REVISTA JURÍDICA DE SEGUROS

MAIO 2020 - NÚMERO 12



© 2020. Revista Jurídica de Seguros - Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saíde Suplementar e Capitalização - CNseg

Presidente

Marcio Serôa de Araujo Coriolano

Editor

Paulo Amador

Organizadora

Maria da Gloria Faria

Conselho Editorial

Ana Tereza Basilio, André Faoro, André Tavares,
Angélica Carlini, José Inácio Fucci, Luiz Felipe Pellon,
Luiz Tavares Pereira Filho, Márcio Malfatti,
Maria da Gloria Faria, Paulo Amador,
Rafael Barroso Fontelles, Ricardo Bechara Santos,
Rodrigo Falk Fragoso, Salvador Cícero Velloso Pinto,
Sérgio Mello, Solange Beatriz Palheiro Mendes,
Washington Luis Bezerra da Silva

Revista Jurídica de SEGUROS / CNseg N°. 12. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2020. 314 pp.

- Direito do Seguro: doutrina, legislação e jurisprudência
- Direito e Organização Internacional do Seguro
- Operação do Direito em matérias afins ou próximas do Direito do Seguro

ISSN 2359-1447

Publicação sem valor comercial. Distribuição gratuita.

As opiniões e os conceitos externados em artigos publicados nesta revista são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Informações para contato: Rua Senador Dantas 74, 16° andar - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20031-205 Tel. 21 2510 7777 - www.cnseg.org.br - email: revistajuridica@cnseg.org.br

Resseguro - Inconstitucionalidade da resolução CNSP nº 380/202

Ernesto Tzirulnik*

Paulo Luiz de Toledo Piza**

Gustavo de Medeiros Melo***

Gustavo Palheiro Mendes de Almeida****

I-OBJETO DESTA AÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 380 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), de 04.03.2020, que, a despeito da indevida roupagem de mero regulamento, tem, na realidade, natureza jurídica de ato normativo autônomo, geral e abstrato em descompasso direto com a Constituição Federal de 1988.

O CNSP é órgão integrante do Sistema Nacional de Seguros Privados, criado pelo Decreto-Lei n° 73/66 (art. 32), vinculado ao Poder Executivo. Em sessão ordinária realizada em 04 de março de 2020, o órgão editou a **Resolução (Normativa) CNSP n° 380/2020**, em vigor desde o dia **1° de abril de 2020** (art. 6°).

^{*} Advogado. Doutor em Direito Econômico (USP). Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. Coordenador da comissão de técnicos e juristas elaboradora dos Anteprojetos de Lei de Contrato de Seguro (PL 3.555/2004 a PLC 29/2017).

^{**} Advogado. Doutor em Direito (USP). Mestre em Direito Internacional (USP). MBA em Gestão de Risco Financeiro e Atuarial (FEA-USP). 1º Vice - Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro.

^{***} Advogado. Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP).

^{*****}Advogado, bacharel pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV DIREITO RIO), mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sócio do escritório Ernesto Tzirulnik - Advocacia (ETAD).

Sob o pretexto de alterar ato normativo anterior (Resolução CNSP n° 168/2007), a Resolução CNSP n° 380/2020 **inovou** de maneira inequívoca no ordenamento jurídico nacional (mais precisamente, na regulação do Sistema Financeiro Nacional), **adentrando em campo reservado à lei complementar**, nos termos do art. 192 da Constituição Federal¹. Seu conteúdo é o seguinte:

Art. 1º Alterar a Resolução CNSP nº 168, de 17 de dezembro de 2007.

Art. 2°. O § 1° do art. 2° da Resolução CNSP n° 168, de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º Equiparam-se à sociedade seguradora a sociedade cooperativa autorizada a operar em seguros privados e a entidade aberta de previdência complementar (EAPC) que contratam operação de resseguro, desde que a estas sejam aplicadas as condições impostas às seguradoras pelo CNSP. (NR).

Art. 3° O art. 2° da Resolução CNSP n° 168, de 2007, passa a vigorar acrescido do § 3° a seguir:

§ 3º Equiparam-se à cedente a entidade fechada de previdência complementar (EFPC) e a operadora de plano privado de assistência à saúde que contratam operação de resseguro, sem prejuízo das atribuições de seu órgão regulador e fiscalizador, ficando as atribuições da SUSEP, no tocante às EFPCs e às operadoras de planos privados de assistência à saúde, limitadas à supervisão dessas operações. (NR).

Art. 4º O art. 44 da Resolução CNSP nº 168, de 2007, passa a vigorar com a redação a seguir:

Art. 44. A SUSEP poderá, a qualquer tempo, realizar inspeções in loco, bem como exigir das entidades abertas de previdência complementar, das sociedades seguradoras, dos resseguradores locais, das corretoras de resseguro e dos escritórios de representação, a

¹ Confira-se o teor da norma constitucional: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

prestação de informações e a apresentação de documentos que julgar necessários para o exercício de suas funções de controle e fiscalização. (NR).

Art. 5º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Resolução CNSP nº 168, de 2007:

I - os $\iint 1^{\circ} e 3^{\circ} do$ art. 14 e o $\iint 5^{\circ} do$ art. 15;

II - o parágrafo único do art. 17; e

III - os art, 21 a 26.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor em 1º de abril de 2020.

Com essas disposições, a Resolução CNSP nº 380/2020 autorizou a contratação direta de resseguro, sem garantia de seguro prestada por sociedade seguradora, pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) e pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (OPS).

Isso significa que, mesmo não estando estruturadas e autorizadas a funcionar como seguradoras, na forma da lei, tais entidades poderão <u>afastar</u> a atual estrutura jurídico-negocial das operações – e inerentes às mesmas, como adiante se verá – para se garantirem <u>diretamente</u> com os resseguradores. Na via reflexa, ainda em caráter inovador, a Resolução permite que os resseguradores passem a atuar como se fossem companhias seguradoras, o que é expressamente vedado pela lei.

