

Amadeu Carvalhaes Ribeiro

Direito de Seguros

Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2006

6

Por que Regular a Atividade Seguradora Privada?

1 Introdução

O presente capítulo se propõe a analisar as razões teóricas por que a atividade seguradora privada deve ser regulada pelo Estado. No Brasil, é escassa a literatura sobre o tema.¹ Assim, parece oportuno recorrer à doutrina estrangeira,² que pode oferecer importantes subsídios à formação de idéias em nosso país.

A análise que segue será dividida em quatro etapas, além desta introdução. Na primeira serão apresentados os fundamentos que tradicionalmente justificam a regulação da atividade seguradora. A segunda etapa, por sua vez, será dedicada

1 A maior contribuição é a de Pedro Alvim (cf. *Política Brasileira de Seguros*, cit.; e *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, cit.).

2 A literatura estrangeira relativa aos fundamentos de regulação da atividade seguradora é bastante ampla. Entre os principais trabalhos, cabe mencionar os seguintes: Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit.; do mesmo autor, *Insurance Law and Regulation*, 2. ed., New York, The Foundation Press, 1995; Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit.; Robert E. Keeton, *Basic Text on Insurance Law*, St. Paul, West Publishing, 1971; Banks McDowell, *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, Westport, Quorum Books, 1989; do mesmo autor, *The Crisis in Insurance Regulation*, Westport, Quorum Books, 1994; Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance*, cit.; OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), *Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry*, in *OECD Journal of Competition Law and Policy*, v. 3, nº 3, 2001, p. 67 a 135; Michel Pierre, *European Union: Insurance Directives*, in *Journal of International Insurance*, v. 1, nº 1, Haia, Kluwer, 1999, p. 91-121; Erich R. Prölss, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit.; Ray Rees e Ekkehard Kessner, *European Insurance Markets. Regulation and Efficiency*, in *Economic Policy*, Grã-Bretanha, 1999, p. 365-397; Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, v. 1, cit.; e Emmett Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, cit. Além desses trabalhos, há outros dedicados ao estudo de aspectos específicos da regulação. Estes serão mencionados à medida que tais aspectos forem abordados.

a analisar os fundamentos do atual movimento em prol da desregulamentação do setor.

Examinados o conjunto de fundamentos tradicionais e o atual movimento pela desregulamentação, poderemos passar à revisão crítica de ambos. É o que se fará na terceira etapa, na qual veremos também as relações entre os fundamentos de regulação da atividade seguradora e as funções desta analisadas no Capítulo 4 (proteção patrimonial, expansão da capacidade econômico-financeira do seguro e redistribuição).

Por fim, na última etapa procuraremos sintetizar as conclusões obtidas, assim respondendo à pergunta que dá título ao presente capítulo.

2 Os fundamentos tradicionais da regulação da atividade seguradora

2.1 Higiene econômico-financeira do segurador

Historicamente, a higiene econômico-financeira da empresa seguradora é o fundamento preponderante da regulação. Esse fundamento tem sua origem no fato de que o principal objetivo de uma pessoa ao contratar um seguro é obter proteção e segurança.³ Para que esse objetivo seja alcançado, o segurador deve amealhar prêmios suficientes para pagar as indenizações que surgirão em virtude dos futuros sinistros. Além disso, cabe-lhe administrar cautelosamente a massa de prêmios, sob pena de sofrer perdas financeiras e não ter como responder por suas obrigações perante os segurados.

De outro lado, sempre se acreditou que o segurado não tem, em regra, condição de avaliar a situação econômico-financeira do segurador. Ainda que lhe fossem disponibilizadas informações a esse respeito, ele não teria, salvo exceções, conhecimento técnico suficiente para analisá-las e fazer um julgamento conclusivo a respeito da solvência do segurador.⁴ A situação é dificultada pelo fato de a principal contraprestação deste consistir em uma garantia de pagamento futuro. Enquanto o segurado desembolsa desde logo o prêmio, o segurador só terá um desembolso efetivo futuramente, quando e se ocorrer o sinistro.

Nesse contexto, é preciso que o segurado confie que o segurador honrará seu compromisso se necessário. Porém essa confiança não é suficiente. Para que a segurança desejada pelo segurado seja efetiva, o Estado deve assumir a responsabilidade de regular e fiscalizar a higiene econômico-financeira do segurador. Essa

3 Cf. Capítulo 4 supra.

4 Cf. Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 954-957.

sempre foi a conclusão unânime da doutrina,⁵ que, de resto, reflete-se na legislação de um grande número de países.

No Brasil, conforme veremos detalhadamente no próximo capítulo, é extensa e profunda a regulação concernente à higiene econômico-financeira das empresas de seguros. De forma geral, essa regulação se presta a evitar (i) a administração imprudente dos prêmios dos segurados pelos seguradores e (ii) a cobrança de prêmios inadequados, que impeçam os seguradores de responder pelos sinistros.

Nos EUA, país em que a atividade seguradora existe desde o início do século XVIII, há pelo menos três momentos históricos na regulação do mercado em que a importância do controle de higiene foi objeto de grande debate.

