

Amadeu Carvalhaes Ribeiro

Direito de Seguros

Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços



Seguros

Prax: Munhoz



EDITORA ATLAS S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0__11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2006

Origem e Evolução Histórica

1 Introdução

Neste capítulo, analisaremos brevemente a evolução histórica da atividade seguradora, cuja origem possui duas grandes vertentes: de um lado, a norte-européia, baseada na cooperação e na solidariedade entre os homens; de outro, a mediterrânea, fundada na exploração mercantil do seguro.

A vertente mediterrânea, cujas origens mais remotas são anteriores à baixa Idade Média, é a primeira a vir ao mundo, associada especialmente ao comércio marítimo. Um pouco mais tarde, no século XVI, o seguro floresceria no norte da Europa de forma bastante distinta, como resultado da associação entre pessoas para mútua proteção contra riscos diversos.

Os modelos mercantil e cooperativo da atividade seguradora correspondem respectivamente às atuais formas jurídicas de organização dessa atividade: a sociedade de capitais e a sociedade cooperativa.^{1,2} Por essa razão, a análise a seguir

1 É rica a doutrina sobre o assunto. A respeito da experiência histórica européia, cabe mencionar os seguintes autores: Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, Berlim, Duncker & Humblot, 1970; Michel Albert, *Capitalismo versus Capitalismo*, São Paulo, Edições Loyola, 1992, Tradução de Peter Nadas, cap. 4; Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, 11. ed., Munique, Beck, 1996; Elmar Helten, *Versicherung – Solidarhilfe oder Glücksspiel? Gedanke zum Selbstverständnis und Ansehen der Versicherung*, in "Staat, Wirtschaft, Assekuranz und Wissenschaft – Festschrift für Robert Schwebler", Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1986, p. 233-238; Rudolf Gärtner, *Privatversicherungsrecht*, Darmstadt, Luchterhand, 1976; Peter Koch, *Versicherungswirtschaft*, 5. ed., Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1998; Franz Büchner, *Grundriss der Versicherungsgeschichte*, in "Versicherungsenzyklopädie", v. 1, Wiesbaden, Gabler, 1976; e Emil Frey, *Organisationsformen der Versicherungsunternehmen*, in "Versicherungsenzyklopädie", v. 1, Wiesbaden, Gabler, 1976. Sobre a evolução histórica das seguradoras cooperativas e capitalistas nos Estados Unidos, a melhor fonte é Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge e Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Cf. ainda Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation: The Case of Insurance*, Albany, State University of New York Press, 1988.

2 Franz Büchner resume com clareza: "Das heutige Versicherungswesen hat sich geschichtlich aus zwei soziologisch und rechtlich voneinander ganz verschiedenen Wurzeln

enfocherà separadamente a evolução histórica dessas duas formas. A primeira tem o sócio capitalista como figura principal da empresa, que lhe fornece recursos financeiros para, através da atividade seguradora, obter lucro; na segunda, pessoas se unem para se proteger contra os efeitos negativos de um potencial sinistro – a cooperação entre os sócios é o traço característico da organização.³

A sociedade de capitais e a sociedade cooperativa se desenvolveram vigorosamente na Europa e nos EUA. Hoje, embora a primeira seja o tipo mais comum, a segunda ainda encontra amplo respaldo na legislação securitária e, mais do que isso, tem forte presença no mercado de seguros.

2 Cooperação

Nascidas na baixa Idade Média, as guildas eram associações cooperativas de comerciantes ou associações de religiosos para a prática e o desenvolvimento de interesses comuns – comerciais, políticos ou religiosos –, bem como para a proteção recíproca de seus participantes.

É sob a forma de guildas que surgem as primeiras cooperativas especialmente constituídas para proteção contra os riscos de incêndio.⁴ Sua finalidade é angariar recursos que façam frente a sinistros futuros ou distribuir os custos de in-

entwickelt. Diese sind: 1. Gegenseitige Risikoübernahme durch genossenschaftlichen Zusammenschluss, 2. Risikübernahme durch Vertrag auf kaufmännischer Grundlage" (cf. *Grundriss der Versicherungsgeschichte*, cit., p. 312).

3 Na Itália é que nasce e se desenvolve o tipo capitalista de exploração da atividade seguradora. Capitalista no sentido próprio de que os sócios forneciam capital à companhia seguradora, para que ela pudesse oferecer apólices a terceiros, com isso realizando lucro a ser distribuído entre os sócios. Esse tipo de atividade seguradora é realizado hoje tipicamente sob a forma de sociedade anônima. Por oposição a ele, desenvolveu-se no norte da Europa o tipo cooperativo, em que não o lucro, e sim a proteção contra riscos de mesma espécie foi o fundamento da associação entre pessoas. Esse tipo de atividade seguradora é praticado ainda nos dias de hoje sob a forma de sociedade cooperativa – cf. Elmar Helten, *Versicherung – Solidarhilfe oder Glückspiel? Gedanke zum Selbstverständnis und Ansehen der Versicherung*, cit., p. 234: "Die beiden Wurzeln der Versicherung, die germanisch-nordeuropäische und die romanisch-mediterrane, wie die Historiker sie nennen, die genossenschaftliche und die erwerbswirtschaftliche Wurzel, wie Soziologen sagen, spiegeln sich heute noch in den zwei einzigen, nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz zulässigen privatrechtlichen Rechtsformen von Versicherungsunternehmen wider, in dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und in der Versicherungsaktiengesellschaft."

4 Cf. Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 40-41; e Peter Koch, *Versicherungswirtschaft*, cit., p. 70-71. O risco de incêndio era muito temido, pois os acidentes eram bastante frequentes e tinham efeitos extremamente danosos sobre as cidades e seus moradores. Mas não apenas esses fatores fizeram com que esse tipo de risco passasse a ser combatido sob a forma de guildas: é preciso lembrar que um incêndio tem o poder de afetar indistintamente a vida de muitas pessoas. Ali está o fundamento para que elas se associassem e procurassem se proteger coletivamente contra os riscos de incêndio, ao invés de adotar formas individuais de proteção.

denizações entre os associados. As guildas contra danos de incêndio logo se seguiram muitas outras, em especial as guildas para proteção contra os riscos de morte.

As guildas tinham alcance territorial restrito, limitando-se a pequenas comunidades. Os primeiros contratos associativos de maior amplitude surgiram a partir do século XVI em Hamburgo, Alemanha. Esses contratos acabaram convergindo, em 1676, para a constituição da "General-Feuercasse", uma organização sob a qual passaram a ser geridos conjuntamente.⁵ O exemplo da "General-Feuercasse" logo foi seguido em diversas outras localidades, entre elas Londres (1680) e Copenhague (1681).

A experiência das associações contra riscos evoluiu ao longo do século XVIII em duas vertentes: a primeira delas seguiu a tradição norte-européia de cooperação entre particulares, isto é, por iniciativa privada. Essa forma é que daria origem às sociedades cooperativas modernas. De outro lado, certas iniciativas estatais começaram a ser notadas. Cidades e outros entes públicos começaram a organizar e gerir seguradoras que funcionavam sob as mesmas bases cooperativas dos contratos associativos privados.⁶ Essas seguradoras públicas, embora inicialmente se ocupassem de riscos hoje vistos como tipicamente privados, lançaram justamente as bases da atividade seguradora estatal no campo da seguridade social, cujo desenvolvimento se faria notar a partir do século XIX.⁷

No que diz respeito às cooperativas privadas, diversos foram os ramos de seguros em que elas surgiram. Devido aos poucos conhecimentos da técnica securitária, muitos desses empreendimentos fracassaram. Não obstante isso, a forma cooperativa vingou e desenvolveu-se largamente em diversos países. Passaremos, a seguir, a examinar as experiências alemã e norte-americana, ambas bastante ricas e vivas até hoje.

2.1 Cooperativas de seguros na Alemanha

Na Alemanha, a experiência das guildas acabou levando, no início do século XIX, ao surgimento de associações cooperativas.⁸ O traço característico dessas associações é a reunião de pessoas sujeitas a riscos da mesma espécie, com o objetivo de que a indenização de um eventual sinistro seja suportada por todos. O

5 A adesão à "General-Feuercasse" era facultativa, porém a retirada era vedada – cf. Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 43.

6 O mercantilismo prussiano do século XVIII foi um dos incentivadores da constituição de seguradoras públicas, como, por exemplo, a Berliner Societät, fundada em 1718 para gerir contratos de seguro cooperativos contra incêndio.

7 Cf. Franz Büchner, *Grundriss der Versicherungsgeschichte*, cit., p. 324 s.

8 Cf. Peter Koch, *Versicherungswirtschaft*, cit., p. 71.

fundamento desse tipo de associação é duplo: de um lado, os associados não teriam como individualmente suportar as consequências de um sinistro; de outro, a homogeneidade dos riscos permite que a associação ocorra.

Em sua forma original, as associações cooperativas podiam funcionar de dois modos: ou os associados dividiam entre si os custos de uma indenização devida a um deles em virtude de um sinistro, ou os recursos eram captados previamente e guardados até a ocorrência deste. Em ambos os casos, o objetivo dos associados era atingir o equilíbrio entre as contribuições de cada um e os custos das indenizações.⁹ A associação, portanto, estabelecia-se sem fins lucrativos; sua única finalidade era reduzir os efeitos economicamente indesejáveis de um sinistro. Todos os associados eram individualmente segurados, e conjuntamente o próprio segurador.¹⁰

Do início do século XIX aos dias de hoje, as cooperativas de seguros se mantiveram presentes na Alemanha sob a denominação de "Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit" (VVaG).¹¹

No ano de 1994, estavam na Alemanha sob a supervisão do "Bundesaufsichtsam für das Versicherungswesen" (BAV) 310 seguradoras constituídas como sociedades anônimas, 91 cooperativas (VVaG) e 34 companhias seguradoras públicas. O BAV é o ente administrativo federal que fiscaliza e regula o mercado seguri-

9 Conforme veremos no Capítulo 5, a equivalência entre prêmios e indenizações constitui o mais importante princípio de gestão das seguradoras.

10 Werner Mahr resume com clareza os traços característicos das cooperativas de seguros alemãs: "Das charakteristische Merkmal dieser Entwicklungslinie, gleichgültig ob die Initiative von einer öffentlichen Körperschaft oder einer schöpferischen Einzelpersonlichkeit ausging, ist die Vereinigung der von derselben Gefahr bedrohten Wirtschaften zu gegenseitiger Deckung der bei einzelnen angefallenen Schäden, sei es, dass die zu leistenden Schadenszahlungen auf die beteiligten Wirtschaften umgelegt, sei es, dass die erforderlichen Mittel zwar vorher angesammelt, ihr Umfang aber nach der Höhe der bei den Mitgliedern eingetretenen Schäden reguliert werden. Viele derselben Gefahr ausgesetzten Wirtschaften steuern zusammen, um die bei wenigen eingetretenen Verluste auszugleichen. [...] Die so entstandenen Assoziationen (Versicherungsanstalten oder Gegenseitigkeitsvereine) bleiben in ihrer soziologischen Struktur ihrem Ursprung verhaftet. Sie sind Zusammenschlüsse allein zu dem Zweck des wechselseitigen Versicherungsschutzes ohne jede Gewinnabsicht für eine besondere Gruppe. Sie sind Organisationen zu gegenseitiger Hilfe, aber nicht um durch Angebot des Versicherungsschutzes Gewinne zu erzielen. Was so entstanden ist, sind im wirtschaftstheoretischen Sinne keine Unternehmungen, sondern Betriebsformen, die den Genossenschaften nahestehen. Alle Mitglieder sind Versicherte und sie sind in ihrer Gesamtheit zugleich der Versicherer, repräsentiert durch ein für die Gesamtheit handlungsfähiges Organ (Vorstand, leitende Beamte, Verwaltungsrat)" (cf. *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 46-47).

11 Apesar de as cooperativas terem se mantido presentes na economia alemã, as seguradoras constituídas sob a forma de sociedade anônima, em sua maior parte ainda no século XIX, passaram a representar substancialmente a forma de organização empresarial no setor, em detrimento das cooperativas. As companhias seguradoras de hoje, como, por exemplo, a Allianz, são em boa parte resultado de concentração empresarial das seguradoras constituídas durante o século XIX. Cf. Franz Büchner, *Grundriss der Versicherungsgeschichte*, cit., p. 324.

rador alemão. A atividade seguradora na Alemanha é também controlada por órgãos estaduais, nos quais estavam registradas, no mesmo ano de 1994, 1.480 pequenas cooperativas de seguros, atuantes nos mais variados ramos (previdência, vida, saúde, danos materiais, acidentes pessoais etc.).¹²

O número de companhias seguradoras vem crescendo no último meio século (1960: 135; 1980: 233; 1990: 291), ao passo que o número de VVaG diminuiu drasticamente nesse período (1960: 707; 1980: 438; 1990: 368). Porém a participação de mercado das cooperativas continuava expressiva em 1994: 23,5%, contra 65,5% das companhias seguradoras privadas e 8,5% das companhias seguradoras públicas. O ramo em que as VVaG são especialmente fortes na Alemanha é o de seguro-saúde. Nele, sua participação em 1994 continuava a ser majoritária: 50,4%.¹³

Especialmente notável na Alemanha, como evidenciam os dados acima, é o elevado número de pequenas cooperativas. Elas se diferenciam das grandes cooperativas em dois planos distintos: econômico e jurídico.

No plano econômico, as grandes cooperativas atuam em concorrência direta com as companhias seguradoras.¹⁴ Elas são capazes de oferecer seguros em todo o território nacional. Os segurados são em sua maioria sócios da cooperativa, porém esta também contrata seguros com não-sócios.

As pequenas cooperativas têm um escopo bastante diverso. Sua área de atuação é normalmente restrita a poucas cidades, no máximo a uma região equivalente à área de um Estado da Federação. Elas contam com um número reduzido de associados, em geral ligados por alguma característica comum bastante peculiar, cujo conteúdo pode variar significativamente: ora trata-se de pessoas empregadas numa mesma empresa ou atividade profissional, ora de pessoas sujeitas a um risco da mesma espécie, ora de empresários atuantes na mesma indústria.

Assim, empregados de uma grande empresa podem formar uma pequena VVaG para obter um seguro adicional contra riscos específicos de saúde a que estão sujeitos. Os recursos financeiros necessários para dar início à atividade seguradora podem vir da empresa, que empresta tais recursos a juros baixos aos empregados.

Outro exemplo típico é o da associação de pessoas pertencentes a uma determinada classe profissional – e.g., profissionais liberais, tais como médicos, advoga-

12 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 489.

13 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 489. O autor apresenta muitos outros dados estatísticos bastante interessantes. Por exemplo, apesar da queda de participação das VVaG, no período de 1951 a 1994, de 31,6% a 23,5%, em termos absolutos o volume de contribuições a elas elevou-se de DM 3,2 bilhões (1962) para expressivos DM 51,4 bilhões (1994).

14 Cf. Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 302: "Praktisch ist der Geschäftsbetrieb und die Geschäftshandhabung eines grossen Gegenseitigkeitsvereins von dem einer Aktiengesellschaft kaum noch zu unterscheiden."

dos etc. – com o objetivo de se segurar contra riscos típicos da classe, como é o caso do erro profissional.

Por fim, imaginem-se os produtores de determinado bem, cuja produção experimental riscos ambientais especiais. Para se proteger contra os efeitos indesejáveis de acidentes, tais produtores podem se associar e criar um fundo destinado à reparação de danos que qualquer dos associados venha a causar ao meio ambiente. Como se trata de um risco específico de uma indústria, muito provavelmente seus participantes saberão avaliá-lo melhor que qualquer segurador. Sabem também adotar medidas de segurança mais eficazes do que aquelas exigidas por uma companhia seguradora, assim como poderão controlar melhor entre si a aplicação de tais medidas. Tudo isso leva a crer que, em muitos casos, a cooperativa terá condições mais eficazes e menos custosas de oferecer proteção contra riscos, se comparada a uma grande companhia seguradora. É exatamente nesse cenário que se desenvolve a pequena VVaG na Alemanha.

O plano jurídico acompanha essa realidade. Com efeito, para que uma cooperativa seja considerada uma pequena VVaG, sua atuação deve se restringir a determinada matéria, área ou círculo de pessoas.¹⁵ À luz desses requisitos, cabe ao ente administrativo competente enquadrar uma cooperativa como pequena VVaG e lhe aplicar o regime jurídico próprio.¹⁶

Tal regime jurídico contém regras especiais a serem observadas. Enquanto a grande VVaG segue praticamente as mesmas normas aplicáveis às sociedades anônimas,¹⁷ a pequena VVaG está sujeita substancialmente às regras do “Versicherungsaufsichtsgesetz” (VAG). A primeira e mais importante consequência disso é que ela está proibida de contratar seguros com quem não seja seu associado.¹⁸

15 VAG, § 53, primeira parte: “Vereine, die bestimmungsgemäss einen sachlich, örtlich oder dem Personenkreise nach eng begrenzten Wirkungskreis haben...”

16 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 660.

17 Cf. Emil Frey, *Organisationsformen der Versicherungsunternehmen*, cit., p. 23. Isso ocorre por determinação expressa do “Versicherungsaufsichtsgesetz”. A grande VVaG possui os mesmos órgãos internos que uma sociedade anônima (“Aufsichtsrat”, “Vorstand” e “Hauptversammlung”, que no caso das VVaG se chama “Mitgliederversammlung”); o funcionamento e o relacionamento entre si são em tudo semelhantes aos de uma sociedade anônima regida pela lei das sociedades anônimas alemã. De outro lado, na pequena VVaG não é obrigatória a existência do Conselho de Supervisão (“Aufsichtsrat”). Os associados, ao contrário da grande VVaG, não podem se fazer representar por terceiros na assembléia (“Mitgliederversammlung”), salvo se expressamente prevista essa possibilidade no estatuto.

18 VAG, § 53, última parte: “Versicherungen gegen festes Entgelt, ohne dass der Versicherungsnehmer Mitglied wird, dürfen nicht übernommen werden.”

Essa restrição põe em evidência a natureza tipicamente associativa da pequena VVaG. A consequência disso é que ela não está sujeita às normas específicas da atividade empresarial, salvo quando expressamente previsto em lei.¹⁹

Outra distinção importante da pequena VVaG em relação à grande reside nos poderes da assembléia (“Mitgliederversammlung”). Enquanto na última a direção da associação está necessariamente entregue à diretoria (“Vorstand”), na primeira a assembléia está normalmente acima da diretoria e lhe determina a direção das atividades sociais. Em consonância com essa característica, o estatuto da pequena VVaG pode limitar severamente os poderes de representação da diretoria.²⁰

Fica claro, portanto, que a estrutura jurídica da pequena VVaG é adequada à associação de um número menor de pessoas. Por outro lado, é notável que o poder decisório dessas pessoas é muito maior, o que faz desse tipo de associação um excelente veículo de expressão da vontade individual no campo econômico, sem que se percam as vantagens da ação coletiva em prol de um interesse comum.

Apesar do evidente caráter contratualista da pequena VVaG (o interesse social é orientado quase diretamente pelos interesses dos associados), a preservação da associação é essencial, pois a atividade seguradora assim o exige. A razão disso é simples: os contratos de seguro são típicos contratos de longa duração, que dependem da manutenção de provisões adequadas para que cumpram sua finalidade de segurar determinado interesse. Essa característica fundamental da atividade seguradora impõe que o estatuto da pequena VVaG fixe limites ao exercício da vontade individual. O principal deles é a previsão de severas restrições ao direito de retirada do associado. Como regra, a retirada só é permitida ao término da relação jurídica decorrente do contrato de seguro.²¹

A experiência alemã, como aliás toda experiência européia em matéria de cooperativas de seguros, exerceu enorme influência sobre a atividade seguradora nos EUA, onde desde o início as cooperativas tiveram papel importante no desenvolvimento dessa indústria. É o que se verá a seguir.

2.2 Cooperativas de seguros nos EUA

Nos EUA, as companhias fundadas na cooperação representam metade de todo seguro de vida em vigor e um quarto de todo seguro de propriedade e responsabilidade. Além disso, o volume anual de negócios realizados pelas cooperativas

19 A pequena VVaG não está obrigada, por exemplo, ao arquivamento no Registro de Comércio, porém deve observar as mesmas normas contábeis aplicáveis a sociedades comerciais (VAG, § 53, combinado com o § 16).

20 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 665 s.

21 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 552 s. O próprio VAG dispõe no § 20 que “(d)ie Mitgliedschaft endigt, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt, wenn das Versicherungsverhältnis aufhört”.

especializadas em seguro de vida é maior do que aquele realizado por cooperativas de consumidores em qualquer outro segmento da economia.²²

As cooperativas de seguro de vida floresceram nos EUA a partir da primeira metade do século XIX. São duas as principais razões atribuídas à prática desse seguro sob a forma de cooperativa, e não sociedade de capital. Ambas dizem respeito à natureza do contrato de seguro de vida.

Em primeiro lugar, é importante considerar que o seguro de vida depende da precisão de cálculos atuariais e tabelas de mortalidade para se desenvolver adequadamente. Ocorre que as ciências atuariais não eram suficientemente avançadas no século XIX, de tal modo que as apólices geravam riscos tanto para os segurados, quanto para o segurador. Se, de um lado, o segurado estava sujeito a não receber o esperado do segurador, ou até mesmo que este falisse por má gestão técnica, de outro o segurador enfrentava dificuldades em compor adequadamente suas provisões e receber o retorno adequado por seus investimentos.

Esse quadro levava os seguradores a cobrar prêmios elevados de seus segurados, assim obtendo a margem de segurança necessária para gerir contratos de longa duração.

A segunda razão para o florescimento das cooperativas é que os contratos de seguro de vida das companhias seguradoras eram do tipo "lock-in". Estas cobravam prêmios relativamente elevados no início do contrato, e se recusavam a devolvê-los caso o consumidor desistisse do contrato antes de seu término. O efeito dessa prática era justamente prender o consumidor na relação contratual ("lock-in"). Ele se via impedido de optar por uma apólice melhor ou simplesmente desistir da sua, pois qualquer dessas escolhas implicaria elevadas perdas financeiras.

As principais características dos contratos de seguro de vida – incertezas futuras e "lock-in" – tinham por efeito estimular a formação de cooperativas. A razão era simples: o que o interessado perdesse enquanto segurado ganharia enquanto associado da cooperativa e vice-versa. A solução da cooperativa evitava a cobrança de prêmios mais elevados como mecanismo de defesa contra incertezas futuras, pois numa cooperativa os prêmios mais elevados poderiam ser cobrados sempre que necessário, sem que o segurado se sentisse prejudicado por isso.

Dá por que as cooperativas, ao entrar no mercado de seguro de vida norte-americano na primeira metade do século XIX, foram capazes de reduzir sensivelmente os preços das apólices em comparação àquelas oferecidas pelas companhias organizadas sob a forma de sociedades de capitais.²³

22 Cf. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit., p. 265.

23 Cf. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit., p. 269 s. Baseado no raciocínio acima exposto, o autor conclui: "With the policyholders as owners, there is little incentive for the company to behave opportunistically in setting the level of riskiness of its reserves. A mutual company can simply establish a nominal premium for its policies that is high enough to provide reserves adequate for the most pessimistic forecasts of mortality, rate of return on investments,

Já o seguro de propriedade e responsabilidade assistiu à evolução das cooperativas não em razão das incertezas da contratação de longa duração, mas em virtude dos elevados preços cobrados pelas companhias seguradoras. Empresas que pagavam elevado prêmio para risco baixo decidiram se unir sob a forma de cooperativas. Esse fenômeno ocorreu nos EUA ao longo do século XIX.

O fato de as cooperativas de seguro de propriedade e responsabilidade surgirem da associação de empresas pertencentes a uma mesma indústria facilitava enormemente a aquisição de informações sobre essa mesma indústria. Tais informações permitiam que as cooperativas avaliassem e selecionassem melhor os riscos a segurar.

A consequência foi uma redução generalizada no valor dos prêmios para níveis significativamente menores do que aqueles oferecidos pelas companhias seguradoras. Estas, por sua vez, não dispunham de informação e técnica suficientes para distinguir entre espécies de riscos. Assim, por exemplo, todos os segurados contra incêndio seriam submetidos a um preço único de seguro contra incêndio, independentemente de o segurado ser uma fábrica de explosivos ou de alimentos.

Outra vantagem da cooperativa é que ela realizava inspeções nas instalações dos segurados, o que permitia conhecer melhor o risco e fixar mais adequadamente o prêmio. Essa prática resultava em serviços de melhor qualidade e menor custo. As inspeções também permitiam a adoção de medidas de segurança e redutoras de risco. No entanto, como representavam um custo para o segurador organizado sob a forma de sociedade de capitais – cujo efeito seria reduzir sua margem de lucro –, seu incentivo para adotar práticas desse tipo era pequeno em comparação com a cooperativa.²⁴

Não obstante seu grande desenvolvimento na indústria de seguros norte-americana, veremos a seguir que as cooperativas enfrentaram, em relação aos seguradores constituídos sob a forma de sociedades de capitais, grande desvantagem competitiva: o acesso a capital. A consequência dessa desvantagem é que estes acabaram superando o crescimento das cooperativas nos EUA.

3 Sociedades de capitais

A outra origem histórica do seguro encontra-se no transporte marítimo mediterrâneo. Suas origens são anteriores à Idade Média, quando comerciantes fenícios, gregos e romanos parecem ter se utilizado de uma forma interessante de

and inflation; then, if and when events turn out better than a worst-case forecast, the excess reserves can be liquidated and returned to the policyholders as dividends. The difficulty of market contracting between companies and policyholders is eliminated by eliminating the market and replacing it with an ownership relationship."

24 Cf. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit., p. 279 s.

restringir os riscos advindos das perigosas incursões no mar: o chamado "empréstimo marítimo".

O empréstimo marítimo seguia o seguinte esquema: um capitalista emprestava dinheiro a um armador, mediante a promessa de que este, na hipótese de sucesso em sua viagem e retorno seguro ao porto de origem, retornasse ao capitalista a quantia emprestada, acrescida de juros. Caso a viagem fracassasse e o navio se perdesse, tanto capital quanto juros deixavam de ser devidos.²⁵

Com a proibição da usura na Idade Média, o empréstimo marítimo deixou de ser praticado, porém logo se desenvolveram formas alternativas. Uma delas consistia em separar o empréstimo marítimo em duas partes: um empréstimo sem juros ao armador, associado a um segundo contrato, pelo qual o capitalista seria remunerado pelo risco que corria ao emprestar os recursos.

O próximo passo foi a criação de uma ficção: um terceiro não ligado diretamente ao transporte marítimo declarava ter recebido um empréstimo do armador, que não precisaria ser pago na hipótese de sucesso de sua viagem; caso a viagem fracassasse e o navio se perdesse, o terceiro teria que devolver ao armador o valor correspondente ao empréstimo fictício. Para que corresse esse risco, o armador lhe pagava certa quantia em dinheiro.

Uma vez abandonada essa ficção, o contrato de seguro marítimo estava praticamente formado. Nesse novo esquema jurídico despidido de ficções, restou ao segurador somente a obrigação de realizar um pagamento ao armador na hipótese de fracasso no empreendimento. A contrapartida dessa obrigação era o recebimento de determinada quantia, que se justificava justamente pelo risco assumido pelo segurador.²⁶

O seguro marítimo assim delineado surgiu na Península Itálica no século XV.²⁷ A razão para tanto é simples: as cidades-estados italianas despertaram para a modernidade antes de outras partes da Europa. Essa modernidade estava associada ao comércio e à vida urbana. Veneza se desenvolveu especialmente por causa de seu porto, principal entreposto comercial entre a Europa e o Oriente. Florença, por sua vez, era a cidade industrial por excelência. Os tecidos eram sua principal indústria. Também eram importantes o vidro de Veneza e os produtos de metal de Milão.²⁸

Na Península Itálica da baixa Idade Média, a economia familiar tradicional ainda imperava, porém o capitalismo avançava precocemente. O poderio econômico florentino, por exemplo, repousa substancialmente numa complexa ligação entre indústria têxtil, comércio e finanças. De início, Florença faz do negócio de lã algo muito próspero. Aos poucos, a lã cede lugar à seda, mais rentável porque praticamente um monopólio dos florentinos. O papel dos mercadores consiste inicialmente em fornecer matérias-primas aos artesãos, adquirindo em seguida os produtos fabricados, de cujo transporte e revenda se ocupam. Nasce aí a atividade bancária, fruto das exigências técnicas do comércio. Suas funções são facilitar a transferência de fundos entre cidades e resolver os problemas de câmbio decorrentes da existência de diversas moedas.

É também nesse contexto que floresce a atividade seguradora, inicialmente oferecendo proteção contra riscos marítimos. Logo ela se expande para diversas outras localidades na Europa. No entanto, foi somente no início do século XVIII que se constituíram as primeiras grandes companhias seguradoras dedicadas aos seguros marítimo e contra incêndio. A seguir, veio o seguro de vida. Foram essas companhias que começaram a operar sob bases verdadeiramente racionais, utilizando-se das ciências atuariais como instrumento de planejamento de suas atividades.

O traço característico de todos esses empreendimentos era sua natureza puramente mercantil: capital era colocado à disposição de certa organização, com o objetivo exclusivo de realizar lucro mediante a oferta de seguros. Esse tipo de atividade seguradora estruturou-se sob a forma de sociedades de capitais, que mais tarde evoluíram para as modernas companhias seguradoras.

Ao longo da evolução ocorrida durante o século XIX, houve grande proliferação de sociedades seguradoras constituídas em bases racionais, v. g., conhecedoras da técnica securitária. Tais seguradoras se expandiram em diversos novos ramos de seguro privado. Data também desse século o surgimento do resseguro, assim como a constituição de entes estatais para supervisionar o mercado de seguros. Não menos importante que todos esses acontecimentos foi o surgimento, na segunda metade do século XIX, dos chamados seguros sociais.²⁹

As sociedades seguradoras do tipo capitalista representam a prática securitária orientada para a obtenção de lucro, por oposição às sociedades cooperativas, orientadas para a proteção de seus sócios contra determinado risco. Essa diferença de objetivos tem profunda consequência sobre o crescimento das cooperativas. Seus sócios não estão interessados em reter e reinvestir capital na seguradora, a não ser no limite do quanto seja necessário para garantir o adimplemento, por parte desta, das obrigações previstas nos contratos de seguro. Além disso, a seguradora cooperativa não admite sócios estritamente capitalistas, o que restringe o univer-

25 Cf. Gierke apud Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 48. Também Erich R. Pröhl, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 492.

26 Cf. Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 49 s.

27 Cf. Antigono Donati e Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 5. ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 8-9.

28 Cf. Peter Burke, *O Renascimento Italiano: Cultura e Sociedade na Itália*, São Paulo, Nova Alexandria, 1999, tradução de José Rubens Siqueira, p. 264-267.

29 Cf. Franz Büchner, *Grundriss der Versicherungsgeschichte*, cit., p. 324.

so de possibilidades de captação de recursos. Daí decorre a maior dificuldade em obter capital para suas atividades.

A seguradora que se estrutura como sociedade de capitais, ao contrário, é focada em captar recursos financeiros: seus sócios são uma fonte direta desses recursos e têm todo interesse em fornecer tanto capital à seguradora quanto seja necessário para que ela realize lucro. Se mais capital representar mais lucro, grande será o estímulo para que os sócios invistam cada vez mais. Considerando que capital é o principal insumo da atividade, torna-se clara a vantagem competitiva que uma seguradora do tipo capitalista tem em relação a uma cooperativa.

São esses os principais fatores que levaram as sociedades capitalistas de seguros a se expandir e a dominar os mercados de seguro mundiais. Vejamos um pouco mais detidamente as experiências alemã e norte-americana.

3.1 Companhias seguradoras na Alemanha e nos EUA

As modernas companhias seguradoras alemãs e norte-americanas começaram a se formar ainda durante o século XIX. Ao longo do século XX, essas companhias iniciaram um movimento que perdura até hoje, sem dar sinais de que cessará: o movimento de concentração de capital, seja pela aquisição de seguradores menores por grandes companhias, seja pela formação de grupos de seguradores, seja ainda pela formação de conglomerados de serviços financeiros.³⁰

Na Alemanha, esse movimento tem sido acompanhado de um lento, porém firme, crescimento das companhias seguradoras em relação à totalidade do mercado de seguros. Em 1994, essas companhias representavam 65,5% do mercado alemão. Em alguns ramos, como o de seguro de vida, essa participação chega a expressivos 71% contra 18,3% das cooperativas.³¹

Nos EUA, à exceção do seguro de vida, os demais ramos são hoje dominados por sociedades de capital. É o caso, por exemplo, dos ramos de propriedade e acidentes, em que as dez maiores seguradoras são todas sociedades capitalistas.³²

O movimento concentracionista, associado à expansão das seguradoras do tipo capitalista, gerou consequências econômicas importantes na Alemanha e nos EUA. A primeira delas é que as companhias seguradoras passaram a concentrar cada

30 Para uma análise da concentração desenvolvida na indústria securitária alemã ao longo do século XX, cf. Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 305 s. Para uma análise atual do agrupamento de sociedades seguradoras na Alemanha, cf. Dieter Farny, *Künftige Konzernstrukturen deutscher Versicherer*, in *Recht und Ökonomie der Versicherung: Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1994, p. 205-221.

31 Cf. Erich R. Pröhl, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 489.

32 Cf. Kenneth J. Meier, *The Political Economy of Regulation – The Case of Insurance*, cit., p. 7.

vez mais capital, sobretudo na forma de reservas e provisões, cuja aplicação passou a gerar resultados financeiros cada vez mais relevantes. Em ambos os países, desde o início da década de 80 tais resultados adquiriram peso significativo ao lado dos resultados operacionais.³³

A importância dos resultados financeiros levou a uma segunda consequência: a ampliação do foco de interesse das companhias seguradoras para investimentos no mercado financeiro. Foi esse fenômeno, entre outras razões, que levou a atividade seguradora a se aproximar nas últimas duas décadas das atividades de instituições financeiras.³⁴ É certo que a estrutura empresarial do tipo capitalista não é a única responsável por essa tendência na indústria securitária alemã e norte-americana, de resto percebida no mundo todo.³⁵ Mas parece claro que ela, ao eleger o sócio capitalista como figura central da organização empresarial, estimula que os interesses trazidos para dentro da sociedade sejam de caráter puramente capitalista, isto é, orientados para o lucro. Se o lucro no negócio operacional diminui, é inevitável que ela passe a ser orientada para investimentos no mercado financeiro.

4 Evolução histórica e regulação da atividade seguradora

Os apontamentos históricos deste capítulo nos conduzem a duas importantes ponderações relativas à regulação da atividade seguradora.

A primeira delas é que a história nos mostra que as seguradoras podem espontaneamente, a depender dos interesses presentes em seu interior, visar a fins diversos do lucro e não obstante florescer em sistemas econômicos capitalistas. Referimo-nos aqui às cooperativas, em especial às de pequeno porte, que ainda hoje representam um relevante meio de obtenção de proteção securitária nos EUA e na Alemanha. Essa forma espontânea de organização societária merece ser estimulada pela regulação estatal, pois os resultados que ela é capaz de gerar são comprovadamente positivos. Esse ponto será retomado e aprofundado nos Capí-

33 Cf. Horst K. Jannott, *Interdependenz von Versicherungstechnischem und Allgemeinem Geschäft*, in *Staat, Wirtschaft, Assekuranz und Wissenschaft. Festschrift für Robert Schwebler*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1986, p. 259-260; e Dieter Farny, *Nichtversicherungstechnische Erträge und Prämienbedarf in der Schaden-/Unfallversicherung oder: Versuche und Versuchungen des Cash flow-Underwriting*, in *Versicherungswirtschaft*, 1983, p. 482.

34 No que diz respeito especificamente ao Brasil, veremos no Capítulo 2 que a regulação da atividade seguradora também contribuiu para que as atividades de bancos e seguradores se aproximassem.

35 Cf. Horst K. Jannott, *Interdependenz von Versicherungstechnischem und Allgemeinem Geschäft*, cit., p. 259-260.

tulos 6 e 9, quando trataremos da cooperação como fundamento de regulação da atividade seguradora.

A segunda ponderação diz respeito às duas tendências apontadas entre as seguradoras do tipo capitalista: concentração econômica e dependência crescente de resultados financeiros. Essas tendências reforçam a natural preocupação que o regulador da atividade seguradora deve ter com a segurança e estabilidade financeira das companhias. As justificativas para tal afirmação e seus reflexos sobre as normas reguladoras do mercado de seguros serão analisados na segunda parte deste livro, em especial nos Capítulos 6 e 9.

Feitas as ponderações acima, seria natural que passássemos ao exame das companhias e cooperativas de seguros no Brasil. Isso, porém, só será feito no Capítulo 3. Antes convém expor a evolução histórica da regulação da indústria seguradora nacional, o que será feito no Capítulo 2.

2

Evolução Histórica da Regulação da Atividade Seguradora Privada no Brasil

1 - Murtinho (23 - 30)
2 - Vargas (30 - 45)
3 - IRB (45 - 64)
4 - SUSSEP (64 - ~)

1 Introdução

O propósito do presente capítulo é examinar como a regulação da atividade seguradora privada evoluiu ao longo do século XX. O estudo do tema revelou tendências na regulação que podem ser divididas em períodos históricos. Os tópicos a seguir tratam de cada um desses períodos.