Mais à frente, a par da supina inconstitucionalidade da aludida Resolução, indicaremos os graves problemas que decorrem dessa nova configuração e os riscos sistêmicos gerados para o Sistema Nacional de Seguros Privados, parte integrante do Sistema Financeiro Nacional, e para o mercado por ele regulado.

Por ora, importa saber que a **Resolução CNSP** nº 380/2020 constitui típico ato <u>normativo</u> autônomo que <u>inova</u> no ordenamento jurídico nacional com generalidade e abstração, sem individualizar casos ou pessoas sujeitas à sua incidência, dotado de imperatividade, pois emanado do órgão responsável por fixar as diretrizes e normas da política nacional de seguros privados, e permanente, não se tratando de regramento provisório.

II-CABIMENTO DESTA AÇÃO DIRETA

Nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição Federal, a presente ação constitucional se volta contra ato normativo federal primário que, sem autorização constitucional, inaugurou um regime de "resseguro direto" não admitido pelo sistema normativo disciplinador do resseguro brasileiro: Lei nº 9.656/1998 e Lei Complementar nº 109/2001, conformadas pela Lei Complementar nº 126/2007.

O Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, em sede doutrinária, assinala que de parte o elenco do art. 59 da Constituição, outras espécies normativas sujeitamse ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, dentre as quais os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei, observando S. Exa. que, neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal.²

A jurisprudência deste Supremo Tribunal assenta-se nesta mesma posição, a exemplo do precedente abaixo:

EMENTA: ACÃ0 DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL, RESOLUÇÃO Nº 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DEFINICÃO DA REPRESENTAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA CÂMARA DOS (...) MATÉRIA RESERVADA INDELEGABILIDADE. COMPLEMENTAR. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. NORMATIVA EMSEDE ADMINISTRATIVA. LIMITES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA. 1. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, viável o controle abstrato da constitucionalidade de ato do Tribunal Superior Eleitoral de conteúdo jurídico-normativo essencialmente primário. A Resolução nº 23.389/2013 do TSE, ao inaugurar conteúdo normativo primário com abstração, generalidade e autonomia não veiculado na Lei Complementar nº 78/1993 nem passível de ser dela deduzido, em afronta ao texto constitucional a que remete — o art. 45, caput e $\int 1^{\circ}$, da Constituição Federal—, expõe-se ao controle de constitucionalidade

² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 247/248 (grifou-se).

concentrado. Precedentes. 2. Embora apto a produzir atos abstratos com força de lei, o poder de editar normas do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito administrativo, tem os seus limites materiais condicionados aos parâmetros do legislador complementar, no caso a Lei Complementar nº 78/1993 e, de modo mais amplo, o Código Eleitoral, recepcionado como lei complementar. Poder normativo não é poder legislativo. A norma de caráter regulatório preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral. Pode conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, limite do agir administrativo. Regras novas, e não direito novo. (...). 7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos³.

É importante destacar que o controle de constitucionalidade que se instaura aqui <u>não envolve confronto intermediário de legalidade</u>. A análise sistemática sobre as leis ligadas a esse assunto, que representam o chamado "marco regulatório" do Sistema Nacional de Seguros Privados, será apenas um pano de fundo para mostrar que a Resolução CNSP nº 380/2020, legislando de forma primária sobre matériaestranha à sua alçada administrativa, <u>usurpou</u> diretamente a competência do Congresso Nacional.

Portanto, a questão aqui é fundamentalmente <u>constitucional</u>. A **Resolução CNSP** nº 380/2020 afronta <u>diretamente</u> a competência privativa do Congresso Nacional para legislar, mediante lei ordinária, via de regra, ou por lei complementar, quando verse aspectos centrais do Sistema Nacional de Seguros Privados, violando assim os artigos

³ STF, Pleno, ADI 5.028, Relatora p/ Acórdão Min.^a Rosa Weber, j. 01/07/2014. Nesse mesmo sentido estão a ADI n° 3.731/MC-PI (Pleno, Min. Cezar Peluso, j. 29.08.2007) e a ADI n° 4.105-DF (Pleno, Min. Marco Aurélio, j. 17.03.2010). Esta última foi resultado inclusive de uma conversão pelo STF da ADPF n° 1.218-DF (movida contra Portaria n° 2.814/98 do Ministério da Saúde), por considerar que, apesar de se tratar de Portaria, o ato normativo emitido pelo Poder Executivo inovava em relação à Lei n° 8.666/1993 (Lei de Licitações), constituindo, portanto, ato normativo autônomo, sujeito a controle concentrado de constitucionalidade.

21, inc. VIII⁴, e 22, incisos I⁵ e VII⁶, e art. 192⁷ da Constituição Federal de 1988.

Com esse nível de descompasso, a norma impugnada, por consequência, afronta o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1°), o princípio da tripartição dos poderes (CF, art. 2°) e a legalidade administrativa (CF, art. 37).

Eis a tese jurídica sustentada na presente ação com o apoio dogmático do Professor GILBERTO BERCOVICI, Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), e do Professor GUSTAVO BINENBOJM, Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Em suma, a presente ADI constitui a via processual adequada para impugnar a **Resolução CNSP** nº 380/2020. Na pior das hipóteses, se porventura esse eminente Ministro Relator entender que o remédio mais adequado seria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a requerente espera desde já, em atenção à relevância do debate constitucional aqui travado, seja a presente ADI convertida em **ADPF**, pelo princípio da fungibilidade, consoante será explicado ao final desta petição.

III- LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização é uma entidade de classe que congrega categoria econômica homogênea, com atuação em todo o território nacional, agrupando as federações

⁴ Art. 21. Compete à União: VIII - administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.

⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.

⁷ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

que representam as empresas integrantes dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização, conforme estabelece seu Estatuto Social:

Art. 1° – A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO - CNseg, regida por este Estatuto Sociale pelas disposições legais aplicáveis, doravante designada CNseg, com base territorial em todo território nacional, sede na rua Senador Dantas, n° 74, 16° (parte), Centro, Rio de Janeiro, Cep: 20031-205 e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro é uma associação civil, sem fins lucrativos, com atuação no território nacional, que congrega as Federações que representam as empresas integrantes do segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização.