O primeiro momento deu-se ainda no século XIX, quando a regulação do mercado era praticamente inexistente. A ausência de um controle de higiene dos seguradores levou à oferta de seguros a preços baixíssimos, bem como à aceitação de riscos de má qualidade. O resultado foi a quebra de muitas empresas e o surgimento de uma crise no mercado. Foi justamente essa crise um dos fatores que originaram a regulação estatal da atividade.⁶

O segundo momento ocorreu em 1914, com o julgamento de *German Alliance Insurance Company v. Lewis* (233 U.S. 380). Nessa ocasião, a Suprema Corte reconheceu pela primeira vez a existência de uma relação fiduciária entre segurados e segurador, na qual é fundamental que este último administre adequadamente os prêmios dos primeiros. Nesse sentido, a Suprema Corte declarou que a atividade seguradora é “affected with the public interest”.⁷

5 Rubén S. Stiglitz coloca o controle de higiene como a principal tarefa do ente estatal regulador e fiscalizador da indústria seguradora: “Lo hasta aquí expresado podría sintetizarse afirmando que, la prioridad del control se focaliza en el plano financiero y tiene por finalidad principal preservar la solvencia de las empresas a fin de que, a través de una gestión eficaz de los capitales que les son confiados por los asegurados, estén siempre en condiciones de afrontar sus obligaciones de pago de siniestros” (cf. *Derecho de Seguros*, cit., p. 47; e, do mesmo autor, *Control do Estado sobre a Atividade Seguradora*, in *II Fórum de Direito do Seguro*, São Paulo, IBDS/EMTS, 2002, p. 43-51). Outro autor bastante enfático em relação à necessidade de regular a solvência e a solidez dos seguradores é Banks McDowell, para quem “the principle of *solidity* is pervasive; it inheres in almost every corner of the regulator’s field of activity” (cf. *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., p. 36).

6 Cf. Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance*, cit., p. 49 s.

7 Emmett Vaughan explica o sentido da expressão “affected with the public interest” no contexto da atividade seguradora norte-americana: “Classical economists held that competition serves the consumer by forcing inefficient firms out of the market. Contrary to this classical model, which held that the failure of some firms from time to time was a wholesome phenomenon, the public interest is not served by the failure of insurers, because of the resulting losses to policyholders and claimants. The ‘vested in the public interest’ rationale for regulation of the insurance industry holds that the insurance industry, like any other business holding vast sums of money in trust for the public, should be subject to government regulation because of its fiduciary nature. / Besides

O terceiro momento, mais recente, foi vivido pela indústria de seguros nos anos de 1985 e 1986. Da metade para o final da década de 70, houve grande elevação nos juros pagos sobre investimentos de curto prazo no mercado financeiro. Os seguradores, que até então aplicavam suas provisões e reservas conservadoramente, sentiram-se atraídos pela possibilidade de maiores lucros financeiros e redirecionaram seus recursos para os investimentos de curto prazo. Mais do que isso, começaram a captar riscos indiscriminadamente e a prêmios baixos, assim obtendo mais recursos para expandir tais investimentos. Quando os juros começaram a baixar no início da década de 80, a indústria se viu em uma posição difícil, pois os lucros financeiros deixaram de ser suficientes para compensar as perdas operacionais, que haviam adquirido grandes proporções. A estratégia denominada “cash flow underwriting” levou o mercado a uma grande crise.⁸

Esta última crise do mercado segurador norte-americano adquiriu dimensão significativa porque os seguradores tiveram liberdade para comercializar seguros a prêmios abaixo do mínimo necessário para garantir o equilíbrio operacional, bem como para aplicar suas reservas e provisões conforme o estrito critério da rentabilidade. É por causa dessa experiência, entre outras razões, que praticamente todos os Estados norte-americanos atualmente atribuem, por meio de lei, poderes ao ente regulador para fixar prêmios mínimos, de tal modo que a solvência dos seguradores seja mantida e, conseqüentemente, os sinistros sejam sempre pagos.⁹

A principal lição trazida pela experiência norte-americana é que o segurador enfrenta um sério conflito de interesses no que se refere à aplicação das provisões para sinistros e demais reservas. De um lado, existe a necessidade permanente de fazer frente aos sinistros, o que recomenda uma postura conservadora nas aplica-

the solvency issue, there are certain other ‘public interest’ reasons that legislators have felt require regulation of the industry. The complex nature of insurance contracts makes them difficult for a consumer to understand, even if he or she would attempt to do so. Regulation is therefore deemed necessary to ensure that the contracts offered by insurance companies are fair and that they are fairly priced” – cf. *Fundamentals of Risk and Insurance*, cit., p. 86.

8 Cf. Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance*, cit., p. 88 s.

9 Cf. Banks McDowell, *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., p. 35-37. Em 1944, no caso *United States v. South-Eastern Underwriters Association* (322 U.S. 533), a Suprema Corte norte-americana enfrentou duas questões. A primeira consistia em determinar se a competência para regular a atividade seguradora era estadual ou federal. A segunda dizia respeito à aplicabilidade ou não das leis federais antitruste à indústria de seguros. Decidiu-se que a atividade seguradora estava sujeita às leis federais e, conseqüentemente, não havia imunidade em relação ao “Sherman Antitrust Act”. Em reação a essa decisão, o Congresso norte-americano editou em 1958 o “McCarran-Ferguson Act”, que atribuiu aos Estados a faculdade expressa de regular a atividade seguradora. Se essa regulação não fosse editada, aplicar-se-iam automaticamente as leis antitruste federais. O resultado é que todos os Estados editaram suas leis e passaram a regular a atividade seguradora.

ções. De outro, cabe reconhecer que parcela significativa da receita do segurador possui origem financeira, isto é, advém justamente da aplicação de suas provisões e reservas. É inevitável, portanto, que o segurador procure aumentar a rentabilidade de seus investimentos. O problema é que a maior rentabilidade vem sempre associada a maiores riscos. No interesse da manutenção da higidez do mercado e da proteção dos segurados, sempre se considerou necessário regular esse conflito de interesses latente na gestão empresarial do segurador.