O primeiro deles se inicia em 1901 com a publicação do Regulamento Murtinho e vai até 1930. O segundo período – de 1930 a 1945 – é fruto da era Vargas e tem seu momento mais expressivo na criação do Instituto de Resseguros do Brasil em 1939. O terceiro período, por sua vez, inicia-se em 1945 e vai até 1964, sendo marcado por uma tênue liberalização do mercado de seguros. Essa tendência é revertida a partir de 1964, quando a maior intervenção do Estado na atividade seguradora volta a ser o traço marcante da regulação. É nesse contexto que ocorre a edição do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, ainda hoje o principal corpo de normas reguladoras dessa atividade. Por fim, as décadas de 80 e 90 representam um novo período, em que a liberalização e a desregulamentação passam a caracterizar a intervenção estatal no mercado de seguros. Passemos à análise detida de cada uma dessas fases.

2 Regulação e fiscalização da atividade seguradora até 1930

Até fins do século XIX, o Brasil era marcado por laços especialmente fortes de dependência estrutural em relação à Inglaterra. A dependência econômica deixava o país exposto à influência política. Não é por outra razão que os ingleses possuíam privilégios comerciais em comparação a outras nações, inclusive Portugal.

assumir grandes riscos, pois contavam com a capacidade destas para atuar no mercado brasileiro.

Diante desse quadro, a introdução do limite de retenção de 20% implicava alteração substancial na competição entre companhias nacionais e estrangeiras. A intervenção normativa do Estado tinha por efeito provocar a distribuição no mercado nacional dos grandes riscos, o que permitia que as companhias nacionais passassem a ter acesso a parcela importante do mercado. Além disso, a medida objetivava reduzir a remessa descontrolada de prêmios ao exterior, pois estimulava as companhias estrangeiras a aumentar seu capital no Brasil.

EXIGÊNCIA
CAPITAL
No 2º

Os estrangeiros protestaram com tamanha veemência, que o governo acabou cedendo.⁷ Como resultado da pressão, foi aprovada a Lei nº 953, de 29 de dezembro de 1902, regulamentada pelo Decreto nº 5.072, de 12 de dezembro de 1903, que alterou vários pontos do Regulamento Murtinho.

Duas foram as principais alterações promovidas pelo chamado Regulamento de 1903. A primeira consistiu na supressão do limite de retenção de cada risco em 20% do capital realizado pela seguradora. Além das implicações negativas no campo concorrencial, a eliminação dessa regra resultava em transferência substancial de prêmios ao exterior, em prejuízo à balança de pagamentos do país.⁸

A segunda, prova maior da influência estrangeira sobre o governo brasileiro, consistiu na criação de um regime de isenção às sociedades preexistentes à regulamentação de 1903 e 1901, pois estabelecia que as seguradoras constituídas antes dessas datas poderiam continuar a existir e desenvolver suas atividades com base

7 São conhecidas as tentativas de articulação das sociedades seguradoras nessa época, que representam os primeiros passos rumo à defesa de interesses comuns. Os objetivos da articulação giravam em torno da uniformização de preços e condições gerais das apólices, regulamentação da profissão do corretor de seguros, criação de um fundo para a defesa dos interesses da classe, a defesa das companhias contra impostos e taxas, entre outras preocupações. Como decorrência natural das diferenças existentes entre seguradoras nacionais e estrangeiras, não houve nessa época o estabelecimento de uma associação que representasse toda a categoria. Assim, em 1921 foi constituída a Associação das Companhias de Seguros, que congregava os interesses das nacionais. Paralelamente a ela existia o Fire Offices' Committee de Londres, que organizava a atuação de suas associadas especialmente no que diz respeito à uniformização de tarifas. No Brasil, essa associação era bastante ativa e se fazia representar pelo Central Committee of Fire Insurance Companies for the Republic of Brazil (cf. Ricardo Cesar Rocha da Costa, *A atividade de seguros nas primeiras décadas da República*, cit., p. 64 s.).

8 O fim do limite máximo de retenção implicava a possibilidade de assunção de riscos elevados pelas companhias estrangeiras. Como não havia outras regras que limitassem a transferência de riscos excedentes ao exterior, tais seguradoras podiam aceitar grandes riscos no país, e ceder a maior parte destes a suas matrizes ou outras seguradoras no exterior. Dessa forma, podiam exercer suas atividades no Brasil com um capital relativamente baixo, e ao mesmo tempo manter a capacidade para segurar riscos vultosos. Essa a principal consequência negativa do ponto de vista concorrencial. Do ponto de vista do comércio exterior, a cessão de grandes parcelas de risco ao exterior implicava, como é óbvio, a remessa dos respectivos prêmios aos cessionários, com impactos negativos sobre a balança comercial.

nas normas vigentes à época de sua constituição. Como essas normas eram bastante incipientes, as seguradoras estrangeiras – que respondiam pelo maior número de sociedades constituídas antes de 1901 – gozavam de uma vantagem concorrencial notável em relação às seguradoras estabelecidas após o Regulamento Murtinho.⁹

Além dessas modificações, outras foram introduzidas pelo novo regulamento, tais como a substituição da Superintendência Geral de Seguros pela Inspetoria de Seguros; o fim da exigência de separação entre os ramos “vida” e “elementares”, permitindo-se a operação nos dois ramos desde que houvesse escrituração contábil separada; e o fim da exigência de total aplicação de prêmios, dividendos e pagamentos aos segurados em valores nacionais, substituída pelo dever de constituir uma reserva contábil de 20% sobre os lucros líquidos.

O principal efeito das alterações regulamentares foi o grande desequilíbrio concorrencial entre seguradoras nacionais e estrangeiras, responsável em grande medida pelo parco desenvolvimento das seguradoras de capital nacional até 1930.¹⁰

Paralelamente, outros fatos dessa época merecem destaque, por sua grande relevância para o desenvolvimento do mercado de seguros privados no Brasil.

O primeiro deles, sem dúvida, é o advento do Código Civil em 1916, que preencheu um vazio normativo do sistema jurídico brasileiro. Até então, a prática jurídica contava apenas com as disposições sobre seguro marítimo do Código Comercial. O Código Civil, além de disciplinar de forma ampla o contrato de seguro, estabeleceu regras próprias para os seguros terrestres e o seguro de vida. Trata-se de um marco na história dos seguros privados no país. *CC/16*

A grande importância do Código Civil para os seguros está precisamente no fato de que ele forneceu o conjunto de normas suficientes ao desenvolvimento da atividade seguradora no Brasil. De um lado, o código refletia a presença cada vez

9 “Criou-se situação singular no país: as empresas que se organizassem depois, ou que obtivessem autorização para operar, estavam sujeitas às normas regulamentares na sua plenitude. As companhias preexistentes gozavam de franquia de todas as restrições como, por exemplo, de criação de reserva de 20% nos ramos elementares e de formação de reservas matemáticas nos seguros de vida. Ora, o novo regulamento já cerceava a vigilância das autoridades, que não podiam interferir em questões técnicas ou administrativas, e continha somente a exigência de formação de reservas em garantia das operações. Nem mesmo estas foram aceitas pelas companhias preexistentes, cuja maioria absoluta era estrangeira” (cf. Pedro Alvim, *Política Brasileira de Seguros*, cit., p. 68).

10 De 1903 a 1930 foram feitas outras tentativas de reformulação do sistema nacional de seguros. As duas mais expressivas foram consubstanciadas no Decreto nº 14.593, de 31 de dezembro de 1920, e no Decreto nº 16.738, de 31 de dezembro de 1924. Quanto ao primeiro, teve sua aplicação prorrogada até que o segundo fosse editado. Quanto ao segundo, teve sua vigência suspensa por determinação do Ministro da Fazenda. Daí resultou que, na prática, permaneceram vigentes os Regulamentos de 1901 e 1903.

mais sólida do sistema econômico capitalista na sociedade civil. De outro, incumbia-se de tornar viável o desenvolvimento de um instituto tipicamente comercial em um novo ambiente, em que a contratação em massa exigia que houvesse regras contratuais claras entre segurador e segurado.

O impacto social da nova disciplina jurídica do contrato de seguro é tão grande, que TULLIO ASCARELLI a identifica, juntamente com os títulos de crédito e as sociedades anônimas, como "os institutos jurídicos que mais profundamente caracterizaram o direito privado moderno, em confronto com os anteriores, e portanto, a constituição econômica do mundo moderno, encarada sob o aspecto jurídico".¹¹

Ao mesmo tempo em que se desenvolve o capitalismo em nosso país, o Estado começa a ampliar sua atuação no domínio econômico. Também surgiam lentamente as normas destinadas a regular os chamados "seguros sociais", que, em pouco tempo, sobretudo ao longo e após a era Vargas, formariam um segmento completamente distinto dos seguros privados.

Exemplo disso foi o seguro de acidentes na indústria, tornado obrigatório por meio do Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Embora a contratação fosse obrigatória, o conteúdo dos contratos deveria ser negociado entre empresários e operários, e entre empresários e companhias de seguros.¹²

11 Cf. Tullio Ascarelli, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 34. O autor narra como um contrato tipicamente comercial amplia seus domínios e adentra o direito civil (p. 35 s.): "A progressiva extensão daquelas exigências econômicas que, de início, tinham sido peculiares ao comércio transmarino e bancário, segue-se a progressiva extensão do âmbito de aplicação do direito comercial, e princípios e institutos que, de início, tinham sido considerados como excepcionais ou peculiares a uma determinada matéria, passam, ao contrário, a constituir princípios e institutos de caráter geral, aplicáveis em todo o campo do direito. Do seguro marítimo se passa ao terrestre, ao seguro de vida, e a disciplina deste instituto, que se prende a um dos conceitos talvez mais importantes e característicos do direito moderno, passa até em muitos direitos, do código comercial, onde se encontra disciplinado consoante a sua origem histórica, para o código civil, apesar de continuar mercantil o ato do segurador; passa do direito privado para o público, constituindo uma técnica jurídica que faculta de modo geral, a eliminação das consequências das coisas de determinadas ocorrências que apresentam caráter de multiplicidade e estão por isso sujeitas às leis de probabilidade. [...] Nota-se assim no Brasil, antes a tendência a aplicar no direito comercial princípios de direito civil, do que a tendência inversa, ao contrário do que acontece nos demais países, mas esta aparente *civilisation du droit commercial* é na realidade uma confirmação da *commercialisation du droit privé*, pois que decorre justamente da maior modernidade e, releve-se a expressão, da maior comercialidade do código civil."

12 Na época, começava a se formar o aparato fiscalizador da atividade seguradora, inclusive no que diz respeito aos seguros sociais: "Em 12 de março de 1919, o Decreto nº 13.498 determinou que as companhias que operavam com seguros de acidentes de trabalho, para efeitos de fiscalização, deveriam ficar subordinadas à jurisdição do Ministério da Agricultura e não à Inspeção de Seguros. Mas ainda era a inspetoria, vinculada ao Ministério da Fazenda, que concedia autorização para o funcionamento da companhia de seguros que se propusesse trabalhar nesse ramo" (Ricardo Cesar Rocha da Costa, *A atividade de seguros nas primeiras décadas da República*, cit., p. 50-51).

Data também dessa época a chamada Lei Eloy Chaves (Lei nº 4.682, de 14 de janeiro de 1923), que instituiu um sistema securitário estatal para as companhias ferroviárias, trazendo benefícios para as famílias dos trabalhadores em quatro situações: doença, incapacidade, velhice e morte. Ao afastar a participação da empresa privada nesse ramo, a Lei Eloy Chaves deu início à intervenção estatal direta na atividade seguradora. Tal iniciativa constituiu um primeiro passo rumo à estatização de parcela mais ampla dessa atividade, originando uma tendência que se tornaria patente no governo de Getúlio Vargas, conforme se verá a seguir.

3 O período de 1930 a 1945

De 1920 a 1930, o Brasil possuía uma economia exportadora de bens primários. O café perfazia mais de 80% das exportações. Nesse período, houve a maciça exportação do excedente econômico nacional, associada à importação de artigos de consumo pelas classes mais favorecidas.

A derrota das oligarquias dominantes pelas novas classes sociais urbanas na Revolução de 30 implicou uma ruptura estrutural que permitiu a reelaboração das relações entre o Estado e a sociedade.

Essa ruptura não foi só política, mas também econômica. O enfraquecimento da estrutura oligárquica então dominante permitiu a reorganização das relações internas de produção, assim como das relações entre a economia brasileira e a economia internacional.

Não se trata aqui de afirmar o esfacelamento imediato de toda estrutura econômica e social vigentes, pois, a princípio, Getúlio Vargas foi obrigado a acomodar política e economicamente os interesses dos titulares do sistema cafeeicultor. Foi na verdade o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 que marcou o fim do Estado oligárquico e o início da ditadura política.

O Estado Novo se ergueu sobre fortes setores burgueses, associados à força militar e à florescente classe média. São esses grupos que passam a controlar o poder político, opinando inclusive sobre política econômica.

É nesse contexto que se tornam claras as novas diretrizes das relações entre o poder público e os setores produtivos. A linha mestra do pensamento político-econômico passa a ser a crença de que capital e trabalho precisam ser organizados e disciplinados, sob pena da falência do sistema econômico. Tratava-se de uma condenação cada vez mais explícita do liberalismo.¹³

Paralelamente, nascia com grande força a ideologia do nacionalismo no âmbito da política econômica governamental, cuja finalidade era estimular a forma-

13 Cf. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, 6. ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1996, p. 31.

ção de um capitalismo nacional forte e independente. Segundo essa ideologia, o desenvolvimento e a industrialização passavam necessariamente pelo fortalecimento da economia nacional e pela emancipação econômica brasileira.

Para tanto, o governo passou a intervir com toda força na economia, tanto diretamente como empresário, como indiretamente na função de agente regulador da atividade econômica.¹⁴

As novas diretrizes – nacionalismo e intervencionismo – se tornam explícitas nas Constituições de 1934 e 1937.^{15,16} A partir daí, a produção normativa destinada a regular a atividade econômica adquire contornos claros de planejamento econômico, tendo por objetivo diversificar e expandir a produção, e ao mesmo tempo romper os laços de dependência com o exterior.¹⁷

No que diz respeito à intervenção direta, o governo passou a organizar as atividades produtivas em todos os níveis da economia. Tratava-se do estabelecimento, pelo Estado, de valores e instituições fundamentais do capitalismo. O Estado se converte, em questão de uma década, no principal empresário do país.

Florescia, portanto, o que se pode chamar de capitalismo estatal. Uma das metas específicas desse modelo era criar uma infra-estrutura que servisse de base à reformulação da dependência estrutural que caracteriza o sistema econômico brasileiro. Exemplo disso foi a criação da Companhia Siderúrgica Nacional em 1941.

O setor de seguros não permaneceu infenso às mudanças sociais e econômicas da era Vargas. Ao contrário, foi dos setores da economia que mais influência receberam da intervenção estatal.

14 Cf. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 37, nota 13: "[...] o conceito de tecnocracia estatal corresponde a um estágio novo no desenvolvimento do Poder Executivo, quando este incorpora, de modo cada vez mais sistemático e permanente, o pensamento técnico-científico e as técnicas de planejamento. Seu elemento político essencial é a hipertrofia do Executivo".

15 Nesse sentido, é interessante a transcrição do seguinte dispositivo da Constituição de 1937: "Art. 135. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção do domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta."

16 Ainda sob a perspectiva jurídica, não se pode deixar de mencionar o nascimento da legislação trabalhista (em especial a CLT, em 1943) com o intuito de reger as condições de exploração da classe trabalhadora. Também é de grande relevância o conjunto de normas que Getúlio Vargas criou relativamente ao direito de associação das classes trabalhadoras. Data dessa época a estruturação do sistema sindical do país, engenhosamente atrelado e submerido ao poder dirigente do Estado.

17 Exemplo típico dessa postura é a criação do Conselho Federal de Comércio Exterior, que reuniu técnicos do governo e empresários para estudar e propor soluções para os diversos problemas da economia nacional.

Data desse período a constituição do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), órgão que adquiriu influência sem precedentes sobre o mercado de seguros privados do país. Antes, porém, de comentar o nascimento e desenvolvimento do IRB, é necessário descrever o ambiente em que isso ocorreu.

O primeiro reflexo do novo cenário político sobre o mercado segurador foi a sindicalização da classe, fruto da exigência legal contida no Decreto nº 19.770, de março de 1931. A Associação das Companhias de Seguros foi substituída pelo Sindicato dos Seguradores do Rio de Janeiro.

Também merece especial destaque a edição do Decreto nº 21.828, de 14 de setembro de 1932, que acabou com o regime de exceção vigente para as seguradoras estrangeiras.¹⁸ Esse é o primeiro ato de Getúlio Vargas com impacto profundo sobre o mercado de seguros: igualar companhias novas e antigas, nacionais e estrangeiras. O governo mostrava preocupação em eliminar o desequilíbrio concorrencial decorrente das normas até então vigentes.

O ataque à presença estrangeira no mercado de seguros seria mais duro na Constituição de 1934, cujo artigo 117 dispunha, em sua parte final, que a lei "providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que atualmente operam no país".¹⁹

A partir daí, aumentaram-se os mecanismos de fiscalização do Poder Público sobre a atividade seguradora. Com essa finalidade, em 14 de julho de 1934 foi publicado o Decreto nº 24.782, que substituiu a Inspetoria de Seguros pelo Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização (DNSPC), subordinado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Os poderes do novo órgão foram reforçados em relação aos poderes do antigo, fato que exprimia muito bem a intenção interventiva do Estado sobre a economia.²⁰

18 Além disso, o Decreto nº 21.828/32 definia o modo de constituição das sociedades seguradoras, atribuindo ao governo a função de controlar a entrada de seguradoras no mercado pela missão de cartas-patente.

19 Com base nesse dispositivo constitucional, o governo elaborou um projeto de lei enviado ao Congresso em julho de 1936. O projeto previa a nacionalização das empresas de seguros, além de interferir na nacionalidade dos sócios das companhias seguradoras. Os estrangeiros não foram completamente eliminados, porém as restrições que lhes foram impostas – enquanto administradores e acionistas – eram tão severas, que o projeto foi objeto de acaloradas discussões. Foi no curso dos debates que se implantou a ditadura no país, promulgando-se a Constituição de 1937. Dissolveram-se a Câmara dos Deputados e o Senado, o que evidentemente pôs fim ao exame do referido projeto. Para uma visão detalhada do assunto, cf. Pedro Alvim, *Política Brasileira de Seguros*, cit., p. 95-107.

20 Cf. Marly Silva da Motta, A criação e a estruturação de uma instituição-modelo da era Vargas: o Instituto de Resseguros do Brasil, in Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 86.

Era, no entanto, apenas o início da ação estatal sobre o mercado de seguros. O passo seguinte seria o mais explícito no que diz respeito à nacionalização da atividade seguradora. Com efeito, a Constituição de 1937 dispunha, no artigo 145, que "(s)ó poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no país, a lei dará prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo".

Usando de seu poder ditatorial, Getúlio Vargas fez baixar, por meio do Decreto nº 2.063, de 7 de março de 1940, nova regulamentação do mercado de seguros. Seu foco era claramente nacionalizar o mercado e estimular o desenvolvimento de companhias seguradoras nacionais. Nesse sentido, o *caput* do artigo 9º dispunha que "(o) capital das sociedades anônimas pertencerá, em sua totalidade, a pessoas físicas de nacionalidade brasileira". E o artigo 4º previa que "(a)s sociedades são obrigadas, qualquer que seja sua forma, a constituir com brasileiros os órgãos que, pelos estatutos sociais, tenham a seu cargo atos de administração e fiscalização da observância de tais atos, ou mesmo atos de orientação dos administradores, embora em caráter consultivo".

Além disso, o artigo 12 afirmava ser "nula de pleno direito a subscrição, cessão ou transferência de ações efetuada com inobservância do artigo 9º, como também nulos de pleno direito serão quaisquer compromissos ou declarações que importem em direito sobre ações, por parte de pessoas proibidas de adquiri-las".

A disposição do artigo 12, associada ao artigo 9º, tornava literalmente impossível a entrada de capital estrangeiro no país. Mas não eliminava a presença das diversas seguradoras estrangeiras já constituídas. Quanto a essas, o artigo 203 do Decreto nº 2.063/40 previa que "enquanto não lhes fôr marcado o prazo a que se refere o art. 145 da Constituição, continuarão a funcionar no país, de acordo com as autorizações que lhes foram concedidas e com observância deste decreto-lei e mais leis da República".

Esse prazo nunca foi fixado, de modo que as seguradoras estrangeiras puderam continuar a operar normalmente em território nacional. Porém seu número diminuiu sensivelmente em relação ao número total de concorrentes no mercado. Em 1940, havia 111 seguradoras no Brasil, 33 estrangeiras e 78 nacionais. Em 1945, o número de seguradoras havia aumentado para 133, porém o número de estrangeiras caiu para 26. Cinco anos mais tarde, em 1950, havia 150 seguradoras, das quais 124 nacionais e 26 estrangeiras.²¹

21 Cf. Marly Silva da Motta, A criação e a estruturação de uma instituição-modelo da era Vargas: o Instituto de Resseguros do Brasil, cit., p. 120-127.

Além de bloquear o ingresso de novas companhias estrangeiras, o Decreto nº 2.063/40 regulamentou de modo profundo e extensivo a atividade seguradora, aumentando sensivelmente as barreiras à entrada.²²

Mas a intervenção normativa do Estado no período Vargas não se encerrava aí. Antes de tratar especificamente do resseguro, há pelo menos dois outros aspectos a comentar: o início da passagem do seguro de acidentes de trabalho para a esfera pública e a participação obrigatória dos seguradores nacionais no seguro de incêndio.

Ambos os ramos – incêndio e acidentes de trabalho – responderam durante muitos anos por boa parte da atividade seguradora. Entre 1939 e 1946, por exemplo, 61% do total de prêmios arrecadados pelas empresas seguradoras instaladas no país provieram desses ramos.²³

Quanto à intervenção nos seguros de acidentes de trabalho, é necessário colocá-la no contexto do esforço empreendido por Getúlio para reger as relações trabalhistas. Estatizar esse ramo de seguros fazia parte do plano governamental de criar um sistema previdenciário no país. Mas também significava transferir para o Estado uma atividade econômica lucrativa, o que casava perfeitamente com os objetivos do capitalismo estatal da era Vargas.

Não obstante, justamente porque o seguro de acidentes do trabalho era tão lucrativo, a luta governamental para encampá-lo não foi nada fácil.

Com efeito, o Decreto-lei nº 26.637, de julho de 1936, que regulamentava o seguro de acidentes de trabalho, sofreu o primeiro abalo por força do Decreto-lei nº 2.063/40, cujo artigo 213 estabeleceu que "(o)s seguros de riscos de acidentes do trabalho continuarão a ser assumidos pelas sociedades anônimas e co-operativas em funcionamento, de acordo com a legislação e regulamentação vigente, ou que vierem a vigorar a respeito, enquanto a garantia de tais riscos não for subordinada

22 A autorização para funcionamento continuou a ser uma atribuição do DNSPC, porém os requisitos de expedição da carta-patente aumentaram significativamente (capital mínimo, garantias de realização do capital, aumento das reservas técnicas obrigatórias, observância de tabelas de retenção, apresentação de ativos em garantia de liquidação das obrigações etc.). Além disso, a concessão ou não da autorização estava sujeita a um critério de conveniência e oportunidade do Poder Executivo (artigo 36), que na prática foi utilizado para negar o acesso de novos concorrentes. No que diz respeito à permanência no mercado, o DNSPC gozava de amplo poder discricionário sobre as seguradoras. O artigo 43, por exemplo, dispunha que as seguradoras não podiam se fundir com outras, encampar ou ceder operações, modificar sua organização ou seu objeto, alterar seus estatutos ou seu capital, senão após aprovação do governo federal. E o parágrafo único deixava explícito que o DNSPC poderia "[...] recusar a aprovação pedida, ou concedê-la com restrições ou sob condições". Ademais, o controle sobre o exercício das atividades de uma seguradora era bastante rígido. Por exemplo, cabia ao DNSPC aprovar previamente todos os modelos de apólices, as tarifas, os prêmios mínimos e os planos técnicos das operações (artigos 49 e 83).

23 Cf. Carlos Eduardo Sarmiento, Nacionalização e expansão: o mercado segurador brasileiro entre 1939 e 1963, in Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 158.

da ao sistema de previdência social". Tratava-se do primeiro passo rumo à estatização.

A seguir, o Decreto-lei nº 26.637/36 foi substituído pelo Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, que estabelecia um prazo de dez anos para o início do monopólio estatal sobre os seguros de acidentes do trabalho. Além disso, o novo decreto-lei determinava que, a partir de sua publicação, nenhuma outra companhia seguradora receberia autorização para operar nesse ramo.

Assim, de 1944 em diante ficou proibida a entrada de novas companhias no ramo de acidentes de trabalho. As seguradoras foram deixando o setor, temerosas de que a ação estatal viesse a lhes prejudicar. Entretanto, o processo de estatização do seguro de acidentes do trabalho seria postergado diversas vezes, sobretudo após o fim do Estado Novo, vindo-se a concretizar somente em 1967.²⁴ Como não era mais permitido que novas seguradoras entrassem nesse ramo, e de outro lado muitas outras haviam se retirado, o resultado foi a grande concentração de poder nas mãos de pouquíssimas companhias, ao lado do Estado.²⁵

O seguro contra riscos de incêndio, por sua vez, constitui um capítulo relevante do nacionalismo da era Vargas. Vimos acima que o Decreto nº 21.828, de 14 de setembro de 1932, teve a finalidade de uniformizar o tratamento às seguradoras nacionais e estrangeiras. Estas viviam num regime de quase exceção às normas regulamentares do setor de seguros. Embora não haja dúvida de que esse decreto representou grande avanço na regulação, não foi suficiente para neutralizar a supremacia das seguradoras estrangeiras no mercado, contrariando o objetivo de Getúlio.

O artigo 185 do Decreto-lei nº 2.063/40 havia tornado obrigatório o seguro contra riscos de fogo, raio e suas conseqüências, seguro de especialidade das companhias estrangeiras e uma das atividades mais lucrativas da indústria securitária. Sabedor da situação privilegiada das seguradoras estrangeiras no ramo, Getúlio Vargas fez baixar o Decreto-lei nº 3.172, de 3 de abril de 1941, que instituiu o co-seguro obrigatório dos referidos riscos. O co-seguro significava a participação compulsória das seguradoras nacionais nos seguros de incêndio. De acordo com a importância total segurada em cada apólice, o decreto-lei estabelecia uma por-

24 A estatização do seguro de acidentes de trabalho corresponde a uma das ações da era Vargas a que o governo militar daria continuidade. Esse seguro acabou por se converter definitivamente em monopólio estatal por meio da Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, regulamentada pelo Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967.

25 Outro efeito importante da nova regulação foi o de estimular o Estado a investir no setor. Sarmento comenta que "[o] maciço investimento governamental na consolidação da seguridade social a partir de 1930 fizera com que as rendas do seguro social ultrapassassem, em muito, as da seguridade privada, definindo assim a prioridade de garantia do bem-estar dos trabalhadores através da ação do Estado" (cf. Nacionalização e expansão: o mercado segurador brasileiro entre 1939 e 1963, cit., p. 173). Em 1939, o Estado era responsável por 62,03% da receita de seguros do país; em 1963, essa porcentagem subiu para 82,49%, contra 17,51% da ordem privada:

centagem de participação mínima obrigatória de sociedade seguradora nacional, bem como o número mínimo de companhias nacionais participantes.

Ou seja, a medida tinha por finalidade transferir compulsoriamente uma parcela dos negócios das companhias estrangeiras para as nacionais. Tratava-se de uma intervenção normativa bastante representativa do propósito nacionalista do governo Vargas.

Do ponto de vista concorrencial, correspondia a uma tentativa de estimular as seguradoras nacionais e colocá-las em equilíbrio de forças com as estrangeiras. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a criação do IRB obedeceu a essa mesma lógica. Sua importância na história do seguro no Brasil é tão grande que merece ser analisada separadamente. É o que segue.

4 O Instituto de Resseguros do Brasil

Uma das principais preocupações de Getúlio Vargas era a balança de pagamentos do país, que apresentava saldos permanentemente negativos. Era necessário conter o fluxo de remessas para o exterior. Ocorre que as seguradoras estrangeiras eram, em boa medida, responsáveis por tais remessas, que consistiam sobretudo no envio de prêmios e reservas a suas matrizes e resseguradores.

Somado ao problema da evasão de divisas estava o fato de que as seguradoras estrangeiras possuíam capacidade seguradora e know-how muito superior às brasileiras. Dentro do projeto de desenvolvimento de um capitalismo nacional, essa situação precisava ser combatida.

Mas como fazê-lo? No entender de Getúlio, certamente não era possível esperar o desenvolvimento das seguradoras nacionais por sua própria conta. Era preciso estimulá-las, fornecendo-lhes as principais ferramentas da atividade seguradora (recursos financeiros e conhecimento técnico em seguros).

É nesse ambiente que surge, perfeitamente inserido na lógica de desenvolvimento do capitalismo estatal de cunho nacionalista; o Instituto de Resseguros do Brasil, concebido pelo Decreto-lei nº 1.186, de 3 de abril de 1939.

O IRB foi implantado mediante o auxílio compulsório das companhias privadas de seguros, que foram obrigadas a participar em 30% do capital do órgão ressegurador.²⁶ Além disso, a entrada no mercado de seguros diretos passou a ser condicionada à aquisição de ações do IRB.

26 O Decreto-lei nº 1.186/39 estipulava que o capital do IRB seria de 30 mil contos de réis, dividido em duas classes de ações: A e B. As ações de classe A, no valor de 70% do capital, seriam subscritas por instituições de previdência social; as de classe B, no valor de 30% do capital, seriam subscritas compulsoriamente pelas seguradoras. Todas as sociedades de seguros que operavam ou viessem a operar no país teriam obrigatoriamente de possuir ações da classe B, na proporção do seu capital realizado:

O Decreto-lei nº 1.186/39 previa que a administração do IRB seria exercida por um presidente, assistido por um Conselho Técnico composto de seis membros. Seriam de livre escolha do governo, e nomeados pelo presidente da República, o presidente do IRB e três membros do conselho. Os outros três membros seriam indicados pelas seguradoras e teriam mandato de seis anos, podendo ser reeleitos.

As regras acima foram efetivamente cumpridas. Ou seja, os seguradores diretos realmente participaram do IRB e de seu Conselho Técnico, e foram co-responsáveis pela formulação da política setorial, ainda que a supremacia do governo sobre o mercado fosse indiscutível. Em suma, Estado e seguradores diretos passaram a cooperar no exercício da atividade de resseguro e na regulação do mercado de seguros.

O artigo 3º do Decreto-lei nº 1.186/39 estabelecia que o IRB teria como objetivo regular o resseguro no país e desenvolver as operações de seguros em geral. Pois foram justamente essas as tarefas que o IRB cumpriu durante o governo Vargas: de um lado, atuou diretamente no mercado de seguros como agente ressegurador; de outro, promoveu a intervenção indireta nesse mercado por meio de regulação. Essas duas formas de intervenção, se analisadas conjuntamente, revelavam o claro propósito de promover o desenvolvimento das seguradoras nacionais.

Até a criação do IRB havia, como visto, grande desequilíbrio concorrencial entre seguradoras nacionais e estrangeiras, estas com capacidade seguradora muito superior à das nacionais. Contavam não só com o apoio de suas matrizes, mas também de suas congêneres no exterior, sem falar nos grandes resseguradores. Distribuir riscos era muito mais fácil e, conseqüentemente, assumi-los também era. Além disso, dispunham de melhor conhecimento da técnica securitária e de pessoal mais bem preparado para atuar no mercado.

Na condição de agente ressegurador, o IRB veio suprir grande carência das seguradoras nacionais, que passaram a contar com apoio técnico e a possibilidade de ceder parcelas de risco por meio de resseguro. Isso aumentou sensivelmente a capacidade de concorrer com as seguradoras estrangeiras, que já dispunham de resseguro no exterior a menores custos de transação.²⁷

Porém, o equilíbrio entre companhias nacionais e estrangeiras só seria realmente obtido pela via regulatória. Como se sabe, a capacidade do segurador de assumir riscos adicionais pela comercialização de apólices é determinada essencialmente por seu patrimônio líquido (cf. Capítulo 8, item 2.2, *infra*). Uma vez

27 Tal como empregada neste trabalho, a expressão *custos de transação* significa os custos incorridos na realização de uma operação econômica no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa. Em 1937 o economista norte-americano Ronald H. Coase elaborou o primeiro estudo sobre o tema em trabalho pelo qual recebeu o Prêmio Nobel (cf. *The Nature of the Firm*, republicado em *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago e Londres, The University of Chicago Press, 1990, p. 33 s.).

instituído o IRB, todas as companhias passaram a lhe ceder obrigatoriamente os riscos que excediam sua capacidade de retenção.²⁸ Ocorre que o IRB em pouco tempo começou a impor a mesma tabela de retenção a todas as seguradoras, nacionais e estrangeiras. Ou seja, não fazia mais diferença o quanto uma companhia dispusesse de patrimônio líquido, ou ainda o apoio que pudesse receber de sua matriz. Todos ficaram obrigados a concorrer em condições idênticas. Foi isso que efetivamente colocou companhias nacionais e estrangeiras em pé de igualdade econômico-financeira: um tratamento regulatório igual para desiguais.²⁹

A regulação do resseguro passou a ser o dado concorrencial fundamental do mercado. Além de estabelecer a igualdade entre todos os concorrentes no que diz respeito à capacidade seguradora, trazia um ganho adicional às companhias brasileiras, que puderam contar com o conhecimento técnico do IRB e, mais do que isso, com um mecanismo importante de estabilização de suas carteiras.³⁰

Num segundo passo, o IRB começou a devolver riscos ao mercado interno, o que fazia por retrocessão. Foi o Decreto nº 3.784, de 30 de outubro de 1941, que

28 O artigo 73 do Decreto-lei nº 2.063/40 previa que "(t)odas as responsabilidades que não forem retidas pelas sociedades seguradoras deverão ser resseguradas, no ato de aceitação do seguro, no Instituto de Resseguros do Brasil". Inicialmente, era possível ceder riscos em co-seguro no país ou a resseguradores internacionais, caso o IRB não aceitasse participar da operação. Entretanto, em pouco tempo essa possibilidade foi suprimida, pois em termos práticos o IRB passou a controlar todo o mercado.

29 "O IRB nivela isto tudo, porque ele faz o jogo, então ele dá a mesma tabela para todo mundo. A tabela que naquele tempo era a minha tabela de retenções, a Sun Alliance tinha a dela, o francês tinha a dele, o alemão tinha a dele, cada um trabalhava com a sua tabela. O IRB chegou e disse: a tabela é para vocês, para todo mundo. Sul América, todo mundo. Então nesse ponto ficou mais fácil. Deu oportunidade para as companhias menores, mais fracas, poderem competir com as mais fortes" (Hélio da Rocha Araújo, *Depoimento*, Rio de Janeiro, CPDOC/Funenseg, 1997, apud Carlos Eduardo Sarmento, *Nacionalização e expansão: o mercado segurador brasileiro entre 1939 e 1963*, cit., p. 154).

30 Estabilizar a carteira de seguros é um dos efeitos do contrato de resseguro, assim definido por Pedro Alvim: "A previsão de sinistros de determinado ramo de seguros depende de observações estatísticas a longo prazo. Revelam a frequência das ocorrências e permitem a fixação de um coeficiente médio que dá idéia aproximada do número de sinistros em função do volume da carteira. O estabelecimento de um valor médio para cada seguro facilitará a previsão do montante das indenizações a cargo do segurador. Bastará multiplicar esse valor médio pelo coeficiente de sinistros. Se, por exemplo, o coeficiente de sinistro-incêndio é de trinta ocorrências em cada mil contratos de seguros, o total das indenizações será de Cr\$ 1.500.000,00, se cada seguro for de Cr\$ 50.000,00. Mas se os seguros tiverem valores diferentes, uns de Cr\$ 50.000,00, outros de Cr\$ 100.000,00, ou Cr\$ 200.000,00, será impossível o conhecimento prévio do volume de indenizações. A estabilidade da seguradora depende desse conhecimento, o qual permitirá à administração adotar as medidas necessárias para satisfazer suas obrigações e orientar sua atividade e sem comprometer sua segurança econômica e financeira. Eis por que é de toda conveniência técnica não manter carteiras de riscos heterogêneos, quanto ao valor. A operação de resseguro é um dos processos para corrigir a desigualdade dos riscos: o segurador transferirá para o ressegurador todas as pontas que excederem o valor médio de sua carteira, isto é, os excessos de sua responsabilidade" (cf. *Política Brasileira de Seguros*, cit., p. 124-125).

impôs às companhias de seguro instaladas no país o dever de aceitar as retrocessões do IRB.