Parágrafo único - A CN seg poderá manter escritórios de representação em qualquer ponto do território nacional.

A requerente congrega a Federação Nacional de Seguros Gerais (FENSEG), a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FENAPREVI), a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) e a Federação Nacional de Capitalização (FENACAP), um universo de federações que representam cerca de 150 empresas do referido segmento econômico, distribuídas e presentes em mais de 9 (nove) Estados da Federação, como exige a jurisprudência do STE.8

O Estatuto Social da CNseg também prevê, entre seus objetivos institucionais, a ampla representatividade da requerente para atuar perante os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em defesa dos direitos e interesses dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização, bem como para propor as ações judiciais na qualidade de representante do mercado (art. 2°, I e XV):

Art. 2º – São objetivos institucionais e prerrogativas da CNseg:

I. Representar perante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os direitos e interesses dos segmentos de Seguros, Resseguros, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização; (...)

_

⁸ STF, Pleno, ADI 3.617-DF, Min. Cézar Peluso, j. 25.05.2011.

Assim, a finalidade institucional da CNseg tem total <u>pertinência</u> com a matéria objeto da **Resolução CNSP** nº 380/2020, considerando que se trata de ato normativo editado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), que interfere na competência da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), na estrutura regulatória do Sistema Nacional de Seguros Privados e na atuação das entidadesfechadas de previdência complementar, das operadoras de planos privados de assistência à saúde, das seguradoras e dos resseguradores.

Na verdade, a pertinência temática da CNseg é bem conhecida nesta Corte Constitucional. O STF já reconheceu sua legitimidade em várias ocasiões. Exemplo mais recente disso é a **ADI nº 5.984-PR**, em que o Plenário do STF, em acórdão de 20.12.2019, por unanimidade, relatado pelo eminente Min. GILMAR MENDES, fez a seguinte anotação preliminar:

Preliminarmente, reconheço a legitimidade da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização — CNSeg, confederação sindical, para a propositura da ação (art. 103, IX, da Constituição e art. 2°, IX, da Lei 9.868/1999). A caracterização da pertinência temática entre a atividade da autora e o objeto desta ação é verificada a partir do disposto no art. 2°, I, de seu estatuto social, que lhe comina defender os interesses dos segmentos de seguros e saúde suplementar¹⁰.

Nessa perspectiva, não há dúvida quanto à legitimidade ativa e pertinência temática da CNseg para propor a presente Ação Direta, na forma do art. 103, IX, da Constituição Federal e do art. 2°, IX, da Lei n° 9.868/99, como confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

IV - CONTEXTO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO CNSP $N^{\rm o}$ 380/2020

Como advertimos de início, a presente ação não tem por objeto discutir conflito entre leis, mas, sim, corrigir um vício constitucional grave diretamente ligado à usurpação de competência privativa do Congresso

⁹ STF, Pleno, ADI n° 4.704-DF, Min. Luiz Fux, j. 21.03.2019; ADI n° 5.835-DF, Min. Alexandre de Moraes; ADI n° 6.153-RJ, Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁰ STF, Pleno, ADI 5.984-PR, Min. Gilmar Mendes, j. 20/12/2019.

Nacional. No entanto, para demonstrar por todos os ângulos essa anunciada ofensa constitucional que se pretende corrigir, é importante expor primeiro o contexto normativo que envolve a **Resolução CNSP** nº 380/2020.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 73/66, recepcionado pela Constituição de 1988 com status de **lei complementar**, consoante reconhecido pelo STF¹¹, instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, determinando que todas as operações de seguros privados realizados no país estão subordinadas às suas disposições, compreendendo o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, como forma de pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado (art. 4°).

O Sistema Nacional de Seguros Privados, instituído pelo Decreto-Lei nº73/66, compreende o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), resseguradores e sociedades seguradoras autorizadas a operar em seguros privados.

Ficou estabelecido ali que o controle do Estado se exercerá no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro (art. 2°), tendo como política pública promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País, promover o aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras" e "preservar a liquidez e a solvência das Sociedades Seguradoras (art. 5°).

De acordo com o Decreto-Lei nº 73/66, as seguradoras só podem operar como tais, vale dizer, celebrando contratos de seguro, sendolhes <u>vedado</u> explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria (Dec.-lei nº 73/66, art. 73 e 78). Os resseguradores, por sua vez, são autorizados a realizar somente operações de resseguro, como visto integradas como operações de seguro, sendo-lhes também <u>vedado</u> o exercício de qualquer outra atividade, inclusive a de seguros (Decreto-Lei nº 73/66, art. 73 e 78).

O resseguro é negócio jurídico exclusivamente destinado a proteger a eficácia econômica e financeira do contrato de seguro, integrando as proteções ressecuritárias à própria operação de seguro, fato técnico relevante que é expresso no art. 4° do Decreto-Lei n° 73/66:

Art. 4°. Integra-se nas operações de seguros privados o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado.

¹¹ STF, Pleno, MC em ADI n° 2.223-7-DF, Min. Maurício Corrêa.

Anos depois, com o fim do monopólio do resseguro iniciado pela Emenda Constitucional nº 13/1996, até então atribuído ao IRB – Brasil RE, o sistema normativo do resseguro, o chamado "marco regulatório", foi reunido na **Lei Complementar nº 126/2007**, que dispôs sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário.

Muito bem. Em vários pontos, a Lei Complementar nº 126/2007 alterou o chamado Sistema Nacional de Seguros Privados instituído pelo Decreto-Lei no 73/66. Definiu como "cedentes",¹² ou seja, como entidades legalmente autorizadas a ceder os riscos de sua atividade por meio de <u>resseguro</u>, as **sociedades seguradoras** e, excepcionalmente, as cooperativas autorizadas a operar seguros privados (LC nº 126/2007, art. 2º, § 1º, I, e § 3º).

