pauta simultânea dos arts. 3º, 219 e 192, entre outros, de nossa Constituição, que, como já visto, instrumentalizam a superação do estado de subdesenvolvimento, isto é, os valores da distribuição de recursos em uma sociedade estruturalmente desigual e da defesa do “mercado interno como patrimônio nacional, vertido ao bem-estar da população, seu desenvolvimento cultural e a autonomia tecnológica do país”.

Para ser um instrumento na busca desse fim, como o determina o texto Constitucional, o seguro não pode estruturar-se como mero jogo e aposta, em bases individualistas (que, se funcionam algumas vezes, não apresentam certeza sistêmica de continuidade). Para que os fins constitucionais sejam alcançados, toda a técnica e teoria acima descritas (advinda dos profundos avanços matemáticos, estatísticos e atuariais) restam funcionalizadas à construção de um verdadeiro sistema orgânico de controle estatal, que dá origem a uma divisão do trabalho institucional entre a proteção simultânea e articulada da (i) obrigação de garantia e (ii) manutenção de reservas técnicas, que organizam e orientam qualquer atuação de interpretação/aplicação do direito no campo do seguro.

É com base nessas premissas técnicas e políticas que os principais estudiosos dessa densa regulação jurídica não hesitam em afirmar que “a comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento da garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre o prêmio (prestação) e garantia (contraprestação). Ao obter garantia do interesse para a hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o segurado obtém uma

vantagem patrimonial sem a qual permanecerá em estado potencial de dano. É por isso que a garantia, como prestação devida pela seguradora, deve estar respaldada em provisões patrimoniais bastantes que, ausentes, caracterizam inadimplemento independentemente da efetiva ocorrência de sinistros. (...) Por essa razão é que as entidades seguradoras dependem de especial autorização estatal para que possam empreender a atividade. Nascem, diferentemente das sociedades empresárias em geral, balizadas por especial capacitação patrimonial e operam, cada ramo, cada região, cada nível de grandeza obrigacional, à medida que preencham rigorosos requisitos atinentes ao capital e provisões que efetivamente possam oferecer solvência. São, afinal, administradoras de fundos comuns ou fundos de poupança coletiva constituídos pela multidão de contribuições proporcionais (prêmios) prestadas por cada uma das economias individuais (segurados, estipulantes) para um fim preciso: ao longo de período geralmente extenso, garantir predeterminados interesses expostos a riscos também predeterminados. Para isso é essencial a empresarialidade: o exercício sistemático da atividade, a uniformização ou homogeneidade das garantias, uma grande massa de negócios e a constante formação de provisões ou reservas adequadas para a preservação dos interesses da coletividade de economias individuais”<sup>38</sup>.

38. Ernesto Tzirulnik, Flávio Cavalcanti e Ayrton Pimentel, *O Contrato de Seguro – Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 22-34. Prosseguem os autores, p. 34: “O que nosso Código agora positivou já era reconhecido em 1885, ou seja, em pleno apogeu do liberalismo individualista, por Cesare Vivante: ‘O seguro não se pode considerar atualmente como um negócio isolado, como no século passado, quando os comerciantes assumiam quaisquer riscos em busca da boa sorte, sem se dedicarem a uma atividade sistemática de seguros (...). No comércio de seguros hoje exercido, atuam exclusiva e sistematicamente por grandes empresas comerciais, com uma série contínua de negócios homogêneos. (...) Esta base econômica influi na construção jurídica das empresas e do contrato de seguro.’” Da mesma maneira, Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito*, São Paulo, Ed. RT, 1967, pp. 136-137. “A doutrina tradicional limita-se a ver na prestação securatória o pagamento da indenização estipulada na apólice para o caso de sinistro. Contra esta concepção, tem-se feito valer não só argumentos teóricos, como observações tiradas da própria realidade social. Em primeiro lugar, a doutrina tradicional não explica satisfatoriamente por que na hipótese de ausência de sinistro não ocorreria a falta de prestação securatória, ferindo o caráter bilateral do contrato. Ademais, o que se verifica na realidade dos fatos é que, ao subscrever uma apólice de seguro, o segurado tem em vista não apenas uma soma de dinheiro correspondente à indenização, mas também a garantia de supressão do risco que pesa sobre si; em uma palavra, a segurança. Daí a concepção da obrigação

#### 2.4 Atuação do Estado em relação ao setor de seguros: atuação na e sobre a economia securitária (aplicando Eros Grau)

Para que tais objetivos sejam alcançados, o Estado brasileiro tem lançado mão das diversas técnicas de atuação junto ao domínio econômico. A clássica tipologia ensaiada por Geraldo Vidigal e Washington Peluso e sistematizada por Eros Grau (que aponta a atuação do Estado *no* domínio econômico e *sobre* o domínio econômico, a primeira subdividindo-se em atuação por *absorção* e atuação por *participação*, e a segunda subdividindo-se em atuação por *direção* e atuação por *indução*) encontra no setor de seguro brasileiro um espelho vigoroso.

O Estado atuou e atua *no* domínio econômico *por participação*, por exemplo, no caso das seguradoras vinculadas ao Banco do Brasil, sociedade de economia mista, que atua com outras em ambiente concorrencial; o Estado atuou *no* domínio econômico por quase um século, até menos de cinco anos passados, *por absorção*, com o monopólio das atividades ressecuritárias por parte do IRB – Instituto de Resseguros do Brasil; o Estado atua *sobre* o domínio econômico *por indução*, quando elimina encargos tributários de seguradoras que expandam sua teia do chamado micro-seguro, seguros destinados aos setores da população, recém-incluídos no mercado consumidor graças aos programas de renda mínima implementados durante a última década;<sup>39</sup> o

própria do segurador como uma *obrigação de garantia*, ou dever de prestar segurança (*Sicherheitsleistung*), e a qualificação do contrato de seguro como um contrato de garantia. Pelo contrato de seguro, o segurado obtém, independentemente do sinistro, e pois da indenização, a transferência à seguradora do risco que afeta seu interesse. (...) Mas a garantia securatória não está isenta de limites. É que uma sã gestão da operação exige uma correspondência necessária entre a perda eventual em cada risco e o montante do prêmio a ele referente. Do Professor Titular de Direito Comercial da USP; cf., todos no mesmo sentido: “Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança”, in *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 438-449; “Seguro de garantia de obrigações contratuais”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1981, pp. 350-369; “Seguro de crédito financeiro e fraude do financiado”, in *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 334-345; “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”, in *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, cit., pp. 521-39; “Monopólio público das operações de resseguro”, in *Direito Público – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 154-65.

