

TENDÊNCIAS EM MATÉRIA DE RESSEGURO: CASO E OCASO BRASILEIRO*

Paulo Luiz de Toledo Piza

1. Falar sobre “tendências”, em matéria de resseguro ou qualquer outra, implica, ao menos do ponto de vista epistemológico, a identificação de alguma lei de tendência que determinaria o futuro. Talvez fosse o caso, diante disso, de lembrar a advertência de Hegel, malgrado nossa insipiência em filosofia, no sentido de que “o filósofo não se afina com profecias”, ou a resposta de Max Weber, ante insistentes apelos de um seu parecer sobre o pós-Guerra, de que “a cátedra não existe nem para os demagogos nem para os profetas”, em vista das quais Norberto Bobbio, convidado a falar sobre o futuro da democracia, disse que se limitaria a fazer “algumas observações” sobre o estado em que se encontravam os regimes democráticos – o que já seria “muito o que fazer”.¹

Vale considerar, de qualquer modo, como já apontou sagaz intérprete da obra marxiana – que buscou identificar e examinar as teses contraditórias presentes n’O Capital – que “prever as leis de tendência de uma sociedade é, para o marxismo, estabelecer o campo geral da evolução das suas determinações, os limites entre os quais aquela sociedade pode reconstituir-se e o tipo geral dos seus efeitos futuros, mas não essa realização em cada uma das suas formas concretas”.² Poderíamos, assim, ao menos atentar para a definição dos campos gerais, dos limites das formas de realização – o que, em tema jurídico, talvez se possa fazer buscando identificar, na experiência, as práticas atuais concretas e em gestação, em sua relação com o presente quadro normativo.

2. O momento atual, no Brasil, parece-nos particularmente rico para uma tal espécie de investigação, e isto por duas ordens de razão: de um lado, o processo de desmonopolização da atividade ressecuritária, desde 1939 nas mãos do hoje denominado IRB – Brasil Resseguros S.A., e, de outro, as dificuldades enfrentadas e alternativas exploradas pelos seguradores brasileiros durante o que, à falta de expressão melhor, vamos aqui denominar “período de transição”, do regime monopolístico para a “livre” exploração da atividade.

Importa, assim, comentar as medidas que estão sendo adotadas para a desejada “desmonopolização” do resseguro no Brasil e, em seguida, abordar duas práticas negociais (“cosseguro administrativo” e cláusula de cooperação) de que ultimamente vêm lançando mão alguns seguradores brasileiros.

Antes, porém, como contraponto, poderíamos anotar que alguns autores, ao menos na Espanha, referem estar o resseguro, hoje, passando por um processo de desnaturalización. A observação, por demais instigante, colhemos na “Nota Preliminar” de Fernando Sánchez Calero ao livro *El Reaseguro*, de Maria Concepción Hill:

* Texto submetido ao VI Congresso Ibero-Latinoamericano de Direito do Seguro, realizado em maio de 2000, na Colômbia. Paulo Luiz de Toledo Piza, advogado em São Paulo, associado ao escritório Ernesto Tzirulnik Advocacia, Mestre em Direito Internacional e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Cf. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. (Trad. bras. de Marco Aurélio Nogueira). S. Paulo: Paz e Terra, 1ª ed., 1984, p.17-8.

² João Bernardo, *Marx Crítico de Marx*. Porto: Afrontamento, 1ª ed., 1977, v.1, p.62 passim.

Álvaro Muñoz ... llama la atención sobre la desnaturalización que se está produciendo en la esencia del reaseguro, en especial a través de la imposición de rigurosas cláusulas de control del reasegurador, que anulan el papel del asegurador directo y suponen una auténtica simulación, con consecuencias negativas a las que el intérprete y el legislador deben hacer frente recogiendo las nuevas figuras contractuales.³

Se essa desnaturalização não pode ser tomada como lei de tendência, pode no entanto ser apontada no momento presente, quer em relação às práticas negociais hodiernas que escolhemos para tratar neste artigo, quer em relação aos intentos de promoção da “abertura” do mercado ressegurador à livre exploração dos particulares, sobre os quais nos debruçamos inicialmente.

Neste caso, aliás, a título de antecipação, esclarecemos que não nos posicionamos contrariamente à propalada “abertura”, mas é realmente de temer, à vista das medidas concretas que vêm sendo adotadas para tanto, uma desnaturalização da nova ordem ressecuritária brasileira em sua própria gênese – o que faz lembrar da conhecida advertência do prof. Goffredo da Silva Telles Jr., segundo a qual “a desordem é a ordem que não nos convém”.

3. A implementação do mercado aberto de resseguro, no Brasil, tem como marco inicial efetivo a Emenda Constitucional nº 13, de 1996, que alterou a redação original do art. 192 da Constituição Federal de 1988. No que aqui interessa, tal artigo, originalmente, dispunha:

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: ... II – a autorização para o funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador.