O resseguro, como se sabe, é um negócio destinado a proteger as seguradoras contra o risco de ruína que pesa sobre a sua atividade empresarial, isto é, o risco da seguradora não se ver em condições de, através da técnica própria de seguro, garantir interesses sujeitos a riscos. Na dicção legal, resseguro é operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador (LC nº 126/2007, art. 2°, § 1°, III).

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) e as entidades de previdência complementar (EPC), que não se estruturam como seguradoras e não interagem de forma orgânica no Sistema Nacional de Seguros Privados, sempre foram obrigadas a contratar os seguros de suas operações com as seguradoras locais, como fazem inúmeras empresas do setor financeiro, imobiliário etc. Estas, as seguradoras, seguindo as práticas de solvência a que estão subordinadas, garantem suas exposições mediante a contratação de resseguro.

⁻

¹² A expressão "cessão de riscos" não é juridicamente precisa, embora usual para identificar a posição da seguradora nas operações de resseguro. As seguradoras continuam integralmente responsáveis perante os segurados e seus beneficiários, para quem o resseguro é res inter alios acta. Elas protegemse contra os seus próprios riscos, no exercício da atividade econômica de prestação de serviços de garantia de seguro. É o que dispõe o artigo 14 da LC nº 126/2007: Os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando as cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los.

Todavia, no que tange às operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) e entidades de previdência complementar (EPC), isso mudaria se a **Resolução CNSP nº 380/2020**, embora inválida por sua inconstitucionalidade, viesse a ter eficácia social.

Como anunciado acima, esse regulamento do CNSP "equiparou" as entidades de previdência complementar e as operadoras de planos de saúde à categoria de seguradoras "cedentes" para fins de contratação direta de resseguro. Isso significa, na outra ponta da relação, que os resseguradores podem atuar como se fossem "companhias seguradoras", perante essas entidades, o que é expressamente vedado pela lei, como se verá.

Em outros termos, ao esticar o conceito de "cedente" para abranger também as entidades de previdência complementar e as operadoras de planos privados de assistência à saúde, a **Resolução CNSP nº 380/2020** pretendeu dispensá-las da contratação de seguros. Podem varar diretamente para o resseguro.

Embora aqui se discuta questão de inconstitucionalidade e isso baste para escoimar do sistema normativo a Resolução impugnada, convém lembrar que essa mal-aventurada ideia de ampliar o rol de cedentes não é nova. O intento só não prosperou até hoje em razão de inúmeras questões técnicas, econômicas e de mercado.

Certos corretores de resseguro e resseguradores, principalmente estrangeiros, vieram revelando grande interesse na supressão das seguradoras da cadeia de fornecimento. Os corretores, porque lograriam ampliar seus negócios e, consequentemente, o faturamento de remunerações comerciais. Os resseguradores, porque disputariam o mercado que é próprio das seguradoras sem a necessidade deaqui se instalarem e seguirem à risca o estrito regime jurídico, patrimonial, de solvência e gestão, a que estas se encontram submetidas.

Ocorre que a função pública dos seguros privados, na lição de MARCO ROSSETTI, conduz à particular característica de que todas as normas sobre o exercício da empresa de seguro têm a mesma ratio, representada não tanto pela tutela do segurado individual, mas sobretudo pela tutela da massa de segurados considerada na sua totalidade.¹³

Exatamente por isso é que o já mencionado art. 4° do Decreto-Lei n° 73/66 enfatiza que o sistema de resseguro <u>integra</u> as

¹³ ROSSETTI, Marco. Il diritto delle assicurazioni. Padova: Cedam, 2011, vol. 1, p. 79.

operações de seguros privados. Somente uma seguradora pode atuar para garantir os riscos a que se expõem os interesses de qualquer pessoa ou entidade que não se encontre no rol de integrantes da operação de seguro (seguradora, cosseguradora, resseguradora e retrocessionária), nos termos do art. 757 do Código Civil.

Coerentemente, o Decreto-Lei nº 73/66 (art. 41 a 44) e a Lei Complementar n° 126/2007 (art. 2°, § 1°, I, § 3°) reservam a posição de cedente de resseguro para as seguradoras e cooperativas que tenham sido excepcionalmente autorizadas a funcionar como seguradoras.

E um sistema fechado, que a resolução combatida de supina inconstitucionalidade quer abrir à força. Não obstante essa impermeabilidade, que é típica do sistema de seguros privados, a área econômica do governo veio fazendo esforços pela "fusão" entre a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e aSuperintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), com hegemonia daquela.14

> Embutida de última hora no programa de reestruturação da administração pública levado a cabo pelo governo federal, a possível incorporação da Previc (Superintendência Nacional de Previdência Complementar) pela Susep (Superintendência de Seguros Privados) possui contornos sombrios e que frequentemente passam despercebidos por aqueles potencialmente mais afetados: os cidadãos que dependerão no futuro da boa administração de fundos de pensão. (...) A proposta é um lance de altíssimo risco. Os volumes de recursos envolvidos são gigantescos. Ao ensaiar a jogada, o governo dá um passo perigoso para a governança e a sustentabilidade dos fundos de pensão no Brasil, inclusive para a Funpresp (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal), criada há poucos anos como alternativa ao Regime Próprio de Previdência dos servidores da União. (...) Não se tem conhecimento se houve algum estudo elaborado pelo governo sobre os impactos de tais medidas, ou se a ideia decorre de pressões corporativas de servidores da Susep, que há muito tempo intentam encampar a fiscalização da Previc e do Banco Central, apesar das evidentes especificidades de cada área do mercado financeiro.

¹⁴Matéria Os contornos da incorporação da PREVIC à SUSEP que passam despercebidos, jornalista Kleber Cabral. Consultor Jurídico, 11.05.2019. Disponível em https:// www.conjur.com.br/2019-mai-11/kleber-cabral-contornos-incorporaçãoprevic-susep. Acesso em 06.04.2020.

