

Amadeu Carvalhaes Ribeiro

Direito de Seguros

Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2006

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. Conseqüentemente, 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 hígidez 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 conseqüências: (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. Conseqüência 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 as 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.

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

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.

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

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).

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.

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 ilícitamente, 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.

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 ativida-

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. Conseqüentemente, 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

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.”

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.

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.

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.

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 idéia será desenvolvida na segunda parte do presente trabalho, em especial no Capítulo 6.