A citada Emenda Constitucional, no entanto, deu a esse inciso a seguinte redação: “II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.” Diante disso, a Federação Nacional de Seguros – FENASEG consultou alguns pareceristas, que não tardaram em dizer que tal alteração constitucional era suficiente para que os interessados passassem a operar o resseguro no país, apenas bastando que o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP editasse resolução normatizando o mercado e estabelecendo o procedimento para a concessão das autorizações para o funcionamento dos “estabelecimentos de resseguro”. Outros, laborando na mesma linha, apenas destoam no apontar a necessidade de lei ordinária que distribua a competência ao mesmo órgão, para regulamentar o resseguro.⁴

³ El Reaseguro. Barcelona: Bosch, 1995, p.12. Infelizmente, ainda não conseguimos dispor do artigo de Álvaro Muñoz referido por Sánchez Calero, “El reaseguro de los grandes riesgos”, o que em parte se pode debitar à dificuldade de obtenção, no Brasil, de livros jurídicos estrangeiros, notadamente sobre tema tão ausente na literatura jurídica nacional.

⁴ Curioso notar que, dentre os pareceristas consultados, há quem tenha sustentado, mesmo à vista do texto original da Constituição de 1988, que não haveria óbice à exploração privada da atividade ressecuritária. Sua opinião fora todavia refutada, e amplamente, quando se consultou, ainda antes do aparecimento da referida Emenda Constitucional, o Prof. Fábio Konder Comparato, que demonstrou, com carradas de razão, que a expressão “ressegurador oficial”, no contexto normativo em que se inseria, estava a significar que se havia reservado “exclusividade de funções” ao órgão oficial, qual

Os argumentos empregados para tentar demonstrar a competência imediata do CNSP, que parece ter sido admitida antes de serem elaborados, além da supressão do termo “oficial” da redação original do inciso, são, basicamente, os seguintes:

a) o de que o art. 177 da Constituição Federal, que enuncia setores determinados sujeitos ao poder monopolizador da União, não elenca o resseguro; e

b) o de que o Decreto-Lei nº 73, de 1966, que criou o CNSP, fora recepcionado já pela Constituição de 1988, depois alterada, que conferiria a este mesmo órgão, como integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados e Capitalização, nos termos do seu art. 32, “competência” para, privativamente, “estabelecer diretrizes gerais das operações de resseguro” – sendo certo que aquelas dentre as suas disposições que também enunciavam o monopólio ou conferiam atribuições normativas e fiscalizatórias ao IRB, com a Emenda Constitucional em questão, na medida em que infraconstitucionais, teriam ipso facto passado a carecer de validade.

Não iremos aqui debater – por razões de espaço e porque não seríamos senão, ao que tudo indica, mais uma voz clamante no deserto – um a um, os argumentos propostos pelos pareceristas em questão. Nosso interesse é apenas advertir para os riscos de desnaturalização implicados na implementação burocrática da livre iniciativa (a expressão pode ser curiosa, mas não é totalmente desprovida de sentido, no Brasil). No que tange ao primeiro argumento, limitamo-nos, portanto, à remissão ao citado parecer do prof. Fábio Konder Comparato, que no assunto, não obstante a posterior alteração do quadro constitucional, permanece íntegro.⁵

No que tange ao segundo argumento acima elencado, observamos que, mesmo admitindo-se a recepção do Decreto-Lei nº 73 pela Constituição de 1988, e mesmo admitindo-se a invalidade, posterior à EC nº 13, de suas disposições atinentes ao monopólio estatal, o entendimento de que seria suficiente, para o exercício privado da atividade ressecuritária, que o CNSP editasse Resolução a respeito frisa, em nossa modesta opinião, o absurdo. Não revela senão uma concepção reducionista e a-histórica do direito, abrindo margem a abusos no exercício do poder burocrático.

Com efeito, como reconhecer ao CNSP, sem mais, em razão da anotada supressão do vocábulo “oficial”, competência de que antes, nos termos do diploma que o criou, não dispunha e jamais dispôs? O CNSP sempre dispôs apenas de competência para estabelecer “diretrizes gerais” de resseguro, jamais para conceder autorização e estabelecer o regime de

seja, o então denominado Instituto de Resseguros do Brasil. Cf. “Monopólio público das operações de resseguro”, no seu Direito Público: Estudos e Pareceres. S. Paulo: Saraiva, 1996, p.154-65.

⁵ Vale a transcrição de pelo menos este trecho de seu parecer: “A objeção é infundada. A Constituição de 1988, de fato, não reproduziu a disposição genérica, constante das Cartas que a precederam, a respeito do poder monopolizador da União. Mas, por outro lado, consagrou outros casos de monopólio, não incluídos no enunciado do art. 177. Assim, por exemplo, com o monopólio de exploração de serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI). Assim também com relação ao Banco Central (art. 192, IV), com a agravante (se assim se pode dizer) de que, neste caso, o monopólio ou exclusividade não foi expressamente declarado, mas decorre, implicitamente, da própria natureza das atribuições desse Banco” (op. cit., p.163-4). O fato de alguns destes monopólios terem sido suprimidos, por meio de mutação constitucional, não invalida, evidentemente, a argumentação aí expendida, sobre a falácia do argumento de que a Constituição só teria admitido os monopólios declinados no seu art. 177. Aliás, os monopólios aqui fixados também se sujeitam a ser vitimados, a talho de foice, pelo abuso do poder constituinte derivado.

funcionamento de resseguradores, ou para atribuir a quem quer que seja a concessão de autorização para funcionamento de resseguradores. E muito menos para “regulamentar”, como querem, o mercado ou as operações de resseguro, isto é, criar princípios jurídicos e regras normativas aplicáveis aos contratos de resseguro.