Sejam quais forem os interesses políticos ou econômicos que impulsionaram a tentativa de reunião de tão diferentes operações do setor financeiro sob uma mesma batuta, o fato é que a **Resolução CNSP nº 380/2020** está por vias tortas promovendo parte desse frustrado escopo, ao franquear às entidades da área da saúde e da previdência a possibilidade de figurarem na posição jurídico-contratual que o Código Civil e o "marco regulatório" do resseguro reservaram para as seguradoras.

V - O SISTEMA DO RESSEGURO EXIGE LEI NO SENTIDO FORMAL

Como fizemos questão de enfatizar de início, a análise sistemática das leis ligadas a esse assunto será apenas um raciocínio paralelo para mostrar que a **Resolução CNSP** nº 380/2020 usurpou efetivamente a competência do Congresso Nacional, violando os artigos 21, inc. VIII, e 22, incisos I e VII, e art. 192 da Constituição. Senão vejamos.

A Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, já havia facultado às entidades de previdência complementar (EPC) contratarem resseguro, mas <u>na forma da lei</u> – e não ao arrepio da lei:

Art. 11. Para assegurar compromissos assumidos junto aos participantes e assistidos de planos de benefícios, as entidades de previdência complementar poderão contratar operações de resseguro, por iniciativa própria ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador, observados o regulamento do respectivo plano e demais disposições legais e regulamentares.

Como se vê, a norma transcrita ressalta a necessidade de a contratação de resseguro observar as *e demais disposições legais*. Em outras palavras, impõe atuação de acordo e nos limites da lei em vigor. A norma transcrita, portanto, não basta em si mesma, pois sua eficácia jurídica depende do estatuído na legislação especial do resseguro.

O mesmo ocorre com as operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS). A Lei nº 9.656/1998 prevê que "as operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto àsempresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade" (art. 35-M). ¹⁵ Em sua parte final,

¹⁵Art. 35-M. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o ∫ 10 do art. 10 desta Lei poderão celebrar contratos de resseguro junto às empresas devidamente autorizadas a operar em tal atividade, conforme estabelecido na Lei no 9.932, de 20 de dezembro

consta que as OPS poderão contratar resseguros conforme estabelecido na Lei nº 9.932, de 20 de dezembro de 1999, e regulamentações posteriores.

Vale dizer, remete-se expressamente à Lei n° 9.932/1999, que veio a ser revogada e substituída, justamente, pela **Lei Complementar n° 126/2007** (art. 31). Lembre-se, a esse respeito, que a Advocacia Geral da União (AGU), em resposta à Agência Nacional de Saúde (ANS), entendeu ser de constitucionalidade questionável esse art. 35-M da Lei n° 9.656/1998, mesmo após a Emenda Constitucional n° 40/2003. 16

O fato é que o conjunto "e demais disposições legais", ao qual remetem o artigo 11 da Lei Complementar nº 109/2001 e o artigo 35-M da Lei nº 9.656/1998, constitui-se do Decreto-Lei nº 73/1966, que tem status de lei complementar, e da Lei Complementar nº 126/2007, que, mesmo sendo lei posterior, em momento algum indicou ou deu qualquer pista de que as EAPC, EFPC e OPS poderiam ser "cedentes".

Durante a tramitação do PL n° 249/2005, cuja aprovação resultou na Lei Complementar n° 126/2007, o Relator na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) da Câmara dos Deputados, Deputado NELSON MARQUEZELLI, documentou claramente o objetivo de restringir às seguradoras a posição jurídica de cedente de resseguro:

A partir da apresentação de pertinentes e oportunas sugestões, observamos que o texto poderia ser aprimorado em aspectos pontuais. Primeiramente, no art. 2°, \$1°, inciso I, consideramos ser preferível delimitar como cedentes apenas as sociedades seguradoras e os resseguradores. Com relação ao inciso III deste artigo, observamos que

de 1999, e regulamentações posteriores. Destaca-se que a Lei Complementar nº 126/2007 substituiu a referida Lei nº 9.932/99.

¹⁶ AGU: De toda forma, persistiria a dúvida interpretativa quanto à necessária aderência da atividade de resseguro ao sistema financeiro, de modo que a sua disciplina estaria sujeita ao quórum qualificado. O Poder Executivo, ao encaminhar o Projeto de Lei, e o Legislativo, ao aprovar a Lei Complementar nº 126/2007, buscaram superar essa discussão, trazendo segurança jurídica ao mercado de resseguro. No entanto, a ausência de revogação expressa do artigo 35-M da Lei nº 9.656/98 faz permanecer, no âmbito da saúde suplementar, a situação de controvérsia que antes pairava sobre toda a Lei nº 9.932/99. (PARECER n. 00015/2018/GECOS/PFANS/PGF/AGU NUP: 33910.013115/2017-15 INTERESSADOS: ANS - DIOPE - DIRETORIA DE NORMAS E HABILITAÇÃO DAS OPERADORAS ASSUNTOS: CONSULTA E ORIENTAÇÃO DE ATUAÇÃO - OUTROS ASSUNTOS).

a redação poderia ser ajustada e, quanto ao inciso IV, entendemos que os resseguradores devem poder efetuar contratos de retrocessão junto às seguradoras, visando ao aproveitamento de suas disponibilidades de capital. Com relação ao § 3°, consideramos ser importante que sejam equiparadas a cedentes apenas as sociedades cooperativas, e que a essas sejam aplicadas as condições impostas pelo órgão regulador de seguros às seguradoras.¹⁷

Nesse contexto, a condicionante "e demais disposições legais" impede, por todos os flancos, a celebração de "resseguro direto" com outros tipos de entidades, seja porque a Lei Complementar n° 126/2007, que disciplina o funcionamento do mercado de resseguro, fixou os dois únicos tipos de entidades que podem figurar na posição de **cedente de resseguro** (seguradoras e cooperativas submetidas às regrasde atividade das seguradoras), seja porque <u>vedou</u> aos resseguradores¹⁸ o exercício de atividade própria das seguradoras, seja, finalmente, porque proibiu estas últimas de atuar em outros ramos de atividade (como seria a previdência complementar e a operação de planos de saúde não securitários).