<sup>39</sup> Folha de São Paulo, Mercado, B-2, 2.3.2012: “Seguradoras criam cada vez mais produtos diferentes para atingir o gosto de clientes, em especial das classes C e D, pouco acostumados a contratar seguros. Há desde seguros de vida com assistência

Estado atua *sobre* o domínio *por direção* quando determina, para os atores do sistema nacional de seguro, conteúdos contratuais, comportamentos empresariais e modelos de concorrência adequados para o cumprimento dos fins constitucionais.

#### 2.5 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: dirigindo o contrato

O contrato de seguro não é um ato jurídico de livre arbítrio das partes, qual vivêssemos em uma utopia da autonomia da vontade. Pelo contrário, sequer a mínima das liberdades contratuais, a liberdade de contratar, de aceitar realizar contrato, é possibilidade a ser exercida de forma plena. Existem diversos seguros obrigatórios, que são pressupostos do exercício de inúmeras atividades, inclusive da atividade praticamente compulsória na realidade das conurbações brasileiras, que é o exercício do direito de propriedade de um automóvel. No mesmo sentido, a lista do Decreto-Lei 73/66, art. 20, inclui seguros obrigatórios para “responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo”, “bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras públicas” e outros, ficando ao encargo do art. 112 determinação da multa (“As pessoas que deixarem de contratar os seguros legalmente obrigatórios, sem prejuízo de outras sanções legais, será aplicada multa (...).”).

Para além da liberdade de contratar (bastante minimizada em relação a seu modelo ideal liberal novecentista), quando rumamos

a animais de estimação, com direito a consultas veterinárias e transporte dos bichos, a produtos com consertos de eletroeletrônicos acoplados. Os preços surpreendem. Por R\$ 3,50 mensais, é possível segurar a vida, ter auxílio funeral e um título de capitalização. A cobertura é simples, ressalta Marco Antonio Rossi, do Grupo Bradesco Seguros. Embora tenha se reduzido, há ainda reserva em se pensar em seguro de vida e morte. O aumento da renda nas classes C e D impulsionou a criatividade na elaboração do ‘pacote’ do seguro. Líder no mercado, a Bradesco Seguros fechou 2011 com mais de 40 milhões de clientes, incluindo previdência complementar aberta e capitalização, e uma alta de 11,2% ante 2010. Cerca de 18 milhões de apólices são abaixo de R\$ 20 ao mês. Pelo menos uma família é segurada pelo grupo em cada cidade do país. Quando os primeiros sonhos são atingidos, as pessoas buscam a proteção desses sonhos, da vida, do carro e da casa, afirma Rossi. No Grupo BB Mapfre, cerca de 40% dos 25 milhões de clientes são das classes C e D. Essas pessoas querem seguro de vida e de saúde, mas só 15% têm, diz Bento Zanzini, diretor do grupo.”

para a liberdade de disposição dos conteúdos contratuais, a liberdade se restringe em grau muito maior. Existe direção estatal para os conteúdos contratuais contidos no Código Civil, no Decreto-Lei 73/1966, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e em uma infinidade de regras de direito econômico emanadas pelo CNSP e pela SUSEP, nos âmbitos de suas competências. Do Código Civil podem ser destacadas as normativas destinadas a selecionar as partes do contrato (tendo como segurador necessariamente "entidade para tal fim autorizada", e não qualquer que queira exercer a liberdade de figurar como segurador) (art. 757), a forma de prova da existência do contrato (art. 758), o modelo de formação do contrato e os requisitos para que os submomentos que completam o ato jurídico complexo atinjam plena eficácia (art. 759), as específicas e detalhadas informações que devem existir nos documentos instrumentalizadores da relação contratual (arts. 760, 761, 766), proibições – com a consequência jurídica de nulificação – de determinados tipos de interesse segurados, considerados não legítimos (art. 762), imposição de específicas condutas contratuais durante a execução do contrato, para as partes nucleares e adjacentes ao projeto obrigacional (arts. 765, 766, 767, 768 e 771). Em se tratando de relação submetida ao art. 3º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tal diploma modela os conteúdos contratuais, subordinando-os à instituída "ordem pública e interesse social", uma vez que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza (...) securitária." A partir daí, por exemplo, está vedado ao segurador "condicionar o fornecimento de seguro ao fornecimento de outro seguro" (art. 39, I) ou "deixar de estipular prazo para o cumprimento de suas obrigações ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério (como no momento de se manifestar sobre aceitações das indenizações pleiteadas ou sua recusa)" (art. 39, XII).

De maneira muito mais minuciosa, o Decreto-Lei 73/1966 e os entes da Administração Pública encarregados da polícia econômica setorial determinam posições e conteúdos contratuais. Nos termos do art. 32, "é criado o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, ao qual compete privativamente (...) fixar as características gerais dos contratos de seguros", competência que exerce largamente, delimitando, por exemplo, os conteúdos dos contratos, por meio das chamadas "Condições Contratuais Padronizadas", que não deixam qualquer

margem de manobra para os contratantes, algumas vezes inclusive em relação ao próprio valor da I. S. – Importância Segurada, índice máximo balizador da indenização. As "Condições Contratuais Padronizadas para o Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário por Desaparecimento de Carga (RCF-DC)", determinadas pela Circular SUSEP 422/2011, por exemplo, trazem em sua cláusula 13.1 que "o segurado assume a obrigação de comunicar, à Seguradora, todos os embarques abrangidos pela apólice, antes da saída do veículo transportador, através da entrega de cópia do(s) conhecimento(s) rodoviário(s) ou documento fiscal equivalente, emitido(s) para transporte, em rigorosa sequência numérica, acompanhado(s) do respectivo formulário de averbação".