O objetivo era evidentemente exaurir a capacidade seguradora do mercado interno. Dessa maneira, o governo alcançava dois objetivos. De um lado, estimulava o crescimento da indústria nacional dos seguros. De outro, evitava a saída de divisas do país, questão tão cara à política econômica getulista. Somente após esgotada a capacidade do mercado brasileiro é que os riscos eram cedidos ao estrangeiro.

Sob a perspectiva concorrencial, vê-se que a lógica do governo Vargas era claramente a de estimular o crescimento das seguradoras brasileiras.

O IRB rapidamente se converteu na figura centralizadora do mercado de seguros. Suas funções foram estendidas a muitas outras questões. Prova disso é o Decreto nº 1.805, de 27 de novembro de 1939, que publicou o primeiro estatuto do órgão ressegurador. Com efeito, passou a ser necessário que as companhias informassem o IRB, com antecedência de 90 dias, a respeito de novos ramos de seguros que pretendessem explorar. O IRB também passou a ter poderes fiscalizadores sobre os seguradores diretos, que ficaram obrigados a apresentar livros e demais documentos que interessassem ao instituto.³¹

Note-se que o IRB, além de gozar de inúmeras prerrogativas segundo a regulação vigente, efetivamente as utilizava. Para tanto, contava com técnicos de elevado nível, que corporificavam de forma singular o espírito da tecnocracia estatal estimulada por Getúlio Vargas.³²

Os efeitos da política do capitalismo nacional começaram a surgir. A política regulatória do IRB provocou um crescimento significativo do número de seguradoras de capital nacional. O incentivo a essas seguradoras também gerou o aumento de concorrência, que levou à busca de novos mercados entre os consumidores individuais e os de menor renda. A Sul América, por exemplo, lançou o seguro de vida popular. Outro ramo explorado foi o de títulos de capitalização, regulamentado pela primeira vez em 1933, por meio do Decreto nº 22.456. Entre

31 Outra mostra de que o poder do IRB era profundo está na obrigação instituída pelo Decreto nº 1.805/39 às seguradoras atuantes no país. De forma a evitar que estas, ao invés de ceder excedentes em operações de resseguro, comessem a praticar o co-seguro com suas congêneres, o decreto criava a obrigação a todas as seguradoras instaladas no Brasil de ressegurar, no mínimo, 20% da responsabilidade que houvessem assumido em co-seguro. Para que o cumprimento devido da obrigação pudesse ser fiscalizado, foram atribuídos ao IRB os poderes acima referidos.

32 "O Instituto não podia se organizar sem o seu laboratório. Sem a sua equipe de estudos e pesquisas. Ele será um viveiro de técnicos que orientarão o mercado do seguro no país, formando escola, criando uma consciência nova, dando ao risco a segurança econômica e o sentido social que deve ter" (Agamenon Magalhães, Modelo de organização, in *Revista do IRB*, 1940, p. 12, apud Marly Silva da Motta, A criação e a estruturação de uma instituição-modelo da era Vargas: o Instituto de Resseguros do Brasil, cit., p. 108).

1939 e 1946, os prêmios pagos às companhias de capitalização cresceram 558%, enquanto seus ativos se ampliaram em 491%.³³

Em suma, o IRB cumpriu à risca a função para que havia sido criado: desenvolver o mercado nacional de seguros e, especialmente, apoiar o crescimento das seguradoras nacionais técnica e financeiramente.

5 .O período de 1945 a 1964

Em 29 de outubro de 1945 Getúlio Vargas é deposto por um golpe de Estado organizado por forças políticas civis e militares, motivadas pela derrota do nazifascismo pelos Aliados. A Constituição de 1937 é substituída pela Constituição de 1946.

A União Democrática Nacional, partido político que inspirou a mudança do sistema político brasileiro, passou a apoiar a criação de políticas favoráveis à abertura do país ao capital estrangeiro. Foi nesse contexto que se estabeleceram na Constituição de 1946 a livre iniciativa e a igualdade de oportunidades para nacionais e estrangeiros, por oposição ao nacionalismo getulista.³⁴

No que diz respeito especificamente ao mercado de seguros, o artigo 149 da nova Constituição previa que "[a] lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos".

Ao deixar a cargo do legislador ordinário o estabelecimento de normas próprias para o mercado de seguros, a Constituição de 1946 criou um impasse. De um lado, havia os defensores de que o Decreto nº 2.063/40 tinha sido plenamente recepcionado pelo texto constitucional. De outro, havia aqueles que sustentavam a derrogação das regras do decreto face aos princípios liberais da nova Constituição, pois aquelas eram amplamente restritivas à entrada de seguradoras estrangeiras no mercado nacional, assim como à participação de estrangeiros no capital de seguradoras constituídas no Brasil.

33 Fonte: IRB, *Anuário de Seguros*, apud Carlos Eduardo Sarmento, Nacionalização e expansão: o mercado segurador brasileiro entre 1939 e 1963, cit., p. 165.

34 "Com o Governo Dutra abandonava-se a conjetura de que era possível realizar um capitalismo relativamente autônomo no Brasil. A maneira pela qual o poder público foi levado a reorientar e reduzir suas relações com a economia do País implicava na modificação do sentido e conteúdo da política econômica estatal. Em pouco tempo, os governantes adotaram objetivos e diretrizes que conferiram outra significação à atividade do poder público. Ao recusar o nacionalismo econômico, como princípio básico de política econômica, recusava-se também a possibilidade de um capitalismo de tipo nacional. Ao recusarem-se as diretrizes e técnicas específicas da política econômica nacionalista, adotavam-se diretrizes e técnicas que iriam reforçar a interdependência e redefinir as condições de dependência" (Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 92-93).

Houve na época o caso célebre de uma companhia estrangeira que requisitou autorização para operar no país. O assunto se transformou em grande controvérsia e terminou com a elaboração de parecer do Ministro da Justiça favorável à autorização, ratificado pelo Presidente de República em 1948.³⁵ Em resumo, o parecer sustentava que os princípios da nova Constituição eram incompatíveis com as regras do Decreto nº 2.063/40, pois estas criavam tratamento desigual aos nacionais e estrangeiros. Tratava-se, portanto, da supressão de uma importante barreira à entrada de capital estrangeiro no mercado de seguros.

Assim, o liberalismo do governo Dutra foi alterando alguns contornos da política econômica getulista, porém não o suficiente para que a estrutura do mercado de seguros, alicerçada no IRB, sofresse transformações realmente profundas.³⁶ Ao contrário, quando Getúlio Vargas voltou ao poder, pôde retomar rapidamente o projeto de desenvolvimento econômico pela mão do Estado.³⁷

É dessa época a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE) e da Petrobras. Ambos representavam instrumentos para coordenar, disciplinar e planificar o comportamento das forças produtivas nacionais, e ao mesmo tempo concentrar em si a tarefa e, mais do que isso, a capacidade de ditar a política econômica do país.

Do ponto de vista do mercado de seguros, isso significava a criação de um importante nicho de atuação. O governo passava a ser um dos grandes clientes

35 Cf. Pedro Alvim, *Política Brasileira de Seguros*, cit., p. 118-122.

36 Além do novo dispositivo constitucional acima comentado, outra alteração a ser mencionada diz respeito ao IRB, e se relaciona com a representação do setor privado nos quadros dessa instituição. Com efeito, estabeleceu-se a igualdade de participação no capital do IRB entre os institutos de previdência (titulares de ações da classe A) e as seguradoras (titulares de ações da classe B). Desse modo, no lugar da relação desigual – 70% das ações para a classe A e 30% para a classe B – estabeleceu-se uma igualdade entre as partes, com 50% para cada uma delas.

37 “Essa intervenção do Estado no domínio econômico, sempre que possível plástica e não rígida, impõe-se como um dever ao governo todas as vezes que é necessário suprir as deficiências da iniciativa privada, ou acautelar os superiores interesses da Nação, quer contra a voracidade egoística dos apetites individuais, quer contra a ação predatória dessas forças de rapina, que não conhecem bandeira nem cultuam outra religião que não seja a do lucro. [...] Rejeitando o fácil recurso dos paliativos momentâneos, o governo preferiu voltar-se resolutamente para as soluções de conjunto e não de detalhe, permanentes e não transitórias, capazes de construir um conjunto homogêneo e estável, base firme para o desenvolvimento de todas as atividades econômicas nacionais. [...] Já hoje é evidente a todos que o próprio desenvolvimento fez surgir pontos de estrangulamento da atividade econômica, os quais, se não forem eliminados, deterão a marcha enclatada. [...] Ora, mesmo nos setores em que, tradicionalmente, o Estado brasileiro se tem abastido de atuar de forma direta, a iniciativa privada, nacional ou estrangeira, mostra-se desinteressada em aplicar-se na supressão daqueles pontos de asfixia. O Poder Público vai sendo compelido, portanto, em face das circunstâncias, a assumir novos encargos para os quais se esforça por se aparelhar adequadamente” (Getúlio Vargas, Mensagem ao Congresso Nacional, Rio de Janeiro, Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 10, 11 e 18, apud Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 123 s).

da indústria seguradora, à medida que fortalecia sua posição de principal empresário do país. São exemplos de exercício dessa posição os investimentos na indústria de base e os projetos do BNDE. A lógica do fomento econômico assumia papel de relevo na atividade econômica privada.

Além disso, com o início do desenvolvimento da indústria automobilística no país, abriu-se um novo campo para a indústria dos seguros. Logo começaram as negociações entre Estado e seguradoras no sentido de se instituir o seguro obrigatório de responsabilidade civil para proprietários de veículos automotores. Tratava-se, entre outras coisas, de compensar o setor privado pela perda dos seguros de acidentes de trabalho, que acabariam passando para a tutela direta do Estado.³⁸

Não obstante, a verdade é que nenhuma modificação substancial se fez na regulação dos seguros privados após a edição do Decreto-lei nº 2.063/40. Como se viu, os princípios liberais da Constituição de 1946 conflitavam com este último, mas não houve esforço legislativo para redefinir com clareza as normas do setor. Isso só viria a ocorrer por meio da edição do Decreto-lei nº 73/66.

6 O período de 1964 a 1980: o Decreto-lei nº 73/66 e a política concentracionista

No início dos anos 60, havia mais de 160 seguradoras no Brasil, porém apenas cinco se destacavam: Sul América, Internacional, Boa Vista, Minas Brasil e Atlântica. “A maior parte dos seguros vinha dos ramos incêndio (cerca de 31% dos prêmios de seguros de 1963), vida (20,4%) e acidentes de trabalho (23%). O seguro de automóvel contava então com 11% do total de prêmios de 1963.”³⁹

As sociedades seguradoras, habituadas ao regime normativo da era Vargas, passaram a ceder ao IRB quase a totalidade de seus riscos. Este, por sua vez, devolvia ao mercado interno o conjunto de riscos que lhe haviam sido cedidos segundo os seguintes índices das seguradoras: (i) patrimônio líquido; (ii) volume de prêmios; e (iii) resultados. Observando-se tais critérios, os negócios do IRB acabavam sendo transferidos às principais seguradoras do mercado interno. Somente quando a capacidade interna não fosse suficiente é que o excedente seria cedido ao exterior. Some-se a isso o fato de que as seguradoras eram mal prepa-

38 Como visto acima, o seguro de acidentes de trabalho seria convertido em monopólio estatal por meio da Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967. No intuito de compensar os seguradores privados pela perda de uma importante fonte de receita, no mesmo ano o governo regulamentaria o seguro obrigatório dos proprietários de automóvel (cf. Decreto nº 61.867, de 7 de dezembro de 1967).

39 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 206.

radas tecnicamente, e que, por força do suporte técnico do IRB, não havia o menor estímulo para que elas se especializassem.

O quadro acima acabou produzindo as seguintes consequências: retração da capacidade seguradora do mercado brasileiro, redução do grau de competição entre as seguradoras e aumento dos riscos para a higidez econômico-financeira do sistema securitário. Ou seja, a prática do IRB contrariou substancialmente a lógica sob a qual havia sido instituído.

Conforme mencionado no item 4 acima, a capacidade seguradora de uma empresa é medida essencialmente por seu patrimônio líquido, que limita suas operações. Quando um segurador direto firma um contrato de resseguro, transfere uma parcela de seus riscos para o ressegurador. Essa transferência libera a respectiva parcela de patrimônio líquido, até então comprometida, para servir à nova oferta de apólices. É por isso que se diz que o resseguro aumenta a capacidade seguradora de um determinado mercado.⁴⁰ Dito isso, parece claro que a retrocessão de riscos ao mercado interno tem o efeito negativo de diminuir a capacidade desse mercado, ao invés de expandi-la, como seria de esperar que o agente estatal do resseguro procurasse fazer.

Se é verdade que o resseguro é um instrumento de aumento da capacidade dos seguradores diretos, seu efeito deveria ser o de permitir que seguradores menores adquirissem condição de concorrer mais competitivamente com as grandes companhias de seguro. No entanto, ao promover a retrocessão ao mercado interno conforme os critérios acima, o IRB fazia com que parte substancial dos negócios retornasse somente aos grandes seguradores, sem que estes precisassem se esforçar. O resultado é que ficava difícil aos pequenos seguradores competir, pois o IRB, como importante fonte de negócios, privilegiava sempre os grandes.

Por fim, se é verdade que os seguradores se tornavam cada vez mais dependentes tecnicamente do IRB, funcionando quase como meros corretores, o risco de erros técnicos graves aumentava enormemente. Isso porque a seleção e o agrupamento de riscos devem ocorrer na origem, quando de sua transferência do consumidor à companhia seguradora. O trabalho técnico desta é, portanto, fundamental. Não se pode deixar a cargo do agente ressegurador estatal resolver falhas técnicas dos agentes privados, pois essas falhas são de difícil identificação e resolução. Em suma, o risco de uma crise sistêmica aumenta deveras num mercado segurador controlado e operado tecnicamente por um único ressegurador. É por isso que a prática do IRB aumentava significativamente os riscos de higidez do sistema securitário.

A reforma administrativa no campo dos seguros foi feita, entre outras razões, com o intuito de corrigir essas falhas. O governo militar de Castelo Branco acreditava ser necessário ampliar e reforçar o aparato estatal destinado a regular o

mercado de seguros, assim diluindo o poder do IRB. Isso o levou a conceber um novo quadro institucional, inspirado no modelo criado para o sistema financeiro pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.⁴¹ Foi justamente esse quadro que se tornou vigente por meio do Decreto-lei nº 73/66.

A nova legislação securitária, longe de desfazer o legado getulista e seu modelo de Estado interventor e controlador da economia, o manteve em seus principais fundamentos. Exemplo maior disso foi o resseguro, que continuou a ser monopólio do IRB (cf. Decreto-lei nº 73/66, artigos 42, 44 e 81). Este, por sua vez, preservou sua estrutura administrativa e suas principais funções: evitar a evasão de divisas, regular o resseguro e praticar a retrocessão no mercado interno e exterior (cf. artigos 44, I, a; 60; e 88).

Não obstante, o Decreto-lei nº 73/66 realmente expandiu o quadro administrativo destinado a fiscalizar e regular a atividade seguradora no país. Ao lado do IRB criaram-se dois novos entes estatais: o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). O CNSP teria a função ampla de regular a atividade seguradora (cf. artigo 32), ao passo que à SUSEP caberia o exercício de duas principais funções: implementar as normas editadas pelo CNSP e fiscalizar o funcionamento das sociedades seguradoras (cf. artigo 36).

A simples leitura do artigo 32 do Decreto-lei nº 73/66 revela a grande preocupação que o governo militar da época tinha com a higidez econômico-financeira do mercado segurador. Ao CNSP foram delegados amplíssimos poderes para regular os principais aspectos da atividade seguradora, entre eles: (i) regular a constituição, organização e funcionamento das sociedades seguradoras; (ii) determinar o capital das sociedades seguradoras; (iii) estipular índices e demais normas técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas sociedades seguradoras; e (iv) prescrever os critérios técnicos para as operações de seguros.

De fato, todos os aspectos acima citados têm, direta ou indiretamente, relação com a solvência do mercado segurador e, em última instância, com a proteção do consumidor. Não havia à época um conjunto de normas que tratasse com amplitude e profundidade desses temas. Ocorre que essa louvável preocupação não surtiu muito efeito, pois o CNSP permaneceu quase inativo durante o governo militar.⁴² Em termos práticos, o IRB continuou a funcionar como o principal regulador do mercado, o que se devia à importância do resseguro.

41 Cf. Eugenio Gudín, *Princípios de Economia Monetária*, 6. ed., Rio de Janeiro, Agir, v. 1, p. 279 s.

42 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 216-217. Apesar da inatividade do CNSP, é preciso reconhecer que a nova legislação securitária representou um avanço significativo no sentido de controlar e impor determinadas condutas aos agentes privados. Exemplo disso é o artigo 2º do Decreto-lei nº 73/66, que firmou um importante princípio de regulação e fiscalização do mercado, ao estabelecer que estas se rea-

40 Para uma análise pormenorizada do resseguro como instrumento de aumento da capacidade dos seguradores diretos, v. Capítulo 8, item 2.2, infra.

A inércia do CNSP no cumprimento de suas funções reguladoras, aliada à política do IRB acima descrita, acabou colocando o mercado à beira de uma crise de hígidez. Em reação a isso, o governo decidiu dar início a uma política de estímulo à concentração da indústria securitária.

A política concentracionista foi iniciada pelo Decreto-lei nº 1.115, de 24 de julho de 1970, regulamentado pelo Decreto nº 67.447, de 29 de outubro de 1970. A finalidade desse novo conjunto de normas era estimular, por meio da concessão de incentivos fiscais, a fusão e a incorporação entre companhias seguradoras. Os resultados obtidos foram bastante eficazes. O número de seguradores passou de 189, no ano de 1966, para 93, em 1980. O relatório do IRB de 1978 revelava que os doze maiores grupos atuantes no mercado segurador brasileiro detinham 52% dos prêmios.⁴³

Além da referida crise, outra importante razão parece ter levado o governo a estimular a concentração: acreditava-se que os seguradores diretos precisavam se ajustar ao crescimento econômico do país, que vivia o chamado “milagre econômico”. Para tanto, era necessário que eles se capitalizassem para poder segurar riscos maiores e mais numerosos. Era igualmente necessária maior qualificação técnica que, no entender do IRB, somente as maiores companhias poderiam ter.

Data também dessa época a entrada dos bancos no mercado de seguros. Atraídos pelo volume cada vez mais expressivo de prêmios, os bancos iniciaram uma política de aquisição de companhias seguradoras, firmando-se rapidamente entre os maiores nesse mercado. Essa posição seria facilmente alcançada e consolidada, haja vista que os bancos podiam fazer uso de suas agências como canais de distribuição de serviços securitários, assim reduzindo seus custos de transação.

A propósito, essa vantagem competitiva dos bancos seria expandida pela edição do Decreto nº 59.195, de 8 de setembro de 1966, que instituiu o sistema de cobrança bancária dos prêmios de seguros. A finalidade desse decreto era tornar mais eficiente a captação dos prêmios dos segurados e sua transferência aos seguradores. No entanto, ele acabou representando também um passo importante rumo à integração de serviços bancários e securitários. A razão é simples: para que pudessem concorrer de forma eficiente, seguradores passaram a depender não apenas de uma boa rede de corretores,⁴⁴ mas também da rede bancária. Conglo-

lizarão “no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro”. Mais adiante, o artigo 5º dispôs que “(a) política de seguros privados objetivará: [...] I – promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País; [...] IV – promover o aperfeiçoamento das sociedades seguradoras; V – preservar a liquidez e a solvência das sociedades seguradoras”.

43 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 228-233.

44 A Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964, introduziu normas reguladoras da profissão de corretor de seguros. Logo a seguir, o Decreto-lei nº 73/66 reconheceu formalmente o corretor como parte do chamado “Sistema Nacional de Seguros Privados” (artigo 8º), definindo-o como

merados financeiros que ofereciam ambos os serviços – bancários e securitários – passaram a uma posição ainda mais privilegiada, pois podiam utilizar suas agências bancárias para oferecer apólices e ao mesmo tempo captar os prêmios pagos pelos segurados. No Capítulo 10 veremos as consequências desse quadro normativo para a livre concorrência no mercado de seguros, bem como analisaremos formas alternativas de regulação.

7 As décadas de 80 e 90: liberalização e desregulamentação

Ao término da década de 70 a indústria de seguros havia crescido consideravelmente, acompanhando o desempenho da economia nacional. No início dos anos 80, entretanto, ela começou a se retrair em função da crise econômica por que passava o país, devida em especial à crise mundial do petróleo ocorrida na década anterior, ao aumento da dívida externa e à inflação crescente, que geraram desemprego e queda significativa do Produto Interno Bruto (PIB). Como resultado, a arrecadação de prêmios em 1983 foi praticamente 20% inferior, em valores reais, à de 1979. No mesmo período, a participação da indústria de seguros no PIB recuou de 1% para 0,85%.⁴⁵

A inflação não tinha apenas o efeito de desestabilizar a economia, e com ela a indústria de seguros. Outro efeito significativo foi transformar a atividade seguradora em atividade financeira. As seguradoras não se preocupavam mais em realizar ganhos operacionais, e sim em captar cada vez mais prêmios. Isso ocorria por uma simples razão: a inflação gerava ganhos financeiros tão expressivos, que eventuais perdas operacionais passavam despercebidas. A ordem do dia era captar indiscriminadamente.

Evidentemente essa política comercial traria consigo resultados indesejáveis. O primeiro deles, sentido imediatamente, foi a retração ainda maior da demanda por seguros. Isso porque o valor das apólices ou não era corrigido monetariamente, ou tal correção não era suficiente para acompanhar a inflação;⁴⁶ se houvesse um sinistro, o segurado acabava recebendo uma indenização bem menor do que

“o intermediário legalmente autorizado a angariar e promover contratos de seguro entre as sociedades seguradoras e as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado” (artigo 122). Nos termos do artigo 123, o exercício da profissão de corretor de seguro passou a depender de prévia habilitação e registro.

45 Cf. Pedro Alvim, *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, São Paulo, Manuais Técnicos de Seguros, 1996, p. 21-22.

46 Diversas foram as medidas econômicas ao longo dos anos 80 que tentaram resgatar o Brasil da corrida inflacionária. Todas procuraram estabelecer regras sobre correção monetária. Isso afetou o mercado de seguros, que teve periodicamente que se adequar a novas regras. Não obstante, pode-se dizer que os anos 80 foram marcados pela falta de indexação – ou pela indexação insuficiente – do valor das apólices à inflação.

o valor real do interesse segurado. Desnecessário dizer o quanto isso gerava desconfiança no consumidor.⁴⁷ Some-se a isso o agravamento da crise econômica, e o cenário ideal para a diminuição do consumo estava montado.

Guardados alguns períodos de exceção, em geral devidos a planos econômicos de duração efêmera, o quadro acima pouco se modificou durante os anos 80 e o início dos anos 90. Somente a partir do Plano Real é que a indústria seguradora voltou a crescer, elevando sua participação no PIB a 2,78% ao fim de 1994.⁴⁸

No campo regulatório, a influência de uma nova política econômica se fez notar. Durante os anos 60 e 70, a indústria de seguros permaneceu sob o controle rígido do IRB. Os fundamentos econômicos da era Vargas continuavam vigorosos e influentes, entre outras razões porque atendiam ao fortalecimento do capitalismo nacional idealizado pelo governo militar (cf. item 6 supra). A partir de meados dos anos 80, e especialmente ao longo dos anos 90, a indústria de seguros passou por um período de sensível desregulamentação e liberalização, traduzidas especialmente na flexibilização de prêmios, na facilitação ao ingresso de capital estrangeiro e na quebra do monopólio do IRB sobre o resseguro.⁴⁹ Cada um desses aspectos será comentado separadamente a seguir.

47 O problema da falta de correção monetária das apólices de seguros só seria resolvido por meio da Resolução CNSP nº 9, de 26 de maio de 1987, que regulamentou o artigo 14 do Decreto-lei nº 73/66.

48 Cf. Pedro Alvim, *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, cit., p. 139.

49 Muitas foram as tentativas de desregulamentação e liberalização do mercado de seguros. Em maio de 1992, por exemplo, a FENASEG divulgou a chamada "Carta de Brasília", um documento que propunha a revisão da regulação da atividade seguradora em seis pontos fundamentais. Entre outros aspectos, a FENASEG julgava necessário "(r)educir os excessos de regulação, que prejudicam a instituição do seguro, inibem a iniciativa empresarial e desfiguram a economia de mercado". Pleiteava também "maior autonomia e flexibilidade aos investimentos de reservas técnicas, ampliando-se o leque dos ativos onde estas poderão ser aplicadas". A Carta de Brasília motivou a edição do Plano Diretor do Sistema de Seguros, Capitalização e Previdência Complementar, lançado pelo governo em julho de 1992. Esse plano inicialmente reconhecia haver uma concentração excessiva no mercado segurador, pois em 1990 "as três maiores [seguradoras] representavam 40,1% da indústria de seguro, as cinco maiores, 52,1%, e as dez maiores 66,1%". Para enfrentar esse problema, o Plano propunha algumas diretrizes para a renovação da regulação, entre elas: "abordagem do seguro primordialmente sob o enfoque do consumidor (segurado), que é o sujeito-fim dos serviços prestados pelo sistema segurador e de previdência complementar, no sentido de que o produto se torne mais acessível, de melhor qualidade e com a redução possível de seus custos; desregulamentação e simplificação do sistema, mediante aumento da liberdade dos agentes, com a observância irrestrita, porém, da responsabilidade e dos requisitos de solvência; e aumento de concorrência e competitividade entre os protagonistas do sistema, resguardadas sua integridade e segurança". Ao Plano Diretor se seguiria, em 1993, o estudo da SASSE Cia. Nacional de Seguros, intitulado "O Mercado Segurador Brasileiro". Tal estudo ressaltava a necessidade de reduzir o controle exercido pelo IRB sobre o mercado, que havia resultado em sensível diminuição do nível técnico das seguradoras e da competitividade entre elas. Para tanto, seria necessário "rever a função do IRB como negociador único da colocação de resseguros no exterior, criando condições de acesso direto por parte do mercado segurador ao mercado ressegurador internacional

7.1 Fixação de prêmios

De acordo com a Circular SUSEP nº 14, de 29 de janeiro de 1968, companhias seguradoras somente poderiam oferecer seguros cujas condições e prêmios fossem previamente aprovados pela SUSEP. Condições particulares e prêmios especiais de qualquer espécie eram vedados. Isso significava um rígido controle estatal sobre os preços cobrados pelos serviços das seguradoras, que obviamente induzia a cartelização do mercado. *Controle de preços do prêmio*

A liberdade para fixação de prêmios começou a ser introduzida no início dos anos 80, inicialmente por meio da Circular SUSEP nº 46, de 19 de agosto de 1980, que instituiu relativa autonomia no estabelecimento de preços pelas próprias seguradoras. A seguir, a Circular SUSEP nº 22, de 30 de outubro de 1987, possibilitou o desconto nas apólices dos ramos de seguro de incêndio e lucros cessantes decorrentes de incêndios.

O processo de liberalização continuou por meio do Decreto nº 605, de 17 de julho de 1992, que instituiu o regime de prêmios mínimos, pelo qual as seguradoras passaram a ter liberdade para fixar seus prêmios ao consumidor, observados valores mínimos aprovados pela SUSEP em consonância com as respectivas notas técnicas atuariais. Consta que o efeito foi uma baixa violenta nos preços.⁵⁰ De lá para cá, os prêmios de seguros foram quase totalmente liberados, conforme teremos ocasião de examinar no item 4.5 do Capítulo 7. *Prêmios mínimos*

7.2 Ingresso de capital estrangeiro

O Decreto-lei nº 73/66 não estabelece restrição à participação de capital estrangeiro nas sociedades seguradoras constituídas no Brasil. Não obstante, a Resolução CNSP nº 3, de 9 de janeiro de 1986, restringiu a participação do capital estrangeiro nas sociedades seguradoras, direta ou indireta, a 50% do capital total dessas sociedades e a um terço do capital com direito a voto. Essa Resolução foi substituída pela Resolução CNSP nº 14, de 3 de julho de 1986, que praticamente

[...]; dar fim às práticas monopolísticas do IRB relativamente ao resseguro no mercado interno, autorizando a organização e funcionamento, no Brasil, de empresas constituídas com a finalidade de operar em resseguros; incentivar o co-seguro, como pólo germinador de um sistema de resseguro interno; extinguir a retrocessão obrigatória e modificar o regulamento das retrocessões, de modo a favorecer a expansão do co-seguro; acabar com a obrigatoriedade do pagamento de corretagem de seguro para viabilizar a contratação direta". As medidas sugeridas nos estudos ora referidos tiveram alguma influência sobre a regulação do setor, porém em sua maioria não saíram do papel. Para o exame pormenorizado do debate em torno da flexibilização da regulação da atividade seguradora, cf. Pedro Alvim, *Política Nacional de Seguros: Neoliberalismo, Globalização e Mercosul*, cit., p. 90-138.

50 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 265.

a reeditou, acrescentando apenas que estavam “ressalvadas as situações preexistentes a 9 de janeiro de 1986”.

Ou seja, o CNSP inovou em matéria para a qual o Decreto-lei nº 73/66 não havia lhe dado competência. Daí a conclusão óbvia de que ambas as resoluções eram ilegais e, portanto, nulas. Mesmo assim, elas não foram contestadas – ou pelo menos não o foram com sucesso – até que a Interamericana Companhia de Seguros Gerais solicitasse à SUSEP a aprovação de sua cisão, seguida da constituição de nova sociedade seguradora para a qual seriam vertidos os ativos cindidos.

O pedido foi negado pela SUSEP, sob o argumento de que a aprovação resultaria na constituição de nova sociedade seguradora controlada por capital estrangeiro, o que contrariaria a Resolução CNSP nº 14/86. Em sede recursal administrativa, o pedido acabou sendo objeto de análise pela Advocacia Geral da União, que, por meio do Parecer nº AGU/LA-01/96, de 29 de fevereiro de 1996, ratificado pelo Parecer nº GQ – 104, de 5 de junho de 1996, concluiu que a referida resolução era realmente ilegal, e que não há na Constituição Federal ou em norma infraconstitucional “qualquer regra que restrinja a participação de capital estrangeiro nas sociedades seguradoras, de previdência e de capitalização”.⁵¹

O parecer da AGU abriu as portas aos investimentos estrangeiros nas sociedades seguradoras nacionais. O resultado foi estrondoso: mais de vinte seguradoras estrangeiras ingressaram no mercado brasileiro logo após a publicação do parecer. Em 1997, o número de companhias controladas por estrangeiros havia saltado de 16 para 36.⁵²

7.3 Quebra do monopólio do IRB e abertura do mercado de resseguro

Nos anos 90, o maior exemplo de flexibilização da regulação securitária está, sem sombra de dúvida, na quebra do monopólio do IRB sobre o mercado de resseguro, operada pela Emenda Constitucional nº 13, de 21 de agosto de 1996, que

51 A negativa da SUSEP ao pedido da Interamericana Companhia de Seguros Gerais havia se baseado também no artigo 52, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que vedava, até que fosse editada lei complementar que disciplinasse o artigo 192, III, da Constituição, “o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior”. O parecer da AGU considerou que o referido artigo 52, II, dizia respeito exclusivamente às instituições financeiras, entre as quais não se enquadram as seguradoras. Como se tratava de norma que limitava a aplicação do preceito geral de liberdade de iniciativa previsto na Constituição (artigos 1º, IV; e 170, caput e parágrafo único), não poderia ser interpretada senão restritivamente. Daí por que as seguradoras não poderiam ser equiparadas por analogia às instituições financeiras.

52 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 266-267.

alterou a redação do então vigente inciso II do artigo 192.⁵³ A nova redação suprimiu a referência ao “órgão ressegurador oficial”, incluindo-se as empresas de resseguro entre aquelas que necessitam de autorização prévia do Poder Público para funcionamento, ao lado das companhias de seguro, previdência e capitalização.

É preciso lembrar que o IRB, constituído em 1939, é um dos legados da era Vargas. Do ponto de vista econômico, esse monopólio se inseria perfeitamente nas diretrizes do planejamento getulista, que pretendia, de um lado, romper os laços de dependência estrutural de nosso país em relação ao exterior, e, de outro, estimular o desenvolvimento do capitalismo no Brasil (cf. tópicos 3 e 4 supra). Dessa época aos anos 90, a política econômica se modificou substancialmente, levando à decisão de privatizar o IRB e abrir o mercado de resseguro à iniciativa privada.

A Medida Provisória nº 1.578, de 17 de julho de 1997, convertida na Lei nº 9.482, de 13 de agosto de 1997, foi o primeiro passo infraconstitucional rumo à privatização. Por seu intermédio, o IRB foi transformado em sociedade anônima, com gestão compartilhada entre o governo (detentor das ações ordinárias com direito a voto, antigas ações “classe A”), e as companhias seguradoras (detentoras das ações preferenciais sem direito a voto, antigas ações “classe B”). As ações do governo, até então sob a titularidade do INSS, foram transferidas para a União, sob o controle do Ministério da Fazenda.

O passo seguinte foi a edição da Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999. As principais alterações que ela promoveu na legislação securitária foram: (i) atribuição de competência ao CNSP para estabelecer normas gerais para o mercado de resseguro; (ii) transferência à SUSEP das funções de regulação e fiscalização do mercado de resseguro, antes atribuídas ao IRB; e (iii) estabelecimento do direito de preferência dos resseguradores locais, pelo período de dois anos a contar da privatização do IRB, sobre 60% de toda e qualquer operação de resseguro que as seguradoras diretas desejem realizar.

Essa última regra é bastante reveladora da política econômica associada à abertura do mercado de resseguro: atrair investimentos para nosso país e fortalecer o mercado ressegurador local.

O CNSP, por sua vez, editou uma série de novas resoluções sobre resseguro, que fornecem contornos ainda mais firmes ao objetivo acima mencionado, na medida em que privilegiam os chamados resseguradores locais em relação aos demais. Prova maior disso é a Resolução nº 1, de 14 de janeiro de 2000, cujo texto lança as regras gerais de funcionamento do mercado após a abertura à livre

53 A Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, deu nova redação ao artigo 192 da Constituição, que assim passou a dispor: “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 dispondo, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

iniciativa, estabelecendo tipos diferentes de ressegurador: local, admitido e eventual. Em suma, as principais características de cada um deles são as seguintes:

- a) o ressegurador local é aquele com sede no Brasil. Seu capital e patrimônio líquido não podem ser inferiores a R\$ 50 milhões. Aplicam-se a eles as mesmas regras vigentes para os seguradores diretos;
- b) o ressegurador admitido, por sua vez, é aquele com sede no exterior e inscrição na SUSEP, autorizado a instalar um escritório de representação no país. Seu patrimônio líquido não pode ser inferior a US\$ 85 milhões. Esse padrão mínimo é acompanhado de uma série de regras de transparência que objetivam garantir a higidez do mercado segurador como um todo. Nesse mesmo sentido, o ressegurador admitido tem como ônus do exercício de sua atividade a prestação de certas garantias, dentre as quais a mais importante é a abertura de conta corrente vinculada à SUSEP com saldo mínimo de US\$ 5 milhões; e
- c) por fim, as regras aplicáveis ao ressegurador eventual – aquele com sede no exterior e não cadastrado perante a SUSEP – obedecem à mesma lógica daquelas vigentes para o ressegurador admitido, embora um pouco mais rígidas. A diferença marcante consiste na limitação imposta à assunção de riscos pelos resseguradores eventuais, pois os seguradores diretos não lhes poderão ceder mais que 10% de suas operações anuais.

Além do direito de preferência pelo período de dois anos, o favorecimento aos resseguradores locais se verifica nas garantias exigidas para a contratação de resseguro com empresas admitidas e eventuais. Com efeito, os seguradores diretos que cederem riscos a resseguradores admitidos ou eventuais terão o dever de garantir a indenização de tais riscos por meio de carta de crédito ou depósito em dinheiro em conta vinculada à SUSEP. Isso representa um custo adicional considerável em cada operação de resseguro. Se, por um lado, a norma visa manter a solidez do mercado segurador, por outro o efeito é estimular os seguradores diretos a contratar somente resseguradores locais.

No caso dos resseguradores eventuais, a Resolução CNSP nº 01/00 impõe ainda mais uma restrição em relação aos locais e admitidos: os seguradores diretos deverão reter as provisões de prêmios a transferir ao ressegurador eventual até a extinção do respectivo risco. Somente aí é que a provisão poderá ser transferida ao ressegurador, que a incorporará a seu patrimônio. A consequência é tornar a atividade desinteressante para o próprio ressegurador, o que tem o efeito indireto de limitar a concorrência.

Como se vê, a liberalização do mercado ressegurador brasileiro foi delineada de forma a proteger quem decida investir localmente. A manutenção de higidez do sistema financeiro foi um fator relevante para essa escolha, embora pareça que os elementos de maior peso tenham sido a necessidade de valorizar o IRB no

momento de sua privatização, bem como o desejo de proteger o mercado local, atrair investimentos para nosso país e evitar a evasão de divisas pela remessa de prêmios a resseguradores estrangeiros.

Sob o principal argumento de que a Lei nº 9.932/99 deveria ser uma lei complementar e não ordinária, o Partido dos Trabalhadores impetrou, em 8 de junho de 2000, ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de suspender o processo de abertura do mercado de resseguro.