É verdade que ao CNSP, além da competência diretiva em política de resseguro, o Decreto-Lei nº 73 de 1966 reconhece-lhe, no seu art. 32, II, competência para “regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”. Isso, todavia, não significa que essa sua competência estaria a abranger resseguradores, em mercado aberto. Primeiro, porque dentre as entidades que exerciam atividades subordinadas ao mesmo diploma, desde a época de sua criação e investidura até hoje, não se encontram resseguradores. Não lhe caberia, portanto, regular a autorização e funcionamento de quaisquer pretendidos resseguradores, mesmo porque só ao IRB o mesmo diploma permitiu o exercício da atividade ressecuritária, determinando, ele próprio, o Decreto-Lei em questão, as condições para seu funcionamento e atribuindo-lhe “competência normativa” em matéria de resseguro.

E, segundo, porque o art. 36 do Decreto-Lei, ao designar a SUSEP como “executora da política traçada pelo CNSP”, é explícito no esclarecer a impossibilidade de falar no CNSP como competente no que concerne a resseguradores interessados, na medida em que incumbe a Superintendência apenas da fiscalização da “constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras”, sem falar em resseguradores. Ademais, a letra “a” do mesmo dispositivo confirma que à SUSEP, “órgão executor” do CNSP, cabe processar apenas “os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras”, também sem falar em resseguradores. Ou seja, o art. 32, II, do Decreto-Lei deve ser lido em consonância com o seu art. 36, a partir do que não resta a menor dúvida de que o CNSP jamais dispôs de competência para conceder ou regular a autorização e funcionamento de “estabelecimentos de resseguro”.

Note-se, aliás, que, não fossem os termos dos citados dispositivos do Decreto-Lei nº 73, à época de sua edição e, portanto, da criação e atribuição de competência ao CNSP, já existia e permaneceria existindo o IRB, cuja atividade também fora objeto do Decreto-Lei nº 76 e que lhe conferiu, a ele IRB – e não ao CNSP –, competência para regular, além do co-seguro, o resseguro e a retrocessão (art. 44). Se este dispositivo (ou parte dele) pode ser, hoje, após a EC nº 13, considerado inválido, isto não significa que o CNSP tenha, sem mais, passado a dispor de competência para, inclusive, regular o resseguro.

Não há insistir no fato de que, desde a sua origem, dispôs o CNSP de competência “ampla” (estabelecer “diretrizes gerais”). Não seria demais lembrar, com Miguel Reale, corrigindo os abusos formalistas, que se deve considerar não apenas a norma, enquanto texto, pois esta, nesta dimensão, é mero “juízo lógico”, uma “proposição normativa”, simples “suporte ideal”; antes, deve-se considerar “a norma mais a situação normada”, na medida em que a “situação normada” não é um terceiro em relação à própria norma e à realidade concreta,

mas constitui, com a norma, in concreto, uma totalidade significativa.⁶ A situação normada, em outros termos, como se mostrou acima, não pressupunha ou pressupõe a possibilidade de regulamentação do resseguro pelo CNSP, nem jamais a pressupôs, desde a criação desse órgão.

Em suma, implementar o “mercado aberto” por meio de Resolução do CNSP é compactuar com o arbítrio, é usurpar da competência do Congresso Nacional para, nos termos do próprio inciso II, art. 192 da Constituição, dispor por meio de lei complementar sobre autorização e funcionamento dos estabelecimentos de resseguro. É também usurpar da competência privativa da União para legislar, por intermédio do Congresso Nacional, sobre “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” e sobre “política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores” (art. 22, incs. I e VII, c.c. art. 68). É, enfim, reconhecer a um órgão estatal poder ilimitado e, como corolário, dificultar ao máximo sua sujeição ao controle jurisdicional.

4. Todavia, como já apontamos, outros pareceres não chegaram ao ponto de dizer que a competência do CNSP seria imediata, pura consequência da supressão do termo “oficial” pela citada Emenda Constitucional. Um pouco mais cautelosos, opinaram pela necessidade de lei ordinária, conferindo ao CNSP ou à SUSEP competência para “autorização e funcionamento” de resseguradores – mas também não parecem imunes a críticas.

Sem exagero logomáquico, não é possível negligenciar que o caput do art. 192 estabelece que lei complementar – e não lei ordinária⁷ – há de regular o Sistema Financeiro Nacional, dispondo, “inclusive”, sobre “autorização e funcionamento”, dos “estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização”. Ora, inexistindo lei complementar que disponha sobre isso, não o fazendo o Decreto-Lei nº 73 – que se tem por recepcionado na condição de lei complementar pela Constituição vigente – mister seria a edição de lei complementar, se não para regular o Sistema Financeiro Nacional como um todo, ao menos para dotar dessa competência, de modo expresso, um órgão já existente.