As contemporâneas propostas de reforma legislativa mantêm esse panorama de dirigismo contratual. O Projeto de Lei 8.034/2010, adaptação do antigo Projeto de Lei 3.555/2004, de proposição original pelo então Deputado Federal, e hoje Ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo (encaminhando trabalho articulado no âmbito do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, com a contribuição de diversos securitaristas internacionais, como Ruben Stiglitz, Muñoz Paredes e outros), é muito detalhado, sendo muito mais próximo dos Códigos de Seguro europeus do que dos artigos dedicados ao seguro no Código Civil brasileiro. O "Projeto de Lei de Novo Código Comercial", capitaneado pelo Professor Titular de Direito Comercial da PUC/SP, Fábio Ulhoa Coelho, remete, inteligentemente, a matéria securitária a regime específico, que, se espera, inclua o Projeto de Lei supra-mencionado.

#### 2.6 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: dirigindo a empresa

Entretanto, para além do dirigismo contratual, existe também o direcionamento da própria atividade empresária, que se inicia pela disposição do Decreto-Lei 73/1966, art. 73, que determina que "as sociedades seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria", sendo "a autorização para funcionamento concedida através de Portaria do Ministro responsável" (art. 74), só podendo "operar em seguros para os quais tenham a necessária autorização, segundo os planos, tarifas e normas aprovadas pelo CNSP"

(art. 78) e sendo "vedado às Sociedades Seguradoras reter responsabilidades cujo valor ultrapasse os limites técnicos, fixados pela SUSEP (...) que levarão em conta: a) a situação econômico-financeira das Sociedades Seguradoras; b) as condições técnicas das respectivas carteiras". Tal autorização poderá ser suspensa (art. 115) ou cassada (art. 117), revogando-se o ato administrativo original.

A política liberal clássica, que garante a propriedade privada como um direito oponível *erga omnes*, é substituída por uma outra política, que funcionaliza a propriedade privada da sociedade empresária securitária aos fins da estabilidade e capilaridade do sistema de seguros, sendo determinado no art. 84 do diploma de regência que, "para a garantia de todas as suas obrigações, as Sociedades Seguradoras constituirão reservas técnicas, fundos especiais e provisões, de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP, além das reservas e fundos determinados em leis especiais". A gestão da propriedade da empresa seguradora é limitada, chegando ao gravamento dos bens, nos termos do art. 85, que determina que "os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados; prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem sua prévia e expressa autorização, sendo nulas de pleno direito as alienações realizadas ou gravames constituídos com violação deste artigo".

Tal bloqueio da propriedade das seguradoras abrange a distribuição de lucros, pois "não poderão distribuir lucros ou quaisquer fundos correspondentes às reservas patrimoniais, desde que essa distribuição possa prejudicar o investimento obrigatório do capital e reserva". Para garantir tal política de funcionalização da propriedade privada, os arts. 109 e 110 instituem o regime de responsabilidade solidária e a tipificação penal, nos seguintes termos: "Os Diretores, administradores, gerentes e fiscais das Sociedades Seguradoras responderão solidariamente com a mesma pelos prejuízos causados a terceiros, inclusive a seus acionistas, em consequência do descumprimento de leis, normas e instruções referentes às operações de seguro, cosseguro, resseguro ou retroseção, e em especial pela falta de constituição das reservas obrigatórias"; "Constitui crime contra a economia popular (...) a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras".

Detalhando esses comandos gerais, existe uma série de atos de "capacidade normativa de conjuntura", como dão exemplo a Resolu-

ção CMN 3.308/2005 (que disciplina a aplicação de recursos das reservas, das provisões e dos fundos das sociedades seguradoras, das sociedades de capitalização e das entidades abertas de previdência complementar, bem como a aceitação dos ativos correspondentes como garantidores dos respectivos recursos), as Resoluções CNSP 98/2002 e 106/2004 (que dispõem sobre os critérios para a realização de investimentos pelas sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e entidades abertas de previdência complementar) e a Instrução CVM 409/004 (que dispõe sobre a constituição, administração, funcionamento e a divulgação dos fundos de investimentos).<sup>40</sup>

40: Sobre este tipo de atuação do Estado na economia, cf. Alessandro Octaviani, "Seguro, desenvolvimento e políticas públicas", *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, pp. 223-233. Ainda sob a vigência da Resolução CMN 3.456/2007, que veio a ser revogada em favor da Resolução CMN 3.792/2009, tive a oportunidade de analisar os gravames que funcionalizam a propriedade das entidades de previdência complementar: "O BNDES e a FINEP são considerados os principais financiadores da inovação tecnológica no Brasil, principalmente pelo fato de o país contar com um mercado de capitais muito pouco desenvolvido, apesar de todos os esforços envidados desde as décadas de 1960 e de 1970. Entretanto, esse papel financiador do Estado, essencial em todo o centro do sistema, como visto acima, pode vir a ser complementado pelas entidades de previdência, dando capilaridade aos mandamentos constitucionais já mencionados. A Lei Complementar n. 109 de 2001 determina em seu artigo 3º que a ação do Estado será exercida com o objetivo de: (...) II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro". Para compor o quadro do desenvolvimento social e econômico-financeiro, a construção do sistema nacional de inovação é crucial, e seu financiamento por parte das entidades de previdência complementar fechada pode alterar o quadro acima relatado, de notada inferioridade do Brasil nessa competição intrassistêmica, principalmente se tivermos em mente que o total dos recursos por elas geridos é 314.103 bilhões de reais (enquanto o total de recursos geridos pelas entidades abertas de previdência complementar é 168.724 bilhões de reais, para o ano de 2008). A Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 3.456, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos de benefícios administrados pelas entidades de previdência complementar, determina o que é permitido, proibido e obrigatório fazer com estes montantes. No anexo da resolução, o artigo 3º aponta que os recursos garantidores dos planos de benefícios da entidade fechada de previdência complementar devem ser alocados em quaisquer dos segmentos de aplicação: I - segmento de renda fixa; II - segmento de renda variável; III - segmento de imóveis; ou IV - segmento de empréstimos e financiamentos. No seu artigo 17, determina-se que no segmento de renda variável, os investimentos da espécie, segundo a correspondente natureza, devem ser classificados nas seguintes carteiras: I - carteira de ações em mercado; II - carteira de participações; ou III - carteira de renda variável - outros ativos. O artigo 19 determina que se incluem na carteira de participações as cotas de fundos de investimentos em empresas emergentes, que são