De fato, a Constituição Federal dispõe expressamente, no artigo 192, que o sistema financeiro nacional – a que o sistema de seguros pertence – será regulado por lei complementar. Assim, o pedido de medida liminar formulado na referida ADIN foi deferido em 13 de julho de 2000.

Posteriormente, em 29 de maio de 2003, foi editada a Emenda Constitucional nº 40, que alterou a redação do artigo 192 da Constituição.⁵⁴ Esse fato levou o Supremo Tribunal Federal a declarar prejudicado o questionamento da constitucionalidade da Lei nº 9.932/99, pois relativo à redação antiga do artigo 192. Por força de decisão publicada em 15 de setembro de 2004, a ADIN foi extinta sem julgamento de mérito, o que devolveu eficácia à Lei nº 9.932/99, bem como aos regulamentos editados com base nela.

À primeira vista, portanto, o mercado ressegurador brasileiro estaria completamente aberto. Ocorre que o artigo 12 da Lei nº 9.932/99 mantém o monopólio do IRB sobre a colocação de resseguro no exterior até que este seja privatizado. Isso significa que até lá somente o IRB poderá contratar resseguro com os resseguradores admitidos e eventuais. Além disso, embora não haja regra jurídica a impedir que novos resseguradores locais instalem-se desde logo no Brasil, importante impedimento de ordem prática continua a existir, pois o IRB ainda não transferiu suas funções regulatórias à SUSEP, conforme previsto no artigo 1º da Lei nº 9.932/99. Desnecessário justificar que nenhum ressegurador desejará ingressar em mercado regulado e fiscalizado por um concorrente.⁵⁵

No primeiro semestre de 2005, o Governo Federal submeteu ao Congresso Nacional projeto de lei complementar que, se aprovado e publicado, implicará a revogação da Lei nº 9.932/99. O projeto estabelece regulação do mercado ressegurador muito semelhante àquela prevista na lei e nas resoluções do CNSP vigentes. Diferença notável é que a abertura completa do mercado não mais dependerá da privatização do IRB, operando-se assim que a lei complementar for publicada.

⁵⁴ A redação atual do artigo 192, determinada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, menciona “leis complementares”, ou seja, possibilita que mais de uma lei complementar regule o sistema financeiro nacional.

⁵⁵ Cf. Capítulo 7, item 2.3, e Capítulo 8, item 3.2.

8 Considerações finais

O presente capítulo teve a finalidade de sintetizar a história da regulação da atividade seguradora no Brasil. Já os capítulos que seguem tratarão de expor os efeitos que essa regulação – por vezes oscilante – produziu sobre o mercado de seguros. No Capítulo 3, por exemplo, veremos que a política concentracionista iniciada na década de 70 (cf. tópico 6 supra) contribuiu para a formação de um forte oligopólio na indústria seguradora.

Além de expor os efeitos da regulação, os próximos capítulos – mais precisamente aqueles da segunda parte do livro – procurarão avaliá-la criticamente à luz dos fundamentos teóricos de regulação da atividade seguradora. Esses fundamentos serão expostos no Capítulo 6, quando teremos ocasião de ver também que a tendência de liberalização das décadas de 80 e 90 (cf. tópico 7 supra) é fruto do ainda atual movimento teórico em favor da desregulamentação da atividade seguradora.

Por fim, cabe mencionar que no Capítulo 7 o estado atual da regulação será exposto de forma abrangente, assim completando o estudo empreendido no presente capítulo.

3

Cooperativas e Companhias de Seguros no Brasil

1 Introdução

Ao contrário das experiências alemã e norte-americana,¹ as cooperativas de seguros não tiveram papel de destaque na história da atividade seguradora no Brasil. No tópico 2 a seguir veremos que a regulação contribuiu ativamente para que a história tenha evoluído dessa forma.

A seguir, no tópico 3 trataremos das seguradoras organizadas sob a forma de sociedade anônima. Considerando que tais seguradoras são os principais agentes econômicos da história do mercado segurador brasileiro, sua evolução confunde-se com a desse mercado e por isso não precisará ser examinada, haja vista que isso já foi feito no Capítulo 2. Assim, bastará apresentar alguns dados econômicos atuais sobre as companhias seguradoras. Esses dados conformam a estrutura do mercado e constituem, portanto, uma importante premissa das considerações que faremos no Capítulo 6 a respeito dos fundamentos de regulação da atividade seguradora.

2 Cooperativas de seguros

São escassas as fontes de pesquisa sobre o desenvolvimento das seguradoras cooperativas no Brasil.² Tudo indica, porém, que ao final do século XIX a ativi-

1 Cf. Capítulo 1 supra.

2 Entre os autores brasileiros, menção deve ser feita a Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit.; Amílcar Santos, *Seguro*, Rio de Janeiro, Record, 1959; e Pedro Alvim, *Política Brasileira de Seguros*, cit.

de seguradora em nosso país era realizada em larga medida sob bases cooperativas. A razão para tanto era a incipiência do capitalismo da época – inexistiam grandes seguradoras capazes de segurar volumosas massas de riscos. A alternativa que os pequenos empresários encontravam era a associação em cooperativas de seguros que visavam à proteção contra riscos comuns.

Esse quadro se modificou rapidamente. Já em 1930, as principais seguradoras atuantes no mercado brasileiro, muitas delas estrangeiras, eram organizadas sob a forma capitalista. Nas décadas que se seguiram, as sociedades cooperativas praticamente desapareceram. Ao final dos anos cinquenta, quase não havia mais cooperativas no Brasil.³

Uma das principais razões para o desaparecimento das cooperativas está no tipo de capitalismo desenvolvido no Brasil ao longo do século passado. Sua expansão ocorreu em bases de grande concentração de capital. Na primeira metade do século XX poucos empresários em nosso país concentravam em si toda a atividade econômica privada. Consequentemente, poucos eram os capazes de formar uma cooperativa. Ainda que o fizessem, as companhias capitalistas já dominavam o mercado de seguros,⁴ dificultando enormemente a entrada de novos concorrentes.

É importante, porém, mencionar outro fator, de ordem jurídica. Antes da edição do Decreto-lei nº 73/66, o principal corpo de normas aplicáveis ao setor de seguros esteve no Decreto-lei nº 2.063/40, que regulamentou de forma abrangente a constituição e o funcionamento das sociedades denominadas “mútuas”, ou seja, das cooperativas.

Nas sociedades mútuas – ou cooperativas – de seguros, o segurado assume a posição de sócio. Esse é o seu traço distintivo fundamental em relação à sociedade seguradora de capitais, conforme visto no Capítulo 1. Por definição, na cooperativa a administração está entregue aos próprios segurados, por intermédio de representantes eleitos livremente pela assembléia geral dos mutualistas.

De acordo com o artigo 14 do Decreto-lei nº 2.063/40, as sociedades mútuas se constituiriam com o número mínimo de quinhentos sócios fundadores, e com um fundo inicial nunca inferior a Cr\$ 1.000.000,00.⁵ Mais adiante, o artigo 19 estabelecia a competência da assembléia geral ordinária para eleger os membros dos órgãos da administração e do conselho fiscal. E o artigo 23 deixava claro que as

resoluções das assembléias gerais seriam tomadas por maioria absoluta dos sócios presentes, cabendo a cada sócio um voto.

Em síntese, o Decreto-lei nº 2.063/40 respeitava as características fundamentais de uma sociedade cooperativa.

O Decreto-lei nº 3.908, editado por Getúlio Vargas em 8 de dezembro de 1941, desvirtuou a natureza das cooperativas de seguros. Em sociedades desse tipo, devido ao número elevado de segurados, o número daqueles que efetivamente participavam das decisões era relativamente baixo. Poucos eram os que compareciam à assembléia e exerciam o seu direito de voto. Sabedor dessa realidade, Getúlio Vargas alterou o Decreto-lei nº 2.063/40 por meio do Decreto-lei nº 3.908/41, estabelecendo, no artigo 14, que uma pessoa designada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio passaria a ser o representante dos sócios ausentes nas reuniões da assembléia geral, sempre que estas não contassem com a presença de mais de metade dos sócios. Estabeleceu também que o representante dos sócios ausentes teria todos os votos que coubessem a estes.

Em termos práticos, as alterações promovidas pelo Decreto-lei nº 3.908/41 tiveram o efeito de privar os sócios das sociedades mútuas de seguros de efetivamente comandar os rumos de seus negócios. O poder de controle dessas sociedades passou ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, desvirtuando sua natureza cooperativa.⁶

A nova realidade jurídica imposta pelo Decreto-lei nº 3.908/41, além de retirar o poder dos sócios de determinar os rumos da sociedade mútua, transferia-o ao Estado. Ou seja, ao lado das sociedades seguradoras de capitais passaram a existir verdadeiras sociedades comandadas pelo Estado, que de mútuas só tinham o nome.

Retirar o poder de controle dos mutualistas equivalia a convertê-los em meros fornecedores de capital à sociedade, posição análoga ao sócio da sociedade anônima que não goza de direitos políticos. Assim, a forma cooperativa deixava de ter sentido próprio após a edição do Decreto-lei nº 3.908/41.

O quadro acima foi inovado pela edição do Decreto-lei nº 73/66, cujo artigo 24 permitiu que sociedades cooperativas operassem nos ramos de seguro agrícola, de saúde e de acidentes do trabalho. Outros ramos ficaram expressamente reservados às sociedades anônimas.

3 Cf. Amílcar Santos, *Seguro*, cit., p. 80.

4 Cf. Verena Alberti et al., *Entre a Solidariedade e o Risco: História do Seguro Privado no Brasil*, cit., p. 53: em 1931, entre as dez maiores seguradoras atuantes no mercado brasileiro havia apenas uma cooperativa, a União Comercial dos Varejistas.

5 O fundo mínimo das cooperativas era inferior ao capital mínimo imposto às sociedades anônimas. Para estas valia a regra do artigo 8º do Decreto-lei nº 2.063/40, que dispunha: “Nenhuma sociedade anônima poderá constituir-se com capital inferior a Cr\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil cruzeiros), quando tiver por objeto operações de seguros nos ramos elementares, e a Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros), quando de seguros de vida.”

6 Cf. Amílcar Santos, *Seguro*, cit., p. 87, relata que a partir do Decreto-lei nº 3.908/41, “[o] poder de eleger e destituir os diretores reside nas mãos do representante nomeado pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio. Os segurados não participam, direta ou indiretamente, da administração; não exercem a mínima influência sobre os órgãos diretivos. / O voto do depositário da confiança do Governo, representa a vontade social. / Essa influência do Estado na escolha dos administradores de sociedades puramente privadas, constitui uma anomalia, contrária ao princípio da mutualidade. / Acresce que, na maioria das vezes, os dirigentes eleitos, pela forma apontada, são elementos estranhos à sociedade e, geralmente, ignorantes até do mecanismo dessas instituições, escolhidos apenas em função da política dominante no momento”.

No entanto, pouco depois disso, a Lei nº 5.316/67 determinou que os seguros de acidentes do trabalho passassem a ser monopólio do Estado, situação que permanece inalterada até hoje.⁷ Ou seja, as cooperativas ficaram limitadas aos ramos de seguro de saúde e agrícola.

Logo a seguir, em 16 de dezembro de 1971, foi promulgada a Lei nº 5.764, que cria a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas.⁸

As fontes pesquisadas não apresentaram dados sobre a evolução das seguradoras cooperativas no Brasil a partir da Lei nº 5.764/71.⁹ No entanto, os dados fornecidos pela Organização das Cooperativas Brasileiras levam a crer que tais cooperativas, se existentes, não possuem nenhuma expressão econômica.¹⁰ Outro fato que corrobora essa conclusão é que inexistem atos normativos do CNSP ou da SUSEP que regulamentem a forma de constituição de seguradoras cooperativas.

No que diz respeito especificamente ao seguro de saúde, a legislação teve recentemente uma evolução interessante, que vale a pena ser mencionada. Com efeito, a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, tratou também das estruturas societárias das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

O artigo 1º, II, da Lei nº 9.656/98, tal como alterado pelo artigo 1º da MP nº 2.177-44/01, definiu a operadora de planos privados de assistência à saúde como a "pessoa jurídica constituída sob a modalidade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo". Esse inciso, por sua vez, define justamente o que sejam pla-

7 A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, modificou o artigo 201 e lhe acrescentou o § 10, segundo o qual "(l)ei disciplinará a cobertura do risco de acidente de trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado". Trata-se do primeiro passo em direção à re-privatização, ainda que parcial, do seguro de acidentes de trabalho (SAT). Essa lei ainda não foi promulgada, de tal forma que o Estado ainda é responsável exclusivamente pelo SAT.

8 A literatura nacional sobre a matéria das sociedades cooperativas é escassa. Waldirio Bulgarelli possui algumas obras sobre o tema, entre as quais cabe destacar *As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998; e *Elaboração do Direito Cooperativo*, São Paulo, Atlas, 1967.

9 Foram elas a Superintendência de Seguros Privados, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Organização das Cooperativas Brasileiras, a Fundação Escola Nacional de Seguros e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização.

10 Referimo-nos aqui às seguradoras cooperativas, ou seja, às sociedades organizadas sob a forma de cooperativas de segurados. Essas é que cremos ser em número insignificante. Cabe mencionar, no entanto, a existência de um número expressivo de cooperativas de médicos que atuam na gestão de planos de saúde. Embora não sejam contratos de seguro, os planos de saúde cumprem uma função econômica muito parecida e, portanto, concorrem diretamente com as seguradoras de seguro-saúde. Segundo dados da Organização das Cooperativas Brasileiras, as cooperativas dessa espécie somavam, em dezembro de 2004, 883 entidades.

nos privados de assistência à saúde, incluindo entre eles os seguros de saúde e os planos de saúde. Enquanto os primeiros são típicos contratos de seguro, os últimos consistem na disponibilidade contínua de serviços médicos a consumidores. O efeito econômico de ambos é o mesmo: tanto o segurado quanto o titular de um plano de saúde recebem o direito de usar serviços médicos contra o pagamento periódico de determinada soma.

Assim, a legislação sobre planos privados de assistência à saúde se manteve em linha com o que dispõe o Decreto-lei nº 73/66, permitindo a constituição de seguradoras de saúde sob a forma de cooperativas. Permitiu também a existência de cooperativas que operassem planos de saúde.¹¹

A seguir, em 12 de fevereiro de 2001, foi publicada a Lei nº 10.185, que prescreveu às seguradoras atuantes no ramo de seguro-saúde o dever de desmembrar suas atividades nesse ramo, passando-as a uma companhia seguradora dedicada exclusivamente ao seguro-saúde (cf. artigo 1º e respectivo § 1º).

O artigo 1º, § 2º, da Lei nº 10.185/01, estabeleceu a competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para regular e fiscalizar as atividades das sociedades especializadas em seguro-saúde, não estabelecendo qualquer distinção entre sociedades anônimas e cooperativas. Com isso, tais seguradoras passaram a responder à ANS.

No exercício de sua competência, a ANS editou a Resolução RDC nº 65, de 16 de abril de 2001, cujo artigo 2º prevê que "(s)omente poderão operar como sociedades seguradoras especializadas em saúde as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade anônima que observarem a legislação específica em vigor".

Ou seja, o que a ANS fez foi restringir onde não poderia. Nem o Decreto-lei nº 73/66, nem a Lei nº 9.656/98 impõem restrições à constituição de seguradoras cooperativas. Ao contrário, ambos são expressos quanto à matéria, não deixando dúvida de que a forma cooperativa é permitida. Isso significa que a Resolução RDC nº 65/01 não está em conformidade com a lei e por isso não pode, ao menos nesse particular, ser considerada válida.

Deveria poder cooperativa

3 Companhias seguradoras

No mercado segurador brasileiro há pouco mais de uma centena de sociedades seguradoras, todas constituídas como sociedades anônimas. Esse número cai

11 Outro aspecto interessante da Lei nº 9.656/98 é que ela prevê a existência das "entidades de autogestão". Nos termos da Resolução nº 5 do Conselho de Saúde Suplementar, essas entidades podem se organizar como fundações, sindicatos, fundos de previdência privada, ou ainda como órgãos internos de empresas ou sindicatos. Têm por finalidade suprir as necessidades de serviços médicos de empregados ativos, ex-empregados, aposentados e suas respectivas famílias. As entidades de autogestão devem possuir um regulamento que disponha sobre as formas de contribuição dos beneficiários.

drasticamente quando se trata de apontar aquelas com maior expressão, pois dez companhias respondem por cerca de 80% do mercado, e sete delas integram conglomerados financeiros com fortíssima presença no setor bancário.¹²

Estamos, portanto, diante de um mercado concentrado, com todas as características de oligopólio. Num contexto como esse, fortalecer a concorrência é um grande desafio. Em primeiro lugar, é preciso avaliar cuidadosamente as barreiras regulatórias à entrada de novos concorrentes, mantendo apenas aquelas necessárias à higidez do sistema. O passo seguinte é aplicar rigidamente o direito concorrencial, como forma de evitar a prática de condutas lesivas a concorrentes e consumidores.¹³

Nesse contexto, basta lembrar do importante papel exercido pelas cooperativas de seguros na Alemanha e nos EUA, e a conclusão só pode ser uma: a restrição à formação de cooperativas constitui um exemplo típico de barreira desnecessária, que só contribui para o comportamento ineficiente do oligopólio. Se elas fossem permitidas, em diversos nichos poderiam representar um complemento importante à oferta de serviços atual, a estimular a concorrência e beneficiar o consumidor. Esse ponto será retomado e aprofundado no tópico 4 do Capítulo 6 e no tópico 5 do Capítulo 9.

4

Funções da Atividade Seguradora Privada

Funções

- Proteção Patrimonial
- Expansão da capacidade econômica/financeira
- Redistribuição

1 Introdução

Neste capítulo veremos que a atividade seguradora privada cumpre três relevantes funções em relação à massa de segurados: proteção patrimonial, expansão da capacidade econômico-financeira e redistribuição.

Para que possamos esclarecer o significado da afirmação acima, é necessário partir do exame do contrato de seguro. Não se trata de empreender um estudo amplo e sistemático desse contrato, e sim apenas de analisar os elementos nele presentes que dão sustentação às funções da atividade seguradora. São eles: transferência de risco, interesse segurável, prestação de garantia e indenização. A seu estudo será dedicado o tópico 2 a seguir.

Uma vez examinado o contrato de seguro individual, o próximo passo consistirá em ampliar o foco de estudo e passar à análise da contratação em massa de seguros, o que será feito no tópico 3. O benefício de se adotar esse foco mais amplo é que a partir dele torna-se possível compreender a racionalidade do segurador e, portanto, da atividade seguradora como um todo. Só assim será possível passar ao estudo das funções típicas dessa atividade, que será empreendido no tópico 4.

2 O contrato de seguro

2.1 A transferência de risco

Elemento necessário a todo contrato de seguro é o risco, assim definido como a possibilidade de ocorrência de um evento prejudicial ao segurado ou a seus

¹² Susep e ANS – dados estatísticos de janeiro a maio de 2005.

¹³ Cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 46 s. Essa ideia será desenvolvida na segunda parte do presente trabalho, em especial no Capítulo 6.

beneficiários.¹ É ele o pressuposto fundamental do seguro, sem o qual o contrato não tem validade.²

Por meio do contrato de seguro, o segurador assume o dever de arcar com as consequências economicamente adversas da conversão em sinistro de determinado risco a que o segurado está exposto. O risco não é propriamente transferido do segurado ao segurador, tampouco eliminado. No entanto, em um certo sentido ambos os fenômenos – transferência e eliminação de risco – ocorrem.³

Diz-se que a transferência de risco ocorre porque o segurado deixa de ter que suportar os prejuízos decorrentes de um eventual sinistro. Isso lhe causa a impressão de que o risco é assumido diretamente pelo segurador, embora ele próprio continue exposto ao risco. A mudança está apenas no fato de que o segurado será indenizado pelo segurador mediante a ocorrência do sinistro. Aí se origina igualmente a sensação de que o risco é eliminado,⁴ porém o que ocorre mais precisamente é a eliminação das consequências da materialização do risco.⁵

1 Essa é a definição que, com algumas variações, mais se encontra em doutrina. V. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 40; Giuseppe Panelli, *Le Assicurazioni, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, v. XXXVI, t. 1, Milão, Giuffrè, 1973, p. 65-69; Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, St. Paul, West Publishing, 1988, p. 8-10; Emmett Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, 6. ed., New York, John Wiley, 1992, p. 4-5; e Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1986, p. 1 e 2. Amílcar Santos define risco como "o evento incerto, ou de data incerta, independente da vontade das partes, e contra qual é feito o seguro" (cf. *Seguro*, cit., p. 41). Essa também é a definição de Pedro Alvim, para quem risco é "o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes" (cf. *O Contrato de Seguro*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 215). Ambas as definições são criticáveis por não conter nenhuma referência ao fato de que o evento (ou acontecimento) deve necessariamente gerar consequências adversas para o segurado. Inexistindo alguma espécie de desvantagem para ele (dano, morte, invalidez etc.), não se pode falar em risco segurável.

2 Cf. Cesare Vivante, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Milão, Ulrico Hoepli, 1935; Giuseppe Panelli, *Le Assicurazioni*, cit., p. 67 s.; Tullio Ascarelli, *O Conceito Unitário do Contrato de Seguro*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945; Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, v. 1, p. 165 s. A propósito, verifica-se aí a maior diferença entre o contrato de seguro e o jogo ou a aposta. Enquanto no primeiro o contrato é estabelecido para eliminar os efeitos indesejados de um certo risco pré-existente, nos dois últimos o risco é criado a partir do contrato.

3 Cf. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, cit., p. 23 s.; Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 11; e Emmett Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, cit., p. 10-12.

4 Cf. Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., p. 14-15.

5 Ainda que o indivíduo procure suprimir, por meio de contratos de seguro, todos os riscos que o circundam, não o conseguirá por pelo menos duas razões: (i) ele não é capaz de prever tudo o que pode acontecer; e (ii) sua avaliação é sempre subjetiva e pode, por si só, gerar o risco de que a realidade suplante seu planejamento. Essa diferença (entre a perda máxima esperada e aquela que efetivamente ocorre) constitui também um risco. É o que Werner Mahr reconhece ao afirmar que "(s)elbst bei gleichen objektiven Bedingungen bleibt es der subjektiven Erwägung des

Neste capítulo e ao longo do trabalho, o emprego de expressões como transferência de risco e assunção de risco terá por finalidade designar de forma simplificada a idéia de que o segurador está obrigado a suportar as consequências economicamente adversas da conversão em sinistro do risco a que o segurado está exposto.

2.2 Objeto do contrato: interesse submetido a risco

O contrato de seguro é o acordo firmado entre segurador e segurado com a finalidade de regular juridicamente a operação econômica pela qual o segurador se obriga, contra o pagamento de um prêmio pelo segurado, a garantir interesse legítimo deste, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados. Essa é a definição adotada pelo Código Civil de 2002 no artigo 757, *caput*. Ela melhorou a do Código Civil de 1916, que considerava contrato de seguro "aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato".

Há muito tempo a doutrina vem afirmando que o objeto do contrato de seguro não é propriamente a coisa ou a pessoa em si, e sim o interesse que o segurado possui em relação a elas.⁶ A utilidade desse conceito é grande, pois "explica o fato de que possa existir às vezes uma multiplicidade de seguros do mesmo tipo referentes à mesma coisa, com titulares diferentes. É o caso, por exemplo, do seguro de incêndio contratado pelo proprietário (ou credor hipotecário); pelo usufrutuário e pelo locatário com referência ao mesmo imóvel, cada qual protegendo um interesse econômico diverso".⁷ Daí a conclusão de que o artigo 757, *caput*, inovou positivamente ao explicitar que o segurado possui um interesse em relação a uma coisa ou pessoa.

Não obstante o consenso doutrinário quanto à utilidade do conceito de interesse segurável, há autores⁸ que sustentam que ele se aplica exclusivamente ao seguro sobre as coisas, pois não se pode demonstrar a existência de um interesse

einzelnen Wirtschafters überlassen, wie hoch er das Risiko seiner Wirtschaftsführung nach Häufigkeit und Umfang einzuschätzen hat" (cf. *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 24).

6 Cf. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, cit., p. 24-26; Victor Ehrenberg, *Versicherungsrecht*, v. 1, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893, p. 8-11; Hans Möller, *Versicherungsvertragsrecht*, in *Versicherungsenzyklopädie*, v. 1, Wiesbaden, Gabler, 1976, p. 140; Hans-Peter Schwintowski, *Rechtsnatur und ökonomische Funktionen des Versicherungsvertrages*, in *Beiträge der sechsten Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten*, v. 6, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 35-36; Hans-Leo Weyers, *Versicherungsvertragsrecht*, 2. ed., Neuwied, Krißel, Berlin, Luchterhand, 1995, p. 8-10, e 147 s.; James L. Athearn, *Risk and Insurance*, St. Paul, West Publishing, 1977, p. 50-52; e Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 134-191.

7 Cf. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, cit., p. 25-26.

8 É o caso, por exemplo, de Hans-Leo Weyers (*Versicherungsvertragsrecht*, cit., p. 9 s) e Giuseppe Panelli (*Le Assicurazioni*, cit., p. 98-99).

seguro de interesses
seguro de pessoas

segurável relativo a pessoas, assim como não cabe falar em dano quando ocorre o sinistro. Segundo esses autores, o seguro de vida tem por finalidade a obtenção de certo retorno de capital ou renda no futuro, e não o pagamento de uma indenização em decorrência de um dano; daí por que não faria sentido falar em interesse segurável. Isso acaba por gerar uma dicotomia no conceito do contrato de seguro, que fica dividido entre "seguro de interesses" e "seguro de pessoas". Não é possível, entretanto, concordar com o fundamento apresentado para tal dicotomia. Isso porque não faz sentido afirmar que o conceito de interesse depende da possibilidade de um dano, pois ele designa unicamente a relação que o segurado tem com algo, que pode ser um objeto ou uma pessoa. É por essa razão que o Código Civil dispõe, no artigo 790, que "(n)º seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado". Não fosse assim, não seria possível justificar o valor a ser desembolsado pelo segurador em caso de sinistro. É precisamente porque há um interesse economicamente apreciável para o beneficiário na vida do segurado que é possível estabelecer a importância segurada. Na raiz desse debate parece estar a dificuldade, por parte dos autores que defendem a existência da referida dicotomia, em se desvencilhar da idéia de que o objeto do seguro é a coisa ou pessoa, e não o interesse variado que se pode ter em relação a ambas.⁹

Outra importante indagação é se o interesse segurável pode ser meramente econômico, ou se ele deve necessariamente ter um fundamento jurídico (v. g. propriedade). cremos que a origem do interesse pode ser variada e que na maioria das vezes ela será econômica, porém sempre juridicamente relevante. No seguro de incêndio de um imóvel, por exemplo, o segurado-proprietário tem um interesse econômico óbvio na coisa segurada. Esse interesse é amparado juridicamente pelo título de propriedade. Um terceiro que deseje segurar o mesmo imóvel terá que demonstrar que também possui um interesse em relação a ele. Para esse efeito será suficiente, por exemplo, que o terceiro seja locatário do imóvel e esteja obrigado, nos termos do contrato de locação, a segurá-lo contra o risco de incêndio. Ocorre que nem todo interesse será juridicamente relevante. Imagine um terceiro que não tenha relação contratual com o proprietário ou o locatário do referido imóvel, porém queira, por amizade a ambos, segurá-lo também. Esse desejo não seria aceitável, pois a simples amizade não configura interesse segurável.

O principal fundamento para distinguir entre o interesse juridicamente relevante e aquele não relevante é o de evitar que o seguro se torne um negócio especulativo. Essa é, aliás, a origem da "insurable interest doctrine" na Inglaterra e nos EUA.¹⁰ Se fosse dado a qualquer um segurar qualquer tipo de interesse — próprio ou não, jurídico ou não —, pessoas poderiam contratar seguros de coisas

⁹ Para uma discussão aprofundada do assunto, cf. Tullio Ascarelli, *O Conceito Unitário do Contrato de Seguro*, cit.

¹⁰ Cf. Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 142 a 149.

em relação às quais não têm nenhum interesse legítimo. Inexistindo tal interesse, o sinistro deixaria de ser um evento desvantajoso e passaria a ser lucrativo: contra o pagamento de um prêmio de valor relativamente pequeno, o segurado poderia receber uma indenização de valor expressivo, com a vantagem de que a diferença entre os valores seria para ele lucro. Imaginando-se que seguros desse tipo pudessem ser feitos livremente, a atividade seguradora tenderia a se converter em instrumento de pura especulação, ao invés de cumprir as funções socialmente benéficas que serão expostas no tópico 4 abaixo. Mas não é só. Para os segurados "não legitimados" a ocorrência de sinistros passaria a ser algo desejado. Não seria absurdo imaginar, portanto, que eles procurariam meios de estimular a produção de acidentes. Desnecessário justificar que esse tipo de ação desvirtuaria o propósito da atividade seguradora e seria contrário aos interesses da coletividade.¹¹

seguro de interesses
seguro de pessoas

¹¹ As considerações acima não pretendem esgotar a questão sobre o que deve e o que não deve ser passível de garantia por meio de um contrato de seguro. Ao contrário, seu propósito é pôr em discussão um tema que, por força de sua extensão e complexidade, mereceria ser tratado em trabalho específico. Se fizermos uso da definição de contrato de seguro adotada pelo Código Civil de 2002, a questão fundamental desse trabalho poderia ser colocada nos seguintes termos: que características deve reunir um determinado interesse para que seja considerado segurável por um segurador? Trata-se de uma questão de grande importância, cuja resposta permitiria delimitar o papel da atividade seguradora privada. Explica-se. A multiplicação de riscos em sociedade é patente: quanto maior o crescimento econômico, maior o número de riscos que o homem tem que enfrentar. Ainda que admitamos que muitos riscos são indissociáveis do progresso humano, a maior parte deles é capaz de produzir resultados indesejáveis socialmente. Referimo-nos aqui aos riscos inerentes às atividades econômicas em geral. A atividade industrial, por exemplo, produz o risco de danos ao meio ambiente. O transporte, o risco à integridade física do passageiro. A atividade bancária, o risco de quebra de uma instituição e colapso do sistema financeiro. Definidos nesses termos, os riscos nada mais são do que externalidades negativas. Sendo assim, sua eliminação é benéfica à coletividade. Um dos caminhos para isso ocorrer consistiria em internalizar os riscos. Isso implicaria impor a seu agente gerador, por meio de normas, que ele assumisse sozinho as consequências dos riscos que criou. Em termos práticos, isso significa que o industrial deveria arcar com os custos dos acidentes ambientais decorrentes de sua atividade. Significa também que o transportador deveria incorrer em todos os custos necessários à preservação da integridade física de seus passageiros. Significa, por fim, que o banco deveria dispor de recursos suficientes para preservar sua saúde financeira. Cabe ponderar, entretanto, que a internalização de todo e qualquer risco pode acarretar custos excessivos para os agentes econômicos, a ponto de dificultar ou até mesmo tornar inviáveis certas atividades. O seguro aparece, então, como uma solução intermediária, capaz de retirar do agente econômico o ônus de internalizar todos os custos gerados por sua atividade, e ao mesmo tempo impedir que tais custos sejam transferidos à sociedade. Além disso, no atual estado da técnica há muitos riscos que não têm como ser eliminados. Isso quer dizer que mesmo o mais prudente sofrerá acidentes. Para esse tipo de acidente o seguro parece ser a solução ideal, pois leva ao menos à restrição de seus efeitos negativos sobre a sociedade. Para que o seguro seja realmente uma alternativa razoável, é preciso que os riscos em questão possam ser assumidos por um segurador. Para tanto, a técnica securitária deve ser capaz de estabelecer bases racionais para sua avaliação e controle. Permanecendo no interior da empresa seguradora, os riscos deixam de ser externalidades negativas. Isso, contudo, não basta. É necessário ainda que uma multiplicidade de agentes econômicos deseje voluntariamente aderir à carteira do segurador, cedendo-lhe seus riscos individuais. Esse é o dado que revela que a alternativa do seguro é preferível.

2.3 Prestações da companhia seguradora: indenização e garantia

Além de adotar a noção de interesse segurável, o Código Civil de 2002 também inovou positivamente ao explicitar que a função do segurador é garantir algo. Tal como se apresentava a definição do Código Civil de 1916, a impressão que se tinha era a de que o segurador só teria um dever de indenização a cumprir no futuro, na hipótese eventual de ocorrência de prejuízos resultantes de um sinistro.¹² Esse dever, contudo, não é o único e talvez nem seja o mais importante.

Para o segurado, o que importa é transferir para o segurador as consequências danosas da transformação de um risco específico em sinistro. A princípio, poderíamos pensar que o contrato de seguro permitiria ao segurador enriquecer-se injustificadamente toda vez que não se verificar o sinistro. Afinal de contas, ele incorpora o prêmio ao seu patrimônio sem realizar um pagamento como contraprestação.

Esse raciocínio é incorreto, pois mesmo nas relações em que não ocorre sinistro, o segurador tem outro dever importante a cumprir: a prestação de garantia, consubstanciada na transferência, para ele, do risco que aflige o segurado.¹³ Para

vel à internalização de custos. Por fim, os riscos devem ser licitos, isto é, sua geração não pode contrariar o sistema jurídico vigente. Em vista de sua gravidade, frequência ou outros fatores, determinados riscos podem ser considerados intoleráveis pela sociedade, o que estará refletido em normas jurídicas. Nessas hipóteses, a cessão do risco por contrato de seguro deixa de ser uma alternativa. É o caso, por exemplo, do risco de acidente nuclear – ele pode ser considerado de tal modo insuportável pela sociedade, que a eventual possibilidade de segurá-lo não seria admissível. Assim, dir-se-ia que o alcance da atividade seguradora privada está limitado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) possibilidade técnica de segurar o risco; (ii) interesse do segurador em assumir o risco; (iii) preferência dos agentes econômicos pela cessão do risco, ao invés de sua internalização; e (iv) licitude do risco. A questão, contudo, não se resolve completamente pelo estabelecimento desses requisitos. Isso porque há riscos que podem gerar graves consequências negativas para a coletividade se houver segurador que se disponha a segurá-los. Imagine-se, por exemplo, o seguro contra seqüestro. A mera oferta desse seguro no mercado pode gerar um aumento do número de seqüestros, dada a maior certeza por parte dos criminosos de que o resgate será pago. Constatado empiricamente esse aumento, a melhor saída parece ser a proibição desse tipo de seguro, ainda que ele preencha os requisitos acima. Esse exemplo põe em evidência a complexidade da questão, bem como a importância de que as respostas a ela sejam pesquisadas.

12 O artigo 1.432 do Código Civil de 1916 considerava contrato de seguro “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. O Código Civil de 2002 passou a dispor no caput do artigo 757 que “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. A diferença é notável, pois o novo dispositivo nem sequer faz referência ao dever de indenização do sinistro – tão-somente à prestação de garantia pelo segurador.

13 Cf. Fábio Konder Comparato, *O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico*, cit., p. 136: “Daí a concepção da obrigação 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

que esse dever seja cumprido adequadamente, o segurador deve dispor de provisões, cujo valor será mensurado em função do conjunto de riscos a ela transferidos pela massa de segurados. Esse trabalho, por sua vez, requer a constante produção de estatísticas e o conhecimento técnico aprofundado dos riscos em questão.

Há, no entanto, quem afirme que o dever do segurador é essencialmente pecuniário, limitando-se à indenização em caso de sinistro.¹⁴ Segundo essa concepção, o adimplemento do contrato pelo segurador ocorreria apenas com o pagamento ao segurado. Não haveria propriamente a prestação de garantia, e sim a responsabilidade contratual do segurador face ao segurado.

Tal concepção perde de vista a razão fundamental pela qual um seguro é contratado. Ninguém contrata um seguro com a finalidade imediata de obter uma indenização. O segurado não quer ser indenizado, quer apenas a garantia de que um eventual sinistro não prejudicará sua atividade econômica e/ou sua situação financeira. E essa garantia quem lhe dá é o segurador.¹⁵

Como se vê, para cumprir o contrato adequadamente, o segurador deve fazer muito mais do que simplesmente pagar a indenização em caso de sinistro. É por isso que sua atividade não pode ser exercida por qualquer um, dependendo de autorização do Poder Público para tanto. Este, por sua vez, verificará se o requerente preenche os requisitos técnicos e financeiros necessários a oferecer seguros ao público. Em perfeita consonância com essa exigência, o Código Civil prevê que “(s)omente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada” (artigo 757, parágrafo único).

indenização, a transferência à seguradora do risco que afeta o seu interesse.” Nesse mesmo sentido, Karl Hax afirma que “die Leistung des Versicherers besteht in der Übernahme des Risikos des Versicherten” (cf. Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung, in *Versicherungsenzyklopädie*, v. 1, Wiesbaden, Gabler, 1976, p. 30). Hans Möller, por sua vez, é categórico: “Die Gefahrtragung ist die Hauptleistung des Versicherers, welche gegen die Prämie ausgetauscht wird. [...] auch wenn der Versicherungsfall während der materiellen Versicherungsdauer niemals eintritt (es brennt nicht), erbringt der Versicherer eine Gefahrtragungsleistung” (cf. *Versicherungsvertragsrecht*, in *Versicherungsenzyklopädie*, v. 1, Wiesbaden, Gabler, 1976, p. 139). Cf. ainda Hans-Peter Schwintowski, *Rechtsnatur und ökonomische Funktionen des Versicherungsvertrages*, cit., p. 37-38; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil*, 14. ed., v. 1, Munique, C.H. Beck, 1987, p. 204; e Hans-Leo Weyers, *Versicherungsvertragsrecht*, p. 9 e 179 s.