Em síntese, a higidez econômico-financeira é tradicionalmente o fator preponderante na regulação da atividade seguradora. Em regra, ela levou a que dois aspectos centrais dessa atividade fossem controlados: (i) os prêmios mínimos cobrados pelo segurador e (ii) a formação e aplicação de provisões e reservas técnicas.

2.2 Livre concorrência

Dois fatores levaram a que a livre concorrência nunca tivesse sido considerada um fundamento relevante da regulação da atividade seguradora.

O primeiro é o temor de que a regulação concorrencial gerasse competição excessiva entre os seguradores, o que levaria a dois possíveis caminhos. O primeiro seria a oferta de prêmios excessivamente baixos, que provocaria a quebra de empresas. Foi justamente isso que ocorreu na primeira grande crise do mercado segurador norte-americano, conforme narrado no item anterior. O segundo caminho seria o da predação entre concorrentes. Capital é o principal insumo das empresas seguradoras e também é um dos instrumentos de que se serve o agente econômico ao tentar excluir seus concorrentes do mercado. O temor sempre existente foi de que concorrentes dotados de grande poder financeiro tentassem excluir pequenos seguradores pela prática de preços predatórios, o que poderia gerar a quebra destes e, conseqüentemente, severos prejuízos aos consumidores. Ao invés de propor normas que impedissem tal conduta, a saída usualmente sugerida pela doutrina consistia em manter o mercado concentrado, aumentar os requisitos para ingresso na atividade e, sobretudo, controlar preços.¹⁰

O segundo fator é a histórica descrença em relação à capacidade do segurado de escolher criteriosamente entre os serviços que lhe são oferecidos. Alega-se que os contratos de seguros possuem cláusulas de compreensão muito difícil para o consumidor.¹¹ Além disso, estimular a concorrência implicaria o surgimento de novas modalidades de apólices, que trariam particularidades cada vez maiores e, portanto, preços diferenciados. O segurado médio não teria capacidade de selecionar a melhor combinação de preço e cobertura oferecida. Em suma, o excesso de

10 Cf. Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance*, cit., p. 46-48.

11 Cf. Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 954-957.

possibilidades de escolha, aliado à dificuldade na compreensão do que é oferecido, tornaria sem efeito os benefícios que a livre concorrência poderia trazer aos segurados.

Somando os fatores acima, a doutrina costumava ver mais desvantagens do que vantagens no estabelecimento de uma regulação concorrencial da atividade seguradora. Outra postura doutrinária até hoje bastante freqüente é colocar a higidez acima de qualquer outro valor¹² – de que resulta descaso para com a livre concorrência.

2.3 Proteção do consumidor

Ao lado da higidez, a proteção do consumidor sempre foi um fundamento importantíssimo da regulação da atividade seguradora.¹³ Ao menos dois motivos para essa afirmação foram vistos nos itens anteriores: de um lado, a crença na incapacidade do consumidor de avaliar e escolher contratos de seguro; de outro, a falta de confiança na livre concorrência como um instrumento capaz de produzir preços razoáveis e serviços de qualidade para o consumidor.

Quanto ao primeiro motivo, cabe mencionar duas observações muito freqüentes na doutrina: em primeiro lugar, há uma grande assimetria de informação entre segurador e segurado. Em segundo lugar, o poder de barganha do segurador é normalmente muitas vezes superior ao do segurado. Vejamos mais detidamente o sentido dessas observações.

O problema da assimetria de informação pressupõe que o segurador possui sempre mais informações do que o segurado sobre o contrato de seguro a ser firmado entre ambos. O segurador detém estatísticas sobre sinistralidade, enquanto o segurado possui somente uma percepção subjetiva do risco em questão. Além disso, os termos da apólice são de difícil compreensão para o segurado – daí segue que este saberá sempre menos do que o segurador sobre o que está sendo contratado.¹⁴ Isso se agrava pelo fato de o segurado não raro receber as condi-

12 É o caso de Stiglitz – cf. *Derecho de Seguros*, cit.; e Controle do Estado sobre a Atividade Seguradora, cit.

13 Cf. Erich R. Prölss, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 60 s.; Michel Pierre, *European Union: Insurance Directives*, cit., p. 91-94; Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 938-939; e Banks McDowell, *The Crisis in Insurance Regulation*, cit., p. 31-37.

14 A esse respeito, é importante a lição de Kenneth S. Abraham: “Whether the insured was informed about what he purchased thus serves as one of the tests for legal intervention to promote equity. If insureds are informed, then the market for insurance will function more efficiently because insureds will be better equipped to make choices that serve their interests. But concern with information imbalance also represents the law’s commitment to the value of informed decision making in itself. Promoting informed assent furthers the freedom of contract ideal of individuals who bargain at arm’s length and fashion an agreement that suits their mutual needs” (cf. *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 32).

ções gerais de sua apólice só após ter contratado o seguro. A saída apontada pela doutrina aqui é clara: cabe à regulação impor ao segurador deveres rigorosos de informação. Isso inclui, entre outras coisas, o dever de redigir apólices e demais instrumentos contratuais de forma clara e simples.