O argumento de que a atividade securitária e a atividade ressecuritória, umbelicalmente ligadas, não compreenderiam atividade financeira, de sorte que a exigência de lei complementar prevista no art. 192 da Constituição não as alcançaria é, à evidência, malversação de recursos hermenêuticos. Pouco importa, aqui, que se trate de atividades que obedeçam a princípios diversos e se estructurem, empresarialmente, de modo distinto. Primeiro, porque o inciso II do mesmo artigo, como já se disse, expressamente dispõe que através de lei complementar atinente ao Sistema Financeiro se deverá “inclusive” – ou seja, “com inclusão”, “até mesmo” – dispor sobre “a autorização e funcionamento” dos estabelecimentos de seguro e resseguro. Segundo, porque a legislação brasileira, desde pelo menos a chamada Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595, de 31.12.64) sempre

⁶ O Direito como Experiência. S. Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1992, p.189.

⁷ A Constituição brasileira distingue duas categorias normativas que, segundo alguns autores, não teriam distinta hierarquia: as leis complementares e as leis ordinárias, sendo que aquelas se destinariam, em princípio, a dar aplicação e desenvolverem determinados dispositivos, como se fossem leis orgânicas. Poder-se-ia discutir se era realmente o caso de a Constituição reservar determinada matéria a regulação por meio de lei complementar e se realmente há, ou não, hierarquia superior das leis complementares em relação às leis ordinárias (tendo em vista a ordem fixada em seu art. 59). Todavia, a realidade inescapável é que a Constituição expressamente designa as matérias a serem regulamentadas unicamente por lei complementar e que a aprovação desta exige maioria absoluta (art. 69).

compreendeu as entidades de seguro como integrantes do Sistema Financeiro Nacional (art. 18, § 1º), recebendo o IRB assento no Conselho Monetário Nacional – CMN e participando daquelas da Comissão Consultiva de Mercados de Capitais atuante junto a esse Conselho (art. 7º, II).

Poder-se-ia discutir a abrangência da expressão “autorização e funcionamento” e dizer, por exemplo, que a lei complementar só seria exigida para estabelecer o órgão governamental com a atribuição específica de autorizar uma empresa a operar no ramo ressecuritário e estabelecer seus requisitos de funcionamento, como a capacitação técnica de diretores, capitais mínimos etc. Isto é, que não seria exigida lei complementar para reger as operações de resseguro propriamente ditas, fixando, por assim dizer, o direito material ressecuritário (e questões processuais envolvidas). Porém, mesmo assim, daí não seguiria que o CNSP ou qualquer outro órgão pudesse desincumbir-se ou vir a ser incumbido de fazê-lo. Afinal, isso envolveria a criação de normas de direito civil, comercial, internacional, de seguro, câmbio, transferência de valores etc. – todas, como visto, da competência privativa da União, para legislar por intermédio do Congresso Nacional, e portanto não passíveis de delegação ao Executivo, exceto no que tange à eventual regulamentação posterior de diplomas emanados do Congresso, e nos termos que nestes vêm a ser fixados (que, assim, se incumbiria tão-só de “descer a minúcias”, jamais lhe sendo facultado inovar o ordenamento),⁸ ou, quando muito, observado o disposto no art. 68 da Constituição, mediante prévia resolução do Congresso Nacional, e nos limites desta.

Aliás, não seria demais lembrar que, de conformidade com o mesmo art. 68, a matéria reservada à lei complementar não pode ser objeto de delegação.⁹ De maneira que jamais poderia ser delegado a qualquer órgão integrante do Poder Executivo estabelecer critérios ou arrogar-se competência para dispor sobre autorização e funcionamento de “estabelecimentos de resseguro”. Da mesma forma, verifica-se que lei ordinária, em hipótese alguma, poderia adentrar o tema.

Não parece pequice, portanto, repetir que a conclusão peremptória dos pareceristas consultados pela FENASEG frisa o absurdo, mesmo do ponto de vista da legalidade.¹⁰ A

⁸ Cf. Oscar Tenório, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio: Borsó, 2ª ed., 1955, p.38, que deixou claras as limitações do poder regulamentador do Executivo, assinalando, por exemplo, que o diploma menor, regulamentador, deve ater-se estritamente ao diploma maior, regulamentando, incumbindo-lhe apenas descer a minúcias e jamais fixar obrigações para além deste.

⁹ Dispõe, com efeito, o § 1º do art. 68: “Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar...”.

¹⁰ A conclusão pode ser tida, de qualquer modo, como ilegítima a diverso título, mas não vamos desenvolver, aqui, este ponto. Limitamo-nos a lembrar que o Decreto-Lei nº 73, até hoje cognominado “Lei de Seguros”, foi editado após o Golpe Militar de abril de 1964, debaixo Ato Complementar nº 23, de 20.10.66 (por sua vez editado também pelo Presidente da República, com fulcro no art. 31 do Ato Institucional nº 2), que determinou o recesso do Congresso Nacional, autorizando o Presidente da República “a baixar decretos-lei em todas as matérias previstas na Constituição”, bem como que, nas palavras de Sérgio Sérulo da Cunha, em estudo precioso, “é o poder legislativo que recebe a representação popular, para editar enunciados jurídicos com força obrigatória. À parte os casos excepcionais de delegação legislativa, estaremos face a regime não-republicano sempre que possa haver obrigação jurídica criada por fonte diversa da lei ou do contrato. (...) A força obrigatória da lei tem fundamento ético e político. Nasce da presunção de que o legislativo, como representante do povo, elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício da integralidade desse povo. A lei, na república, não obriga porque provém da autoridade, mas porque a autoridade provém da lei”. O Efeito Vinculante e os Poderes do Juiz. São Paulo: Saraiva, 1ª ed., 1999, p.13 e 15.