14 É o caso de Erich R. Pröls e Anton Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 26. ed., Munique, C. H. Beck, p. 59.

15 Além do citado artigo 757 do Código Civil de 2002, o artigo 780 também revela o verdadeiro sentido da prestação do segurador, ao estabelecer que “(a) vigência da garantia, no seguro de coisas transportadas, começa no momento em que são pelo transportador recebidas, e cessa com a sua entrega ao destinatário”.

3 A contratação em massa

Vivante percebeu a importância do exercício empresarial da atividade seguradora e, com base nisso, elaborou sua teoria da empresa seguradora.¹⁶ O grande valor dessa teoria está em reconhecer que o substrato econômico de um único contrato de seguro não explica a racionalidade da atividade do segurador. Somente a totalidade de contratos firmados, isto é, a contratação em massa, é que dá sentido à sua atividade.

A empresa seguradora depende, portanto, de uma multiplicidade de riscos para poder operar. Esses riscos precisam ser homogêneos o suficiente para que possam ser reunidos e tratados estatisticamente. Só assim será possível calcular, de maneira confiável, a probabilidade de conversão dos riscos em sinistros, e com isso calcular os prêmios a serem cobrados dos segurados.

Esses aspectos técnicos – cuja compreensão é de fundamental importância para a regulação do setor – serão analisados em maior profundidade no capítulo seguinte. Por ora, o que cabe é enfatizar que o seguro é o objeto da atividade de uma empresa que, de forma profissional e organizada, presta serviços ao público em geral.¹⁷

O caráter profissional da atividade pressupõe a intenção de continuidade. A empresa seguradora não oferece seguros ocasionalmente – ela o faz de forma continuada e duradoura. Quanto mais essas características forem acentuadas em um segurador, maior será a confiança que o público depositará nele. Considerando-se que o segurador nada mais faz do que garantir uma indenização futura ao segurado, o elemento da confiança é vital em sua atividade.

O caráter organizado, por sua vez, diz respeito à necessidade de que o segurador adote técnica e métodos bastante rigorosos em sua atividade, sob pena de desequilíbrio entre receitas com prêmios e despesas com sinistros. Falhas desse tipo podem comprometer de modo irremediável a continuidade da empresa seguradora e prejudicar todos os segurados.

Agindo de forma profissional e organizada, a empresa seguradora é capaz de prestar serviços a um número expressivo de pessoas. Essa capacidade produz importantes efeitos em relação à massa de segurados e, com frequência, também em relação a terceiros. É o que será visto no tópico a seguir.

4 Funções da atividade seguradora

As funções da atividade seguradora correspondem aos efeitos que a contratação em massa de seguros tende a produzir espontaneamente, isto é, àquilo

que é da própria natureza da atividade. Justamente porque se trata de funções inerentes à racionalidade do segurador, em princípio não é necessário que a regulação imponha seu cumprimento. Isso não significa, entretanto, que esta deva adotar uma posição de neutralidade. Ao contrário, veremos no Capítulo 6 que à regulação cabe assegurar e estimular o cumprimento das funções da atividade seguradora.

Há na doutrina estrangeira um amplo debate sobre o tema.¹⁸ Três são as funções usualmente atribuídas à atividade seguradora: proteção patrimonial, expansão da capacidade econômico-financeira do segurado e redistribuição. Vejamos seu significado.

4.1 Proteção patrimonial

O seguro é um dos meios de proteção contra eventos incertos que podem causar prejuízos. A proteção que o seguro oferece consiste na substituição de um montante incerto e expressivo – o custo de um sinistro – por um montante certo e relativamente pequeno – o prêmio. A propensão à contratação de seguros é elevada não só porque o homem é naturalmente avesso a riscos, mas também porque ele racionalmente prefere ter um custo pequeno e certo a um eventual custo elevado.¹⁹

A proteção patrimonial oferecida pelo seguro pode ser dividida em três aspectos: a garantia de indenização, a prevenção de acidentes e a contenção de danos.

Da garantia de indenização tratamos no item 2.3 acima. Em síntese, o seguro representa para o segurado a certeza de recomposição patrimonial em caso de sinistro. Essa é a principal razão para sua contratação.

O aspecto da prevenção de acidentes é por vezes tão importante quanto à garantia de indenização. Especialmente nos seguros de dano é comum que o segurado prefira ao pagamento do prêmio puro e simples a solução de associá-lo a medidas destinadas a precaver a materialização do risco previsto no contrato. Isso

18 V. Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit.; François Ewald, *L'Etat providence*, Bernard Grasset, Paris, 1986; do mesmo autor, *Risk in Contemporary Society*, in *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, nº 2, 2000, p. 365-379; Klaus Gerathewohl et al., *Reinsurance Principles and Practice*, v. 1, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1980, cap. 1; Karl Hax, *Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung*, cit.; Elmar Helten, *Versicherung: Solidarhilfe oder Glücksspiel? Gedanke zum Selbstverständnis und Ansehen der Versicherung*, cit.; Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., cap. 1; Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 86-93; Ulrich Meyer, *Versicherung als Risikotransformation*, in *Beiträge der sechsten Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten*, v. 6, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 11-26; e Hans-Peter Schwintowski, *Rechtsnatur und ökonomische Funktionen des Versicherungsvertrages*, cit.

19 Cf. Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 12.

16 Cf. Cesare Vivante, *Istituzioni di Diritto Commerciale*, cit., p. 307 s.

17 Cf. Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., p. 21-22.

ocorrerá sempre que a soma dos custos com prêmios e medidas de segurança for inferior ao custo do prêmio quando pago isoladamente.²⁰

A razão por que a adoção de medidas de segurança é mais comum nos seguros de danos do que no de pessoas é simples: no primeiro tipo os custos envolvidos na prevenção de acidentes são freqüentemente menores do que o custo adicional que o prêmio teria na hipótese de nenhuma precaução ser tomada. Já nos seguros de pessoas (vida e saúde) a prevenção de sinistros costuma ser mais custosa. Além disso, é muito difícil que o segurador consiga estabelecer um controle adequado de seu cumprimento. Também é difícil mensurar os benefícios efetivos que a prevenção traria, bem como estabelecer uma relação clara e objetiva entre esta e a redução da taxa de sinistros. Afinal, há diversos fatores externos à relação entre segurador e segurado que podem influenciar essa taxa.

A prevenção de acidentes é alcançada por meio da adoção de dispositivos de segurança, por recomendações técnicas do segurador, pela revisão e manutenção periódica de bens do segurado, entre outras medidas. Sua finalidade primeira é proteger a integridade física e patrimonial do segurado. Entretanto, freqüentemente seus efeitos ultrapassam a relação bilateral entre segurador e segurado e beneficiam terceiros que se relacionam com este último. Basta imaginar a indústria que, ao contratar um seguro de incêndio, é obrigada por convenção contratual a instalar dispositivos especiais contra fogo em suas dependências. Ou então a empresa dedicada à exploração e produção de petróleo, cujo seguro de responsabilidade está condicionado à implantação de uma série de medidas destinadas a precaver danos à saúde e ao meio ambiente. Em ambos os exemplos os empregados dos segurados são claramente beneficiados pelas determinações do segurador. E no segundo exemplo há ainda ganhos evidentes para o meio ambiente.

Por fim, a contenção de danos diz respeito à vantagem que o seguro oferece ao permitir que as consequências danosas de um sinistro sejam limitadas e rapi-

20 Em trabalho pioneiro no campo da responsabilidade civil, Guido Calabresi examinou a capacidade da lei de contribuir para a redução de custos com acidentes e sua prevenção (v. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven e Londres, Yale University Press, 1970). Aplicando as conclusões de Calabresi ao campo dos seguros, Abraham aponta que "(i)nsurance law promotes efficiency whenever it is structured to help reduce the sum of the costs of insurance and loss prevention. The intuitive idea behind this formula is that resources are allocated inefficiently whenever more could be saved through loss prevention than can be protected through insurance. Money should be spent on loss prevention – safety precautions, reduction of production or activity levels, or both – rather than insurance so long as it promises to save more than the same expenditure on insurance would protect. In this way the sum of the two costs will be reduced" (cf. *Distributing Risk – Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 11). O exemplo hipotético que o autor utiliza para explicar essa consideração é o do seguro de incêndio de um prédio. O seguro custaria, sem a adoção de medidas de segurança, \$ 10 mil/ano. Entretanto, se o segurado investir \$ 2 mil/ano em um sistema de segurança, o prêmio do seguro é reduzido em 50%, passando a custar \$ 5 mil/ano. A conta é simples: a prevenção é capaz de trazer um ganho de \$ 3 mil/ano para o segurado.

damente superadas. Com efeito, o segurador auxilia o segurado a reduzir o impacto de um acidente ao colocar à sua disposição o montante da indenização. Isso possibilita ao segurado retomar em pouco tempo o curso normal de suas atividades e, dessa forma, conter prejuízos adicionais que o sinistro lhe traria. Voltando ao exemplo da indústria que adquire um seguro de incêndio, a indenização paga por conta de um eventual sinistro permitiria a rápida retomada da produção, assim estancando danos supervenientes (e. g. lucros cessantes). Novamente vale apontar que terceiros que mantenham relações com essa indústria também seriam beneficiados. Basta imaginar os distribuidores e consumidores de seus produtos – o breve retorno à produção é capaz de evitar a descontinuidade no fornecimento.

4.2 Expansão da capacidade econômico-financeira do segurado

O fenômeno da expansão da capacidade econômico-financeira do segurado é simples de ser descrito. Uma vez transferido o risco para o segurador, o segurado tem a certeza de que, ocorrendo o sinistro, obterá o pagamento da respectiva indenização. Esse fato, além de representar segurança para o segurado, aumenta-lhe o poder financeiro. Isso porque os recursos que ele teria que poupar para fazer frente a um sinistro ficam reduzidos ao valor pago pelo prêmio.²¹ Em outras palavras, o segurado fica liberado de economizar a diferença entre o prêmio e o custo de um eventual sinistro, pois sabe que o segurador é que arcará com tal custo. Essa diferença fica então à disposição do segurado para a realização de outros fins e pode muito bem ser empregada na expansão de sua atividade econômica.²²

21 Nas palavras de Helten: "Die Leistung des Versicherungsunternehmens ist also die Sicherung des Finanzplans der privaten Haushalte und der Unternehmen gegen wohl definierte, jedoch ungewisse Auszahlungen. Der in jedem Fall 'verlorene' Einsatz (Prämie) ist der Preis für die nach Vertragsabschluss nicht mehr notwendige Reservebildung zum Ausgleich des Finanzbedarfs nach Schadenfällen. Versicherung produziert also nicht generell Sicherheit, wie zuweilen behauptet wird, sondern 'lediglich' finanzielle Sicherheit" (cf. *Versicherung: Solidarhilfe oder Glücksspiel? Gedanken zum Selbstverständnis und Ansehen der Versicherung*, cit., p. 237).

22 É útil transcrever aqui a lição de Gerathewohl et al.: "An insurance policy will not protect the individual, a household, or an enterprise against death, illness, fire, the sinking of a ship, or a traffic accident. Rather, all it will do is afford protection against the adverse economic consequences of such events. Insurance provides the individual with the possibility of transferring certain risks inherent in his economic situation to an outside commercial entity, ie the insurer, against payment of a consideration. In this way, the insurer will bear the economic consequences of a loss event under the terms and conditions stipulated in the insurance policy. By taking out an insurance for the adverse economic consequences of certain events, the insured is able to replace variable costs – ie costs which are unpredictable in terms of the magnitude they will reach and the point in time at which they will become payable – by fixed costs (the premium). This, in turn, gives individuals, households, and enterprises greater security in achieving their economic and commercial objectives" (cf. *Reinsurance Principles and Practice*, cit., p. 1).

Mas não é somente dessa maneira que o contrato de seguro pode melhorar a condição econômico-financeira do segurado. Duas outras considerações merecem ser feitas. Em primeiro lugar, ao obter do segurador – mais habilitado tecnicamente – uma avaliação dos riscos a que está exposto, o segurado adquire maior certeza quanto à extensão desses riscos, o que lhe possibilita alocar, de forma mais eficiente seus recursos. Também por isso sua capacidade econômico-financeira tende a aumentar²³ e ao mesmo tempo tornar-se mais estável. Em segundo lugar, essa estabilidade permitirá ao segurado contratar com terceiros a menores custos de transação. Isso o levará, por exemplo, a obter crédito de uma instituição financeira com mais rapidez e a juros mais baixos do que se não tivesse o seguro.

As considerações acima são especialmente pertinentes em se tratando da assunção de elevados riscos relacionados a atividades que exigem pesados investimentos. Na ausência de seguro, essas atividades teriam grande dificuldade em se desenvolver, ou ao menos se desenvolveriam de forma mais custosa. Exemplo típico é a exploração e produção de petróleo. A falta de seguro deixaria a empresa exposta a riscos insuportáveis, tais como danos ao meio ambiente e à saúde dos empregados. Outro exemplo é o do particular selecionado pela Administração para realizar obras públicas ou atuar como concessionário de serviços públicos. Tipicamente lhe será exigido no contrato administrativo que contrate um seguro-garantia relativo às suas obrigações. É dessa maneira que o Poder Público adquire a certeza de que tais obrigações serão devidamente cumpridas. Em caso de inadimplemento, o segurador é chamado a satisfazer a respectiva obrigação em nome do contratado-segurado. Essa garantia constitui um pré-requisito ao exercício das atividades previstas no contrato administrativo, sem a qual o particular não poderá desempenhá-las.

A partir dos exemplos acima é possível perceber que a função da atividade seguradora ora analisada excede os limites da relação entre segurador e segurado. No caso da empresa dedicada à exploração e produção de petróleo, sua existência e continuidade interessam a um grande número de pessoas, a começar por seus empregados e clientes diretos. O mesmo se dá com o particular contratado

23 É o que Abraham aponta corretamente ao afirmar que: "(...) in two ways insurance can help to reduce certain transaction costs and thereby promote efficiency. First, the risk spreading embodied in insurance has allocational effects. A potential insured's uncertainty about future losses tend to inhibit the productive use of assets because some assets must be reserved or left liquid to cover potential losses. The purchase of insurance reduces these uncertainty costs by stabilizing the reserving process. Insurance fixes a sum – the insurance premium – that is automatically reserved to cover losses. Remaining assets (up to a point where policy limits are exhausted) can thereafter be used in more productive ways. Second, in its capacity as a risk pooler the insurer may acquire useful information more efficiently than individual insureds. Insurance prices or risk classification can provide information about the riskiness of an insured's activities that the insured himself would have ignored or figured inaccurately. The insured may then be able to make more efficient decisions concerning the optimal combination of risk, insurance, and loss prevention to adopt in conducting his or her activities (cf. *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 15-16).

para realizar obras públicas ou atuar como concessionário de serviços públicos: desnecessário justificar o interesse da coletividade no regular desempenho dessas tarefas.

4.3 Redistribuição

A atividade seguradora concorre para a distribuição de riscos entre segurados. Explica-se: vimos acima que o segurador toma para si uma massa de riscos antes dispersa na coletividade. Ele o faz contra o pagamento individual de um prêmio. O segurado se dispõe a arcar com esse prêmio, pois obtém em troca a prestação de segurança. Uma vez transferido o risco ao segurador, ele o adiciona à massa de riscos sob sua gestão. Esse ato implica a repartição do novo risco entre os demais segurados. Com efeito, mediante a ocorrência de um sinistro todos os segurados responderão indiretamente pela indenização, pois é com os recursos deles que o segurador fará frente a tal indenização. Assim, se é certo que a atividade seguradora consiste em concentrar riscos na pessoa do segurador, não é menos certo que este os reparte entre os segurados. É nesse sentido que a doutrina afirma que o risco individual se transforma em risco coletivo.²⁴ Risco coletivo

A formação de toda e qualquer carteira pelo segurador implica, portanto, a distribuição do risco individual de cada segurado entre os demais segurados que dela participem, fenômeno que a doutrina norte-americana denomina *risk distribution*.²⁵ O caráter distributivo da atividade pode, contudo, ir além desse fenômeno. Isso ocorrerá sempre que uma classe de segurados detentores de riscos mais graves for incluída – e assim diluída – em uma classe maior de riscos semelhantes, porém menos graves. A título exemplificativo, imagine-se o seguro de acidentes de veículo. Admitamos que as estatísticas demonstrem que motoristas homens entre 18 e 24 anos causam mais acidentes do que mulheres entre 30 e 40 anos. Se o segurador decidir reunir ambos os grupos em uma única carteira, o grupo das mulheres ficará exposto a riscos mais elevados do que se fosse mantido separado dos homens. Consequentemente as mulheres pagarão um prêmio mais elevado do que na hipótese de serem tratadas como grupo isolado. Operou-

24 Essa é a lição de Stiglitz, para quem "la operación 'seguro' no es factible de ser entendida desde un punto de vista técnico-económico, fuera de una mutualidad de asegurados y con la intervención de una empresa como intermediaria entre una pluralidad de sujetos expuestos a riesgos determinados. Lo expuesto implica aceptar, de início, que el seguro no es posible comprenderlo en su función económica ni técnica, como la asunción aislada de las consecuencias dañosas de un riesgo al que se halla sometido un sujeto. De allí que, constituye fundamento esencial de la operación, la conformación de una mutualidad que consiente el reparto entre aquella pluralidad de sujetos expuestos a riesgos, de la carga económica que implica su efectiva realización (sinistros). Lo expresado presupone una transformación del riesgo individual en riesgo colectivo" (cf. *Derecho de Seguros*, cit., p. 14).

25 Cf. Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 12-13.

se aqui, por força da decisão do segurador, mais do que uma distribuição de riscos e sim uma verdadeira redistribuição.²⁶

Considerando que riscos nunca são idênticos uns aos outros e que o máximo que o segurador conseguirá obter é uma certa homogeneidade de riscos em cada uma de suas carteiras, a atividade seguradora tenderá sempre a produzir um certo grau de redistribuição. Essa afirmação se tornará mais clara no próximo capítulo, em que teremos ocasião de analisar os critérios técnicos empregados pelo segurador na formação de suas carteiras. Em seguida, no Capítulo 6, veremos se a regulação estatal deve ou não interferir nesses critérios.

Distribuição de riscos homogêneos
X
redistribuição de riscos heterogêneos
homogeneidade
critérios
sempre

5

O Funcionamento da Empresa Seguradora

1 Introdução: a técnica securitária

O presente capítulo é dedicado ao estudo das variáveis que compõem o planejamento da empresa seguradora. Essa tarefa constitui um pressuposto indispensável à análise da regulação vigente a ser empreendida na segunda parte deste trabalho.

Para o segurado, o contrato de seguro deve ser aleatório em um sentido bastante específico: ele não sabe se ocorrerá ou não o sinistro contra o qual quer se precaver. O segurador também não tem como fazer essa previsão para um único contrato, porém é seu dever conhecer e aplicar a técnica que permitirá prever com segurança o volume e a frequência de sinistros que ocorrerão entre todos os segurados. Sem o domínio dessa técnica, de nada adiantará repartir a carga econômica de uma grande massa de riscos entre os segurados, pois não haverá garantia de que os prêmios pagos serão suficientes para liquidar todos os sinistros.¹

A técnica securitária foi desenvolvida, portanto, para permitir o equilíbrio entre despesas e receitas da empresa seguradora. Seu primeiro elemento é a chamada "mutualidade", uma comunidade de segurados expostos a riscos de mesma natureza. Esses segurados contribuem cada um pelo pagamento de um prêmio, para a formação e manutenção de um fundo comum. É desse fundo que se extraem os recursos necessários para o pagamento dos sinistros que atingirem qualquer um dos integrantes da mutualidade.

26 Cf. Kenneth S. Abraham, *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 18-19 e Capítulo 4.

1 Cf. Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., p. 19-28; Antigono Donati e Giovanna Volpe Rutzolu, *Manuale di Diritto delle Assicurazioni*, cit., p. 5 s; Giuseppe Panelli, *Le Assicurazioni*, cit., p. 19-41; e Rachel Sztajn, *Seguro de Dano Moral Resultante de Acidente com Veículo Automotor*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 106, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 26.

É pelo exercício profissional e organizado da atividade seguradora que se constrói a mutualidade. No tópico 2 deste capítulo teceremos alguns comentários sobre dois instrumentos indispensáveis a esse exercício, quais sejam, estatística e probabilidade. A seguir, nos tópicos 3 a 5, cuidaremos de analisar propriamente as variáveis que compõem o planejamento do segurador. Elas são essencialmente três: (i) os custos decorrentes do número de sinistros e das respectivas indenizações; (ii) os prêmios pagos pelos segurados; e (iii) as provisões técnicas que o segurador é obrigado a constituir. A partir dessa exposição será possível estabelecer os contornos do princípio fundamental a ser seguido pela empresa seguradora: o princípio da equivalência entre sinistros e prêmios puros, abordado no tópico 6.

Antes, porém, de iniciarmos a análise proposta, cumpre esclarecer que as considerações sobre técnica securitária neste e nos próximos capítulos aplicam-se não só aos seguradores constituídos sob a forma de sociedade anônima, mas também às sociedades cooperativas. Todavia, enquanto a sociedade anônima se dirige ao mercado com o intuito de obter lucros, a cooperativa de segurados tem a finalidade precípua de atender a seus sócios.² Segue daí que as atividades desta última não têm fins lucrativos e que as considerações sobre os lucros do segurador a ela não se aplicam.³

2 Estatística e probabilidade

A estatística registra experiências quantificáveis passadas como base para prever, com relativo grau de certeza, o que ocorrerá à frente. O processo consiste em identificar grupos homogêneos de risco, dimensionar seu tamanho e computar a frequência e a extensão dos sinistros neles ocorridos. Feito isso, torna-se possível calcular a probabilidade da ocorrência de sinistros do mesmo tipo no futuro.⁴ Paralelamente, não menos importante é a identificação de desvios em

2 É precisamente esse o sentido do artigo 3º da Lei nº 5.764/71, segundo o qual "(c)elebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro" (cf. Waldirio Bulgarelli, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*, cit.; e Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito de Empresa*, v. 13, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 398 s.). Aspectos societários das cooperativas serão analisados no item 4.4 do Capítulo 6.

3 Outra consequência importante da ausência de intuito de lucro é que a cooperativa não tem natureza empresarial, o que é inclusive reconhecido pelo Código Civil no parágrafo único do artigo 982. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito de Empresa*, cit., p. 400.

4 Probabilidade é, no sentido matemático, um número positivo entre zero e um, associado a um evento aleatório, que se mede pela frequência relativa da sua ocorrência numa longa sucessão de eventos. Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 2301.

relação aos padrões previstos, cuja análise permitirá afinar os parâmetros utilizados.⁵

Uma vez conhecida a probabilidade da ocorrência de sinistros, o segurador está apto a determinar o prêmio que será cobrado do segurado. Mas o procedimento acima só proporcionará segurança ao segurador se cada um dos elementos citados for estudado com seriedade e elevado grau de especialização. Do contrário, o segurador estará sujeito a resultados indesejáveis, extensíveis à massa de segurados.

A estatística, quando realizada pelo segurador, tenderá a tomar por objeto de análise apenas os eventos ocorridos em suas próprias carteiras. Em alguns casos, entretanto, a análise de grupos mais amplos de segurados oferece maior segurança. A título exemplificativo, no seguro de vida as tabelas de mortalidade fornecidas por institutos de pesquisa atuarial constituem uma excelente fonte de informação.

Utilizar uma fonte ou outra oferece vantagens e desvantagens. A maior vantagem do estudo baseado na própria carteira é que o segurador conhece em mais detalhe o perfil de seus segurados, bem como os sinistros ocorridos com cada um deles no passado. Isso permite mensurar melhor os riscos que ele correrá ao emitir novas apólices.

Por outro lado, institutos de pesquisa atuarial que tenham se baseado em um universo maior de eventos têm condição de produzir estatísticas mais próximas da realidade. A explicação provém da chamada Lei dos Grandes Números, também conhecida por Teorema de Bernoulli.⁶ Ela demonstra que a diferença – usualmente denominada “descarte” – entre a probabilidade teórica e a apurada empiricamente será tanto menor quanto maiores forem o grau de homogeneidade e o número de elementos integrantes da população sob análise. É por isso que a formação e a gestão técnica da mutualidade deverão ter por objetivo reunir o maior número possível de riscos em um mesmo grupo. É imprescindível, contudo, que eles tenham a mesma natureza.⁷

Independentemente da fonte selecionada, é aconselhável que duas precauções sejam tomadas pelo segurador.

5 Cf. Reimer Schmidt, *Einige rechtliche Gesichtspunkte zu Statistiken*, in *Recht und Ökonomie der Versicherung: Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1994, p. 569-585; e Werner Mahr, *Einführung in die Versicherungswirtschaft*, cit., p. 126-136.

6 Jacob Bernoulli (1654-1705) foi o autor de um importante tratado sobre probabilidade. Não apenas ele, mas também seu irmão Jean e seu sobrinho Daniel se distinguiram pela excelência na pesquisa científica, publicando diversos trabalhos nas áreas da matemática, física e medicina (Cf. *The Columbia Encyclopedia*, 2. ed. New York, Columbia University Press, 1950, p. 192).

7 Cf. Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 10 s; e Emmett Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, cit., cap. 3.

A primeira delas é que toda estatística deve ser recente. Pouco importa a fonte, se entre a realização da estatística e sua utilização houver decorrido um longo período. Quanto maior esse período, maior será o risco de defasagem em relação à realidade, induzindo o segurador a erro.

A segunda precaução recomenda que o segurador esteja permanentemente atento a mudanças conjunturais na vida econômica e social que tenham ocorrido entre as datas de edição e utilização da estatística. Essa precaução é especialmente importante em países de vida econômica e social turbulenta como o Brasil. Os fatos que constituíram o objeto de determinada pesquisa podem ter se modificado de tal maneira desde a realização desta, que hoje a conduziram a resultados bastante diversos, adicionando enorme risco para o segurador. A título exemplificativo, basta imaginar a estatística de furtos de veículo em determinado território. Essa estatística servirá de base para a fixação do prêmio do seguro de furto de veículos. Passados dois anos, a taxa de furtos pode ter aumentado significativamente. Se o segurador deixar de empregar esforços em nova estatística, correrá o risco de estabelecer um prêmio baixo demais, que irremediavelmente o levará ao prejuízo.

3 Custos da empresa seguradora

Estatística e probabilidade permitem ao segurador calcular seus custos e planejar sua atividade. Isso é o que acabamos de ver. Passemos agora à análise mais detalhada dos custos da empresa seguradora, definidos substancialmente pelo número de sinistros e pelas respectivas indenizações.

O segurador sabe de antemão a soma total dos prêmios que receberá ao longo de um determinado período, pois conhece o valor de cada prêmio e o número total de segurados. No entanto, o valor dos sinistros a pagar – que constitui seu maior custo – é algo a ser estimado.

Para que essa estimativa seja confiável, é indispensável que pelo menos quatro fatores sejam considerados: natureza e classificação dos riscos, frequência dos sinistros, extensão das indenizações e tamanho da carteira. Vejamos mais de perto em que consiste cada um deles.

3.1 Natureza e classificação dos riscos

Os riscos que compõem uma determinada carteira – ou mutualidade – devem ter a mesma natureza. Riscos de incêndio não podem ser agrupados com riscos de saúde, assim como riscos de inadimplência não podem ser agrupados com riscos de furto ou roubo.

O principal fundamento para tal exigência vem da técnica estatística: agrupar diferentes tipos de risco em uma mesma carteira tornaria impossível o cálculo

lo de probabilidade de ocorrência de sinistros. Quanto mais homogêneos os riscos, maior a facilidade e segurança no cálculo dos prêmios – eis uma regra de ouro da atividade seguradora.

Essa regra tem também um certo conteúdo jurídico. É que a homogeneidade de riscos evita que o segurador trate segurados iguais de forma desigual. Para que indivíduos expostos a riscos semelhantes paguem prêmios semelhantes, impõe-se que eles sejam colocados no mesmo grupo, e que indivíduos expostos a riscos diversos não sejam incluídos em tal grupo.

Aparentemente, a questão ora colocada não apresenta grandes dificuldades. Um exame mais detido revela, no entanto, que estamos diante de algo que requer grande empenho e excelência técnica do segurador.

Uma vez identificado que interesses diversos estão expostos a riscos de mesma natureza – por hipótese, incêndio –, o primeiro problema consistirá em delimitar a probabilidade de sinistro em cada caso. Se o risco de incêndio em um caso for muito maior do que no outro (e. g., seguro de uma residência familiar *versus* seguro de uma fábrica de explosivos), é injusto que ambos os segurados paguem o mesmo prêmio. O segundo problema será o de determinar o valor pecuniário do interesse em jogo. Isso porque seria também injusto que o mesmo prêmio fosse estabelecido para interesses segurados de valores muito discrepantes (e. g., seguro de incêndio de uma residência *versus* seguro de incêndio de um grande edifício).

Dir-se-ia que os problemas acima se resolvem pela cobrança de um prêmio mais elevado daquele exposto a um risco maior ou titular de um interesse mais valioso. Porém, há situações em que riscos de mesma natureza são tão discrepantes entre si em virtude de sua gravidade e do valor pecuniário envolvido, que não mais fará sentido reuni-los em um mesmo grupo.

Dai se conclui que é difícil estabelecer parâmetros equilibrados de reunião de riscos homogêneos em uma mesma mutualidade. Mas as dificuldades não se encerram aí. Após agrupar riscos semelhantes, o segurador terá que dispor de regras claras para fixar os prêmios de maneira correta, cobrando mais daquele exposto a um risco maior e/ou titular de um interesse segurado de maior valor pecuniário. Adiante-se, contudo, que na maioria das vezes não será possível alcançar resultados precisos, pois não raro sua obtenção é excessivamente custosa ao segurador. Outra possibilidade é que este simplesmente não disponha de informações suficientes a respeito do perfil individual dos segurados.⁸

8 Cf. George A. Akerlof, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, nº 3, 1970, p. 488 a 500. No Capítulo 6 voltaremos a esse problema e examinaremos suas implicações sobre a regulação da atividade seguradora.

Para enfrentar essas questões, o segurador terá que se empenhar em duas frentes. A primeira delas é empírica por excelência. Será preciso dispor de uma equipe técnica capaz de produzir estatísticas confiáveis, simulando os resultados de carteiras constituídas a partir de diferentes critérios. Somente assim é que se chegará aos critérios mais consistentes. Será também necessário conhecer a fundo os riscos a que os clientes do segurador estão expostos. Isso significa, por exemplo, promover inspeções minuciosas nas instalações de uma fábrica, exigir um exame de saúde rigoroso, examinar o veículo de propriedade do segurado etc. Em suma, o segurador deverá dedicar-se a conhecer fatos pormenorizadamente, dispondo de critérios técnicos sólidos o suficiente para garantir que eles sejam classificados e relacionados entre si corretamente.

A segunda frente de atuação do segurador consistirá em elaborar as condições gerais das apólices de seguro. Como se sabe, tais condições valem indistintamente para todos os segurados de uma mesma carteira. Essa uniformização garante ao segurador que a relação entre ele e cada um dos segurados se dê na mesma moldura jurídica, o que contribui para que ele alcance a pretendida homogeneidade em cada uma das mutualidades sob sua gestão. Agrupar riscos fica, portanto, mais fácil. Fica também mais fácil estabelecer valores de prêmios por categorias de riscos, pois estes foram todos padronizados contratualmente.

O papel uniformizador das apólices não tem apenas o efeito de viabilizar a contratação em massa. Ele também diminui os custos de transação para o segurador, pois elimina – ou no mínimo reduz substancialmente – qualquer discussão sobre o conteúdo dos contratos. Além disso – e aqui está o mais interessante –, delimita as hipóteses de sinistro e, dessa forma, condiciona sua ocorrência.

Este último efeito merece uma explicação um pouco mais detalhada. Todo contrato de seguro contém condições gerais que estabelecem os tipos de sinistro, os valores máximos de indenização que serão pagos por cada um deles e o valor do desembolso obrigatório do segurado em caso de sinistro – usualmente denominado “franquia” –, sem o qual o segurador pode se recusar a pagar a indenização.

Pois bem. Definir contratualmente certos tipos de sinistro implica eliminar todos os outros. Daí resulta que um evento que guarde alguma semelhança com aquele descrito na apólice, porém não contenha suas características essenciais, poderá ser rejeitado pelo segurador como evento capaz de gerar indenização. Outros eventos poderão ser expressamente excluídos das hipóteses de sinistro, o que reduz ainda mais a possibilidade de pagamento de indenização ao segurado. Daí a conclusão de que cláusulas contratuais desse tipo têm o efeito de condicionar – no sentido jurídico do termo – a ocorrência de sinistros.

Feitas essas considerações, cumpre agora retomar e aprofundar a análise dos dois critérios acima apontados como essenciais para a constituição e manutenção de uma mutualidade: o grau de risco envolvido – que se traduz na frequência dos sinistros – e o valor pecuniário do interesse segurado – que corresponde à extensão da indenização.

3.2 Frequência dos sinistros

A frequência dos sinistros é uma das variáveis determinantes do montante a ser desembolsado no pagamento de indenizações.

Há uma relação direta entre a frequência de sinistros e o tamanho da carteira, de forma que o que se deve buscar é a proporção média do número de sinistros em relação ao número total de segurados, apurada ao longo de bom número de experiências anteriores com carteiras de mesma natureza. Essa proporção, ou frequência relativa, varia, pela sua própria definição, entre zero e um.

Se igual a zero, significa que o segurador sabe antecipadamente que não haverá sinistros. O seguro contratado nessas condições seria nulo, pois lhe falta um elemento essencial, o risco.

Se próximo de um, o segurador saberá que a atividade não terá viabilidade econômica, porque nesse caso quase todos os riscos se converterão em sinistros e os prêmios recolhidos serão insuficientes para fazer frente às indenizações.

Relembrando a Lei dos Grandes Números referida no tópico 2 acima, o certo é que a carteira deverá ter um número mínimo de elementos para que a frequência relativa possa ser obtida com segurança. Abaixo desse número não se pode falar em seguro, mas sim em mera aposta do segurador, negócio aleatório e especulativo que coloca em risco sua solvabilidade e, por extensão, a condição financeira dos segurados.

Resta clara, portanto, a necessidade de recorrer à boa técnica estatística para apurar a frequência relativa esperada, cuja multiplicação pelo número de segurados determinará o número de indenizações com que o segurador deverá arcar.

3.3 Extensão da indenização

Mas não basta conhecer o número de indenizações. Há que se conhecer também a extensão de cada uma, assim entendida como o valor que o segurador terá que pagar ao segurado – ou ao beneficiário – em caso de sinistro. Esse valor pode ser fixo – como no seguro de vida – ou variável – como no seguro de coisas (e.g., um acidente automobilístico pode acarretar a perda total ou parcial do veículo).

A boa técnica recomenda que se trabalhe com um valor médio por indenização, cuja determinação deve ser tão criteriosa quanto a da frequência relativa. Além disso, os valores individuais das indenizações não devem se afastar muito uns dos outros, pois só assim o segurador terá como evitar a surpresa de um sinistro de proporções inesperadas, cujo montante não tenha como pagar de imediato.

Uma vez multiplicados, o número esperado de indenizações e o valor médio por indenização conduzirão ao total de recursos a despendar por carteira, infor-

mação básica para o planejamento eficaz e, de resto, para o sucesso da atividade seguradora.

Estimar os valores individuais de futuras indenizações é tarefa difícil, sempre acompanhada de uma boa margem de erro. Para aumentar o grau de certeza no planejamento de sua atividade, o segurador conta com os institutos do co-seguro e do resseguro, que representam excelentes instrumentos de estabilização de carteiras. Vejamos melhor o significado dessa afirmação.

Um dos principais efeitos do contrato de co-seguro ou resseguro é repartir um determinado risco,¹⁰ v. g., limitar a responsabilidade do segurador à parcela do risco por ele detida. Na hipótese de ocorrência de um sinistro, o segurador responderá apenas pela parcela da indenização proporcional ao risco não transferido ao ressegurador ou co-segurador. A estes caberá indenizar na justa medida dos riscos que houverem assumido. Isso significa que o segurador poderá limitar a indenização a um valor máximo fixo e conhecido; o que exceder esse valor será de responsabilidade de terceiros.