Quanto à disparidade entre os poderes de barganha de segurador e segurado, o problema não reside propriamente no fato de que o segurador possui maior poder. O problema está no uso desse poder para obter vantagens que o segurador não teria se houvesse uma relação equânime com o segurado. Para evitar que isso ocorra, a doutrina costuma afirmar que o ente regulador deve analisar o conteúdo das apólices que lhe são submetidas e modificá-las conforme seja necessário para eliminar cláusulas claramente abusivas.¹⁵ Daí segue a concepção tradicional de que contratos de seguro só podem ser comercializados após terem sido aprovados pela Administração Pública.

Soma-se às considerações acima uma preocupação histórica no mercado de seguros: a discriminação dos segurados. Vimos no Capítulo 5 que a boa técnica securitária recomenda tratar os segurados com igualdade. Em princípio, portanto, não deveria haver desacordo entre essa técnica e a garantia constitucional de igualdade. A questão, entretanto, está longe de ser resolvida com essa simplicidade.

Com efeito, há diversos problemas a serem enfrentados pelo regulador. Citaremos aqui três deles, que serão suficientes para revelar a amplitude da questão.

O primeiro diz respeito à tendência do segurador a refinar os critérios de constituição de grupos de segurados de forma a atingir o grau máximo de homogeneidade. Isso significa que ele provavelmente agrupará segurados em função de elementos como sexo, etnia e idade. A título exemplificativo, se as estatísticas disserem que mulheres tendem a viver mais do que homens, o desejo do segurador será separar mulheres e homens no que se refere ao seguro de vida. Agindo dessa forma, o segurador cobrará prêmios maiores dos homens, ainda que estes nada possam fazer para eliminar o fato natural de que sua expectativa de vida é menor do que a das mulheres. Outra vantagem do segurador será calcular com maior eficiência os prêmios aplicáveis a homens e mulheres, pois o grau de homogeneidade de ambos os grupos será mais elevado, o que propiciará estatísti-

15 Abraham define sucintamente a questão: “The insurer’s power to dictate policy terms is itself sometimes sufficient to influence legal determination of the rights of insurer and insured” (cf. *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 33). Na mesma linha, Stiglitz frisa que o Estado deve controlar o conteúdo das apólices, das propostas e dos questionários de seguros, zelando para que sejam “legítimos” (v. g., conforme o direito), “equitativos” (v. g., despidos de abusos) e transparentes (v. g., claros e compreensíveis). Segundo o autor, é cláusula abusiva “toda aquela que tenha por objeto ou por efeito provocar um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes que derivem de um contrato”. Cabe à autoridade reguladora impedir cláusulas desse tipo nas apólices de seguro (cf. Controle do Estado sobre a Atividade Seguradora, cit., p. 43-47).

cas e cálculos de probabilidade mais exatos. Dados esses fatos, a pergunta que se faz é: devemos considerar lícito que o segurador realize esse tipo de discriminação? O problema não é nada trivial, sobretudo nos casos em que os critérios de seleção do segurador dizem respeito a características naturais dos segurados (e.g., sexo, etnia e idade). Nesses casos, os segurados nada podem fazer para eliminar ou reduzir o risco inerente à sua condição. Daí a pergunta: é lícito que eles paguem um prêmio mais elevado?¹⁶

O segundo problema guarda íntima relação com o primeiro. Conforme o agrupamento de riscos é feito, o segurador se interessará em segurar apenas riscos bons, deixando de lado os riscos ruins.¹⁷ Se ele não proceder dessa maneira e colocar todos os riscos em um mesmo grupo, a tendência é de que a porcentagem de riscos ruins se eleve excessivamente em relação ao todo. Essa tendência decorre do fato de que os segurados detentores de riscos mais elevados sempre se interessarão em participar do grupo de segurados detentores de riscos menores. O objetivo é claro: diluir riscos ruins em riscos bons e, dessa forma, reduzir o prêmio devido ao segurador.

Ocorre que a estratégia dos segurados detentores de riscos elevados teria um efeito nocivo sobre a carteira do segurador, qual seja, o de torná-la uma carteira repleta de riscos ruins.¹⁸ Isso forçaria o segurador a cobrar prêmios mais elevados, o que naturalmente afastaria cada vez mais os riscos bons de sua carteira, pois estes seriam atraídos por carteiras de seguradores que fizessem a seleção entre riscos bons e riscos ruins.

Só pode ser uma, portanto, a solução técnica dada pelo segurador: segregar riscos bons e riscos ruins, aceitando apenas os primeiros. Ainda que perfeitamente legítima do ponto de vista técnico, a solução é questionável do ponto de vista jurídico. Afinal, é lícito que o segurador se recuse a prestar serviços a grupos detentores de riscos mais elevados?

Por fim, o terceiro problema diz respeito ao fato de muitas vezes o segurado conhecer melhor os riscos a que está exposto do que o segurador. Esse fato é ca-

16 Para uma visão ampla da questão, v. Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., cap. 4.

17 A linguagem empregada visa a distinguir entre o risco elevado e o risco reduzido de sinistro. Uma pessoa que jamais tenha tido uma doença e leve uma vida saudável será vista como um "risco bom". Por outro lado, uma pessoa que tenha péssimos cuidados com sua saúde e apresente um histórico de elevado consumo de serviços médicos será evidentemente classificada como um "risco ruim".