conclusão, em outros termos, parece indigna, até mesmo, dos soi disant liberais, ou melhor, não apenas é contraditória aos princípios do liberalismo econômico, na medida em que sujeita a livre iniciativa a um poder burocrático ilimitado, como também confirma uma inconsistência do liberalismo político com os princípios democráticos, ao menos na formulação clássica de Locke.¹¹

A importância da abertura não parece, em suma, suplantado o princípio da democracia representativa e, muito menos, a reafirmada soberania popular. Afinal, não só aos seguradores brasileiros e aos resseguradores que já mantêm escritórios no país se pode reconhecer o interesse em discutir a regulamentação do resseguro livre, mas também e essencialmente aos segurados, não se podendo negar a importância da atividade para o desenvolvimento social e econômico da nação. Por que razão não se buscou fazer o mesmo que se vem fazendo com a legislação sobre a previdência complementar, cuja flexibilização urgia e encontra-se às vésperas de ser estabelecida mediante lei complementar?

5. Acontece, todavia, que vem de ser aprovada lei ordinária transferindo as “funções regulatórias e de fiscalização”, antes atribuídas ao IRB, para a SUSEP, “incluindo a competência para conceder autorizações” (Lei nº 9.932, de 20.12.99). O vício de inconstitucionalidade, portanto, já no seu art. 1º apresenta-se a olhos vistos: somente lei complementar poderia conceder uma tal atribuição (art. 192 e inc. II).

Não bastasse, ao pretender modificar, por meio de seu art. 2º, o art. 4º do citado Decreto-Lei nº 73, estabelecendo que se aplicam aos estabelecimentos de resseguro as regras estabelecidas para sociedades seguradoras, a mesma lei ordinária está dispondo sobre o seu funcionamento, incorrendo no mesmo vício. E o mesmo se diga em relação a seu art. 3º (que determina a sujeição dos resseguros locais a determinados diplomas legais), art. 4º (que cuida da aplicação dos recursos relativos a provisões e fundos), a seu art. 7º (que dispõe sobre a obrigatoriedade de as seguradoras cederem 70% a resseguradores locais) e art. 9º (aplicação de penalidades).

Considere-se, a par disso, que a lei ordinária em questão, ao delegar ao CNSP, por meio de seu art. 2º, competência para dispor sobre a colocação de resseguro no exterior, ou seja, para proibir ou facultar a realização de determinadas operações de resseguro, se não se quiser reconhecer que se cuidou de matéria relacionada ao funcionamento de estabelecimentos de resseguro, ao menos não se pode deixar de reconhecer que, então, buscou-se dotar o CNSP de competência privativa da União Federal para legislar em matéria de direito civil, comercial, internacional, câmbio, seguro etc. E, neste particular, o mesmo se diga com relação ao art. 4º (embora o órgão estatal beneficiário, aqui, seja o já lembrado CMN), art. 6º e art. 10º, todos da fatídica lei em questão.

¹¹ Diz Locke, com efeito, no Segundo Tratado, VIII, n.96, que os indivíduos, quando se uniram num corpo político, acordaram que, na comunidade, “o ato da maioria considera-se como o ato de todos e, sem dúvida, decide como tendo o poder de todos pela lei da natureza e da razão”, pois, já que o Estado é um corpo, é “necessário ao que é um corpo, para mover-se em um sentido, que se mova para o lado para o qual o leva a força maior, que é o consentimento da maioria”, isto é, da maioria dos membros que o compõem (Locke considerava o Parlamento britânico). Isto equivale, como já se anotou, a dizer que a teoria liberal não se desenvolve como teoria política democrática; antes, ela recolhe as demandas democráticas num arcabouço teórico prático que as repõe sobre um patamar restritivo. Cf. Manfredo Araújo de Oliveira, *Ética e Sociabilidade*. S. Paulo: Loyola, 2ª ed., 1996, p.128 e nota 42.

Em suma, parece que, por mais esforço que se queira fazer, não se pode deixar de reconhecer que a Lei nº 9.932, de 20.12.99, se não no todo, certamente na quase totalidade de suas disposições, é inválida e, portanto, suscetível de gerar grande insegurança jurídica e contribuir decisivamente para que o volume de demandas e recursos judiciais emperre de vez a máquina judiciária.

6. A epidemia decorrente desse vício de origem, no entanto, já se alastrou. Com efeito, o CNSP vem de editar duas Resoluções (Resoluções de nº 001 e 002, ambas de 2000), por meio das quais subordina todas as operações de resseguro ao que nelas se contém.