A Resolução CNSP 226/2010 é taxativa ao dispor, por exemplo, em seu art. 9º, que “é vedado à sociedade supervisionada, direta ou indiretamente: I – realizar operações com derivativos (...); II – realizar operações com derivativos na modalidade ‘sem garantia’; III – aplicar em cotas de fundos de investimentos cuja atuação, direta ou indireta, em mercados de derivativos gere, a qualquer tempo, exposição superior a uma vez o respectivo patrimônio líquido; IV – realizar operações de venda de opção a descoberto; V – aplicar recursos em carteiras administradas por pessoas físicas (...); VI – aplicar recursos no exterior, ressalvados os casos expressamente previstos em regulação do CMN ou da CVM (...); VII – aplicar em cotas de fundos de investimento que não possuam procedimentos de avaliação e de mensuração de risco da carteira de investimentos; VIII – prestar fiança, aval, aceite ou coobrigar-se; IX – conceder empréstimos ou adiantamentos (...); X – realizar quaisquer operações comerciais, financeiras ou imobiliárias: a) com seus administradores (...); XI – aplicar em títulos e valores mobiliários de emissão ou coobrigação de empresas ligadas; (...)”.

A forma de organização contábil das sociedades empresárias securitárias expressa essa direção da empresa (bem como a obrigação de garantia como núcleo de sua atividade, a ser severamente protegida, a fim de que tal atividade possa irradiar-se adequadamente para todo o mercado). Via de regra, os “Ativos Totais” apresentam-se subdivididos nas categorias de “Provisões Técnicas de Seguros”, “Provisões Técnicas

as empresas de base tecnológica, permitindo-se que os fundos geridos pelas entidades de previdência complementar fechadas sejam vertidos ao esforço de autonomização tecnológica do país. Os limites para tal ação delineados a partir do artigo 21: ‘Os recursos garantidores do plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar aplicados nas diversas carteiras que compõem o segmento de renda variável subordinam-se aos seguintes limites: I – até 50% (cinquenta por cento), no conjunto dos investimentos; (...) III – até 20% (vinte por cento), relativamente aos investimentos incluídos na carteira de participações (...)’. Além desses limites, no seu artigo 22, especifica-se a atuação dos fundos de investimento em empresas emergentes da seguinte maneira: adicionalmente aos limites estabelecidos no artigo 21, no caso de investimentos incluídos na carteira de participações; o total da participação da entidade fechada de previdência complementar em um mesmo fundo de investimento em empresas emergentes não poderá exceder a 25% do patrimônio líquido do fundo em se tratando dos investimentos da própria entidade de previdência e a 40% do patrimônio líquido do fundo em se tratando dos investimentos que ela faça em conjunto com outros investidores: (...) de aproximadamente 368 bilhões de reais que os fundos de previdência complementar fechados estão gerindo, somente 2 bilhões estão investidos em empresas de base tecnológica (...)”.

de Produtos de Acumulação (PGBL + VGBL + Previdência) e Capitalização”, cuja soma dá origem à rubrica “Total de Provisões Técnicas”; no “Total do Passivo”, devem ser detalhados os “Prêmios e Contribuições” aceitas e os “Sinistros Retidos – Seguros” e “Resgates e Sorteios de Capitalização”, rubricas que organizam as contraprestações.<sup>41</sup>

### 2.7 Atuação do Estado sobre o domínio econômico securitário: dirigindo o mercado

Além de direcionar o contrato e a empresa de seguros, o Estado age sobre o domínio econômico securitário por direção, conformando o mercado, através da expedição de normas de cunho cogente, com fundamento no Poder de Polícia, que podem ter diversos conteúdos, dentre os quais a proteção do ambiente concorrencial.

Inicialmente, chamo a atenção para a competência articulada entre o CADE e a SUSEP para tal tipo de intervenção, conforme destacado em diversas manifestações de tais órgãos. O exercício consequente de interpretação do art. 54 da Lei 8.884/1994 conjugado com os artigos do Decreto-Lei 73/1966 que tratam de fusões de seguradoras não pode levar a outra conclusão. Tive a oportunidade de longamente constatar a competência do CADE para julgar concentrações entre instituições bancárias, no voto do ato de concentração n. 08012.000332/2011-28, em que figuraram como requerentes Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A. e Caixa Econômica Federal, no setor de cartões de crédito, para a formação da chamada “Bandeira Elo”.