18 Esse é o problema da chamada "adverse selection". A doutrina norte-americana o considera fundamental na regulação da atividade seguradora. Keeton o define com clareza: "Whenever a large group of potential insureds are treated alike irrespective of some factor that differentiates them as insurance risks, a disproportionately high percentage of applications for such insurance tends to come from the less desirable applicants because they get the better bargain. This is the principle of adverse selection" (cf. *Basic Text on Insurance Law*, cit., p. 8).

paz de levar o segurador a aumentar os prêmios aplicáveis a todo o grupo de segurados, o que pode gerar discriminação em relação a muitos deles, ou mesmo excluir alguns. Esse fenômeno ocorre com frequência no seguro de saúde para pessoas idosas.¹⁹ O segurador não tem condição de avaliar se as informações que recebe dos segurados sobre seu estado de saúde são todas corretas e se o custo de obtê-las por meio de exames médicos detalhados é elevado demais. Temendo que os problemas de saúde dos interessados sejam maiores do que o esperado, o segurador se recusa a oferecer o seguro, ou o oferece a prêmios elevados demais, de tal modo que apenas alguns terão condição de pagar. O resultado é que muitos acabam discriminados ou porque foram excluídos, ou porque pagaram mais do que deveriam. Mais uma vez, cabe perguntar se a conduta do segurador não seria discriminatória e, portanto, ilícita.

As perguntas acima serão enfrentadas no Capítulo 9, que será dedicado a propor normas de regulação para a atividade dos seguradores diretos. Sua formulação no presente capítulo tem o propósito de chamar a atenção para o fato de que nem sempre o comportamento economicamente racional da empresa seguradora estará em conformidade com os princípios da ordem jurídica. E a doutrina tradicionalmente afirma que esse desacordo deve ser resolvido por meio de regulação, que deverá impor à empresa seguradora limites jurídicos à sua racionalidade estritamente econômica.²⁰

19 Cf. George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, cit. O autor se pergunta o seguinte (p. 492-493): "It is a well-known fact that people over 65 have great difficulty in buying medical insurance. The natural question arises: why doesn't the price rise to match the risk?" E a resposta que ele oferece – e procura justificar matematicamente – é a seguinte: "Our answer is that as the price level rises the people who insure themselves will be those who are increasingly certain that they will need the insurance; for error in medical check-ups, doctors' sympathy with older patients, and so on make it much easier for the applicant to assess the risks involved than the insurance company. The result is that the average medical condition of insurance applicants deteriorates as the price level rises – with the result that no insurance sales may take place at any price."

20 McDowell, por exemplo, é categórico: "Insurers prefer to have their classifications fine enough to separate classes of policyholders when there are substantial differences in the risks. They feel the better risks ought to be separated from the poorer risks if at all possible. Otherwise, the principle of adverse selection will operate and there will be a disproportionately large group of poorer risks in the pool. This starts the cycle where actuarially the rates have to be raised, driving even more of the good risks out of the pool, so the rates need to be raised again, and so forth. On the other hand, the classifications cannot be too fine or the administrative cost of applying them will be so high as not to justify the savings of refined categories. [...] If insurance were deregulated, it is not obvious that the industry's classifications would be nondiscriminatory since the industry's motives are business efficiency and profitability, goals that do not go hand in hand with nondiscrimination. Of course, the suspect constitutional categories of race, religion, and national origin would not be classifications that could be used, even in an unregulated market. The most interesting debate about defensible classifications at the moment concerns gender-based categories. Insurers would like to use them because sex is one of the best predictors on mortality and a surprisingly good one in that most important of liability categories – automobile accidents. On the

As considerações apresentadas tiveram o propósito de demonstrar que a proteção contratual do segurado sempre foi tratada de maneira muito abrangente pela doutrina. Variáveis concorrenciais essenciais da atividade do segurador – preço e condições gerais da apólice – sempre estiveram entre os objetos da regulação estatal, ante a percepção de que o consumidor precisa ser tutelado e que a livre concorrência não é um instrumento eficaz de tutela no mercado de seguros.

2.4 Cooperação

A cooperação é historicamente tratada no campo dos seguros sob dois aspectos: o primeiro é o da cooperação entre segurados, que se reúnem para formar cooperativas de seguros. O segundo aspecto é o da cooperação entre seguradores.

O primeiro aspecto já foi examinado nos Capítulos 1 e 3. Não é necessário, portanto, abordá-lo novamente neste capítulo. Basta lembrar que as cooperativas constituem uma notável forma jurídica de organização da empresa seguradora, tão significativa na história dos seguros quanto as sociedades de capital. Já no que diz respeito ao segundo aspecto, cabe tecer alguns comentários.

A cooperação entre seguradores sempre recebeu tratamento doutrinário próprio e desvinculado do direito concorrencial.²¹ Há fortes razões para isso, que têm sua origem em dois outros fundamentos da regulação: a higidez do segurador e a proteção do consumidor.

No Capítulo 5, observamos que um dos pilares do planejamento empresarial do segurador é a Lei dos Grandes Números.²² Ela nos diz que quanto mais elementos formarem o grupo de riscos da mesma espécie, mais exatas serão as estatísticas sobre a conversão desses riscos em sinistros. Daí segue que a reunião de seguradores para elaborar conjuntamente suas estatísticas pode gerar grande eficiência, pois cada um deles passará a conhecer melhor a taxa de sinistralidade dos riscos sob sua gestão, e conseqüentemente terá melhores condições de estabelecer os prêmios a serem cobrados dos segurados.²³

other hand, sex, like other suspect categories, is outside the individual control of any member, and we increasingly feel as a moral, cultural, and legal principle that people should not be penalized or benefited merely because of group membership” (cf. *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., p. 39).

21 No direito concorrencial, a cooperação entre concorrentes tende a ser tratada mais restritivamente do que no campo da regulação da atividade seguradora, dado o risco constante de ser utilizada como instrumento de cartelização do mercado. Para uma análise aprofundada do tema, v. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, Malheiros, São Paulo, 2002, cap. 4.