Quer dizer, o CNSP, com supedâneo na referida lei ordinária e mesmo extrapolando-a em diversos pontos, vem de efetivamente usurpar da soberania popular, representada no Congresso Nacional e nele unicamente, versando disposições sobre o funcionamento de estabelecimentos de resseguro, regrando operações de resseguro e retrocessão e, também, inovando a seu bel-prazer o ordenamento jurídico com um sem número de normas jurídicas atinentes a matérias sujeitas à competência legislativa privativa da União Federal, com a qual evidentemente não se confunde.

Assim é que estabelece, por exemplo, três formas de “operador de resseguro”: o ressegurador local (com sede no país, ao qual se equipara o ressegurador estrangeiro com filial no Brasil), o ressegurador admitido (estabelecimento com sede no exterior que vem a habilitar-se a “subscrever cessões de resseguros no país”) e o ressegurador eventual (com sede no exterior e não cadastrado na SUSEP, ao qual as seguradoras não podem “ceder mais de dez por cento” de resseguro).

Assim também é que estabelece que as seguradoras também devem oferecer aos resseguradores locais, obrigatoriamente, preferência para o equivalente a sessenta por cento de toda e qualquer cessão de resseguro; que admite sejam o seguro e resseguro “efetuados no País” em moeda estrangeira, com autorização prévia; que dispõe que os contratos de resseguro submetem-se à legislação e à jurisdição brasileiras; que as operações de resseguro devem ser formalizadas em até seis meses do início da vigência da cobertura, pena de não ser considerada, “para todos os fins e efeitos, desde o seu início”, e isto “a critério da SUSEP”, e assim por diante.

Essa é uma pálida amostra da abrangência das citadas Resoluções e do rol de matérias sobre as quais o CNSP está “legislando”. Matérias, como se nota, de direito civil, comercial, processual e outras, ou seja, matérias sobre as quais compete à União (que não se confunde com o Executivo) legislar privativamente, através do Congresso Nacional, mediante lei ordinária. E, além disso, sobre matérias sujeitas unicamente a regulação por meio de lei complementar.

É incorreto falar em abuso? O que podem esperar os interessados a desenvolver a atividade ressecutária no Brasil, ou a aqui operar, como admitidos ou eventuais? Quantas não serão as demandas em juízo? A advertência é clássica e conhecida: “Todo o poder corrompe; o poder absoluto corrompe absolutamente”. Talvez não tenhamos desperdiçado tanta tinta assim, nas linhas que correm acima.

7. No “período de transição” do regime monopolístico para o atual, após a EC nº 13 e a reestruturação do IRB, com diminuição de pessoal e recusa de aceitação de um bom número de riscos, surgiram duas práticas negociais no Brasil que valem considerar: o que talvez se possa denominar de “cosseguo administrativo” e a prática de um pseudo fronting, com vistas a viabilizar as chamadas “cláusulas de cooperação” (claims control).

Quanto ao cosseguo, este regime de contratação, tradicionalmente, era informado ao segurado. Por vezes o próprio corretor o arquitetava, dando-o a conhecer ao segurado. A apólice correspondente era emitida pela co-seguradora líder e costumava trazer a distribuição de responsabilidades entre os seguradores participantes.¹² Compreendia-se que não haveria solidariedade entre co-seguradores, de sorte que, em caso de recusa, expressada pela líder, em indenizar, o segurado haveria de dirigir-se judicialmente contra todas as co-seguradoras, em ações autônomas ou em litisconsórcio passivo. Afinal, não trazia a lei previsão de solidariedade e não se pactuava esta, por intermédio da apólice. Quadro este que vem se alterando, como ressaltado na nota que se acabou de fazer.

No entanto, presumivelmente enfrentando dificuldades na contratação do resseguo junto ao IRB, as seguradoras brasileiras passaram, em muitos casos, a estabelecer tratativas isoladamente com os segurados e seu corretor, concertando o seguro, para depois, sem conhecimento destes ou de seus corretores, repassar parcelas de responsabilidades a congêneres – apenas cuidando de, ao emitir a apólice, fazê-lo nela apresentando a distribuição do cosseguo. Este o cosseguo que resolvemos chamar de “cosseguo administrativo”, e aí talvez se possa divisar resseguo proporcional por cota-parte.

Com efeito, se não há distinção, do ponto de vista econômico, entre o cosseguo e o resseguo proporcional por cota-parte, como afirma, por exemplo, Ariel Fernández Dirube,¹³ sendo a distinção eminentemente jurídica, deste ponto de vista poder-se-ia traçar como critério distintivo a necessidade de consentimento do segurado, o qual seria exigível no cosseguo e não no resseguo. Ora, se assim é, inexistindo consentimento do segurado no que tange à “distribuição de risco”, entre tais e quais cosseguradoras, por meio de “cosseguo administrativo”, este então se qualificaria como um resseguo proporcional por cota-parte!

Evidentemente, muitas discussões adicionais se poderiam tecer a esse respeito,¹⁴ mas, dadas as limitações deste texto, deixamos assim apontada a disfunção em causa, ou seja, se não uma desnaturalização do resseguo, ao menos a sua deturpação.