Note-se que a Lei Complementar n° 126/2007, nos artigos 14 e 15, somente permitirá espécie de relação direta, isto é, sem a interposição da seguradora (e cooperativa autorizada), quando houver liquidação da cedente do resseguro, sendo que, mesmo nesta situação, a relação será com a massa liquidanda:

¹⁷ Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio Projeto de Lei Complementar n° 249, de 2005, dispõe sobre a política de resseguro, cosseguro, retrocessão e sua intermediação, de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Relator: Deputado Nelson Marquezelli. Complementação de Voto, 2006. F F20BED12 8 - http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=369370&filename=Tra mitacao-CVO+1+CDEICS+%3D%3E+PLP+249/2005

¹⁸ As resseguradoras apenas podem "ceder" responsabilidades assumidas junto às companhias seguradoras nacionais. A lei autoriza que as retrocessões feitas pelos resseguradores sejam "cedidas" para outras resseguradoras ou às próprias companhias seguradoras nacionais, nunca para outros tipos de entidades que não se encontrem submetidas ao Sistema Nacional de Seguros Privados. A respeito cf. artigo 2°, § 1°, I e IV. Neste último inciso a definição do termo retrocessão: retrocessão: operação de transferência de riscos de resseguradores para resseguradores ou de resseguradores para sociedades seguradoras locais. Enfim, mais uma prova de que as EAPC, EFPC ou OPS não estão contempladas no sistema.

Art. 13. Os contratos de resseguro deverão incluir cláusula dispondo que, em caso de liquidação da cedente, subsistem as responsabilidades do ressegurador perante a massa liquidanda, independentemente de os pagamentos de indenizações ou benefícios aos segurados, participantes, beneficiários ou assistidos haverem ou não sido realizados pela cedente, ressalvados os casos enquadrados no art. 14 desta Lei Complementar.

Como bem destaca o Prof. GUSTAVO BINENBOJM, em sua Opinião Jurídica aqui juntada (Doc. 05), a Lei Complementar nº 126/2007 veio para solucionar dúvidas relevantes em torno da estrutura normativa que se desenhava para o setor de resseguros. Ao definir o resseguro em seu art. 2°, § 1°, I e III, o estatuto delimitou expressamente que (i) se trata da operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador, em que (ii) cedente é a sociedade seguradora que contrata operação de resseguro.

A Lei Complementar no 126/2007 definiu o **resseguro** como proteção típica e exclusiva de **seguradora**. Dito de outra forma, a Lei Complementar nº 126/2007 não deixou espaço para a interpretação de que entidades de previdência complementar (EPC) e as operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS) realizem contratação direta de operações de resseguro. Com a palavra, o Professor GILBERTO BERCOVICI **(Doc. 05)**:

O artigo 11 da Lei Complementar nº 109/2001 permite a contratação de operações de resseguro pelas entidades de previdência complementar, mas não estabelece que essas entidades possam fazê-lo diretamente, sem a intervenção de seguradoras. Pelo contrário, o artigo determina que a contratação de resseguro observe as disposições legais e regulamentares. Ou seja, as entidades de previdência complementar podem contratar resseguro de acordo com o estipulado na legislação em vigor, a saber o Decreto-Lei nº 73/1966 e a Lei Complementar nº 126/2007. O mesmo se aplica à legislação relativa às operadoras de planos privados de assistência à saúde (art. 35-M da Lei nº 9.656/1998).

Assim, o que pode ocorrer – sem que se verifique qualquer incompatibilidade com o conceito de <u>cedente</u> previsto no art. 2º da Lei Complementar nº 126/2007 – é a contratação direta de resseguro por **sociedade seguradora** que, na forma do art. 36, § único, da Lei Complementar nº 109/2001, esteja autorizada a operar plano de previdência complementar próprio das entidades abertas; ou, ainda, autorizada a operar com especialização plano privado de assistência à saúde, nos termos da Lei nº 10.185/2001.

Como se vê, antes de excepcionar a previsão do art. 2º da Lei Complementar nº 126/2007, essas hipóteses confirmam a regra ali fixada: apenas sociedades seguradoras podem figurar como cedentes.

As únicas hipóteses admitidas na lei que rege o setor de resseguro - de relação direta entre resseguradores e entidades não seguradoras - encontram-se previstas no § único do art. 14 da Lei Complementar nº 126/2007. São duas hipóteses condicionadas à existência de liquidação da sociedade seguradora:

Art. 14. (...) Parágrafo único. Na hipótese de insolvência, de decretação de liquidação ou de falência da cedente, é permitido o pagamento direto ao segurado, participante, heneficiário ou assistido da parcela de indenização ou benefício correspondente ao resseguro, desde que o pagamento da respectiva parcela não tenha sido realizado ao segurado pela cedente nem pelo ressegurador à cedente, quando: I — o contrato de resseguro for considerado facultativo na forma definida pelo órgão regulador de seguros; II — nos demais casos, se houver cláusula contratual de pagamento direto.

São casos <u>excepcionais</u> de pagamento direto de indenizações e capitais aos segurados e beneficiários, e não de contratação direta de resseguro. A coincidência de as exceções serem tão restritivas prova que o sistema rejeita a elasticidade subjetiva da posição de cedente de resseguro até mesmo no plano da execução do negócio jurídico ressecuritário.

Nessa perspectiva, o contexto introdutório acima pretendeu apenas mostrar que o sistema – Lei nº 9.656/1998, LC nº 109/2001 e LC nº 126/2007 – limita as operações de resseguro às sociedades seguradoras, razão pela qual a **Resolução CNSP nº 380/2020** inova indevidamente o ordenamento jurídico.

A rigor, seria necessária a alteração da Lei Complementar nº 126/2007 para que pudessem existir normas como as impugnadas nesta demanda.