22 Segundo a Lei dos Grandes Números, a diferença entre a probabilidade teórica e a verificação empírica da ocorrência de um evento será tanto menor quanto maior for o número de elementos da população.

23 Keeton et al. resumem a posição tradicional da doutrina sobre a questão: “The rate regulation legislation enacted by many states during the immediate aftermath of the McCarran-Ferguson Act allowed insurers to cooperate in gathering and sharing data for rating purposes. The

Se não for permitida a elaboração conjunta de estatísticas, os seguradores individualmente poderão errar mais. Isso porque a estatística individual poderá indicar uma taxa de sinistralidade abaixo do correto, levando o segurador a calcular prêmios menores, que podem comprometer sua capacidade financeira. Sabendo da possibilidade de cometer esse erro, o segurador pode lançar mão de uma margem de segurança excessivamente alta no cálculo do prêmio, levando o consumidor a pagar mais do que o necessário pelo seguro. Em qualquer uma das situações, o segurado é sempre prejudicado.

Além disso, há outro motivo para que a cooperação entre seguradores seja incentivada: vimos nos itens 2.1 e 2.2 que o risco de predação entre concorrentes da indústria seguradora sempre foi considerado uma fonte de preocupação para o regulador. No intuito de evitá-la, é antiga a idéia de criar um ambiente normativo propício à cooperação entre seguradores.²⁴

Mas não é só. Se por um lado a cooperação deve ser estimulada para a consecução de fins juridicamente positivos (maior segurança e prêmios mais adequados para o segurado), por outro ela não pode servir de instrumento de ações concertadas entre seguradores no intuito de obter lucros extraordinários.²⁵ O fato de a cooperação ser usualmente permitida na indústria seguradora reforça a necessidade de controlá-la, pois na ausência de regulação o risco de cartelização é elevado.

Em síntese, a cooperação é também vista como um importante fundamento de regulação. Ao lado da higidez do segurador, da livre concorrência e da proteção do segurado, a cooperação completa a base das normas que historicamente regulam a atividade seguradora.

3 A atual tendência à desregulamentação da atividade seguradora

Neste tópico veremos que os fundamentos apresentados vêm sendo criticados por teóricos que defendem a necessidade de desregulamentar (ou desregular)

near universal approval by the states of cooperation among insurers in the process of setting premium rates can be justified as a way of producing more comprehensive data. Indeed there is hardly any dispute about the need for cooperation among insurers for this purpose” (cf. *Insurance Law*, cit., p. 961).

24 Cf. Banks McDowell, *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., cap. 1; e Emmett Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, cit., cap. 6.

25 Novamente é útil transcrever a lição de Keeton: “Cooperation to achieve a larger data base for credible predictions of future claim costs is plainly in the public interest. Cooperation to achieve uniformity of rates is a vastly different matter because it stifles competition” (cf. *Insurance Law*, cit., p. 962).

a atividade seguradora.²⁶ Em linhas gerais, esses teóricos apontam falhas nas normas vigentes para concluir que a regulação não serve aos propósitos para os quais foi criada. Na ausência de uma saída normativa, sustentam que o caminho deve ser a desregulamentação.

A livre concorrência é vista como o grande instrumento de mudança do mercado de seguros, acusado de graves ineficiências. Na visão dos teóricos da desregulamentação, a falta de estímulo à livre concorrência gera prêmios excessivamente elevados e pouca oferta de novos serviços ao consumidor. Estimular a competição entre seguradores, contudo, não seria uma tarefa da regulação.²⁷ Deve-se deixar que o mercado funcione livremente, pois nesse processo os seguradores mais eficientes serão selecionados e o consumidor passará, mais cedo ou mais tarde, a sentir os efeitos benéficos da concorrência.²⁸

A posição teórica acima descrita gera efeitos sobre todos os demais fundamentos de regulação da atividade seguradora, a começar pela cooperação. O movimento da desregulamentação ainda aceita acordos cooperativos entre seguradores, porém a tendência crescente é considerá-los ilícitos, dado o potencial risco de colusão que eles trazem em si.²⁹ Além disso, seguradores deveriam ter condições de fazer cálculos atuariais precisos por conta própria. Aqueles que não o conseguirem devem ser eliminados do mercado, porque menos eficientes.

Nesse contexto, também a proteção do consumidor merece ser amplamente revista. O tradicional sistema de controle estatal de preços e condições gerais de apólices deve ser eliminado, pois impede que novos serviços sejam desenvolvidos com a rapidez e o dinamismo que o mercado requer. Cada vez mais as apólices comportam cláusulas especiais destinadas a atender a necessidades específicas dos clientes, gerando prêmios diferenciados para cada segurado. Essa evolução, que os teóricos da desregulamentação presumem sempre benéfica ao consumidor, não deve ser freada pela atividade do regulador.

26 Cf. Martin Brownbridge, *Policy Lessons for Prudential Regulation in Developing Countries*, in *Development Policy Review*, Oxford, Blackwell, 2002, p. 305-316; OCDE, *Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry*, cit.; Michel Pierre, *European Union: Insurance Directives*, cit.; Ray Rees e Ekkehard Kessner, *European Insurance Markets. Regulation and Efficiency*, cit.; e Ray Rees et al., *Regulation of Insurance Markets*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, nº 24, 1999, p. 55-68. McDowell faz uma análise aprofundada do movimento em prol da desregulamentação do mercado de seguros (cf. *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., e *The Crisis in Insurance Regulation*, cit.).