¹² Discute-se, ainda hoje, sobre a necessidade, ou não, de assinatura de todas as co-seguradoras na apólice. A praxe sempre foi avessa a esse procedimento e a questão, outrora pacificada no sentido da desnecessidade, nos últimos tempos foi retomada. Todavia, com a edição do Código de Defesa do Consumidor e a submissão do contrato de seguro aos seus ditames, passou-se a entender (o que ainda é casuístico) que as co-seguradoras seriam solidárias, pois formariam um consórcio, e a este o CDC comina a solidariedade.

¹³ Manual de Resseguros. Buenos Aires: General Re, 1ª ed., 1992, p.109.

¹⁴ Cabe mencionar, no entanto, que, mesmo no que tange ao resseguo proporcional por cota-parte, não se confunde o risco garantido pelo segurador junto ao segurado e o risco garantido pelo ressegurador junto ao segurador. Neste caso, como é expressa, p. ex., na Espanha, a Ley de Contrato de Seguro de 08.10.80, o risco é o nascimento de uma dívida no patrimônio do segurador (art. 77), e não o risco garantido por este junto a seu segurado. Algumas reservas se poderiam fazer quanto ao teor genérico dessa disposição, mas a nosso ver ela aproveita-se também ao resseguo de risco, sendo talvez apenas de acrescentar que, neste caso, se o risco não pesa diretamente sobre o patrimônio próprio do segurador,

8. Com relação ao pseudo-fronting de que se lançou mão no Brasil, para o fim de ensejar a presença de cláusula na apólice submetendo a decisão final, sobre a procedência de uma reclamação de sinistro a ressegurador no estrangeiro, também aqui muitas considerações poderiam ser traçadas. Mas, dados os propósitos deste artigo, limitamo-nos ao que segue.¹⁵

Procuradas por interessados na contratação de determinado seguro que não se viam em condições técnicas de aceitar, as seguradoras brasileiras, não obstante, resolveram em muitos casos concertar com ressegurador estrangeiro a sua colocação, traduzindo o clausulado estrangeiro e, com base nele, emitindo a apólice e entregando-a ao segurado, não sem nela incluir a “cláusula de cooperação”. Depois resseguravam-se, com autorização do IRB, em 100%, junto ao parceiro no exterior. O IRB aparecia formalmente (para efeitos legais, administrativos) como ressegurador, mas também nada retinha, sem contar que nada havia concertado com o ressegurador no estrangeiro.

Essa espécie de operação foi denominada, pelos seguradores emitentes desse tipo de apólice, de “fronting”. Mas não se tratava de verdadeiro fronting, na medida em que não se cuidava, operacional e formalmente, de assunção de risco direta, em primeiro grau, por segurador/ressegurador estrangeiro, em que funcionaria a seguradora brasileira meramente como emitente do clausulado, sem comprometimento de suas reservas.

Como esclarecem, em obra recente, O’Neill e Wolonieck, o fronting estabelece-se quando a empresa de seguros que, no fim das contas, garante a operação é justamente a que não tem condições de subscrevê-lo, por insuficiência técnica ou razões políticas – e não a que emite a apólice, a qual o faz, justamente, porque ou apresenta condições técnicas, ou não há óbice de natureza política que a impeça. O fronting, em outras palavras, é via de mão dupla, ou seja, a seguradora inicialmente interessada no risco, porém impossibilitada de subscrevê-lo, vai figurar como resseguradora da que estava em condições de subscrever o risco, e o faz por aquela.

Justamente o contrário, portanto, do que se verificou no caso brasileiro, cada vez menos incomum, que se vem de reportar. Confira-se, por razões de clareza, a lição dos referidos autores:

O significado de fronting é claro. Quando um segurador deseja assumir um risco, mas não tem condições de fazê-lo, não dispondo de autorização para operar no território em questão, ou não sendo aceitável pelo segurado no todo ou em parte o risco, quer por razões comerciais, quer por motivações políticas, eventualmente outro segurador poderá aparecer por ele (front him), subscrevendo o seguro no todo ou em parte e então ressegurando nele em parte ou no todo o risco.¹⁶

pesa sobre o fundo comum por ele administrado, recolhido junto aos seus segurados, composto pelo conjunto de prêmios a ele pagos e, não obstante, por ele ainda não recebidos. Aprofundaremos esta consideração em escrito futuro, na medida em que não nos parece necessário mais nada aduzir, para os efeitos do presente estudo.

¹⁵ Para uma discussão mais ampla do tema, ver artigo de nossa autoria, “Fronting à Brasileira e Regulação de Sinistro”, in Revista Brasileira de Direito de Seguros, ano III, nº 8, jan./abr. de 2000, p.14-27.

¹⁶ The Law of Reinsurance in England and Bermuda. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p.432-3.

A operação, em outros termos, ainda que não tenha havido retenção alguma, passou pelo segurador brasileiro e pelo IRB, razão pela qual jamais poderiam furtar-se às suas responsabilidades securitárias e ressecuritárias, perante o segurado. E a cláusula de cooperação estipulada, à vista da legislação brasileira, não poderia ser compreendida senão como inválida. Afinal, o Decreto nº 73, acima lembrado, dispõe com toda a clareza que compete ao IRB proceder à liquidação de sinistros, de conformidade com os

critérios traçados pelas normas de cada ramo de

seguro, sempre que figure como ressegurador (art. 44, I, “g”) – dever esse que pode ser delegado, unicamente, e nos limites fixados na legislação, aos seguradores diretos, emitentes da apólice (art. 65).