VI - A RESOLUÇÃO CNSP Nº 380 CRIOU A FIGURA DO "RESSEGURO DIRETO"

Como se viu, a inovação empreendida pela **Resolução CNSP nº** 380/2020 consiste em criar a figura do "resseguro direto" no Direito brasileiro. A opinião do Professor GILBERTO BERCOVICI (USP), em sua Nota Técnica aqui juntada (Doc. 04), é bem clara nesse sentido:

O CNSP não dispõe de competência para regulamentar operações de 'resseguro direto' para as operadoras de planos privados de assistência à saúde e entidades de previdência complementar, tendo em vista que não há previsão legal para a existência de tal modalidade. A competência do CNSP diz respeito à regulamentação das operações de resseguro legalmente previstas, o que não inclui a competência para ampliar o conceito de cedentes e, com isso, viabilizar o chamado 'resseguro direto'.

A inovação perpetrada pela Resolução CNSP nº 380/2020 fica ainda mais evidente pelo fato de ser vedada tal "equiparação" entre as entidades tuteladas. Como se sabe, os que exercem a atividade seguradora são proibidos de atuar em outro ramo de comércio ou indústria (Decreto-Lei nº 73/66, art. 73 e 78). 19 Nesse ponto, observe-se a opinião do Professor GILBERTO BERCOVICI (**Doc. 04**):

> Não bastasse isto, o CNSP não tem competência para regulamentar as operações de previdência complementar e de planos de saúde, ou a atividade das operadoras de planos privados de assistência à saúde e entidades de previdência complementar. Vale dizer, não pode transformar essas entidades em seguradoras ou qualificar suas operações como operações de seguro. Essa vedação, inclusive, existe pelo fato de não ser legalmente possível que entidades equiparadas a seguradoras realizem operações que não são de seguro. Afinal, a legislação brasileira proíbe que sociedades seguradoras explorem 'outro ramo de comércio ou indústria' (Artigos 73 e 78 do Decreto-Lei nº 73/1966).

No fundo, ontologicamente, como voltaremos a explicar no tópico XII, referente ao risco de desequilíbrios técnicos, não é possível haver autêntica operação de resseguro se não figurar, como ressegurada, uma sociedade empresária com características específicas: a sociedade seguradora. Estas estruturam suas operações de maneira toda ela específica e é essa especificidade que permite a atuação do ressegurador e a celebração de um negócio de resseguro.

As entidades de previdência complementar, em especial as fechadas (fundos de pensão) e as operadoras de planos de assistência à saúde, não estruturam suas operações do mesmo modo que as sociedades seguradoras.

¹⁹ As seguradoras especializadas em seguro saúde e as seguradoras de vida autorizadas a operar planos de benefício estão sujeitas a essa limitação de objeto social.

Além disso, como já mencionado, o Código Civil, no § único do art. 757, estabelece que: Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada. Essa norma não surgiu por acaso. Decorre de exigências técnicas imperiosas que definem a própria estrutura do negócio de seguro.

Desse modo, o sistema constitucional brasileiro exige que uma alteração dessa natureza na estruturação das operações de seguro e resseguro, evolvendo mudança de posição jurídica entre "cedente" e ressegurador, somente pode ser feita por meio de lei em sentido formal.

VII - A LEI COMPLEMENTAR Nº 126/2007 NÃO AUTORIZA "RESSEGURO DIRETO" PARA AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

É importante desfazer um equívoco de quem considera que o "resseguro direto" já estaria previsto na própria Lei Complementar nº 126/2007, especificamente no art. 9°, § 1°, que diz: As operações de resseguro relativas a seguro de vida por sobrevivência e previdência complementar são exclusivas de resseguradores locais.

Todavia, o enunciado acima não autoriza essa leitura do "resseguro direto". É importante lembrar que a Lei Complementar nº 126/2007 é de natureza protecionista e promove o desenvolvimento do mercado nacional de resseguro por meio de reserva de mercado às resseguradoras locais.

A regra prevista no seu art. 9º segue essa política de Estado nacionalista e impõe que o risco de previdência complementar, **quando objeto de operação de resseguro**, deve ser pulverizado apenas aos resseguradores <u>locais</u>:

Art. 9: A transferência <u>de risco</u> somente será realizada em operações:

(...)

- § 1º As operações de resseguro relativas a seguro de vida por sobrevivência e previdência complementar são <u>exclusivas</u> de resseguradores locais.
- § 2º O órgão regulador de seguros poderá estabelecer limites e condições para a retrocessão <u>de riscos</u> referentes às operações mencionadas no § 1º deste artigo. (grifos nossos)

Assim, a regra não se refere à figura da <u>cedente</u>, que só pode ser uma companhia seguradora. A norma dispõe apenas sobre o tipo de ressegurador que pode operar numa estrutura de riscos relativos à previdência complementar em território nacional: o ressegurador local.

Em outras palavras, o legislador não autorizou ali que a entidade de previdência complementar (tampouco as operadoras de planos de saúde) possa acessar diretamente o ressegurador sem antes realizar a operação de seguro de seus riscos.

Assim como existe seguradora especializada em saúde, autorizada a operar exclusivamente no mercado de saúde suplementar, existe também a figura da seguradora autorizada a operar exclusivamente no ramo vida e previdência. Em ambos os casos, sob a mesma lógica, é possível haver o resseguro de seus riscos: no caso das seguradoras especializadas em saúde, para qualquer ressegurador autorizado a operar no Brasil; já no caso das seguradoras de vida e previdência, apenas aos resseguradores locais.

VIII - A RESOLUÇÃO CNSP Nº 380/2020 USURPA A COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL

A Constituição Federal, nos artigos 21, VIII, e 22, VII, estabelece que é competência exclusiva da União legislar, via Congresso Nacional, sobre a política de seguros. A mesma Constituição, no art. 22, I, estabelece que é da competência privativa da União legislar, via Congresso Nacional, sobre Direito Civil e Comercial.

Aqui, como dito, o CNSP <u>inovou</u> para além do quadro legal dentro do qual lhe compete exercer funções meramente regulamentares, isto é, disciplinar a execução dos comandos legais, estabelecer limites, descer a minúcias administrativas. Esse órgão administrativo jamais poderia viabilizar o "resseguro direto" <u>por quem a lei de regência do resseguro não autorizou figurar na posição contratual de cedente</u>, o que, visto pela outra face, como já dito, seria o asseguramento direto pelo ressegurador, igualmente <u>vedado</u> pelo art. 14 da Lei Complementar n° 126/2007.