A inspiração e o modelo da regulação sobre concentração contidos no Decreto-Lei 73/1966 são exatamente os mesmos da “Lei do Sistema Financeiro”, de n. 4.595/1964, trazendo preocupações, não com a proteção da concorrência no mercado como um todo, mas sim com concentrações que possam trazer algum dano específico ao funcionamento das companhias, como se percebe de maneira absolutamente clara pela leitura de seu art. 36: “Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão

41. Cf. as publicações das demonstrações financeiras publicadas nos jornais *Folha de São Paulo* e *O Estado de São Paulo*, no dia 28.2.2012, a cargo das seguradoras Chubb do Brasil Companhia de Seguros, Tokio Marine Seguradora, HDI Seguros, Confac do Brasil Seguros de Crédito Interno S.A., Virginia Surety Companhia de Seguros do Brasil, Maritima Seguros, QBE Brasil Seguros S.A., Yasuda Seguros S.A.

fiscalizador da constituição, organização, 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 CNSP; b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; c) fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional; d) aprovar os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP; e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; e) examinar e aprovar as condições de coberturas especiais, bem como fixar as taxas aplicáveis; f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado; g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras; h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis; i) proceder à liquidação das Sociedades Seguradoras que tiverem cassada a autorização para funcionar no País; j) organizar seus serviços, elaborar e executar seu orçamento; k) fiscalizar as operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-Lei, de outras leis pertinentes, de disposições regulamentares em geral e de resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), e aplicar as penalidades cabíveis; e l) celebrar convênios para a execução dos serviços de sua competência em qualquer parte do território nacional, observadas as normas da legislação em vigor”.

A competência para “processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos”, como se vê, está encartada no poder de polícia para garantir o correto funcionamento de cada seguradora, e não apresenta qualquer preocupação de ordem concorrencial mais geral, com o abuso do poder adquirido por meio de tais concentrações. As regras de outros artigos de cunho repressivo contidos no Decreto-Lei 73/1966 também não tra-

zem conteúdo concorrencial,<sup>42</sup> o que não significa que tais atores estejam isentos das regras que protegem os consumidores e concorrentes contra o abuso de poder econômico (pauta que deriva da Constituição Federal), mas sim que o diploma de onde emanam tais comandos não é o referido Decreto-Lei, e sim a Lei 8.884/1994 e, depois dela, a 12.529/2011, da mesmíssima maneira que ocorre com o setor bancário.

Por isso a competência complementar entre o CADE e a SUSEP é a mais plausível opção de interpretação/aplicação do direito, dando origem a uma atuação pervasiva, nas últimas duas décadas, por parte da autoridade concorrencial.<sup>43</sup> Uma das direções que tais julgados têm imposto aos atores econômicos é a definição de mercado relevante,

42. Os seguintes artigos são esclarecedores, valendo a pena sua leitura integral: “Art. 89. Em caso de insuficiência de cobertura das reservas técnicas ou de má situação econômico-financeira da Sociedade Seguradora, a critério da SUSEP, poderá esta, além de outras providências cabíveis, inclusive fiscalização especial, nomear, por tempo indeterminado, às expensas da Sociedade Seguradora, um diretor-fiscal com as atribuições e vantagens que lhe forem indicadas pelo CNSP. Parágrafo único. Sempre que julgar necessário ou conveniente à defesa dos interesses dos segurados, a SUSEP verificará, nas indenizações, o fiel cumprimento do contrato, inclusive a exatidão do cálculo da reserva técnica e se as causas protelatórias do pagamento, porventura existentes, decorrem de dificuldades econômico-financeira da empresa. § 1º. Sempre que julgar necessário ou conveniente à defesa dos interesses dos segurados, a SUSEP verificará, nas indenizações, o fiel cumprimento do contrato, inclusive a exatidão do cálculo da reserva técnica e se as causas protelatórias do pagamento, porventura existentes, decorrem de dificuldades econômico-financeira da empresa. § 2º. Comprovada a viabilidade de recuperação econômico-financeira da sociedade, o IRB poderá conceder-lhe tratamento técnico e financeiro excepcional, de modo a propiciar aquela recuperação. Art. 90. Não surtindo efeito as medidas especiais ou a intervenção, a SUSEP encaminhará ao CNSP proposta de cassação da autorização para funcionamento da Sociedade Seguradora. Parágrafo único. Aplica-se à intervenção a que se refere este artigo o disposto nos arts. 55 a 62 da Lei n. 6.535, de 15 de julho de 1977. Art. 91. O descumprimento de qualquer determinação do Diretor-Fiscal por Diretores, administradores, gerentes, fiscais ou funcionários da Sociedade Seguradora em regime especial de fiscalização acarretará o afastamento do infrator, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Art. 92. Os administradores das Sociedades Seguradoras ficarão suspensos do exercício de suas funções desde que instaurado processo-crime por atos ou fatos relativos à respectiva gestão perdendo imediatamente seu mandato na hipótese de condenação. Art. 93. Cassada a autorização de uma Sociedade Seguradora para funcionar, a alienação ou gravame de qualquer de seus bens dependerá de autorização da SUSEP, que, para salvaguarda dessa inalienabilidade, terá poderes para controlar o movimento de contas bancárias e promover o levantamento do respectivo ônus junto às Autoridades ou Registros Públicos”. 43. O CADE julgou inúmeros casos, a respeito de diversos aspectos do setor de seguros, mencionados fartamente no voto do AC 08012.005526/2010-39, referido na nota 2.

tomado, quanto à dimensão produto, como “os grupos de seguro”, unidade que agrega um aglomerado de necessidades dos consumidores a um aparato operacional que precisa de um mínimo de escala e escopo para ser empresa lucrativa.<sup>44</sup> O mercado de seguros, como visto, só é possível por conta do desenvolvimento teórico dos cálculos matemáticos, estatísticos e atuariais, sendo organizado como empresa sujeita a intensa regulação, que dirige o contrato, a empresa e o mercado, subordinando tal atividade aos objetivos constitucionais do desenvolvimento. Assim, decisões determinando a venda de ativos integrados em determinadas concentrações (como teias contratuais inteiras, que englobam desde posições jurídicas de segurados, corretores, reguladores de sinistros, a reservas e provisões e técnicas) nada possuem de anormais, ainda que possam causar algum estranhamento a alguns. Mas tal se deve, possivelmente, ao desconhecimento do quadro acima delineado, e não a qualquer problema com tais decisões.