Como se nota, efetivamente, jamais poderia furtar-se o IRB, ou então as seguradoras, na hipótese de aquele determinar-lhes o encargo, de proceder à regulação de sinistros. As seguradoras, aliás, se concluírem regulação de sinistro com o pagamento de indenização sem prévia autorização do IRB, ficam impedidas, à vista do mesmo decreto-lei, de recuperar a proporção de responsabilidades ressegurada, podendo até perder eventual cobertura ressecuritária automática (art. 66, c.c. art. 116). De sorte que jamais se poderia condicionar o pagamento de indenização ao segurado ao reconhecimento da cobertura ressecuritária pelo ressegurador estrangeiro.

Mesmo porque, em ultima ratio, na hipótese de o ressegurador estrangeiro negar-se a cumprir sua obrigação ressecuritária, não por isso poderia o segurador brasileiro negar-se a indenizar o segurado brasileiro, se assim determinado. Este poderia instá-lo, até mesmo judicialmente, a fazê-lo – e, numa tal hipótese, se haveria de examinar a cobertura em face do disposto, unicamente, no direito brasileiro. Ou seja, embora definida a cobertura de conformidade com a prática estrangeira, e pelo ressegurador estrangeiro, deverá ela, pelo só fato de a celebração do contrato de seguro ter ocorrido formalmente no Brasil, conformar-se com o direito brasileiro.

Também se vislumbra aqui, portanto, exemplo de desnaturalização do resseguro, mas a legislação atual, nesse caso, impediria a submissão à decisão do ressegurador no estrangeiro, mesmo se este tenha sido apontado e escolhido pelo segurado, participante de um programa mundial de seguro – valendo lembrar que não se poderia celebrar o seguro diretamente no estrangeiro, ante o caráter de ordem pública de que se reveste o citado decreto-lei (arts. 1º a 4º), bem como que não se admite a autonomia da vontade na escolha da lei nacional aplicável, em relação a contratos internacionais celebrados no país. É o que decorre do caput taxativo do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC e está pacificado em sede doutrinária e jurisprudencial.¹⁷

9. À guisa de conclusão, reparamos que, neste último caso, a legislação brasileira ainda fornece uma resposta contra a desnaturalização do resseguro.

¹⁷ Cf. João Grandino Rodas, *Direito Internacional Privado Brasileiro*. São Paulo: RT, 1993, p.50.

Mas, dada a tendência identificada, que não é outra senão a da arbitrária faculdade conferida ao CNSP para dispor o que bem entender em matéria de resseguro – pouco importando a legislação civil, comercial, processual, de direito internacional privado etc., mas em especial pouco importando o disposto na Constituição Federal – talvez não seja um exercício de quiromancia irresponsável apostar na contribuição deste órgão à completa desnaturalização do resseguro, ou então a um exercício velado de nacionalismo, em prejuízo dos resseguradores estrangeiros, que venham a implantar-se no Brasil, ou que por aqui operem regular ou eventualmente.

De fato, o art. 8º da referida Lei nº 9.932, de 20.12.99, já abre brecha para a estipulação contratual de que a decisão sobre a “regulação de sinistro e pagamentos de indenização” passe para os resseguradores, sejam quais forem.

Outra amostra, esta de tom mais ufanista, da exacerbação em marcha do pretense poder regulamentar pelo CNSP, é a disposição contida no art. 36 de sua Resolução nº 1, de 14.01.2000, segundo a qual “os contratos de seguro, visando à proteção dos riscos brasileiros, deverão incluir cláusula determinando a submissão de eventuais disputas à legislação e à jurisdição brasileiras” – o que não significa outra coisa senão, no plano das relações internacionais, contrariar o disposto no art. 9º da LICC, no que respeita às obrigações resultantes de contrato de resseguro.¹⁸

Para retomar a crítica de João Bernardo, a definição dos campos gerais, dos limites de realização das determinações, remanesce, agora, quanto ao resseguro, nas mãos soltas do CNSP. Este órgão nada representativo, enfim, é que irá prosseguir determinando as condições de reprodução da ordem ressecuritária atual, assim podendo contribuir, desenfreadamente, para a constante reconstituição da sociedade burocrática e o tipo geral de seus efeitos futuros.

¹⁸ Bem precisada a natureza do contrato de resseguro, parece-nos de qualquer modo inescapável a jurisdição brasileira sobre qualquer controvérsia ressecuritária relacionada a risco no país, e quanto à questão da aplicação obrigatória da lei brasileira, a nosso ver, ela só poderia resultar do reconhecimento do resseguro como matéria sujeita à ordem pública, por ensejo do disposto no art. da LICC, sendo desnecessário relembrar que o conceito de ordem pública não se identifica com o universo de normas cogentes, mas é produto de valoração socioeconômica. Estas questões serão tratadas com maior verticalidade em estudo a ser apresentado futuramente, já em preparação. Quanto ao tema da ordem pública, cf. nosso “Mercoseguros: integração e ordem pública”, in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, org. Paulo Borba Casella, LTr, 1996, p.597-620.