27 Pierre é explícito quanto a isso: "... deregulation was needed for the new EU market which was to emerge to be genuinely competitive, for the benefit of consumers and of European insurance industry" (cf. *European Union: Insurance Directives*, cit., p. 94).

28 Cf. Ray Rees et al., *European Insurance Markets. Regulation and Efficiency*, cit., p. 381. Os autores sugerem que a possibilidade de falência da empresa seguradora é o mecanismo mais eficiente de controle concorrencial.

29 Cf. OCDE, *Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry*, cit., p. 73.

Assim, controles de prêmios e condições gerais devem ser eliminados em favor de competição mais intensa entre os seguradores. Deve permanecer apenas o chamado controle de transparência, ou seja, aquele capaz de assegurar que os consumidores sejam informados com clareza e abrangência sobre o conteúdo das apólices que lhes são oferecidas. Isso será suficiente para que façam a escolha certa.³⁰

Os teóricos da desregulamentação admitem, contudo, que deixar os seguradores concorrer livremente – isto é, sem regulação – implica o risco de que condutas anticoncorrenciais passem a ser usadas como instrumento de dominação do mercado. Partindo do pressuposto de que a tentativa do ente regulador de reprimir tais condutas não será bem-sucedida, esses teóricos curiosamente propõem o aumento do controle de hígidez.³¹ A idéia é que os requisitos de capital mínimo e capacidade financeira sejam elevados, de tal modo que o segurador tenha condição de superar eventuais condutas predatórias de seus concorrentes. O resultado dessa proposta acaba sendo, portanto, a elevação generalizada das barreiras à entrada. Sua curiosidade está no fato de que maiores barreiras à entrada implicam redução da concorrência, ou seja, provocam justamente o resultado contrário àquele almejado pela desregulamentação. Donde se conclui que a verdadeira proposta só pode ser a de que menos concorrentes dotados de maior capacidade financeira passem a concorrer livremente em um mercado despido de regulação.

São muitas as críticas que podem ser feitas a esse movimento teórico, conforme veremos no tópico seguinte.

4 Análise crítica da atual tendência e revisão dos fundamentos de regulação

4.1 Hígidez econômico-financeira do segurador

As exigências regulatórias relativas à hígidez econômico-financeira do segurador versam normalmente sobre os seguintes aspectos de sua atividade: capital mínimo, patrimônio líquido, formação e aplicação de provisões técnicas e reservas.³² Como vimos acima, os teóricos da desregulamentação propõem que essas exigências sejam mais rigorosas, de tal modo que a hígidez seja instrumental à livre concorrência. Tal proposta carrega em si uma contradição insolúvel.

30 Cf. Ray Rees et al., *European Insurance Markets. Regulation and Efficiency*, cit., p. 377-383.

31 Cf. OCDE, *Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry*, cit., p. 69-74.

32 O atual tratamento que a regulação dá a cada um desses aspectos será visto pormenorizadamente no tópico 4 do Capítulo 7.

Aumentar os padrões de higidez pode ser necessário para proteger a integridade patrimonial do consumidor, porém não pode ser admitido como instrumento de promoção da livre concorrência. Requisitos de capital mínimo e patrimônio líquido são típicas barreiras à entrada, que têm por resultado dificultar o ingresso de novos concorrentes no mercado.³³ O mesmo pode ser dito em relação ao controle de formação e aplicação de provisões técnicas e reservas, pois restrições à liberdade do agente econômico de dispor livremente de seus recursos financeiros tendem a afastá-lo da atividade em questão. Afinal, se ele puder aplicar os mesmos recursos de maneira mais rentável em outro lugar, por que não o faria?

Assim, um controle de higidez excessivamente rígido representa um evidente entrave à livre concorrência. Dir-se-ia, entretanto, que isso depende do conceito de livre concorrência que adotarmos. Admitindo-se que a concorrência no mercado de seguros deva ser travada entre poucas empresas formadoras de um oligopólio, argumentar-se-ia que o controle mais rigoroso de higidez é um requisito indispensável a quem quiser concorrer. Essa concepção é equivocada por três razões.

Primeiramente, se pudermos facilitar a entrada de novos concorrentes no mercado sem colocar em risco a integridade patrimonial dos consumidores, não haverá incompatibilidade entre higidez e livre concorrência. Esse é, aliás, um objetivo a ser sempre perseguido pelo regulador: que a regulação concretize de forma compatível os seus fundamentos.

Em segundo lugar, estimular a formação de estruturas de poder econômico pode ser arriscado do ponto de vista da higidez.³⁴ Se a indústria de seguros for constituída apenas por poucas grandes empresas, a estabilidade do mercado poderá ser mais afetada do que se houvesse um número maior de empresas de menor porte. A razão é simples: se um grande segurador enfrentar uma crise financeira, chegando ou não a quebrar, os consumidores se tornarão receosos de perder sua proteção patrimonial. É possível imaginar que muitos solicitarão o cancelamento de suas apólices e passarão a outros seguradores, ou mesmo que indenizações de maior vulto não serão pagas. Qualquer um desses fatos levará a que mais segurados tomem a decisão de trocar de segurador. O efeito dessas decisões individuais será desastroso, pois os recursos financeiros desse segurador tenderão a se esvaziar, o que provavelmente levará mais segurados a tomar a mesma atitude,

33 Segundo Herbert Hovenkamp, "a barrier to entry is something that permits incumbents to price monopolistically for a socially unacceptable period of time before effective entry restores price and output to the competitive level" (cf. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 523).