#### 2.8 Atuação do Estado no domínio econômico securitário: a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (aplicando Eros Grau)

Por meio da Lei 12.712/2012, fica a União Federal autorizada a criar a Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. Tal medida vem em linha com o diagnóstico de que a atuação do Estado sobre a economia muitas vezes não permite que os objetivos, metas, programas ou diretrizes capazes de romper estruturas subdesenvolvidas sejam alcançados, levando o Estado a atuar na economia.

44. É nessa linha, dentre outros, o citado Ato de Concentração n. 08012.011303/2008-96: “A definição da dimensão produto no espectro mais restrito, qual seja, a consideração individual de cada ramo de seguro, distorceria a análise concorrencial diante da substituíbilidade pelo lado da oferta verificada em cada grupo de seguro. Conforme verificado anteriormente, a regulação permite às seguradoras oferecerem planos de seguros agrupados dentro de um mesmo grupo, além de que a autorização mínima de funcionamento possível seria apenas para um grupo. Adicionalmente, a individualização excessiva também poderia produzir distorções na base de dados diante das incongruências classificatórias entre os diferentes integrantes do CNSP (...). Por outro lado, a consideração da dimensão produto na outra ponta do espectro, conforme aduzem as requerentes, também não se sustenta. Primeiro por que a substituíbilidade da oferta não é tão irrestrita quanto afirmam as requerentes. E segundo por que desconsideraria completamente qualquer tipo de análise sobre a elasticidade da demanda”.

O aparato bancário público brasileiro, por exemplo, foi o responsável para que o país não submergisse na crise de crédito a que o setor bancário privado brasileiro certamente nos levaria em 2008, dado seu nível de retração de empréstimos após a divulgação das primeiras implosões causadas pelas operações *sub-prime* geridas no seio dos modelos de hiper-racionalidade econômica articulado entre *Wall Street* e a Escola de Chicago. Nesse momento, a atuação do Estado brasileiro na economia bancária, por meio dos empréstimos para a indústria (com a empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES), para a agricultura (por meio da sociedade de economia mista Banco do Brasil – BB) e para a habitação (por meio da empresa pública Caixa Econômica Federal – CEF), criou, a partir de investimentos públicos diretos, aquilo que Keynes define como a propensão pela liquidez, construindo sinais positivos para toda a economia, eliminando o espectro da recessão que rondou o país (e, a depender dos operadores bancários privados, aqui teria se instalado).

Após essa atuação decisiva em 2008, a atuação do Estado na economia bancária passou a ser utilizada com o fim de reduzir os juros cobrados pelos bancos privados (que, desde o arranjo do Plano Real, em 1993, acoplaram-se comodamente nas mais altas taxas de juros do mundo, tendo como resultado simultâneo o crescimento sem igual de seus lucros anuais e a explosão da dívida pública interna). Assim, concorrendo diretamente com os bancos privados, a atuação do Estado na economia bancária por participação gerou as seguintes notícias na imprensa: “Cliente procura BB e Caixa e ameaça trocar de banco – Após corte de juros, consumidores estudam refinar dívidas com empréstimos nas instituições públicas” (*Folha de São Paulo*, 12.4.2012); “Banrisul corta taxas de juros, seguindo Caixa e BB – Banco público buscará ganhar eficiência para evitar perdas” (*Valor Econômico*, 12.4.2012); “Governo cobra ‘gesto’ de bancos privados – Para analisar proposta levada por instituições privadas, ministério espera, antes, redução de juros em operações de crédito” (*Folha de São Paulo*, 12.4.2012); “Bradesco, Itaú e Santander cedem e reduzem os juros – Bancos privados focam novas taxas e benefícios para reter atuais clientes” (*Folha de São Paulo*, 19.4.2012); “Saiba quando vale mudar dívida de banco – Redução de juro acirra competição e abre espaço para barganha, mas custos podem inviabilizar troca de instituição” (*Folha de São Paulo*, 23.4.2012); “Oferta de crédito cresce mais nos bancos

públicos – Em abril, as carteiras de crédito das instituições financeiras estatais avançaram 1,9%, enquanto nas privadas o crescimento foi de 0,7%, segundo dados do BC” (*O Estado de São Paulo*, 4.6.2012).

Assim, da mesma maneira que o Estado tem lançado mão da atuação como produtor de bens econômicos (crédito) no espaço bancário, também houve por bem ampliar (na linha do que já faz desde muitas décadas, com seguradoras, ressegurador e corretores) sua produção direta de bens econômicos no setor de seguro, ofertando um complexo de garantias securitárias que não estavam, segundo o diagnóstico, sendo ofertados a contento pelas seguradoras privadas e os resseguradores e retrocessionários estrangeiros que costumam, nos últimos anos, determinar-lhes a margem de atuação. Por isso, a imprensa captou da seguinte maneira o ocorrido: “A presidente Dilma Rousseff sancionou nesta quinta-feira (30) a Medida Provisória 564, com a possibilidade de a Agência Brasileira Gestora de Fundos e Garantias (ABGF), chamada pelo setor de Segurobrás, concorrer com as empresas privadas (...). (...) As seguradoras temem que a concorrência com a Segurobrás prejudique o balanço de riscos do mercado e pressione margens. (...) Com a ABGF, o governo federal quer dar mais fôlego para as empreiteiras que fazem grandes obras de infraestrutura no país e para os exportadores, que viam nos custos de seguros e garantias para obtenção de financiamento gargalos para o desenvolvimento do mercado.”<sup>45</sup>