Assim, por meio do resseguro ou co-seguro o segurador poderá colocar riscos discrepantes entre si em um mesmo patamar. Isso é especialmente útil para seguradores especializados em ramos de alto risco e elevadas importâncias seguradas. A diferença entre os valores potenciais de cada indenização é mitigada pela limitação de todos eles a um único valor máximo. Ocorrendo o sinistro, o segurador sabe de antemão o valor que será obrigado a desembolsar. Isso lhe permite planejar financeiramente sua atividade com eficiência e segurança muito maiores. Por isso é que se diz que o co-seguro e o resseguro têm o efeito benéfico de "estabilizar" as carteiras das companhias seguradoras.¹¹

3.4 Tamanho da carteira

Os seguros devem se realizar sobre a mais ampla massa de riscos, pois quanto maior a quantidade de riscos segurados, menor a margem de erro entre a frequência esperada e a quantidade de sinistros efetivamente verificados. Menores margens de erro permitem reduzir o montante de recursos financeiros alocados por risco segurado e, portanto, conduzem a custos menores. Também quanto maior a carteira, maior será a diluição dos custos fixos do segurador. Isso significa que o custo médio para a contratação de uma apólice adicional tende a diminuir com o aumento do número de apólices. Tudo isso somado, pode-se dizer que a ati-

10 Cf. Antigono Donati e Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale Di Diritto Delle Assicurazioni*, cit., p. 5 e 6; e Robert E. Keeton e Alan I. Widiss, *Insurance Law*, cit., p. 13. No Capítulo 8 examinaremos detidamente as funções da atividade resseguradora.

11 Cf. Klaus Gerathewohl et al., *Reinsurance Principles and Practice*, cit., cap. 1; e Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., p. 27.

atividade seguradora apresenta expressivas economias de escala.¹² No Capítulo 6 voltaremos a esse ponto e trataremos de sua importância no contexto da regulação da atividade seguradora.

Já foi visto que riscos devem ser reunidos sob a mesma carteira apenas se tiverem a mesma natureza. Daí por que o segurador deve procurar um ponto de equilíbrio entre a homogeneidade de riscos e o tamanho da carteira. A carteira deve ser sempre a maior possível, porém o segurador não deve, em favor dessa necessidade, abrir mão do critério de uniformidade dos riscos.

4 Critérios para a fixação de prêmios

Há dois critérios fundamentais que o segurador deve observar na fixação de prêmios. O primeiro deles – essencialmente econômico – é o da equivalência entre prêmios puros e indenizações. O segundo, de cunho jurídico, é o do tratamento igualitário aos segurados. Os tópicos a seguir tratarão de cada um desses critérios.

4.1 Equivalência entre prêmios puros e indenizações

As receitas de prêmios e as despesas com sinistros – indenizações – são os elementos que mais diferenciam o plano de contas da empresa seguradora em relação a outras empresas. Há uma relação especial entre esses elementos, mais precisamente entre as indenizações e os prêmios puros, isto é, aqueles prêmios que, somados, equivalem exatamente ao valor total despendido com as indenizações.

Os prêmios puros representam, portanto, apenas uma parcela do valor dos prêmios cobrados pelo segurador. Excluem-se de sua composição os valores adicionais necessários para cobrir outros custos da atividade, bem como a margem de lucro da empresa.¹³

12 Para uma definição mais ampla de economias de escala, v. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 2. ed. St. Paul, West Publishing, 1999, p. 27 s.

13 Mark R. Greene fornece um exemplo bastante ilustrativo: "The insurance rate may be split into two parts: that portion intended to cover the pure loss cost per unit of exposure (or pure premium) and that portion, called loading, intended to cover the sales expense, overhead, and profit of the insurer. In automobile collision insurance, for example, the pure loss cost might be \$ 30 per low-priced standard car, plus \$ 10 percentage of the final premium. The loading is composed of selling agents' commissions, taxes, underwriting expenses, administrative overhead, and expected profit. The insured's premium therefore includes allowances for two main types of expenditures – those expenditures returned to the insured group as a whole for loss and loss adjustment expenses, and those expenditures necessary for the insurance service" (cf. *Risk and Insurance*, 3. ed., Cincinnati, South-Western, 1973, p. 640).

O segurador que não se empenhar em estabelecer uma sólida relação de equivalência entre as indenizações e os prêmios puros tenderá a enfrentar problemas sérios. O primeiro deles – óbvio – é o risco de não dispor de recursos suficientes para fazer frente aos sinistros. Se isso ocorrer, o segurador terá que recorrer a outros recursos financeiros, próprios ou de terceiros. É aí que nasce o segundo problema. Para sanear suas contas, mais cedo ou mais tarde o segurador terá que aumentar seus prêmios. Fazendo-o, prejudicará futuros segurados em favor dos antigos, que se beneficiaram dos baixos prêmios. Se não o fizer, poderá se tornar insolvente, colocando em risco toda a massa de segurados. Para escapar desse dilema, poderá tomar um empréstimo ou aceitar investimentos de novos acionistas. Mas com isso começa a se abrir o espaço para a influência de terceiros sobre o controle da empresa, o que é indesejado.

Mas por que tomar por referência os prêmios puros, e não a totalidade dos prêmios? A resposta é simples: porque a relação dos primeiros com as indenizações é que constitui a essência da atividade seguradora. Todos os demais custos e receitas da atividade dependem direta ou indiretamente dos elementos que compõem tal relação. Somente essa relação tem o poder de revelar se a empresa seguradora está ou não colocando em risco – presente ou futuramente – a massa de segurados. É ela também que permite verificar se o segurador está abusando de sua posição face aos segurados, cobrando-lhes prêmios extorsivos. Por fim, se os prêmios puros estiverem abaixo do volume de sinistros, pode-se presumir que o segurador está praticando preços predatórios com o intuito de eliminar seus concorrentes. Pode-se presumir também que ele está criando uma relação de dependência com seus resultados financeiros, ou seja, que estes estão subsidiando os resultados operacionais da atividade. Ambas as presunções, se confirmadas, têm efeitos altamente nocivos. No caso da primeira, a eliminação de concorrentes, além de prejudicial à livre concorrência, é também extremamente lesiva aos consumidores, pois a quebra de um segurador afetará grande número deles. No caso da segunda, a dependência em relação aos resultados financeiros acrescenta um risco não desprezível à atividade, pois tais resultados não estão sob o controle do segurador, sobretudo em economias oscilantes como a brasileira. Se considerarmos que a função primeira da atividade seguradora é justamente eliminar riscos, claro está que a referida dependência a desvirtua.¹⁴

Em suma, a equivalência entre prêmios puros e indenizações constitui um pressuposto indeclinável da atividade seguradora. Esse ponto será retomado e complementado logo a seguir.

Qual o problema do preço exorbitante?

14 Essas questões – cobrança de preços excessivos dos segurados, predação entre seguradores e dependência de resultados financeiros – devem estar entre as preocupações do ente estatal regulador da atividade seguradora, conforme veremos na Parte II deste trabalho, em especial nos Capítulos 6 e 9.

4.2 Tratamento igualitário aos segurados

Parece inquestionável o preceito segundo o qual segurados devem ser tratados com igualdade no que diz respeito a prêmios e condições contratuais. Esse preceito nada mais é, afinal, do que uma decorrência natural do princípio fundamental da igualdade. Dele também decorre, no entanto, uma autorização para que segurados desiguais sejam tratados desigualmente. Daí por que somos obrigados a investigar os critérios aceitáveis para distinguir segurados e lhes aplicar prêmios e/ou condições contratuais diferenciadas. *Critérios Aceitáveis*

O primeiro problema com o qual nos deparamos – de natureza técnica – é que não há dois interesses segurados rigorosamente idênticos a justificar, sem margem de dúvida, a fixação do mesmo prêmio e da mesma apólice. Tomemos como exemplo o seguro de vida, cuja finalidade é proteger alguém contra os efeitos adversos da morte do segurado. O risco em questão – falecimento – será maior ou menor conforme as características do segurado. Fatores como sexo, profissão, cidade de residência, hábitos alimentares e prática regular de esporte terão influência direta sobre sua formação. Se considerarmos cada um desses critérios no estabelecimento do prêmio, o resultado será que cada segurado terá um preço diferente a pagar. Levada essa idéia ao extremo, cada interesse acabaria sendo avaliado isoladamente. Isso, contudo, teria o efeito de eliminar a própria lógica da atividade seguradora, segundo a qual os segurados submetem conjuntamente riscos homogêneos a um mesmo segurador. Daí se conclui ser inviável a completa segregação de riscos segundo suas características particulares. Diferenças podem e devem ser admitidas, porém se impõe ao segurador a tarefa de estabelecer critérios que as contemplem e ao mesmo tempo mantenham a lógica de sua atividade.¹⁵

Como encontrar os referidos critérios? Experiência e estatística dão a resposta, a primeira fornecendo os dados que servirão de base para a elaboração da segunda. A experiência revelará de que modo fatos, pessoas e situações se diferenciam uns dos outros sob a perspectiva securitária. É ela que demonstrará, por exemplo, que homens estão mais expostos a riscos de saúde do que mulheres, que veículos urbanos são furtados com maior frequência do que veículos em zonas rurais, que pessoas residentes no campo estão menos sujeitas a problemas de saúde

15 Cf. Mark R. Greene, *Risk and Insurance*, cit., p. 642; e Edgar Jannott, *Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Versicherungswirtschaft*, in *Recht und Ökonomie der Versicherung: Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1994, p. 341-362. O autor faz referência à decisão do órgão administrativo alemão responsável pela fiscalização do mercado de seguros, que já em 1913 determinara que o princípio do tratamento igualitário aos segurados “nicht überspannt und dass nicht gefordert werden darf, bis auf das Genaueste allen Unterschieden Rechnung zu tragen. Eine solche Forderung läge offenkundig nicht im Sinne des Gesetzes und würde vom Gesetzgeber verfolgte Ziel unter Umständen in sein Gegenteil verkehren”.

na medida exata exigida no diferencial

que pessoas residentes na cidade etc. O exame da experiência constitui, portanto, o primeiro grande passo no estabelecimento de diferentes classes de prêmios. Para que uma classe possa se diferenciar da outra, impõe-se que ela seja grande o suficiente para afastar falsos critérios. Impõe-se também que seu comportamento tenha sido observado durante um período longo, pois é isso que permitirá ter certeza de que os critérios de sua constituição estão corretos e tendem a se manter estáveis.¹⁶

A estatística, por sua vez, é um método pelo qual os eventos podem ser interpretados de maneira útil à atividade seguradora. A partir de uma ampla base de dados, a estatística pode lançar mão de diferentes critérios com o objetivo de estabelecer novas classes de segurados e rever a solidez das classes existentes. No intuito da clareza, tomemos o exemplo do seguro de acidentes do trabalho. Imaginemos que um segurador colete dados sobre acidentes com trabalhadores durante dez anos. A seguir, ele poderá tratá-los estatisticamente de diferentes formas. Poderá agrupar os acidentes por indústria com o objetivo de verificar se faz ou não diferença o tipo de atividade exercida pelo trabalhador na frequência com que os acidentes ocorrem. Poderá dividir os trabalhadores por sexo e idade, assim apurando se essas variáveis têm ou não influência sobre a frequência dos acidentes. Poderá ainda segregar os acidentes por região do país; dessa forma descobrirá se as diferenças nas condições de trabalho em cada região são grandes o suficiente para justificar um tratamento diferenciado aos segurados de cada uma delas. Muitas outras são as estatísticas que o segurador poderia desenvolver, porém em todas elas seu objetivo seria sempre o mesmo: conceber critérios de constituição de grupos de segurados que sejam sólidos o suficiente para justificar a cobrança de prêmios diferenciados e mais adequados a cada um dos grupos. A tendência é que dessa forma o segurador se torne mais competitivo, ao menos com relação aos grupos que permitem a cobrança de prêmios mais baixos.

A resposta ao primeiro problema – como estabelecer prêmios e condições gerais a interesses segurados nunca idênticos – está, portanto, no exame empírico dos sinistros que afetam tais interesses, bem como na realização e revisão permanente das respectivas estatísticas.

Há, no entanto, outros problemas a enfrentar no que diz respeito ao tratamento igualitário dos segurados, cuja natureza é jurídica e não técnico-securitária. São eles: exclusão de consumidores, segregação de segurados com base em fatores naturais (v. g., sexo, etnia e idade) e concessão de descontos e outras vantagens

16 Mark R. Greene apresenta a questão nos seguintes termos: "It would not do to raise the fire rates of a small community which had a disastrous fire in only one year, because the experience for such a small class for only one year is certainly not credible. Yet the insurer, in the interest of fairness, must make reasonable classifications of insureds and perils and charge an appropriate rate for large groups falling within these classifications. It is not fair for one group to subsidize another group if each group is large enough to develop loss experience that is reasonably credible" (cf. *Risk and Insurance*, cit., p. 646).

especiais a segurados. Todos são manifestações de uma mesma questão: a discriminação de segurados. No Capítulo 6 veremos que ela deve ser tratada por meio de regulação estatal, ou seja, não pode ser deixada exclusivamente ao arbítrio dos seguradores privados. E no Capítulo 9 veremos como devem ser os contornos dessa regulação.

5 Constituição de provisões técnicas

5.1 Os interesses protegidos pelas provisões técnicas

De forma geral, as provisões de um segurador são constituídas para suportar reduções no ativo ou aumentos no passivo inerentes ao curso normal de suas atividades. Destinam-se, portanto, a compensar perdas sempre esperadas e mensuráveis. Exemplo de expectativa de redução do ativo é o crédito contra devedores duvidosos, para o qual é constituída provisão específica. Exemplo de expectativa de aumento do passivo é o pagamento futuro do 13º salário dos empregados da companhia, que também gera provisão contábil específica.

No caso das provisões técnicas dos seguradores, sua função específica é suportar o pagamento de indenizações decorrentes de sinistros. Elas são constituídas em uma relação direta com cada contrato firmado pelo segurador. Isso significa que cada prêmio pago se converte imediatamente em provisão técnica. É o conjunto dos prêmios – ou, melhor, das provisões técnicas – que será utilizado pelo segurador para pagar os sinistros. A diferença entre o valor total das provisões e o valor total dos sinistros constitui o resultado operacional do segurador. Após o pagamento de outras despesas – sobretudo administrativas e tributárias –, esse resultado poderá ser finalmente incorporado a seu patrimônio.

A característica marcante da atividade seguradora é que os sinistros sempre ocorrerão. Daí a necessidade permanente de provisões técnicas. Deve-se mencionar que estas são também conhecidas pela expressão reservas técnicas, porém o emprego do termo reserva nesse contexto não é contabilmente apropriado.¹⁷

17 Cf. José Carlos Marion, *Contabilidade Empresarial*, 5. ed., São Paulo, Atlas, 1995, p. 358-370. Provisões se diferenciam de reservas na medida em que se destinam a compensar perdas que a companhia certamente terá no curso normal de suas atividades. É fato que as reservas podem igualmente constituir-se com o propósito de suportar perdas, porém estas terão sempre caráter extraordinário. Ademais, elas também poderão ser empregadas em futuros aumentos de capital, investimentos e expansão das atividades da companhia. Assim, as reservas cumprem uma dupla função: preservar a integridade patrimonial da companhia e ao mesmo tempo possibilitar o incremento de suas atividades. É o que se extrai da leitura dos artigos 193 a 200 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. O segundo traço distintivo entre reservas e provisões é ainda mais importante. Como visto, provisões não são incorporadas definitivamente ao patrimônio do segurador senão na porção que restar após o pagamento de todas as indenizações devidas por ele. O segurador não tem a expectativa de mantê-las integralmente sob sua propriedade, pois sabe que parcela

Provisões técnicas atendem fundamentalmente a duas espécies de interesses: em primeiro lugar, por óbvio, os interesses dos segurados, que buscam no segurador a prestação de segurança. Esta só pode vir lastreada por recursos financeiros capazes de pagar toda e qualquer indenização, pois do contrário não se pode falar em segurança. Note-se que esse aspecto da atividade seguradora tem reflexos claros sobre a legislação. O artigo 86 do Decreto-lei nº 73/66, por exemplo, dispõe que

“(o)s segurados e beneficiários que sejam credores por indenização ajustada ou por ajustar têm privilégio especial sobre reservas técnicas, fundos especiais ou provisões garantidoras das operações de seguro, cabendo ao IRB o mesmo privilégio após o pagamento aos segurados e beneficiários”.

O segundo interesse atendido é o da própria sociedade seguradora, pois sem as provisões técnicas ela simplesmente não tem como cumprir seu objeto. Aliás, talvez não haja outra atividade econômica em que as provisões da sociedade tenham uma relação tão íntima com o desempenho de sua atividade quanto a própria atividade seguradora.

5.2 Fundamento maior das provisões técnicas: proteção do consumidor

Vimos que os segurados e a própria sociedade seguradora são os titulares dos interesses que justificam a constituição de provisões técnicas. O que cumpre agora notar é que há um princípio maior a guiá-los, qual seja, a proteção do consumidor e de sua integridade patrimonial.

Essa proteção representa o maior fundamento para a existência de provisões técnicas. Os segurados não costumam ter uma noção razoável da importância de tais provisões, porém são elas que asseguram que as apólices sejam individualmente honradas pelo segurador.

A relevância das provisões vai, contudo, além da proteção individual oferecida aos segurados. Ela os atinge também enquanto grupo, e pode facilmente atingir toda a coletividade. Para que essa idéia fique clara, vejamos o seguinte exemplo: uma usina hidrelétrica que atende a um número elevado de consumidores sofre um acidente de grandes proporções, que destrói parte substancial de seu maquinário. A substituição deste depende do pagamento da indenização a ser feito pelo segurador. Se esse pagamento falhar por ausência de provisões suficientes, não apenas a usina será prejudicada, como também todos os usuários finais de seus

substancial será empregada na liquidação de sinistros. Nesse ponto as reservas são claramente diferentes, pois integram desde sempre o patrimônio do segurador, que poderá destiná-las à expansão de suas atividades, ao pagamento de contingências ou a outras finalidades, desde que previstas no estatuto e permitidas pela Lei nº 6.404/76.

serviços. Têm-se aí claros, portanto, os prejuízos à coletividade. Já no que diz respeito aos demais segurados, é provável que muitos deles, sabedores do inadimplemento contratual face à usina hidrelétrica, se apressarão em solicitar o cancelamento de suas respectivas apólices e/ou sua transferência para outro segurador. O efeito dessas decisões individuais será desastroso, pois os recursos financeiros daquela sociedade seguradora tenderão a se esvaziar, o que provavelmente levará os demais segurados a tomar a mesma atitude, qual seja, substituí-la por outro segurador. Nessa hipótese, com mais razão ainda, eventuais novos sinistros já não poderão ser indenizados. É precisamente nesse cenário que os segurados são prejudicados enquanto grupo. Trata-se de um típico exemplo de externalidade negativa, em que determinada relação contratual produz efeitos exteriores a ela, capazes de prejudicar terceiros.¹⁸

Em suma, o que pretendemos enfatizar é que, em se tratando de provisões técnicas, não apenas a proteção individual do consumidor de serviços do segurador está em jogo, mas também a proteção de todo o grupo de segurados e até mesmo de consumidores de outros produtos e serviços, desde que dependentes da atividade seguradora.

Reconhecendo a importância do tema ora tratado, o Decreto-lei nº 73/66 dispõe, no artigo 84, que as sociedades seguradoras constituirão provisões técnicas para garantia de todas as suas obrigações, “de conformidade com os critérios fixados pelo CNSP”. O que o CNSP fez a partir desse mandato que a lei lhe outorgou será visto em detalhe no Capítulo 7. Isso porque, para compreender bem as normas administrativas, cumpramos antes examinar a origem financeira e as principais espécies de provisões técnicas. É o que segue.

5.3 Relação entre provisões técnicas e prêmios puros

Os prêmios puros – aqueles que, somados, equivalem ao valor total despendido pelo segurador com as indenizações – são a principal fonte dos recursos que constituem as provisões técnicas. Estas, por sua vez, devem ser suficientes para pagar as indenizações aos segurados.

Dir-se-ia, portanto, que as provisões técnicas nada mais são do que os prêmios puros, porém contabilizados sob outra rubrica. Essa contabilização tem uma

18 O conceito de externalidade é bem conhecido. Segundo Calixto Salomão Filho, “(h)á externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas sim os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo” (cf. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos), cit., p. 27-28).

razão de ser: enquanto não expiram as garantias oferecidas pelo segurador aos segurados, os prêmios não podem ser incorporados em caráter definitivo ao patrimônio do primeiro. Assim, no período compreendido entre seu ingresso na caixa do segurador e a efetiva integração ao patrimônio deste, os prêmios puros devem permanecer sob sua administração. Conforme os sinistros vão ocorrendo, tais prêmios vão sendo consumidos da rubrica "provisões". Ao término da gestão da carteira, as provisões remanescentes serão tratadas como lucro do segurador, e somente então vertidas a seu patrimônio.

De maneira bastante simplificada, o parágrafo anterior descreve o ciclo de atividade do segurador. Há, entretanto, dois detalhes adicionais que precisam ser comentados.

O primeiro deles é que o segurador não recebe prêmios "puros", e sim prêmios por assim dizer "cheios", isto é, que incluem partes destinadas a cobrir outros custos, tais como os custos de distribuição e administração de apólices. Justamente porque apenas a parte "pura" do prêmio tem a função de suportar indenizações é que ela deve ser segregada contabilmente dos acréscimos que lhe são feitos antes da comercialização. Essa segregação tem um papel duplamente útil: em primeiro lugar, permite que o segurador controle se os prêmios puros são suficientes para fazer frente aos sinistros. Em segundo lugar, evita que ele institua provisões excessivas, o que seria um ônus desnecessário à sua atividade.

O segundo detalhe é que as provisões de prêmios puros, se aplicadas – e veremos logo a seguir que elas são sempre aplicadas –, geram receitas financeiras significativas, que podem se converter em fonte de lucro e expansão dos negócios do segurador. Tais receitas devem ser segregadas, para que o segurador possa periodicamente se certificar de que as provisões técnicas são suficientes para fazer frente às indenizações que ele é obrigado a pagar. Certificar-se disso é, a propósito, certificar-se da manutenção de uma boa situação financeira.

5.4 Espécies de provisões técnicas¹⁹

Preliminarmente é preciso lembrar que as espécies de provisões técnicas variam conforme o ramo de seguros em questão. Serão estudadas aqui apenas as espécies comuns a todos os ramos.

19 Para um estudo pormenorizado de cada uma das espécies de reservas técnicas, cf. Américo Matheus Florentino, *Andlise de Balanço para Companhias de Seguros*, São Paulo, Editora Manuais Técnicos de Seguros, 1976, p. 72-79; Silney de Souza, *Seguros: Contabilidade, Atuidria e Auditoria*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 104-114; Fernando Sanchez Calero, *Curso de Derecho Del Seguro Privado*, v. I, Bilbao, Ediciones Nauta, 1961, p. 159-178; Antigono Donati e Giovanna Volpe Putzolu, *Manuale Di Diritto Delle Assicurazioni*, cit., p. 37-53; Luiz Roberto Castiglione, *Seguros: Conceitos e Critérios de Avaliação de Resultados*, São Paulo, Editora Manuais Técnicos de Seguros, 1997, p. 38 a 43; e Mark R. Greene, *Risk and Insurance*, cit., p. 674-700.

A primeira delas é a provisão de prêmios para riscos em curso, ou, conforme a linguagem usualmente empregada pelos seguradores, "provisão de prêmios não ganhos". Trata-se de uma provisão constituída nos moldes acima descritos: os prêmios recebidos pelo segurador são incorporados ao seu patrimônio à medida que vai terminando a garantia contratual por ele oferecida. A composição dessa provisão pode ser compreendida pelo exemplo do seguro de veículos automotores. Esse seguro costuma ter a duração de 12 meses. O segurado paga um prêmio por todo esse período no início do contrato. A cada mês que passa sem que ele comunique um sinistro ao segurador, este realiza uma operação contábil pela qual a respectiva parcela do prêmio é transformada em patrimônio próprio. A parcela restante permanece sob a rubrica de "provisão técnica", e só se esgota ao término do contrato. Se até lá não tiver ocorrido sinistro, diz-se que o segurador "ganhou o prêmio".

Em se tratando de seguro de vida, as provisões de prêmios para riscos em curso são denominadas provisões matemáticas. Trata-se de uma referência às tabelas de mortalidade, que permitem prever com elevado grau de certeza – maior do que em qualquer outro ramo – os sinistros que ocorrerão, e conseqüentemente os desembolsos que o segurador terá que fazer.

A segunda espécie é a das provisões de sinistros a liquidar. Sua finalidade é pagar as indenizações relativas aos sinistros comunicados ao segurador. Essas provisões são constituídas tão logo o sinistro é avisado, e se convertem em indenização após a extensão do sinistro ser devidamente avaliada e quantificada. O cuidado que se deve tomar aqui é o de não constituir uma provisão excessivamente elevada, que reduziria desnecessariamente a capacidade financeira do segurador. Deve-se, por outro lado, evitar a provisão excessivamente baixa, pois ela pode acabar sendo insuficiente para o pagamento da respectiva indenização.

A terceira e última espécie a ser mencionada é tradicionalmente conhecida pela sigla IBNR – *Incurred But Not Reported*. O fundamento para essa provisão está em um fenômeno relativamente corriqueiro: o segurado sofre um sinistro, porém demora a comunicar esse fato à companhia seguradora. É o caso, por exemplo, de sinistros ocorridos durante as férias ou feriados, ou daqueles resultantes em lesão grave do segurado, assim impossibilitado de informar o segurador. Ao invés de verter a provisão técnica para seu patrimônio imediatamente após o término da cobertura, a cautela recomenda que o segurador espere para fazer isso. Essa espera pode durar dias ou anos, conforme a natureza do risco em questão.

5.5 O controle da aplicação de provisões técnicas

O Decreto-lei nº 73/66 dispõe, em seu artigo 28, que "a aplicação das reservas técnicas das sociedades seguradoras será feita conforme as diretrizes do Conselho Monetário Nacional". No Capítulo 7 veremos quais são as diretrizes atualmente vigentes. Por ora, vamos apenas identificar os fundamentos econômico-financeiros que devem orientar a concepção de normas a respeito da aplicação de provisões técnicas. O tema não é nada trivial, pois o ente regulador vive a perma-

nente pressão dos seguradores por normas mais flexíveis, que permitam investimentos mais arriscados e, conseqüentemente, mais rentáveis. A constante preocupação do regulador com a higidez do mercado, contudo, deve se traduzir em normas mais conservadoras, que inibam ações mais arriscadas.

Aparentemente o regulador está, portanto, diante de um dilema entre a maior segurança e a maior rentabilidade, dilema este refletido no artigo 29 do Decreto-lei nº 73/66, segundo o qual "(o)s investimentos compulsórios das sociedades seguradoras obedecerão a critérios que garantam remuneração adequada, segurança e liquidez".

O dilema é, contudo, apenas aparente. É preciso lembrar que a finalidade das provisões técnicas não é outra senão assegurar o pagamento de indenizações. Elas só existem porque de outro modo os segurados correriam o risco de inadimplemento contratual da parte do segurador, que, na ausência de normas cogentes, poderia se deixar atrair por investimentos de maior risco. Um comportamento desse tipo provavelmente produziria resultados catastróficos para os segurados.

É certo que, em favor da rentabilidade e do reinvestimento de receitas financeiras na economia, as normas sobre aplicação de provisões técnicas podem ser flexibilizadas. Porém essa flexibilização não deverá jamais pôr em risco os segurados, pois isso equivaleria a negar a própria essência e função das provisões. Daí por que a segurança deve ser priorizada em relação à rentabilidade. A questão que resta é criar normas capazes de refletir essa idéia. Note-se, a propósito, que até mesmo a liquidez dos investimentos deve ser colocada à frente da rentabilidade, pois segurador algum pode se arriscar a não dispor de recursos para pagar sinistros. Para que esse risco seja afastado, parte substancial de suas aplicações deve ter imediata liquidez.

Posto isto, o regulador também não deve exagerar nas restrições que impuser ao segurador relativamente ao uso de suas receitas de prêmios. Isso porque a flexibilidade nos investimentos propicia maiores receitas financeiras ao segurador, que podem ou ser reinvestidas em sua atividade, ou distribuídas aos acionistas na forma de dividendos. Na primeira alternativa, receitas adicionais aumentam a capacidade técnica do segurador, o que é positivo para ele e para todos os consumidores. Na segunda alternativa, as novas receitas agregam valor ao segurador, o que atrai novos acionistas e impulsiona o desenvolvimento da atividade.²⁰

20 Greene aponta que a constituição de reservas pode produzir um efeito financeiro indesejável para o segurador, qual seja, "an artificial restriction on insurance underwriting capacity is introduced. [...] Because of the necessity of drawing on surplus to meet unearned premium reserve requirements and because the size of surplus is not an unlimited quantity, there is an artificial restriction on the ability of the insurer to accept new business, that is, on the insurance underwriting capacity. This is particularly true of the small and growing insurer. It is precisely among such insurers that new equity funds might be attracted into the insurance field. With the limitation on growth imposed by unearned premium reserve requirements, the anticipated profit to potential investors in insurance is necessarily limited too. As a result, there has been a problem of attracting sufficient new equity capital to insurance in the market" (cf. *Risk and Insurance*, cit., p. 683-684).

5.6 Garantias das provisões técnicas

As provisões técnicas são usualmente constituídas em dinheiro, cabendo ao segurador aplicá-las conforme os critérios fixados pela lei e pelo órgão regulador. Sem prejuízo de tais critérios, não se pode excluir o risco de que elas sofram o impacto negativo de investimentos equivocados, ou mesmo não sejam suficientes para pagar sinistros de elevada proporção.

Por essas razões, a lei estabeleceu que as provisões técnicas deverão ser garantidas por bens registrados na SUSEP. Tais bens não poderão ser objeto de alienação, promessa de alienação ou garantia real sem a prévia e expressa autorização da SUSEP, sendo nulos de pleno direito os atos em contrário (Decreto-lei nº 73/66, artigo 85).

A regra que determina a constituição de bens registrados das provisões técnicas nada mais faz do que confirmar a idéia acima exposta de que a segurança está à frente da rentabilidade no que diz respeito aos investimentos dos seguradores. Isso porque estes são obrigados a dispor de bens livres que ofereçam segurança adicional aos consumidores, ainda que isso restrinja sua liberdade empresarial e a rentabilidade de sua atividade.

6 O princípio da equivalência: da técnica securitária ao plano jurídico

Os tópicos precedentes tiveram por objetivo demonstrar que a equivalência entre prêmios puros e indenizações constitui o cerne da técnica securitária. Vimos que somente o exame dessa relação tem o poder de revelar se a empresa seguradora está ou não colocando em risco os segurados. É ela também que permite verificar se o segurador está abusando de sua posição face aos segurados, cobrando-lhes prêmios extorsivos, ou mesmo procurando eliminar concorrentes por meio da prática de preços predatórios.

Mas não é só. Conforme veremos no Capítulo 9, examinar se o segurador mantém uma relação equilibrada entre prêmios puros e sinistros comporta pelo menos duas outras utilidades: (i) trata-se de um excelente ponto de partida para apurar se há ou não discriminação entre consumidores no que diz respeito a preços; e (ii) permite verificar com maior segurança se as provisões técnicas exigidas pelo órgão regulador são razoáveis, isto é, se não são excessivas ou insuficientes.

Estabelecido o princípio da equivalência nos termos acima, não é preciso muito esforço para perceber sua relevância no plano jurídico da regulação da atividade seguradora. Com efeito, a proteção do consumidor é viabilizada em pelo menos duas frentes, pois práticas discriminatórias e riscos de higidez se tornam facilmente detectáveis. Ao mesmo tempo estimulam-se a livre iniciativa e a livre concorrência, pois o controle de equivalência dispensa a instituição de barreiras excessivas

à entrada de novos concorrentes e assegura maior transparência nas relações contratuais com os consumidores.

Dal por que o título do presente tópico está plenamente justificado: o princípio da equivalência passa de fundamento central da técnica securitária à categoria de norma jurídica indispensável à regulação da indústria de seguros. É o que veremos na segunda parte deste trabalho.

Fundamento p/ regulação

Parte II

Fundamentos de Regulação da Atividade Seguradora Privada

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 segurado 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

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, *Controle 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

3 Cf. Capítulo 4 supra.

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

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.

Prêmio mínimo + provisões

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.

há exceção para o Sherman

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 *é lícito pagar mais?*

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. *deixar ruins*

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? *Pode recusar o prêmio*

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 *comportamento racional por si só não basta*

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 desregular (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 higidez.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 despidido 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 Higidez econômico-financeira do segurador

As exigências regulatórias relativas à higidez 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 higidez 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.

h. promover concorrência

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.

Queda de preços

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 consequências: 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.

penho das funções de segurador exige o preenchimento de uma série de requisitos, que por sua vez guardam íntima relação com a proteção da integridade patrimonial dos consumidores. Assim, a livre iniciativa precisa ser compatibilizada com o fundamento da higidez econômico-financeira do segurador. Para que esse fundamento não prevaleça e a livre iniciativa seja concretizada, é preciso observar a realidade do mercado com o objetivo de elaborar as normas que sejam capazes de garanti-la.⁴¹ Isso não significa que o direito deve se submeter às regras do mercado; ao contrário, é papel do direito garantir que este funcione de tal modo que a livre iniciativa seja preservada.⁴²

A realidade do mercado de seguros brasileiro é a de elevada concentração econômica.⁴³ É também, conforme veremos no capítulo seguinte, uma realidade de muitas regras destinadas a preservar a higidez do sistema segurador privado.

Normas de higidez são típicas barreiras à entrada e, portanto, redutoras da livre iniciativa.⁴⁴ Elas permitem que concorrentes já presentes no mercado elevem seus preços a níveis excessivos sem que concorrentes potenciais ingressem na atividade e passem a oferecer produtos a preços competitivos. Seu efeito pode ser, portanto, o de prejudicar o bem-estar do consumidor.⁴⁵

Assim, garantir a livre iniciativa na atividade seguradora é uma tarefa que consiste, antes de tudo, em eliminar barreiras regulatórias desnecessárias ou excessivas.⁴⁶ Desnecessárias são as barreiras que não se justificam por outros fundamentos de regulação. Excessivas são aquelas que, mesmo encontrando justificativa em outro fundamento, excedem os limites do que seria suficiente para as-

41 Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Die Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1993, p. 4.

42 Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in Recht und ökonomisches Gesetz: Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2. ed., Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 33-68.

43 Cf. Capítulo 3, tópico 3, *supra*.

44 Cf. Stephen Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1982, p. 194.

45 Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 523.

46 Nesse sentido é a lição de Calixto Salomão Filho: "Em primeiro lugar, é necessário atuar sobre as estruturas, criando condições que dificultem os comportamentos estratégicos. É necessário então selecionar as barreiras à entrada existentes no setor (i.e., exatamente o contrário do que vem sendo feito nos já mencionados setores), mantendo exclusivamente aquelas realmente imprescindíveis à garantia da segurança e higidez. Essa última tarefa, apesar de aparentemente limitada, é de fundamental importância para o funcionamento de tal tipo de disciplina regulatória. Se o objetivo é, com efeito, impedir os comportamentos estratégicos, então é preciso que se combata preventivamente seu mais mortal inimigo, as barreiras à entrada que bloqueiam exatamente toda a concorrência potencial e seus efeitos benéficos para o mercado em questão, garantindo ao agente econômico o sucesso de sua predação" (cf. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 49).

segurar a preservação deste. Como visto, a higidez é o principal fundamento causador de barreiras à entrada no mercado segurador. É para ele que o regulador deve se voltar, selecionando cuidadosamente as normas indispensáveis à manutenção da higidez e dispensando as demais.

Barreiras à entrada se dividem em naturais e artificiais. As primeiras decorrem da conformação do mercado e de suas características usuais.⁴⁷ Já as artificiais são aquelas criadas intencionalmente pelos agentes econômicos, que, dessa forma, procuram assegurar para si um mercado cativo.

Barreiras regulatórias são as barreiras naturais principais no mercado segurador, mas não são as únicas. Economias de escala, grandes investimentos iniciais e custos irrecuperáveis também são barreiras importantes.

Economias de escala exigem que a empresa entrante no mercado considere não apenas o custo de produzir, mas também o custo de realizar vendas suficientes para que sua atividade se torne lucrativa. Há substanciais economias de escala na indústria seguradora, pois os custos de administração e gestão atuarial envolvidos serão elevados em qualquer nível de atividade. Daí decorre que o segurador precisará de um número mínimo de carteiras para diluir seus custos fixos e começar a ter retorno de seus investimentos.

Esta última afirmação nos leva à consideração dos grandes investimentos iniciais e dos custos irrecuperáveis (*sunk costs*) como barreiras à entrada. Grandes investimentos só constituirão verdadeiro impedimento à entrada no mercado se não puderem ser recuperados pelo agente econômico no momento da saída.⁴⁸ É verdade que outras atividades – em especial as industriais – apresentam custos irrecuperáveis mais elevados do que a atividade seguradora. Porém não seria correto que o regulador do mercado segurador simplesmente não se preocupasse com essa espécie de barreira. Com efeito, diversos são os *sunk costs* que um agente eco-

47 Hovenkamp cita economias de escala, grandes investimentos iniciais, custos irrecuperáveis, diferenciação entre produtos e restrições regulatórias como as principais barreiras naturais (cf. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 527-531).