34 Cf. Calixto Salomão Filho, *Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, p. 51-62.

de, e assim por diante. Nesse cenário, é quase certo que eventuais novos sinistros não terão como ser indenizados.³⁵

Dir-se-ia que os fatos acima poderão se suceder também com um segurador de menor porte. A diferença, entretanto, está no fato de que a crise de um segurador de menor porte produzirá externalidades negativas menores.³⁶ Não só o grupo de segurados atingidos diretamente pela crise será menor, mas também seus efeitos provavelmente não se alastrarão pelo mercado, ou seja, não afetarão clientes de outras empresas seguradoras. Estes tenderão a perceber a crise de um segurador de menor porte como um evento isolado. No entanto, se houver apenas grandes seguradores no mercado, a crise financeira de qualquer um deles produzirá externalidades negativas suficientes para contagiar os demais, provocando a chamada crise sistêmica.

Por fim, se permitirmos que apenas empresas dotadas de grande poder financeiro atuem no mercado, e se este não for dotado de regras concorrenciais próprias (conforme sugerido pelos teóricos da desregulamentação), o risco de que esse poder seja usado para a prática de condutas predatórias passa a ser grande.³⁷ Seguem daí duas prováveis conseqüências: a quebra e exclusão de concorrentes, bem como a decisão de não ingressar no mercado por parte de concorrentes potenciais. Ambas terão efeitos altamente nocivos para o consumidor, a primeira delas atacando diretamente sua integridade patrimonial.³⁸

A partir do acima exposto, conclui-se que o controle excessivo da higidez econômico-financeira do segurador pode trazer problemas sérios para o consumidor. Ou seja, o resultado tende a ser justamente o inverso do que propugnam seus defensores. Isso não significa, contudo, que a higidez não deva continuar a ser um dos fundamentos da regulação. Ao contrário, os argumentos tradicionais da doutrina apresentados no item 2.1 devem ser mantidos e considerados plenamente

35 Rachel Sztajn descreve com clareza a ocorrência desse fenômeno no sistema financeiro: "a reação a rumores sobre a solvência de qualquer instituição financeira desencadeia atitudes bruscas de proteção, de garantia dos depósitos e/ou aplicações sob a forma de saques que acabam por levar a instituição à situação de insolvência, pondo em risco todo o sistema" (cf. *Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro*, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 247).

36 O conceito de externalidades negativas foi exposto no Capítulo 5, item 5.2, supra.

37 Ao justificar a necessidade de regulação específica do sistema financeiro, Rachel Sztajn ensina que: "de outro lado, é certo que competição sem regulação também seria nefasta na medida em que permite práticas predatórias com aumento de riscos para os depositantes/aplicadores/investidores" (cf. *Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro*, cit., p. 250).

38 Ao justificar a necessidade de uma regulação concorrencial do sistema financeiro, Salomão Filho aponta que "(a)s condutas anticoncorrenciais, em sua maioria, visam a exclusão do concorrente. A sua prática pode levar então até mesmo à quebra de instituições financeiras, temor dos temores das autoridades governamentais. Portanto, garantia de segurança do sistema e garantia da concorrência são conceitos inseparáveis" (cf. *Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário*, cit., p. 54).

válidos. O que se quer enfatizar é apenas que o controle de higidez não deve ser excessivo, ou seja, não deve ir além do estritamente necessário para garantir a integridade patrimonial dos segurados.

4.2 Livre iniciativa e livre concorrência

Tanto a doutrina tradicional como a nova tendência a favor da desregulamentação concordam que a livre concorrência deve ser promovida no mercado de seguros. A discordância está apenas no modo e na intensidade com que isso deve ocorrer. Enquanto a doutrina tradicional sustenta que a livre concorrência é secundária em relação à higidez do mercado e à proteção do consumidor, o movimento em prol da desregulamentação argumenta que ela é a chave para resolver todos os problemas do setor. No entanto, seus seguidores crêem que a livre concorrência deve ser promovida somente por meio das leis antitruste, isto é, sem uma regulamentação específica da indústria de seguros.

Ambas as tendências são passíveis de críticas, que podem ser resumidas a dois pontos. Primeiramente, a livre concorrência deve ser tratada em separado da livre iniciativa, que merece ser vista como um fundamento adicional da regulação. Em segundo lugar, ela deve ser colocada ao lado dos demais fundamentos de regulação da atividade seguradora, o que implica a existência de uma regulamentação concorrencial própria dessa atividade. Passemos ao exame de cada um desses pontos.

a) Livre iniciativa como fundamento adicional da regulação

A lei concorrencial brasileira inclui a livre iniciativa como um dos valores a serem tutelados pelo sistema concorrencial (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, artigo 1º), a sugerir que livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, passíveis de serem tratados conjuntamente.

A livre iniciativa diz respeito à liberdade mais ampla de agir no campo econômico: liberdade de contratar, consumir, trabalhar e empreender.³⁹ Em outras palavras, trata-se da projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, que se traduz na livre escolha e no livre acesso às atividades econômicas.⁴⁰

Em se tratando da atividade seguradora, a livre iniciativa diz respeito à liberdade de ingressar no mercado e passar a oferecer serviços securitários à coletividade. Sabemos que essa liberdade deve estar sujeita a limitações, pois o desem-

39 Cf. Cristiane Derani, *Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 202 s.

40 Cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, O Dumping como Forma de Abuso do Poder Econômico, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 91, 1993, p. 5-15.