45. In [www.gazetadopovo.com.br/economia/contendo.phtml?id=1292445&tit=Dilma-sanciona-a-criacao-da-Segurobras](http://www.gazetadopovo.com.br/economia/contendo.phtml?id=1292445&tit=Dilma-sanciona-a-criacao-da-Segurobras), acessado em 24.9.2012. Outras são as iniciativas nesse mesmo sentido, como também tem noticiado a imprensa. Cf. *Valor Econômico*, 3.4.2012: “Governo propõe nova estatal nuclear – Projeto de Lei que cria a Amazul, que será subordinada à Marinha, já está no Congresso. (...) A empresa será responsável pelos projetos relacionados ao programa nuclear brasileiro, à construção e manutenção dos submarinos da Marinha e ao fomento da indústria nuclear nacional. Batizada de Amazônia Azul Tecnologias de Defesa (Amazul), a empresa poderá captar recursos no mercado doméstico e internacional e adquirir participações minoritárias de empresas privadas ou empreendimentos ligados ao seu objeto social. O projeto de lei que autoriza o Executivo a criar a Amazul foi enviado pelo governo ao Congresso na semana passada. A nova estatal, que surgirá a partir da cisão da Empresa Gerencial de Projetos Navais (Emgepron), terá sede em São Paulo e poderá contar com 2 mil funcionários. (...) Além de viabilizar o projeto do primeiro submarino nuclear brasileiro e nacionalizar o desenvolvimento em escala industrial do ciclo de combustível nuclear e da tecnologia de construção de reatores, o governo acredita ainda que a Amazul poderá impulsionar a inovação na cadeia produtiva do segmento e reduzir a

### 3. Uma nota pessoal (agradecendo a Eros Grau)

O primeiro livro de direito que li integralmente, nos bancos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, foi *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, do Prof. Eros Grau. Tenho-o às mãos agora: capa cinza, algo sujo, todos os meus grifos e, ao final, o carimbo da livraria, na Rua Riachuelo, em que o comprei do Seu Nelson, com um mau-humor que me era insuportável, por ser o mau-humor dos comerciantes que sabem como a vida é dura. Antes, o Professor já havia se tornado um ídolo.

Quando organizei um enorme evento na Sala dos Estudantes, que iria debater o tema “A formação do jurista”, ele foi convidado. Chegou na hora exata. Na Sala, ninguém. Só eu, o organizador, no “enorme” evento. Passados alguns minutos, chegam mais algumas pouquíssimas pessoas. Constrangido, dou início ao debate e passo-lhe a palavra, que passa a andar, na voz cavernosa e fraterna: “Estamos em Território Livre do Largo de São Francisco. Não importa que a Sala dos Estudantes esteja vazia... O Direito é como o fármaco... O que deve o jurista ler? Sérgio Buarque de Holanda...” Um cavalheiro, algo sonhador, e essencial para mim. Logo depois, encontro-o aforando uma ação contra a privatização da Cia. Vale do Rio Doce, na companhia de Goffredo da Silva Telles, Fábio Konder Comparato, Celso Antonio Bandeira de Mello, Dalmo Dallari, os três últimos, junto ao homenageado, a lançarem, na mesma Sala dos Estudantes, agora lotada, o “Manifesto à Nação”, que afirmava a política onde os neoliberais afirmavam o inevitável, que resgatava o futuro democrático onde os racionais entreguistas vibravam com a sucumbência à impessoalidade globalitária, munidos dos polpudos cheques em troca da emissão de tais julgamentos.

Encontrá-lo-ia algumas vezes, em algumas aulas, na minha banca de doutorado, iria vê-lo na imprensa, como Ministro do STF; viria, ao tornar-me professor na minha *alma mater*, junto ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, a ocupar um “claro” administrativo que sempre me encheu de secreto orgulho: “Em virtude da aposentadoria do Docente Eros Roberto Grau (...)”. Iria organizar o grupo de pesquisa *Direito e subdesenvolvimento: o desafio furtadiano*, que “dá seqüência a uma longa tradição de metabolização do estruturalismo

dependência nacional de produtos e equipamentos nucleares usados na medicina”. *O Estado de São Paulo*, 18.9.2012: “País terá mais duas estatais neste ano – Governo deve criar uma estatal de Inovação, a Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial e outra para gestão de portos”.

econômico latino-americano em nossa cultura jurídica, tendo como referências os professores Fábio Konder Comparato e Eros Grau (...)."

Aliás, nessa pequena ilha de excelência e resistência que é o Departamento de Direito Econômico, não seremos todos, em alguma medida, herdeiros seus? Para ficar em alguns de nós, nosso Titular, Prof. Gilberto Bercovici, não aprofunda a compreensão que a disputa política traz para a conformação do quadro jurídico – o direito econômico – que bloqueia a soberania, nacional e popular? O Prof. José Maria Arruda Andrade não se dedica ao problema da interpretação/aplicação, compreendendo a linguagem em seu contexto, inclusive econômico? O Prof. Massonetto não tenta compreender o orçamento a partir das categorias jurídicas oriundas da acumulação capitalista? Não estou tentando compreender como as formas de atuação do Estado em relação à economia podem ser concretizadas no direito brasileiro, em nossa economia política para a superação do subdesenvolvimento? Não seriam, também, todas essas, tentativas de tornar o direito arena para o conflito? Espaço para a ação?

Na noite da quinta-feira em que comecei a escrever o presente texto, ao ir dormir para acordar às 5:30 e dar aula às 7:00 para meus alunos da Escola de Economia da FGV, iniciando-os no direito, tive um breve e nada dramático ou grandiloquente sonho. Curto, quase intangível.