48 Essa é a lição de Hovenkamp, para quem "(t)he relevant question for the prospective entrant is not how much it must invest, but rather how much it will lose if the enterprise fails. For this reason, Irreversible or 'sunk' costs count heavily in its calculus. For example, consider two firms contemplating entry into two markets where the absolute costs of entry are \$1,000,000. The first market is generally delivery services, which requires the firm to have a general purpose warehouse, some loading equipment such as fork lifts, and some general purpose delivery trucks. If the new business fails, virtually all of these assets can readily be redeployed in other markets, for all of them can be committed to a variety of uses. In such a market the risk of entry is not at all that high, even though the firm might have to attain a high volume in order to get its costs down. By contrast, a second firm must use most of its entry money to build a specialized chemical plant that can be used only for this particular market. If the business fails, the plant will have a salvage value of only 10c on the dollar. Given the same initial costs of entry, and scale economies of the same magnitude, entry is much less likely to occur into the second market than the first" (cf. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 528).

nômico deverá considerar: formação de bases estatísticas, constituição de uma rede de distribuição de serviços – incluindo a contratação de corretores e bancos –, desenvolvimento de planos de seguros – incluindo a redação de apólices e a elaboração de notas atuariais – e investimentos em propaganda.

Além dessas, cabe mencionar aqui duas outras barreiras naturais específicas do mercado segurador. A primeira delas diz respeito ao nível ótimo de eficiência produtiva da empresa seguradora. Ele só é alcançado após sua atividade atingir certa escala. Explica-se. A Lei dos Grandes Números ensina que, quanto maior o porte do segurador – isto é, quanto maior o número de riscos da mesma espécie detidos por ele –, maior será sua capacidade de reduzir os prêmios cobrados dos segurados, pois sua exposição a resultados imprevistos é proporcionalmente menor do que a dos seguradores de pequeno e médio porte. Essa constatação tem uma consequência importante, qual seja, a de que o tamanho de um segurador tem relação direta com a eficiência que ele é capaz de atingir. Quanto maior o porte do segurador, maior será sua capacidade de ser eficiente, pois menor será o descarte em suas carteiras, isto é, menor será a diferença entre os sinistros esperados e aqueles efetivamente ocorridos. Em outras palavras, à medida que as carteiras do segurador se tornam maiores, mais afinada será a previsão do valor dos sinistros que ele terá que cobrir durante o desenvolvimento de sua carteira. Consequentemente, maior será sua eficiência ao calcular prêmios e definir o modo de aplicação de suas provisões, o que tende a trazer maior rentabilidade à sua atividade.⁴⁹

A característica da atividade seguradora descrita, embora constitua uma barreira natural à entrada, evidentemente não deve ser condenada pelo regulador. Fazê-lo seria condenar a eficiência econômica em detrimento dos consumidores. Uma política regulatória desse tipo afrontaria, portanto, os fundamentos da livre concorrência e proteção do consumidor. Todavia, trata-se de um dado que o regulador deverá ter sempre em mente ao controlar o ingresso de novos concorrentes. Estimular esse ingresso pode constituir um meio adequado de obrigar os seguradores já presentes no mercado a repartir sua eficiência com os consumidores e, dessa forma, torná-la juridicamente positiva (cf. artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94).

A segunda barreira natural diz respeito à saída dos seguradores do mercado. Carteiras de seguro têm geralmente longa duração. Em especial no ramo de seguro de responsabilidade civil, sinistros podem ser avisados até dez anos após o término do contrato, e ainda assim o segurador terá que responder por ele. Isso significa que deixar o mercado é um exercício difícil para qualquer segurador. Se a saída for espontânea, ele enfrentará elevados custos para transferir suas carteiras a um concorrente. E se for compulsória, a razão terá sido provavelmente a má gestão da empresa, hipótese em que a liquidação extrajudicial será imposta ao segurador e possivelmente nenhuma parcela dos investimentos iniciais lhe será restituída.

49 Cf. Banks McDowell, *Deregulation and Competition in the Insurance Industry*, cit., p. 38.

Do exposto decorre uma importante constatação: garantir a livre iniciativa pode significar também a criação de normas destinadas a reduzir barreiras à entrada, e não somente sua eliminação. Com efeito, o regulador poderá conceber normas que reduzam os custos irrecuperáveis associados à atividade seguradora. A título exemplificativo, poderá instituir regras de transferência de carteiras entre seguradores, assim possibilitando a saída mais rápida e menos custosa do mercado. Poderá também criar normas que facilitem o ingresso na atividade, assim colaborando para que a livre concorrência seja preservada. Nos Capítulos 8 a 10 veremos pormenorizadamente o conteúdo dessas normas. Por ora, o que nos interessa é responder à pergunta "por que regular?", e não "como regular?".

Por fim, devemos tratar das barreiras artificiais. São elas basicamente de dois tipos.⁵⁰ O primeiro compreende todas as ações de um agente econômico tendentes a dificultar o ingresso de potenciais concorrentes no mercado. O segundo diz respeito à capacidade dos concorrentes presentes no mercado de influenciar o gosto dos consumidores. A questão consiste em saber se esses concorrentes são capazes de formar e fixar gostos específicos nos consumidores a ponto de potenciais entrantes terem dificuldade de introduzir seus produtos.

No mercado segurador é difícil imaginar que os segurados se fixem a uma determinada marca ou produto de tal forma que não aceitem os serviços de um novo entrante. É certo que este terá que investir em propaganda, sobretudo para transmitir ao consumidor a idéia de que é um segurador sólido e confiável, porém isso parece constituir mais uma barreira natural (*sunk costs*) do que algo que concorrentes presentes no mercado sejam capazes de criar artificialmente.

Já as ações de seguradores tendentes a dificultar o ingresso de potenciais concorrentes no mercado, essas sim, devem ser fonte de preocupação para o regulador. Como se trata de ações de seguradores já presentes no mercado, as normas destinadas a coibi-las farão parte da regulação concorrencial do setor, e não propriamente da regulação da livre iniciativa. Assim, sua fundamentação será deixada para o item seguinte.

b) Regulação concorrencial específica da atividade seguradora

A livre concorrência deve ser um dos fundamentos de regulação da atividade seguradora privada, tão importante quanto a busca por higidez do sistema. Essa afirmação encontra apoio tanto na teoria econômica quanto na jurídica.

A teoria econômica da regulação pressupõe que o mercado seja dominado por um monopolista, aplicando-lhe, portanto, o modelo de concorrência dos mercados dominados, por oposição ao modelo de concorrência perfeita.⁵¹

50 Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., p. 167-170.

51 Cf. Stephen Breyer, *Regulation and its Reform*, cit., p. 15 s.

O modelo de concorrência perfeita possui duas características básicas: (i) o preço de cada unidade produzida corresponde ao custo de produção, somado a uma margem de lucro que será suficiente para que o produtor mantenha o nível de investimentos adequado em sua empresa; e (ii) cada consumidor que deseje adquirir o produto terá condição de pagar o preço exigido pelo produtor. Para que a concorrência perfeita possa existir, é necessário que alguns requisitos sejam satisfeitos, a saber: (i) todos os concorrentes vendem produtos homogêneos, de tal modo que os consumidores são indiferentes a quem lhes vende o produto; (ii) a participação de cada concorrente no mercado é pequena em relação ao tamanho total deste, de tal modo que a redução ou o aumento da sua produção, ou até mesmo sua saída do mercado, não afetará as decisões dos demais concorrentes; (iii) há plena mobilidade de fatores, isto é, não há restrição para concorrentes ingressarem no mercado ou saírem dele; (iv) todos os participantes do mercado – concorrentes e consumidores – possuem informações sobre o preço e a quantidade dos produtos ofertados; e (v) não há economias de escala.⁵²

Obviamente o modelo de concorrência perfeita nada mais é do que um instrumento útil de análise, pois nenhum mercado satisfaz plenamente as condições acima. Admitindo-se, entretanto, a existência de um mercado perfeitamente competitivo, o resultado é que nenhum concorrente terá o poder de reduzir a quantidade de produtos ofertados, assim como nenhum concorrente terá o poder de elevar seus preços acima do nível competitivo.

Diferentemente do modelo acima, o modelo do monopólio pressupõe que apenas uma empresa ofereça um determinado produto no mercado. Essa empresa – o monopolista – possui um poder que os concorrentes do modelo acima não possuem. Se ele reduzir a quantidade produzida, a quantidade de produtos no mercado diminuirá, de tal modo que o preço de cada unidade aumentará. Dessa forma, o monopolista pode obter um preço maior por unidade de produto, bastando para tanto que produza uma quantidade menor.⁵³

Na percepção do economista, o "custo social" de um monopólio é equivalente aos prejuízos que ele cause à sociedade, subtraídos os eventuais ganhos que ele seja capaz de produzir. Os prejuízos consistem no fato de que o monopólio levará alguns consumidores a não adquirir o produto monopolizado, que seria sua primeira escolha. Esse produto será substituído por um similar, se houver, que não trará para os consumidores a mesma satisfação e o mesmo benefício que o produto monopolizado lhes teria proporcionado. Essa substituição é ineficiente e por isso é chamada de *custo social do monopólio*, ou *deadweight loss*.

52 Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 3; e Fábio Nusdeo, *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 302-303.

53 Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, cit., p. 11-13; e Fábio Nusdeo, *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, cit., p. 310-311.

Essa é, contudo, apenas uma parcela do custo social do monopólio. Outra parcela importante diz respeito aos custos que o monopolista terá para manter sua posição. Se novos concorrentes ingressarem no mercado, ele terá que baixar seus preços a níveis suficientes para excluí-los. Muitas vezes sua estratégia será a predação, consistindo em baixar preços abaixo do custo variável médio de produção. Essa estratégia gerará prejuízos que não aproveitarão ao consumidor, pois, uma vez excluídos os concorrentes, os preços voltarão a subir.

Além do chamado *deadweight loss*, o monopólio tem um efeito ainda mais pernicioso. Trata-se da transferência de renda dos consumidores ao monopolista. Essa transferência é artificial, pois provocada pelo monopolista, que detém poder suficiente para ditar os preços no mercado.

Por fim, a conduta do monopolista produzirá externalidades negativas, consistentes, por exemplo, na decisão de concorrentes potenciais de afastar-se do mercado, temendo a predação ou outra espécie de conduta lesiva à concorrência.⁵⁴

Em síntese, imaginando-se que não seja imposto nenhum tipo de regulação ao monopolista, a tendência é que ele provoque distorções no mercado em seu benefício, prejudicando os consumidores. Haverá aqueles que desistirão de adquirir o produto do monopolista, ou então aqueles que o adquirirão mesmo a um preço elevado. Em qualquer uma das situações, a coletividade perderá e o monopolista ganhará. Com o objetivo de impedir que isso ocorra, a teoria econômica sugere que a atividade do monopolista seja regulada.⁵⁵

A forma mais tradicional de regulação consistirá em controlar os preços do monopolista, assim induzindo-o a produzir mais unidades de seu produto. Porém, as dificuldades práticas de estabelecer um controle adequado de preços são imensas. Assim, esse mecanismo tenderá a ser empregado apenas quando o regulador estiver diante de um monopólio natural, isto é, diante de um mercado que não comporte mais de um concorrente.⁵⁶

Havendo a possibilidade de concorrência, a teoria econômica tenderá a estimulá-la ao máximo. O objetivo é que o mercado em questão chegue o mais próximo possível da concorrência perfeita. Assim, o escopo da regulação passa a

54 Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, cit., p. 17-26.

55 Cf. Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, cit., p. 15-16; e W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, 2. ed., Cambridge/Londres, MIT Press, 1995, p. 5-8.

56 É o caso, por exemplo, dos serviços de saneamento básico, que exigem pesados investimentos iniciais em máquinas, equipamentos e uma rede de distribuição e coleta. Esses investimentos são tão elevados que só podem ser recuperados pela prestação de serviços a um grande número de consumidores, em contratos de longa duração. Se houvesse a introdução de um concorrente, duas seriam as prováveis consequências: (i) os concorrentes cobrariam preços superiores ao preço cobrado pelo agente em situação de monopólio, pois a demanda atendida por cada um corresponderia, por hipótese, à metade da demanda do monopolista; e (ii) a qualidade do serviço seria inferior e/ou o serviço deixaria de atingir todos os consumidores.

ser o de reproduzir, por meio de normas, os pressupostos do modelo acima descrito.⁵⁷ Daí haver para a teoria econômica uma relação íntima entre regulação e concorrência.

Creemos que a teoria jurídica rumo para conclusões diversas daquelas obtidas pela teoria econômica, embora concorde que a livre concorrência deve ser um dos fundamentos da regulação. A diferença marcante é que juridicamente a livre concorrência é vista como um instrumento de garantia do conhecimento econômico, e não como um modelo concebido teoricamente e dotado de fins predeterminados, tais como a eficiência econômica.⁵⁸

57 Cf. George L. Priest, *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*, in *Journal of Law and Economics*, nº 36, p. 289-323.

58 Mesmo a doutrina econômica hoje reconhece que as tentativas de teorização do conhecimento econômico são sempre falhas, além de serem capazes de produzir resultados sociais indesejáveis. Admite-se que o conhecimento econômico é essencialmente prático, individual e não dotado de objetivos pré-determinados. Ser prático significa justamente a impossibilidade de ser teorizado. A teoria econômica pode e deve auxiliar na acumulação de conhecimento que permita escolhas mais acertadas aos agentes econômicos. Porém ela não deve se substituir à vontade desses agentes, que se forma sob a influência de diversas variáveis, muitas delas não redutíveis a equações ou modelos. Basta imaginar que freqüentemente uma pessoa se depara com situações em que o resultado de sua ação depende das ações de outras pessoas. Nessas situações é difícil afirmar que as preferências dessa pessoa se traduzem rigorosamente em sua ação, pois esta será escolhida levando em conta as ações das demais pessoas envolvidas e, em última análise, as preferências destas pessoas. O interessante dessa consideração é que ela nos leva a perceber que o comportamento de uma pessoa depende das demais pessoas à sua volta. Essa dependência é um claro indicativo de que o comportamento individual é valorado pelo indivíduo e pela sociedade. Há, portanto, uma variável importante a ser considerada nas ações de uma pessoa, porém essa variável não tem como ser conhecida teoricamente. É justamente pelas ações que ela se revela. O conhecimento econômico é também essencialmente individual. Essa afirmação não quer dizer que as decisões no campo econômico são tomadas sempre em função do interesse particular e da maximização da riqueza individual. O significado dela é bastante diverso. Trata-se de recusar a noção de que o conhecimento econômico possa ser homogeneizado e, dessa forma, coletivizado. Os agentes econômicos possuem características peculiares o suficiente para tornar verdadeiramente impossível traçar um plano que satisfaça a todos. As informações necessárias à tomada de decisões econômicas estão fragmentadas em sociedade e não são acessíveis a todos da mesma forma. É também incorreto supor que os agentes econômicos sejam dotados de um mesmo nível de poder no mercado, o que seria uma premissa para que suas decisões pudessem ser uniformes. Ao contrário, a realidade mostra que a assimetria de poder e informação constitui a regra, não a exceção. Daí porque dificilmente os pressupostos do modelo de concorrência perfeita apresentados neste capítulo são realizáveis. Por fim, é impossível predeterminar os objetivos dos agentes econômicos. As vontades individuais são dispersas e nada indica que elas venham a convergir. Estabelecer teoricamente os objetivos de cada um implicaria eliminar a liberdade humana no campo econômico e, dessa forma, a possibilidade de conhecimento. É justamente pelo conhecimento que as escolhas são reveladas e os objetivos individuais se formam. Cf. Amartya Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford (Inglaterra) e Cambridge (EUA), Blackwell, 1987; *Behaviour and the Concept of Preference*, in *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge (EUA)/Londres, Harvard University Press, 1982, p. 54-73; e *Choice, Orderings and Morality*, in *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge (EUA)/Londres, Harvard University Press, 1982, p. 74-83.

O conhecimento econômico é o processo pelo qual, dadas as nossas preferências e as escolhas possíveis, tomamos uma decisão. Esse processo é vivido permanentemente pelos consumidores. Entretanto, só é possível conhecê-lo se houver escolhas que sejam capazes de revelar nossas preferências. E a multiplicidade de escolhas depende fundamentalmente da existência efetiva de concorrência, pois é esta que permitirá o surgimento e a convivência de diversos agentes econômicos no mercado, oferecendo produtos e serviços que os consumidores tenham interesse em adquirir.⁵⁹

A regulação, por sua vez, consiste em um conjunto de normas destinadas a ordenar a atividade econômica. Ordenar significa determinar ou influenciar de maneira relevante as principais variáveis de qualquer atividade: barreiras à entrada, preço, quantidade produzida, canais de distribuição, entre outras. Regular significa, portanto, impor comportamentos ao agente econômico.⁶⁰

A imposição de comportamentos ao agente econômico não constitui um fim em si mesmo. Ao contrário, presta-se a manter o mercado como um ambiente em que todos os participantes possam realizar suas escolhas com liberdade, sem serem coagidos por outros que detenham poder para tanto.⁶¹ Assim, eventuais restrições comportamentais impostas a alguns se revertem em benefícios à coletividade.

59 A origem do conceito ora apresentado está na concepção hayekiana da concorrência como *Entdeckungsverfahren*, ou seja, como um processo de descoberta, por parte dos consumidores, de suas preferências. Esse processo só é possível em um universo rico de alternativas de consumo. A tarefa do direito concorrencial é justamente garantir a preservação desse universo (cf. Friedrich August von Hayek, *Individualism and economic order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948). A concepção hayekiana foi aprofundada por Ernst-Joachim Mestmäcker em trabalhos clássicos (cf. Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung, in *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, 2. ed., Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 15-32; *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, cit.). Nas palavras do próprio autor, “bei der Verkehrswirtschaft handele es sich nicht um eine von Menschen geschaffene, sondern um eine von ihnen entdeckte Ordnung; das Unterworfensein von Individuen, die zu selbstbestimmten Plänen ermächtigt seien, unter ein für alle gleiches, nur die Prozedur regelndes Gesetz sei identisch mit dem, was politisch, sozial und rechtstaatlich als Freiheit bezeichnet werde” (cf. *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, cit., p. 36). “Das Recht ist nicht auf die Konstanz von bestimmten Systemfunktionen gerichtet, auch nicht auf die Gewährleistung bestimmter sozialer Ergebnisse. Seine Aufgabe ist es, die Bedingungen zu erhalten, unter denen der Prozess funktionaler Differenzierung es dem einzelnen gestattet, sich ‘je in seiner Besonderheit’ befriedigt zu finden” (cf. *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, cit., p. 24).

60 Cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, cit., cap. I. É também bastante citada a definição de Vital Moreira, para quem a regulação é “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos” (cf. *Auto-regulação profissional e administração pública*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 34).

61 Se o fundamento da regulação é a garantia do conhecimento econômico prático e individual (v. nota 58 deste capítulo), ela não pode estar vinculada a soluções jurídicas determinadas. Deixa de existir a solução econômica justa que precise apenas ser convertida em norma jurídica. Se o conhecimento é algo fragmentado e impossível de ser teorizado, seria inadequada a regulação

O mesmo se passa com a tutela da livre concorrência. Ela visa a preservar condições mínimas de ingresso e permanência no mercado, ao mesmo tempo em que deve proteger os consumidores. O resultado dessa dupla finalidade do direito concorrencial (proteção da concorrência e dos consumidores) é o estabelecimento de normas de controle de estruturas e condutas anticoncorrenciais (cf. artigos 54 e 20 da Lei nº 8.884/94). Note-se que o efeito prático dessas normas é também o de restringir comportamentos individuais em proveito da coletividade.⁶²

Assim, pode-se afirmar que livre concorrência e regulação em certo sentido se confundem, haja vista que a função de ambas é assegurar um ambiente econômico livre, em que os agentes – concorrentes e consumidores – possam fazer suas escolhas a partir de alternativas concretas. Daí segue que a regulação far-se-á em larga medida com base em normas do direito concorrencial. A diferença está principalmente na forma de intervenção: enquanto o direito concorrencial atua passivamente, zelando para que um ambiente de trocas econômicas livres seja preservado, a ação da regulação é muito mais interventiva, partindo do pressuposto de que esse ambiente precisa ser concebido. A tarefa da regulação é justamente criar um sistema concorrencial onde ele não existe, ou está severamente ameaçado.⁶³

Feitas essas considerações, passemos à análise da livre concorrência como fundamento de regulação da atividade seguradora.

que procurasse definir os fins da atuação de concorrentes e consumidores. Soluções como a do controle de preços não fazem mais sentido, porque deixa de ser papel do regulador representar o consumidor na fixação do preço considerado ideal. Ao contrário, o papel do regulador deve ser o de impor normas que impeçam o abuso de preço, permitam a entrada de novos concorrentes, garantam o acesso do consumidor a informações amplas sobre as condições de oferta, entre outras. Uma vez colocadas essas normas, deverá o consumidor definir suas preferências e decidir se está ou não disposto a pagar o preço que lhe é oferecido. Em suma, o papel do regulador é criar um ambiente no qual se desenvolva o conhecimento econômico. Se este é um processo pelo qual os agentes tomam decisões em vista de suas preferências e das escolhas possíveis, a regulação deve ser essencialmente procedimental, ou seja, deve garantir que o processo econômico – assim entendido como a continuidade de trocas no mercado – se desenvolva e seja capaz de propiciar decisões livres. A liberdade consistirá justamente na ausência de coerção, abusividade, tentativas de dominação ou exclusão, entre outras distorções. É nesse sentido que cabe falar em procedimentalização da regulação. Os agentes econômicos devem ter liberdade para coordenar suas ações entre si. Devem participar diretamente das decisões econômicas, que não podem ser impostas ou intermediadas pelo regulador. A este cabe apenas zelar para que o processo de descoberta das melhores escolhas transcorra normalmente, sem que haja abusos e violações de direitos. Passa a lhe ser vedada a pré-determinação das escolhas, que devem ser reservadas aos agentes econômicos em suas múltiplas relações no mercado – cf. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, cit., p. 15-32; e *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, cit., p. 33-68.

62 Para um exame aprofundado das finalidades do direito concorrencial brasileiro, v. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., e *Direito Concorrencial: as Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

63 Cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*, cit., p. 31.

Sob a perspectiva econômica, estimular a livre concorrência no mercado de seguros faz sentido, pois se trata de um mercado claramente imperfeito e tendente à formação de monopólios. A homogeneidade de serviços não é completa, os concorrentes em geral possuem participações elevadas de mercado em virtude da presença de economias de escala, não há plena mobilidade de fatores e a assimetria de informações entre seguradores e consumidores é significativa. Em suma, nenhum dos pressupostos do mercado perfeitamente competitivo está presente.

Sob a perspectiva jurídica, estimular a livre concorrência no mercado de seguros também faz sentido. Com efeito, trata-se de um mercado de acesso e permanência controlados, em que o Estado, para garantir a integridade patrimonial dos consumidores, estabelece condições mínimas de higiene para o exercício da atividade econômica. Esse fato, como visto no item anterior, reduz sensivelmente o número de agentes capazes de ingressar e permanecer na atividade. Além disso, as economias de escala são elevadas e os ganhos de eficiência aumentam à medida que as carteiras do segurador se avolumam. Daí segue que a concorrência na indústria de seguros é tipicamente oligopolista: há poucos concorrentes detendo a totalidade ou a maioria das participações no mercado.⁶⁴

A principal consequência jurídica das considerações acima é que a livre concorrência no mercado de seguros não deve ser atingida exclusivamente pela via passiva do direito concorrencial. Exatamente ao contrário do que propõem os teóricos da desregulamentação, trata-se de uma tarefa específica da regulação.

Não raro o comportamento concorrencial dos oligopolistas é mal interpretado. A causa disso é relativamente simples de ser compreendida. As participações no mercado próximas e expressivas em relação ao total de mercado das várias empresas oligopolistas fazem com que o comportamento de uma tenha efeitos importantes sobre a outra. Uma empresa é dependente do comportamento da outra, no sentido de que variações na quantidade produzida e no preço de uma empresa podem influenciar decisivamente a lucratividade e o faturamento da outra. Por essa razão, a competição frequentemente faz com que uma empresa acompanhe de perto e até mesmo imite o comportamento da outra.⁶⁵

A teoria acima foi originariamente elaborada em 1962 por Turner.⁶⁶ Para esse autor, a racionalidade oligopolista consiste em adotar comportamentos paralelos em relação aos preços. O poder recíproco dos participantes do mercado obriga-lhes a adotar esses comportamentos. E isso não necessariamente é decorrência de um acordo entre eles.

64 Vimos no Capítulo 3 que dez companhias respondem por cerca de 80% do mercado segurador brasileiro.

65 Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., p. 135 s.

66 Cf. Donald F. Turner, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *Harvard Law Review*, nº 75, 1962, p. 655 s.

Daí decorre uma intransponível falta de certeza em relação ao comportamento dos oligopolistas e às intenções dos mesmos. Não é possível presumir o comportamento paralelo intencional, e, mais importante do que isso, não é possível deduzir de comportamentos paralelos isolados o objetivo de dominar o mercado.

De certo modo, a teoria dos jogos manteve a idéia acima ao demonstrar que o comportamento dos participantes de um oligopólio não é totalmente previsível.⁶⁷ Haverá situações em que os oligopolistas tenderão a cooperar entre si – é o caso dos jogos de rodadas infinitas –, assim como haverá outras em que a concorrência entre eles será predatória, como no caso dos jogos de rodadas finitas. O problema é que em ambas as situações os preços dos concorrentes guardarão grande proximidade entre si. Torna-se difícil, portanto, determinar em qual delas a proximidade é fruto de colusão, predação ou simplesmente de saudável concorrência.

Aplicando as considerações acima ao mercado de seguros, veremos que são graves os riscos a que concorrentes e consumidores estão expostos. Em primeiro lugar, a estrutura do mercado é propícia à colusão, isto é, à cooperação entre concorrentes com a finalidade de fixar conjuntamente preços excessivos aos consumidores. Desnecessário justificar o quanto isso pode ser lesivo à coletividade: de um lado, teremos segurados pagando mais do que o razoável pelos serviços dos seguradores. De outro, teremos pessoas excluídas do universo de consumidores pela falta de recursos suficientes para adquirir uma apólice.

Em segundo lugar, o risco de predação. Já fizemos menção a ele no item 4.1 como uma ameaça à higiene do mercado segurador. É preciso criar mecanismos de monitoramento dos preços, de tal modo que comportamentos tendentes à predação sejam imediatamente identificados e punidos. Não se pode conceder o benefício da dúvida a um possível predador, pois isso implica assumir o risco de quebra de concorrentes e até mesmo de uma crise sistêmica.

Além da colusão e da predação, há certamente outras condutas que encontrarão no mercado segurador um ambiente propício à proliferação. Delas trataremos especificamente no Capítulo 9. Isso porque os exemplos mencionados são suficientes para concluir que a livre concorrência e os consumidores estão constantemente ameaçados no campo dos seguros. Além disso, o padrão concorrencial da indústria é diferenciado e requer tratamento normativo específico. Não se pode deixá-la ao controle passivo do direito antitruste. É preciso impor aos agentes um conjunto de comportamentos capazes de assegurar efetivamente a livre concorrência. Numa palavra, é necessário estabelecer uma regulação concorrencial. No mercado de seguros, é a regulação – e não o direito antitruste em sua forma tradicional – que será capaz de controlar o exercício abusivo do poder econômico e ao mesmo tempo fazer com que o consumidor de seguros possa escolher entre diversos tipos diferentes de serviços.

67 Cf. Douglas G. Baird et al. *Game Theory and the Law*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1994.

Em suma, cabe ao regulador agir de forma interventiva e criar as condições para que um ambiente econômico livre – isto é, despido de abusos e coerções – seja mantido. Daí por que a promoção da concorrência na atividade seguradora não deve levar à desregulamentação. Ao contrário, o caminho adequado é o da regulamentação concorrencial extensa e profunda.

4.3 Proteção do consumidor

Como se sabe, o regime da produção em massa, desencadeado pela Revolução Industrial, resultou na separação da sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. O primeiro grupo é composto por aqueles que controlam os bens de produção, enquanto o segundo é, de modo geral, composto por aqueles que são obrigados a se submeter a esse poder de controle.⁶⁸ Tal separação exigiu que se criassem normas destinadas a proteger os consumidores, considerados a parte mais fraca nas relações contratuais travadas entre os dois grupos. É essa a origem histórica da proteção assegurada pelo artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, bem como do nosso Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

A prestação de serviços securitários é expressamente mencionada no § 2º do artigo 3º do CDC. Assim, sempre que o segurado contratar os serviços do segurador na condição de destinatário final⁶⁹ – e esse será o caso da grande maioria dos contratos –, deverá ser considerado um consumidor no sentido estrito dessa lei.

O regramento das relações de consumo é extenso e decorre primeiramente do CDC. É certo que em todo contrato haverá espaço para regular as particularidades de uma relação entre consumidor e fornecedor, porém parcela significativa dessa relação já está definida antes mesmo de seu nascimento, pois assim determinou o legislador ao estabelecer um conjunto amplo de normas cogentes no CDC. Daí decorre que a posição jurídica de consumidor implica automaticamente uma série de direitos (cf. artigo 6º do CDC).

O segurado nada precisa fazer, portanto, para gozar do direito a informações claras e amplas, bem como de proteção contra cláusulas contratuais abusivas, entre outros muitos direitos atribuídos pela lei ao consumidor. A regulação protetora do consumidor de seguros é inquestionavelmente ampla.

Opondo-se a esse quadro de ampla proteção, os teóricos da desregulamentação sustentam que a extensa regulação das relações contratuais entre seguradores e consumidores se reverte em prejuízos para os últimos, pois ela impede que novos

68 Cf. Fábio Konder Comparato, A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 475.

69 Para uma visão ampla das diferentes interpretações que a expressão “destinatário final” comporta, v. Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 26 s.

serviços sejam desenvolvidos com rapidez, dinamismo e especificidade, de tal modo que eventuais necessidades individuais dos segurados acabam relegadas a um segundo plano.

Ocorre que o contrato de seguro, talvez mais do que qualquer outro, exige a padronização. Esta é um dos alicerces da técnica securitária, conforme visto no Capítulo 5. O segurador que abrir mão da padronização contratual em benefício de um segurado prejudicará a si e aos demais segurados. Ao invés de lutar contra essa característica peculiar da atividade, a regulação deve reconhecê-la como premissa. Daí resulta que, como contrapeso à posição superior do segurador, a quem é assegurado o direito de redigir e impor unilateralmente as cláusulas do contrato, deve a regulação prover normas capazes de proteger os segurados.⁷⁰

Tal proteção pode ser dividida em dois aspectos fundamentais: transparência contratual e defesa contra abusos. A transparência diz respeito ao dever do segurador de veicular informações de forma clara e completa, bem como de redigir contratos de forma simples e compreensível aos segurados. Já a defesa contra abusos compreende o conjunto de normas destinadas a prevenir a redação de cláusulas que proporcionem vantagens excessivas ao segurador. Presta-se ainda a impedir que os segurados sofram perdas não previstas contratualmente.⁷¹

Normas de proteção contratual também cumprem funções complementares a normas baseadas em outros fundamentos de regulação da atividade seguradora. A título exemplificativo, é histórica na regulação de seguros a noção de que o direito concorrencial não é um instrumento suficiente para conter condutas discriminatórias face aos segurados. Consequência disso é que o ilícito da discriminação é reprimido em larga medida por normas de proteção contratual. Outro exemplo interessante de convergência dos fundamentos é o das normas sobre propaganda. De um lado elas obedecem ao dever de transparência e estão, portanto, ligadas ao fundamento de proteção contratual. De outro elas auxiliam na defesa da concorrência, na medida em que reduzem o poder de coerção e influência do segurador sobre os segurados.

70 Cf. Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., p. 26: “Habrá de aceptarse, como valor definitivamente entendido que, como la técnica o modalidad de la contratación predispuesta no deja al asegurado otra alternativa que no sea la de adherir a un esquema rígido y uniforme o no contratar, colocándolo desde la génesis negocial es una posición de desigualdad (debilidad) formal, la consecuencia que de ello se deriva, es la necesidad de consagrar una sólida plataforma normativa que tienda a satisfacer la legítima tutela de sus derechos contra posibles abusos.”

71 Cf. Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, cit., capítulos XVII e XIX.

Em vista das considerações acima, parece não restar dúvida que a regulação deve continuar a se apoiar na proteção do consumidor como um de seus fundamentos.⁷² A crítica dos teóricos da desregulamentação não se sustenta.⁷³

Essa conclusão, entretanto, não encerra o debate sobre o tema. Cumpre indagar ainda se o CDC deveria ser complementado por normas específicas de proteção dos segurados. A resposta é afirmativa pelas razões que seguem.

A despeito das regras de transparência e proteção contra cláusulas abusivas, muitas vezes o segurado tem dificuldade de compreender aspectos técnicos importantes de sua apólice, ou mesmo de identificar potenciais abusos nela. Assim, por exemplo, ele provavelmente não saberá dizer se os critérios a serem empregados na liquidação de uma indenização lhe serão benéficos ou não, pois não tem como conhecer de antemão os resultados práticos que aqueles critérios produzirão. Outro exemplo é o da cláusula de riscos excluídos. Não raro o segurado não sabe determinar se a redação da cláusula permitirá ao segurador limitar o escopo das garantias oferecidas, pois sua interpretação é difícil para a maioria dos consumidores.

Incertezas como as citadas proliferam no mercado de seguros e clamam por uma proteção específica dos segurados, cuja responsabilidade é tipicamente atribuída ao ente regulador. Caberá a ele, por exemplo, determinar por ato normativo os critérios e índices a serem empregados na liquidação de uma indenização, assim como a relação mínima de riscos que obrigatoriamente serão cobertos por uma espécie de seguro.

Dir-se-ia que o CDC confere proteção suficiente ao consumidor de seguros e que uma regulação complementar seria dispensável. Segurados eventualmente descontentes com o comportamento de seus seguradores poderiam ingressar em juízo e fazer valer seus direitos. Uma solução desse tipo é, contudo, inadequada por duas razões.

Primeiramente, os segurados que de fato vão ao Poder Judiciário constituem um grupo marginal em relação ao universo de consumidores de seguros. Não faz sentido que aqueles que não ingressam em juízo – porque cientes dos custos e da morosidade do processo – fiquem desamparados.

72 Essa conclusão é admitida até mesmo em países como a Inglaterra, tradicionalmente mais liberais em relação ao tema. Cf. John Birds, *Insurance Law Reform for the Benefit of the Consumer: Some Lessons from Australia*, in *Consumer Protection in Financial Services*, Londres, Kluwer, 1999, p. 199 a 215; e Chris Willett e Norma Hird, *Consumer Protection in Insurance Contracts*, in *Consumer Protection in Financial Services*, cit., p. 219-233.

73 Sem prejuízo dos argumentos acima apresentados, a proteção do consumidor poderá ser flexibilizada para atender às necessidades específicas de determinados segurados. Porém estes serão, em regra, grandes segurados dotados de vontade, poder e discernimento para querer negociar ao menos parte das cláusulas de suas apólices. Ou seja, constituirão uma exceção à esmagadora maioria dos casos.

Em segundo lugar, ao instituir regras ainda mais específicas de proteção do consumidor de seguros, o regulador contribui para dissipar dúvidas e facilitar as relações com o segurador. A certeza sobre direitos e obrigações de ambas as partes reduz os custos de transação entre elas e acaba por estimular o consumo de seguros.⁷⁴

Pode-se afirmar que o regulador, ao estabelecer regras próprias de proteção do segurado, em boa medida nada mais faz do que interpretar disposições gerais do CDC especificamente à atividade seguradora. Ao fazê-lo, atribui ao consumidor de seguros um *status* específico. Este deixa de ter uma simples situação contratual que poderá variar conforme o segurador e as regras contidas em cada apólice. O reconhecimento de um *status* implica que o consumidor de seguros será tratado pelo regulador de forma tão específica que da celebração de qualquer contrato decorrerá automaticamente um conjunto mínimo de regras de transparência e proteção contra abusos. Tais regras se prestarão a eliminar conflitos entre segurador e segurado que às normas gerais do CDC não teriam como conter.⁷⁵

Em suma, o consumidor de seguros deve ser protegido por uma regulação específica. A existência dessa regulação tende a facilitar as operações no mercado, reduzindo os custos de transação e permitindo que mais consumidores tenham acesso aos serviços dos seguradores.

4.4 Cooperação

O trabalho de Axelrod representou uma importante contribuição à teoria econômica.⁷⁶ Seu mérito consiste em demonstrar que a cooperação pode frequentemente representar uma forma de comportamento social mais vantajosa do que a competição. Segundo o autor, para que ela possa florescer alguns requisitos devem ser preenchidos. Em primeiro lugar, convém que o número de participantes seja pequeno. Em segundo lugar, todos devem ter o mesmo nível de informa-

74 Abraham resume o problema dos custos de transação enfrentado pelo segurado da seguinte forma: "often potential insureds do not have complete information about the risks they face or the scope of the insurance coverage that is available to them. Unless they pay in time or money to inform themselves, they may make risk-related decisions that do not entirely serve their interests" (cf. *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy*, cit., p. 14).