A aula que daria (denominada no programa "Conceito de norma e ordenamento jurídico") trata, há anos, baseada em dois excertos (um de Norberto Bobbio e outro de Alysson Mascaro), de mostrar que o direito é histórico, que o direito do capitalismo é o direito funcional à burguesia, que do status ao contrato, do contrato à norma jurídica, da norma ao ordenamento, da estrutura à função, em todas essas passagens, na verdade, ocorre um turbilhão social, lento, tenso, descontínuo mas identificável, que transforma as relações sociais à imagem e semelhança do interesse burguês, a partir da Inglaterra, moldando o liberalismo político e jurídico, mas também criando suas contradições (como a democracia de massas do século XX, as periferias do capitalismo, as ultrapassagens entre as hegemonias, as possibilidades de regressão social, como o "futuro modo de produção escravagista" postulado pelas SS enquanto dominavam os eslavos em sua marcha para a conquista do território destinado ao povo ariano ou o "futuro modo de produção feudal", do filme *Mad Max* ou do almejado novo feudalismo das corporações e suas especiais regulações, sempre dispostas a crimi-

nalizar a regulação estatal, por demorada, política e democrática). O direito não é neutro, as categorias de liberdade e igualdade são elementos da previsibilidade e proteção à propriedade privada dos bens de produção e protegidos pela violência estatal, vinculados, todos esses elementos, à luta entre classes, países, indivíduos, instituições (aliás, qual a constituição étnica e de renda de nossa população carcerária?).

Entre ter iniciado o presente texto e acordar para a primeira aula do curso, acima sumariada, tive o curto sonho mencionado: numa cadeira, conversando com não sei quem, esperava para falar. Chegou o Prof. Eros Grau, sentou-se e começou, sem pedir (mas não precisaria!), a falar: "Meu amigo Alessandro..."

O que falou, não me lembro. A duração, segundos. A sensação, essa ficou comigo quando acordei: um amigo, um Mestre, me concedendo o privilégio do convívio, do compartilhamento de tantos sonhos. Na aula e depois, a certeza de que meus caminhos, lá atrás iniciados com ele, poderão ir para outros lados, para os lados do meu caminho e não do dele, mas também a certeza de que um aprendizado profundo entranha-se de tal maneira, que não se sabe muito bem o que é de um e o que é de outro.

### Bibliografia

- ATIENZA, Manuel, e MANERO, Juan Ruiz. *Marxismo y Filosofía del Derecho*. 2ª ed. México, Fontanamara, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. "Resseguro e Ordem Econômica", *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, 2009.
- \_\_\_\_\_. "Parecer – IRB Brasil Resseguros S.A. – Sociedade de Economia Mista – Monopólio de Fato, Dever de Contratar e Proteção à Ordem Pública Econômica", *Revista de Direito do Estado*, n. 12, pp. 335-376, 2010.
- BERNSTEIN, Peter. *Desafio aos Deuses – A fascinante História do Risco*. Trad. Ivo Koryłowski. 23ª ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 1997.
- BUITONI, Ademir. *O Direito na Balança da Estabilização Econômica (do Cruzado ao Real)*. São Paulo, Ltr, 1997.
- CAFFÉ ALVES, Alaôr. *Estado e Ideologia – aparência e realidade*. São Paulo, Brasiliense, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Linguagem, Sentido e Realidade da Norma Jurídica – dialética da norma jurídica*. Tese (Livre-docência em Filosofia e Teoria Geral do Direito). São Paulo, FDUSP, 1996.

- \_\_\_\_\_. "A função ideológica do direito", in D. A. João Mendes Jr. (org.). *Fronteiras do Direito Contemporâneo*. São Paulo, D. A. João Mendes Jr./Imprensa Oficial do Estado, 2002.
- CAPELLA, Juan Ramón. *El Aprendizaje del Aprendizaje – Fruta prohibida. Una introducción al estudio del derecho*. Madri, Trotta, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Fruta prohibida – Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madri, Trotta, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Os Cidadãos Servos*. Trad. Lédio Andrade e Têmis Soares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de Análisis Jurídico*. Madri, Trotta, 1999.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. *La Opacidad del Derecho*. Madri, Trotta, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Seguro de Crédito*. São Paulo, Ed. RT, 1967.
- \_\_\_\_\_. "Obrigações de meios, de resultado e de garantia", in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. "Seguro de crédito financeiro e fraude do financiado", in *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. "Seguro de garantia de obrigações contratuais", in *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1981.
- \_\_\_\_\_. "A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins", in *Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. "Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança", in *Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. "Monopólio público das operações de resseguro", in *Direito Público – Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1996.
- CORREAS, Oscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. México, Fontanamara, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo, Ed. RT, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo, Ed. RT, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo (estudos sobre a interpretação da Lei)*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- \_\_\_\_\_. *La doppia destrutturazione del diritto – Una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milão, Unicopli, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 1ª ed., 2002; 5ª ed., revista e ampliada, 2009; São Paulo, Malheiros Editores.

- \_\_\_\_\_. *Do Ofício de Orador*. Rio de Janeiro, Revan, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5ª ed., 2003; 7ª ed., 2008; 8ª ed., revista e ampliada, 2011; São Paulo, Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 13ª ed., 2008; 15ª ed., revista e atualizada, 2012; São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- GRAU, Eros, e FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.
- HERRERA, Carlos Miguel. "Democracia e solidariedade", *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito – dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo, Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- NAVES, Márcio Bilharino. *Marxismo e Direito – um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo, Boitempo, 2000.
- OCTAVIANI, Alessandro. "Seguro, desenvolvimento e políticas públicas", *Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil*, vol. 1, n. 2, pp. 223-33, 2009.
- \_\_\_\_\_. "A benção de Hamilton na semiperiferia: Ordem Econômico-Social e os juros da Dívida Pública Interna", in Jose Maurício Conti e Fernando Scaff (orgs). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Recursos Genéticos e Desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*. São Paulo, Saraiva, no prelo.
- PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Silvio Chagas; São Paulo, Acadêmica, 1988.
- PIZA, Paulo. *Contrato de Resseguro – tipologia, formação e direito internacional*. São Paulo, IBDS-EMTS, 2002.
- SOUTO, Marcos. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997.
- TAVARES, André Ramos. "Ciência e tecnologia na Constituição", *Revista de Informação Legislativa*, n. 175, Separata, 2007.
- TZIRULNIK, Ernesto, CAVALCANTI, Flávio, e Ayrton PIMENTEL. *O Contrato de Seguro – Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 2003.