75 Tal como empregados no clássico trabalho de Rescigno, situação e *status* se exprimem de modo diverso e são valorados diversamente. A situação tem caráter episódico e temporal: um fragmento de ação e vida confinado a uma relação contratual específica. O *status*, ao contrário, reclama a idéia de posição pessoal duradoura, amparada pela instituição permanente de prerrogativas e deveres. O *status* é, portanto, a posição que o indivíduo assume em sociedade enquanto membro de uma determinada categoria. É nesse sentido que cabe falar em *status* do consumidor: uma posição em sociedade que implica uma multiplicidade específica de direitos e deveres. Cf. Pietro Rescigno, *Situazione e Status nell'esperienza del Diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1ª parte, Padova, Cedam, 1973, p. 209-229.

76 Cf. Robert Axelrod, *The evolution of cooperation*, Basic Books, New York, 1984.

ção uns sobre os outros. Por fim, as relações entre os participantes devem ser continuadas, isto é, não ocasionais.

No mercado de seguros, por vezes a cooperação entre agentes é capaz de produzir resultados melhores do que a competição. Não é por outra razão que ela é tradicionalmente vista como um fundamento de regulação da atividade.

Desregulamentar o mercado implicaria, como vimos no tópico 3 acima, elevar os requisitos de higidez econômico-financeira do segurador, entre eles o capital mínimo necessário para ingressar na atividade. Nesse contexto, é provável que as cooperativas de segurados fossem simplesmente banidas da regulação. A única forma aceitável de organização da empresa seguradora seria a sociedade anônima.

Além disso, o movimento em favor da desregulamentação da atividade seguradora sugere a aplicação vigorosa das leis antitruste, em especial daquelas destinadas a punir acordos horizontais entre concorrentes. Daí a tendência natural a tratar a cooperação entre seguradores como um ilícito *per se*.

Assim, admitindo-se que o mercado de seguros venha a ser realmente liberalizado, é provável que a cooperação desapareça como fundamento de regulação da atividade. Consideramos que isso seria um equívoco, pois ela pode ser valiosa sob diversos aspectos. É o que procuraremos demonstrar a seguir, examinando a cooperação entre segurados e entre seguradores.

a) Cooperação entre segurados

a.1) O interesse social e a teoria do contrato-organização

No setor de seguros, como vimos no Capítulo 3, a forma da sociedade anônima é dominante. Isso se explica facilmente. De um lado, o principal insumo da atividade seguradora é o capital. De outro, a sociedade anônima é a forma societária concebida para organizar interesses de pessoas que estão dispostas a entregar capital à empresa, esperando com isso ter um retorno sob a forma de dividendo. O interesse do sócio se casa perfeitamente com a forma da sociedade – é isso que faz com que as companhias de seguros sejam candidatas naturais a prevalecer no mercado.

De fato, foi isso que ocorreu no Brasil. As grandes companhias adquiriram tanta expressão no mercado de seguros que nem sequer cogitamos se haveria formas alternativas capazes de contemplar outros interesses no interior da sociedade seguradora, conjugando-os de maneira equilibrada com os interesses dos sócios capitalistas.

O fator capital não foi, contudo, a única razão por que as companhias acabaram por prevalecer. A regulação também contribuiu deveras para tanto, conforme tivemos ocasião de examinar no Capítulo 3. O resultado é que a forma capitalista da empresa seguradora atualmente é, salvo no segmento do seguro agrícola,

a única permitida. A julgar pelas bem sucedidas experiências alemã e norte-americana (cf. Capítulo 1), esse aspecto da nossa regulação merece ser revisto.

Fazer essa revisão implica indagar se há fundamento teórico para que a regulação privilegie o sócio capitalista e não permita que terceiros interessados na atividade seguradora – sobretudo segurados – possam também ser sócios de sociedade dedicada a essa atividade.

A teoria do contrato-organização é a que atualmente nos apresenta as respostas mais convincentes a essa indagação.⁷⁷ Sua origem está na teoria econômica, que concebe a empresa como um feixe de contratos.⁷⁸ Segundo essa concepção, há diversas possibilidades de coordenar a atividade econômica de uma ou mais pessoas. Uma delas consiste em que essas pessoas firmem contratos com um único ente, cuja função principal é desempenhar a atividade econômica por elas visada. Esse ente é justamente a empresa. É ela que organiza o feixe de contratos e, dessa forma, possibilita que a atividade econômica seja exercida.⁷⁹

A propriedade da empresa – que na presente análise engloba também o seu controle – é normalmente atribuída a uma pessoa ou a um grupo de pessoas que representam uma das diversas categorias de pessoas com quem a empresa costuma contratar.

Para determinar a quem se deve atribuir a propriedade da empresa, a teoria econômica leva em consideração a situação capaz de gerar os menores custos de transação. Esses custos, por sua vez, representam (i) a soma dos custos de contratar no mercado com aquelas pessoas que não são proprietários e (ii) os custos decorrentes da posição de proprietário para aqueles que são proprietários da empresa.⁸⁰

Os custos de contratação no mercado podem ser os mais diversos. Decorrem de contratos com clientes, fornecedores, trabalhadores, bancos fornecedores de crédito etc. Como regra geral, pode-se dizer que, se os custos de contratação são muito elevados para uma dessas pessoas, ela preferirá ocupar a posição de proprietário da empresa, desde que essa posição não implique custos ainda maiores.

77 Para uma análise ampla dessa teoria, v. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit.; e Calixto Salomão Filho, *Interesse Social: Concepção Clássica e Moderna*, in *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 13-42.

78 A concepção hoje conhecida da empresa como “nexus of contracts” partiu de Armen Alchian e Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Economic Review*, nº 62, 1972, p. 777 s.; e Michael C. Jensen e William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, nº 3, 1976, p. 305 s.

79 Cf. Henry Hansmann e Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, in *The Yale Law Journal*, v. 110, n. 3, 2000, p. 387-440.

80 Cf. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit., cap. 1.

Se não for possível tornar-se proprietária, essa pessoa terá ao menos o estímulo de celebrar contratos de longa duração com a empresa, pois assim espera se proteger contra ações oportunistas desta. No entanto, contratos desse tipo podem gerar riscos para ambas as partes contratantes. O principal risco é a possibilidade de alteração do substrato ou do ambiente econômico do contrato, de modo que uma parte realize ganhos extraordinários e a outra seja submetida a severas perdas. Daí por que a aquisição da empresa será sempre uma cogitação da parte contratante que estiver sujeita a elevados custos de transação.

De outro lado, os custos decorrentes da posição de proprietário da empresa podem ser divididos em três tipos: custos de supervisão da direção da empresa, custos de decisões coletivas e custos decorrentes da assunção de riscos.⁸¹

Os custos de supervisão da direção da empresa decorrem da fiscalização dos atos daqueles a quem foram delegados poderes. Em linhas gerais, são os custos de fiscalizar os administradores, somados às perdas ocasionadas pela eventual má gestão destes.

Os custos associados às decisões coletivas, por sua vez, correspondem ao custo de tomada de decisões no seio da empresa. Eles podem ser bastante elevados se forem muitos os seus proprietários. Pode ainda se verificar uma outra situação: muitos proprietários não exercem o poder de voto na empresa, e por isso as decisões acabam favorecendo apenas um pequeno número deles.

Por fim, os custos decorrentes da assunção de riscos. O principal deles é o de perda daquilo que tenha sido colocado à disposição da empresa. Há também o risco de não pagamento de dividendos. Em geral, os sócios capitalistas estão mais dispostos a assumir riscos do que outros possíveis sócios da empresa (clientes, fornecedores, trabalhadores etc.).

As considerações acima sobre a propriedade da empresa e a visão desta como um feixe de contratos nos conduzem a duas importantes observações.

A primeira delas diz respeito à grande importância da realidade econômica. Com efeito, a análise acima empreendida não leva em conta as normas jurídicas – centra-se nas possíveis relações entre os diversos agentes econômicos ligados à empresa, que estarão dentro ou fora dela conforme lhes seja mais útil.

A partir da primeira observação é que se chega à segunda: a concepção da empresa como feixe de contratos põe em evidência a multiplicidade de estruturas jurídicas que ela poderá adotar. Não estamos no mundo das formas societárias estritamente permitidas pela lei. A empresa poderá se organizar da forma mais conveniente àqueles que detêm interesses em relação a ela. Será proprietário aquele que tiver os menores custos de transação ao ocupar essa posição, e os maiores custos ao ocupar posição externa.

Nesse ponto saímos do campo econômico e entramos no jurídico. A teoria econômica, como não poderia deixar de ser, examina a realidade econômica e a coloca em primeiro plano. Cabe ao direito tomar o substrato desse exame e estabelecer normas para as estruturas organizativas das sociedades. É o direito que deve se preocupar em possibilitar a criação de estruturas societárias aptas a ordenar e proteger os mais variados interesses.

Nesse sentido, a teoria do contrato-organização tem a grande qualidade de lançar luzes sobre as formas societárias tradicionais e sugerir que elas sejam revistas. Aplicada às sociedades seguradoras, ela nos permite enxergar outras formas ao lado da sociedade anônima, em especial a cooperativa de segurados. É o que se verá a seguir.

a.2) As cooperativas como estrutura organizativa da atividade seguradora

O propósito de lucro é o principal elemento a diferenciar a sociedade anônima da cooperativa. De fato, nesta última não se objetiva o lucro, e sim a realização de determinada atividade capaz de gerar frutos a serem aproveitados pelos próprios sócios. Daí a definição do artigo 3º da Lei nº 5.764/71, segundo a qual “(c)elebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Na sociedade anônima, a figura central é o acionista. Ele tem, em princípio, uma posição adversa àquela ocupada pelos clientes da companhia: enquanto o acionista deseja que a companhia venda seus produtos ou preste seus serviços ao maior preço possível – pois isso lhe aumentará os lucros –, o cliente deseja exatamente o inverso.

Na cooperativa de consumidores – que é justamente o caso das cooperativas de seguros – esse antagonismo desaparece.⁸² O consumidor dos serviços que ela oferece é ao mesmo tempo seu sócio. Em razão disso, a finalidade última da sociedade coincide com a vontade do consumidor.

Daí decorre uma primeira importante conclusão: na cooperativa de seguros o interesse social não é ditado, como freqüentemente ocorre nas sociedades anônimas, por uma única pessoa, o acionista controlador. Ele é determinado pela vontade dos próprios segurados. É a série de contratos que estes celebram com a cooperativa que forma o conteúdo do interesse social desta. A considerar a conjunção de interesses entre segurado e seguradora, é razoável esperar que os preços dos serviços sejam menores. Eis aqui a primeira vantagem para o consumidor da forma cooperativa em relação às companhias de seguros.

81 Cf. Henry Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, cit., cap. 3.

82 Cf. Erich R. Pröls, *Versicherungsaufsichtsgesetz*, cit., p. 492; e Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito de Empresa*, cit., p. 400.

Além disso, o segurado poderá também influenciar a decisão sobre os tipos e a qualidade dos seguros que serão ofertados. É claro que o grau de influência individual exercido dependerá do número de cooperados. Não obstante, ao menos o segurado contará com a presunção de que as condições de prestação dos serviços serão estipuladas em seu interesse.

Há ainda outras vantagens para o consumidor. Ao analisarmos no Capítulo 1 a história das cooperativas de seguros nos Estados Unidos, ficou claro que uma das razões de seu desenvolvimento estava na dificuldade, por parte das companhias seguradoras, de avaliar corretamente os riscos a que uma determinada indústria estivesse submetida.

De fato, as empresas pertencentes a uma determinada indústria têm melhores condições de avaliar seus próprios riscos e assim podem, em cooperação, praticar prêmios mais baixos. Também a melhor técnica securitária empregada pela cooperativa representa uma garantia de maior solidez. Por fim, justamente porque a cooperativa conhece melhor os riscos específicos da indústria em questão, ela tenderá a realizar inspeções mais rigorosas e a impor aos segurados a adoção de medidas de segurança e redutoras de risco mais eficientes do que aquelas que uma companhia seguradora normalmente exigiria.

Em suma, a proteção dos interesses do segurado pode ser maior na cooperativa do que na sociedade anônima. Isso significa, portanto, que a cooperativa é um potente instrumento de concretização de um dos fundamentos da atividade seguradora: a proteção do consumidor.

O mesmo pode ser dito em relação ao fundamento da livre iniciativa. Isso porque a cooperativa representa um meio relativamente barato de ingresso na atividade seguradora. Cada segurado contribui com uma parcela pequena para a formação do capital da sociedade, não sendo necessário que uma única pessoa invista uma grande quantidade de capital com o objetivo de torná-la apta a concorrer.

a.3) A cooperativa de segurados como alternativa regulatória

Seria lícito indagar por que considerações sobre as vantagens de uma forma societária específica devem estar presentes em um trabalho sobre regulação da atividade econômica. Afinal, esta procura coordenar e ordenar as múltiplas relações entre agentes econômicos, porém não se ocupa de investigar as formas jurídicas adequadas a harmonizar interesses conflitantes no interior desses agentes – tal tarefa é tipicamente reservada ao direito societário.

Não obstante, vimos acima que uma forma adequada de regular a relação entre segurado e segurador pode ser justamente a internalização dos interesses do primeiro no segundo. É nesse ponto que o direito societário tangencia o direito regulatório. Com efeito, a cooperativa de segurados – que nada mais é do que uma forma societária de organizar a atividade econômica – pode ser uma alternativa

eficiente às tradicionais normas de regulação. De um lado, ela pode representar um meio alternativo de coibir abusos a que o segurado está sujeito na condição de consumidor, transformando-o em sócio da sociedade seguradora. De outro, ela pode auxiliar a regulação a estimular a livre iniciativa no mercado de seguros. Essa conclusão está, de resto, em perfeita consonância com a declaração em prol do cooperativismo expressa no artigo 174, § 2º, da Constituição Federal.

b) A cooperação entre seguradores

b.1) Critérios para o exame de licitude das cooperações

Acabamos de analisar a cooperação entre segurados como um dos fundamentos de regulação da atividade seguradora. O presente tópico se propõe a examinar uma outra forma de cooperação – aquela entre seguradores.

A cooperação entre empresas padece de um tradicional preconceito no direito concorrencial: ela costuma ser vista como um ilícito *per se*, ou seja, formalmente inadmissível.⁸³

Todavia, se nos dispusermos a uma análise mais detida das possíveis formas de cooperação entre empresas, veremos que em diversas situações elas podem ser benéficas à coletividade. Essas situações são, em geral, aquelas em que as empresas envolvidas não aumentam seu poder no mercado por causa da cooperação, cujo objetivo exclusivo é o aumento da eficiência produtiva ou tecnológica.

Antes de adentrar o exame dos tipos de cooperação entre seguradores, vejamos um pouco mais de perto as condições necessárias para que a cooperação entre concorrentes seja considerada lícita.⁸⁴

Quando dois concorrentes se reúnem e passam a realizar conjuntamente determinada atividade, faz-se necessário identificar primeiramente se estamos diante de uma hipótese de concentração ou de cooperação econômica.

Se a união dos concorrentes se dá por meio de uma mudança duradoura – por exemplo, os fabricantes de determinado bem passam a produzi-lo em uma única fábrica, com a eliminação de uma das unidades produtivas –, a concentração é evidente.

Outro ponto a ser examinado diz respeito à forma adotada para a associação entre concorrentes. Ainda que a realidade econômica tenha primazia sobre as

83 Cf. Jürgen Gotthold, *Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie. Kritische Bemerkung zur Neo-neoliberalen Theorie der Wettbewerbspolitik*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, v. 145, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1981, p. 286-340; e Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., cap. 4.

84 Para um exame aprofundado dessas condições, cf. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munique, Beck, 1974, p. 281 s; Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., p. 305 s; e Norbert Eickhof, *Kooperation, Konzentration und Funktionsfähiger Wettbewerb*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

formas jurídicas para efeito de análise das estruturas de mercado, estas podem em muitos casos sugerir que a concentração tenha ocorrido. Basta imaginar a hipótese de fusão, cujo resultado inquestionável é a diminuição de concorrentes no mercado.

No entanto, o critério central para concluir se estamos diante de concentração ou cooperação parece ser o seguinte: enquanto na primeira verifica-se a unificação de centros decisórios, na segunda os concorrentes permanecem autônomos para a maioria de suas decisões empresariais, unificando apenas algumas delas.⁸⁵

Na concentração, portanto, dois concorrentes passam a atuar como único agente em todas as suas operações econômicas. A cooperação, por sua vez, é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo.

Com a evolução da doutrina concorrencial, passou-se a reconhecer a necessidade de analisar se o acordo cooperativo é capaz ou não de limitar substancialmente a concorrência, isto é, se ele gera poder excessivo no mercado ou não. Admitiu-se que, mesmo havendo essa limitação à concorrência, nem por isso o acordo deveria ser considerado automaticamente ilícito. Seria necessário ainda demonstrar a inexistência de justificativas que superassem os efeitos negativos do acordo (ganhos de eficiência, avanço tecnológico, benefícios aos consumidores etc.). Tratava-se, em suma, de aplicar a regra da razão à cooperação entre empresas.⁸⁶

Note-se, contudo, que a verificação e mensuração do poder no mercado oriundo da cooperação segue critérios diversos daqueles aplicados na análise das concentrações econômicas. Tratando-se de cooperação, não é possível determinar a existência de poder no mercado simplesmente a partir da soma das participações anteriores das empresas que decidiram cooperar. A análise estrutural do mercado não basta para a determinação da efetiva limitação à concorrência.

Em matéria de cooperação, o poder no mercado e o conteúdo do acordo devem ser analisados conjuntamente. Assim, o acordo de cooperação só gerará substancial limitação à competição caso o seu conteúdo leve à uniformização do comportamento dos agentes em matérias concorrenciais relevantes, tais como preço, produção, investimento, tecnologia e vendas. Se isso não ocorrer, mesmo que os agentes econômicos vinculados pelo acordo tenham alto nível de participação no mercado, nenhuma ameaça existirá à livre concorrência.⁸⁷

85 Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, cit., p. 281 s.

86 Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., p. 141 s; e p. 306-307.

87 Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as Estruturas*, cit., p. 309.

A partir das considerações acima, é fácil apontar os critérios fundamentais de avaliação da licitude de uma cooperação, quais sejam, o objeto e a finalidade do acordo.

O objeto do acordo diz respeito às variáveis concorrenciais sobre as quais o acordo incide. Se este interferir em variáveis importantes, tais como preço e quantidade produzida, será necessário verificar em que medida as restrições concorrenciais são compensadas por outros resultados (ganhos de eficiência, avanço tecnológico, benefícios aos consumidores etc.). Se a cooperação não tiver relação com as variáveis referidas, ele não traz nenhuma preocupação concorrencial.

A finalidade do acordo, embora vinculada a seu objeto, forma um critério autônomo de avaliação: é preciso verificar para que fim determinadas decisões empresariais são unificadas, pois essa unificação pode servir a propósitos juridicamente positivos ou negativos. Basta pensar em dois tipos de acordo de fixação de preços, para que se tenha uma noção da importância dessa afirmação. No mais comum deles – o cartel – a finalidade da cooperação é lesiva à coletividade e, por isso, deve ser considerada ilícita. Haverá, no entanto, situações em que os acordos de preços terão fins benéficos à manutenção da concorrência, como na associação de fornecedores de um determinado bem para estabelecer os preços mínimos de venda a um monopsonista. A falta de acordo poderia levar à quebra de um número substancial de fornecedores, em restrição muito maior para a concorrência do que a fixação conjunta de preços.

Vistas as condições necessárias para que a cooperação entre concorrentes seja considerada lícita, passemos à análise da cooperação entre seguradores como fundamento de regulação.

b.2) A cooperação entre seguradores como fundamento de regulação

A análise acima deixa claro que a cooperação entre empresas pode ter consequências positivas, e não deve ser tida necessariamente como um problema concorrencial. Muito menos como um ilícito *per se*. Como visto, o que importa fundamentalmente é analisar o conteúdo e os efeitos da cooperação.

No campo dos seguros, inúmeros são os acordos que versam sobre variáveis concorrenciais relevantes (preço, condições gerais, desenvolvimento conjunto de cálculos atuariais, entre outros). Nem por isso devem ser tratados como ilícitos. A propósito, vimos no item 2.4 supra que a regulação sempre entendeu que seu conteúdo deve ser examinado e que seus efeitos devem ser avaliados. Havendo razões para acreditar que eles podem gerar benefícios para os consumidores, devem ser considerados lícitos e até mesmo estimulados pelo regulador.

Por outro lado, acordos cooperativos não podem servir de instrumento para ações concertadas entre seguradores no intuito de lesar os consumidores. Conforme observado no item 2.4 acima, o fato de a cooperação ser usualmente permitida na indústria seguradora reforça a necessidade de controlá-la por meio de regulação.

Reconhecendo a necessidade de estabelecer critérios claros para a licitude de acordos cooperativos na indústria seguradora, o Conselho Europeu conferiu à Comissão Europeia, por meio do Regulamento (CE) nº 1.534, de 31 de maio de 1991, poder para que esta regulasse a imunidade antitruste aos seguintes acordos cooperativos na indústria de seguros: (i) fixação conjunta de prêmios com base em estatísticas determinadas coletivamente ou no número de sinistros; (ii) estabelecimento de condições gerais de apólices; (iii) cobertura em comum de certos tipos de riscos; (iv) regulação de sinistros; (v) verificação e aceitação de equipamentos de segurança; e (vi) pesquisa e troca de informações sobre riscos agravados.⁸⁸

A Comissão Europeia editou seu primeiro regulamento sobre a matéria em 1992 (Regulamento (CE) nº 3.932, de 21 de dezembro de 1992), e o substituiu recentemente pelo Regulamento (CE) nº 358, de 27 de fevereiro de 2003. As isenções à aplicação do controle concorrencial geral pouco mudaram de um regulamento para o outro, a sugerir que a cooperação trouxe resultados benéficos à coletividade. Afinal, cerca de dez anos separam os mencionados regulamentos. Esse período foi suficientemente longo para que as autoridades testassem os efeitos práticos dos acordos cooperativos no mercado de seguros. Se decidiram manter as isenções, pode-se concluir que a cooperação se provou boa para a sociedade.

Uma das primeiras considerações feitas no Regulamento (CE) nº 358/03 é que ele deve “satisfazer a dupla exigência de assegurar uma proteção efectiva da concorrência e de garantir adequada segurança jurídica às empresas”. O sentido dessa consideração é claro: a regulação da cooperação deve estimular os benefícios desta e ao mesmo tempo preservar a livre concorrência.

Nesse sentido, a primeira imunidade concedida diz respeito à elaboração conjunta de cálculos do custo médio anterior de cobertura de um risco específico (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 1º, alínea a). Trata-se de permitir que seguradores calculem conjuntamente os prêmios puros médios para seguros de vida, saúde, acidente e invalidez, desde que os cálculos sejam disponibilizados em condições razoáveis e não discriminatórias para seguradores já presentes no mercado e também para novos entrantes. A Comissão julgou que uma cooperação dessa natureza “permite melhorar o conhecimento desses riscos e facilita a sua avaliação pelas diferentes companhias. Por seu turno, tal pode facilitar a entrada no

mercado, revertendo assim em benefício dos consumidores. É contudo necessário garantir que essa colaboração só seja isenta na medida em que seja necessária para atingir aqueles objectivos. Por conseguinte, deve-se estabelecer que os acordos relativos aos prêmios comerciais não beneficiem de isenção; com efeito, os prêmios comerciais podem ser inferiores aos montantes indicados com base nos resultados dos cálculos, tabelas ou estudos em questão, uma vez que as seguradoras podem utilizar as receitas dos seus investimentos para reduzir os seus prêmios. Além disso, os cálculos, tabelas ou estudos em causa devem assumir uma natureza não vinculativa e ter apenas valor de referência” (Regulamento (CE) nº 358/03, considerando nº 10).

Três são os aspectos a ressaltar na consideração acima. Primeiramente, a Comissão reconheceu as vantagens para a higidez do mercado decorrentes da utilização de bases estatísticas mais abrangentes. Em segundo lugar, deixou claro que os benefícios oriundos da cooperação devem estar disponíveis a todos os seguradores – atuais e potenciais –, o que torna clara a preocupação com a preservação da livre iniciativa.⁸⁹ Por fim, a Comissão permitiu o cálculo de prêmios puros médios, excluídos os custos administrativos e demais custos da empresa seguradora, bem como mantida a liberdade individual de cada uma de fixar os prêmios aos consumidores finais. Essas duas últimas ressalvas visam claramente a preservar a livre concorrência tanto quanto possível.

A segunda imunidade concedida diz respeito à elaboração conjunta de estudos sobre o impacto provável de circunstâncias gerais externas às empresas seguradoras sobre a frequência e a dimensão de riscos futuros (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 1º, alínea b). As razões para tal concessão são basicamente as mesmas que dão suporte à primeira imunidade.

Item fundamental do regulamento é a terceira imunidade, concedida à elaboração conjunta de condições gerais de apólices (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 1º, alínea c). A Comissão entendeu que ela pode trazer diversas vantagens, facilitando a entrada de novos seguradores no mercado, bem como permitindo a organizações de consumidores que utilizem tais condições gerais como parâmetro de comparação com as apólices oferecidas pelos seguradores em geral (Regulamento (CE) nº 358/03, considerando nº 14). Condição para tanto é que as apólices elaboradas conjuntamente sejam meramente indicativas para os participantes do acordo, que poderão decidir livremente sobre o conteúdo de suas condições gerais (Regulamento (CE) nº 358/03, considerando nº 15 e artigo 5º). Se assim não fosse, a cooperação tenderia a trazer mais desvantagens do que vantagens para o consumidor.

88 A chamada “modernização” do direito concorrencial europeu, operada por meio do Regulamento (CE) nº 1/2003, de 16 de dezembro de 2002, não revogou o Regulamento (CE) nº 1534/91, de modo que a Comissão continua a ter a prerrogativa de estabelecer isenções antitruste a determinados tipos de acordo no mercado de seguros (cf. Regulamento (CE) nº 1/2003, considerando (10) e artigo 29º). A propósito, a Comissão já esclareceu que “(o) Regulamento (CE) nº 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado não afecta a validade e a natureza jurídica dos regulamentos de isenção por categoria. Todos os regulamentos de isenção por categoria permanecem aplicáveis e os acordos abrangidos por tais regulamentos são juridicamente válidos e aplicáveis (...)”. (Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81º do Tratado (2004/C 101/08), introdução, item 2).

89 Cf. Ernst-Joachim Mestmäcker e Ulrich Immenga, referindo-se ao Regulamento (CE) nº 3.932/92: “Mit der Freistellung soll einer grösseren Zahl von Versicherern der Marktzutritt ermöglicht und dadurch die Kapazität zur Deckung insbesondere von grossen, selten auftretenden oder neuartigen Risiken erweitert werden” (EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Munique, Beck, 1977, p. 669).

Outra importante isenção antitruste constante do acordo é aquela aplicável a *pools* de co-seguro e resseguro (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 1º, alínea e). A razão da isenção é clara: "permitir às empresas de seguro ou de resseguro oferecer um seguro ou um resseguro para os riscos em relação aos quais apenas poderiam propor uma cobertura insuficiente na ausência do *pool*". Mas não é só. A Comissão considera que esse tipo de cooperação pode "igualmente assistir as empresas de seguro ou de resseguro a adquirirem experiência no que se refere a riscos que desconhecem" (Regulamento (CE) nº 358/03, considerando nº 18). Assim, acordos relativos a riscos novos poderão ser firmados com duração de até três anos, tempo considerado suficiente pela Comissão para que a necessária experiência seja adquirida. Já em se tratando de riscos não novos, devem ser observados limites mais estritos em benefício da livre concorrência. Com efeito, acordos cooperativos entre resseguradores só terão imunidade se os contratos de resseguro firmados em virtude de cada acordo cooperativo não ultrapassarem 25% do mercado relevante. No caso dos acordos de co-seguro, esse percentual cai para 20% do mercado relevante (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 7º, item 2).

Por fim, a Comissão concedeu imunidade à criação e à divulgação de especificações técnicas e regras de conduta relativas a dispositivos de segurança que sirvam para prevenir a ocorrência de sinistros. A isenção permite ainda o desenvolvimento conjunto de especificações técnicas e procedimentos para avaliar as empresas que instalam e mantêm os referidos dispositivos de segurança. Condição para a imunidade é que as especificações técnicas, as regras de conduta e os procedimentos não estejam harmonizados conforme a legislação comunitária (Regulamento (CE) nº 358/03, artigo 1º, alínea f). O propósito da isenção é, portanto, permitir a pesquisa e o desenvolvimento de medidas e aparelhos de segurança contra sinistros, sob a justificativa de que os resultados obtidos serão mais eficientes do que na hipótese de cada segurador realizar a pesquisa isoladamente. Além disso, a pesquisa conjunta permitirá que um número maior de seguradores se beneficie de seus resultados, o que deverá se reverter em vantagens para o consumidor final.

Vê-se, portanto, que a cooperação na atividade seguradora pode se manifestar sob diversas formas e com grande frequência. Se isso é verdade, e se os resultados práticos que ela produz são benéficos à sociedade, não há por que tratá-la ilicitamente, como querem os teóricos da desregulamentação. Ao contrário, faz todo sentido mantê-la como um dos fundamentos de regulação do mercado.

4.5 A conjugação dos fundamentos

Ao longo da exposição acima ficou claro que os fundamentos de regulação da atividade mantêm íntima relação entre si. Diversas foram as referências ao caráter instrumental de um determinado fundamento à concretização de outro. Também houve menções aos riscos que surgem da aplicação irrestrita de um único

fundamento, na medida em que isso pode dificultar a sobrevivência dos demais. Daí por que, ao delimitar o conteúdo de um fundamento e aplicá-lo ao mercado, deve o regulador preocupar-se com a adequada conjugação deste com os demais fundamentos.

Essa preocupação deve levar o regulador a estabelecer critérios para a conjugação dos fundamentos. Nem sempre um fundamento será integralmente aplicado, o que não significa que ele tenha sido excluído do sistema normativo. Isso significa apenas que, avaliada uma determinada situação concreta, a aplicação de outros fundamentos se mostrou mais importante. Assim acontece, por exemplo, com a cooperação entre seguradores. Vimos que ela pode servir à proteção do consumidor, desde que lhe sejam impostos limites. Do contrário ela poderá lesar a livre concorrência e acabar prejudicando o consumidor, ao invés de protegê-lo. Segue daí que em determinados casos a cooperação deverá ser vedada pela regulação.

Em linhas gerais, podemos conceber três formas de conjugação dos fundamentos. A primeira consiste na situação em que a aplicação de um fundamento implica prejuízo aos demais. A segunda forma é a da neutralidade: a aplicação de um fundamento em nada modifica a possibilidade de aplicação dos demais. Já a terceira forma é aquela em que a regulação com base em um fundamento é útil à concretização de outros fundamentos.

A primeira forma não deve ser admitida. O princípio a ser seguido é o de que um fundamento pode e deve ser aplicado, porém desde que isso não impossibilite a aplicação dos demais. Assim, cabe ao regulador preocupar-se com a higidez do mercado, porém isso não deve chegar ao ponto em que a atividade seguradora privada seja estatizada, pois isso afrontaria o fundamento da livre iniciativa e livre concorrência.

A segunda forma tem um tratamento bastante simples: se da aplicação de um fundamento não resultar nenhum prejuízo ou benefício aos demais, o princípio a ser seguido é o de que ele seja aplicado integralmente, servindo de base à criação da regulação em toda sua extensão.

Por fim, a terceira forma requer maior sensibilidade do regulador. Caber-lhe-á medir em que extensão a regulação com base em um fundamento específico pode ser instrumental à concretização dos demais. Assim, ele deverá se preocupar não só com a aplicação prática de um fundamento, mas também com o modo pelo qual tal aplicação pode fortalecer outros fundamentos.

No universo prático da regulação da atividade seguradora, dificilmente encontraremos uma situação em que o uso de um fundamento poderá ser feito irrestritamente sem que haja prejuízo aos demais. Em regra, haverá limites para a regulação com base em um determinado fundamento. Exemplo claro disso é a livre iniciativa. É preciso estimulá-la, porém de tal forma que a higidez do mercado não seja comprometida. Daí segue que o ingresso no mercado deverá ser restritivo e não se deverá permitir a entrada de qualquer um. O mesmo vale ser

dito a respeito da livre concorrência, pois a concorrência excessiva também pode afetar negativamente a solidez do mercado. Mais uma vez, cabe à regulação impor certos limites, de que é exemplo o histórico controle de prêmios mínimos.

Também será difícil encontrar uma situação em que não seja possível, pela regulação de um fundamento específico, ampliar a efetividade dos demais. Isso está na própria natureza dos fundamentos. Como vimos, proteger a livre concorrência implica defender a solidez do mercado, pois condutas anticoncorrenciais, se não reprimidas, podem levar ao comprometimento irremediável da higidez econômico-financeira de concorrentes. Outro exemplo claríssimo está na relação entre os fundamentos de higidez e proteção do consumidor. Regular bem o primeiro é condição essencial de efetividade do segundo.

Assim, as três formas de conjugação dos fundamentos acima sugeridas nada mais são do que modelos de análise, a serem empregados para facilitar o raciocínio do regulador diante das situações práticas que terá que enfrentar.

4.6 Funções da atividade seguradora privada e regulação

No Capítulo 4 foram analisadas as funções típicas da atividade seguradora: proteção patrimonial, expansão da capacidade econômico-financeira do segurado e redistribuição. São funções natas da atividade, que constituem a sua própria razão de ser.

Há uma dupla relação entre as funções da atividade seguradora e seus fundamentos. A primeira consiste no fato de que os fundamentos respaldam sua legitimidade nas funções. É certo que esse respaldo também vem do sistema normativo, pois todos os fundamentos apresentados encontram indiscutivelmente abrigo na Constituição Federal, em especial no título relativo à ordem econômica e financeira (artigo 170 e seguintes). Porém isso não torna menos importante a constatação de que os fundamentos também existem por causa das funções da atividade.

Com efeito, a higidez econômico-financeira do segurador não é um fim em si – ela visa a que a atividade seguradora possa cumprir apropriadamente sua função de proteger o patrimônio dos segurados. Na ausência de normas de higidez, essa função desapareceria e os consumidores tenderiam a procurar outras formas de garantia patrimonial.

O mesmo pode ser dito em relação à livre iniciativa e à livre concorrência. Adota-se em relação a elas a premissa de que gerarão um número maior e uma melhor qualidade de serviços aos consumidores interessados em contratar um seguro. Dessa forma haverá naturalmente oferta maior e mais variada de segurança patrimonial no mercado, o que por sua vez resultará em maior expansão da capacidade econômico-financeira dos segurados e maior redistribuição de riscos.

O caso da cooperação é talvez ainda mais claro. A finalidade última das normas sobre cooperativas de segurados não é outra senão expandir a oferta de pro-

teção patrimonial e promover a redistribuição. A alternativa da cooperativa permite que segurados se reúnam e obtenham uma proteção que talvez não encontrariam no mercado. Ao fazê-lo, redistribuem naturalmente seus riscos individuais no interior do grupo. O mesmo pode-se dizer com relação à cooperação entre seguradores: ela dá maior solidez ao mercado e expande sua capacidade seguradora, de tal modo que mais proteção patrimonial poderá ser oferecida por meio de contratos de seguro. Decorrência espontânea disso é que a redistribuição de riscos em sociedade será maior.

Por fim, a proteção do consumidor. Protegê-lo significa, em última instância, garantir seu direito à prestação de segurança por parte do segurador. Significa também assegurar que ele poderá dispor de seu patrimônio com maior liberdade do que faria se não existisse a segurança oferecida pelo segurador. É, portanto, clara a legitimação das normas de proteção do consumidor em duas funções da atividade seguradora.

A segunda relação entre as funções da atividade e seus fundamentos é, por assim dizer, consequência da primeira. Se admitirmos que as funções legitimam os fundamentos, impõe-se que os fundamentos sejam orientados a assegurar o cumprimento das funções. Isso significa que o mercado deverá ser regulado de tal modo que as funções da atividade seguradora se mantenham sempre efetivas.

5 Conclusões

As conclusões a que chegamos a partir do exposto são as seguintes:

- i) a atividade seguradora deve ser regulada com a finalidade de criar e manter um ambiente econômico livre, isto é, um mercado em que seguradores e consumidores tomem suas decisões e façam suas escolhas a partir de alternativas possíveis e concretas;
- ii) a desregulamentação da atividade seguradora implicaria o risco de graves lesões à coletividade;
- iii) os principais fundamentos de regulação da atividade seguradora são cinco: higidez econômico-financeira do segurador, livre iniciativa, livre concorrência, proteção do consumidor e cooperação;
- iv) os fundamentos acima devem ser a base das normas de regulação da atividade seguradora, cabendo ao regulador conjugá-los de forma a assegurar a efetividade constante de todos; e
- v) os fundamentos de regulação da atividade seguradora encontram sua legitimidade nas funções típicas dessa atividade: proteção patrimonial, expansão da capacidade econômico-financeira do segurado e redistribuição. Sua aplicação deve garantir o cumprimento dessas funções.