²⁰ LC n° 109/2001, art. 36, § único.

²¹ Respeitando o direito de preferência das resseguradoras locais e as demais regulamentações protecionistas do setor (art. 11, I e II da LC nº 126/07 e Resolução CNSP nº 325/2015).

A **Resolução CNSP** nº 380/2020, ao querer viabilizar a contratação direta de operações de resseguro por EAPC, EFPC e OPS, acabou se convolando em espécie normativa primária que "desfaz" a vedação preconizada pela sistemática dos diplomas legais originais (Lei nº 9.656/1998, LC nº 109/2001 e LC nº 126/2007).

Em outras palavras, o CNSP invadiu a esfera de competência legislativa privativa da União para legislar por meio do Congresso Nacional, quer em matéria civil,²² por lei ordinária (CF, artigos 21, inc. VIII, e 22, inc. I e VII), quer em matéria estrutural-regulatória do Sistema Nacional de Seguros Privados,²³ parte integrante do Sistema Financeiro Nacional, por lei complementar (CF, art. 192).

IX-ARESOLUÇÃO CNSPN°380/2020 VIOLA ALEGALIDADE ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA REPÚBLICA

Nessa perspectiva, a questão que se coloca para a compreensão desta colenda Corte Constitucional está em saber quais são os limites dos poderes outorgados pela lei ao CNSP. A atuação do Poder Público é pautada pelo princípio da <u>legalidade</u> (CF, art. 37), sujeitando-se à hierarquia normativa estabelecida no texto constitucional, o que se aplica a todos os atos administrativos, inclusive os de intervenção no funcionamento da economia.

A Lei Complementar nº 126/2007, promulgada muito tempo depois, introduziu modificações importantes no Decreto-Lei nº 73/66. Mas o CNSP e a SUSEP²⁴ tiveram suas atribuições e competências preservadas.

²² A dimensão civil é aquela que trata do negócio jurídico em si, da fase précontratual à pós-contratual, e está disciplinada pelo Capítulo XV do Código Civil e demais disposições sobre Direito Obrigacional. Mesmo nesta dimensão, o legislador, conhecendo a necessidade de estrutura empresarial técnica especial para a posição jurídica de segurador, reservou-a exclusivamente às entidades constituídas na forma da lei e legalmente autorizadas (CC, art. 757, § único).

²³ A dimensão empresarial é aquela que compreende a organização e atuação dos agentes econômicos do sistema de seguro, resseguro e cosseguro, sua regulação e supervisão, as regras especiais para a abrangência dessas atuações, as regras nucleares para a garantia da solvência do sistema etc.

²⁴ Ambos também são competentes, nos termos da Lei nº 6.435/77, para regular e fiscalizar as entidades abertas de previdência privada. Essa competência foi mantida pela Lei Complementar nº 109/2001, até que viesse a ser instituído um órgão regulador e fiscalizador especial (art. 74). Finalmente, a Lei nº 12.154/2009, foi criada a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) e para esta foi transferida a competência para a regulação das entidades fechadas

No caso particular do CNSP, essa preservação incluiu as atribuições e poderes elencados no art. 32 do Decreto-Lei nº 73/66.²⁵ Os regulamentos e atos normativosexpedidos pelo CNSP são, pois, lei em sentido material e devem ajustar-se aos termos da lei em sentido formal, sob pena de invalidade.

Conforme esclarece o Prof. GUSTAVO BINENBOJM, em sua Opinião Jurídica, sob o ângulo do princípio da legalidade, a Administração, especialmente no que concerne aos regulamentos exarados por seus órgãos, como é o caso das resoluções, não pode pretender que sua atuação normativa se alce à função de legislar, seja para inovar na ordem jurídica, seja – o que é mais grave – para dispor *contra legem*.

No fio desse raciocínio, o parecer invoca passagem da Min. ROSA WEBER, no julgamento da ADI nº 4.874-DF, em que assinala: a norma regulatória deve compatibilizar-se com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seuconteúdo, e não substituí-la ao inovarna

de previdência privada. A PREVIC, por sua vez, não compõe o CNSP (artigo 33 do Decreto-Lei nº 73/66, alterado pela Lei nº 10.190/2001), hoje integrado, assim pelo Ministro da Fazenda (ou seu representante), que o presidirá, pelos representantes do Ministério da Justiça e do Ministério da Previdência e Assistência Social, pelo Superintendente da SUSEP e pelos representantes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

²⁵ Decreto-Lei nº 73/66: Artigo 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente: I - Fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados; ÎI - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a êste Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas; III - Estipular índices e demais condições técnicas sôbre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; IV - Fixar as características gerais dos contratos de seguros; V - Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras; VI - delimitar o capital das sociedades seguradoras e dos resseguradores; VII - Estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro; VIII disciplinar as operações de co-seguro; X - Aplicar às Sociedades Seguradoras estrangeiras autorizadas a funcionar no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que vigorarem nos países da matriz, em relação às Sociedades Seguradoras brasileiras ali instaladas ou que nêles desejem estabelecer-se; XI - Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, com fixação dos limites legais e técnicos das operações de seguro; XII - Disciplinar a corretagem de seguros e a profissão de corretor; XIV -Decidir sôbre sua própria organização, elaborando o respectivo Regimento Interno; XV- Regular a organização, a composição e o funcionamento de suas Comissões Consultivas; XVI - Regular a instalação e o funcionamento das Bolsas de Seguro; XVII - fixar criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento, à luz de critérios técnicos, dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, não o da criação de novos espaços²⁶.

Em parecer escrito nos anos 60, sob a Constituição de 1946, PONTES DE MIRANDA traçou com perfeição os limites constitucionais do regulamento em face da lei editada pelo Parlamento, em recado que parece ter sido endereçado ao CNSP:

Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos, - há abuso de poder regulamentar. Invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei. Quanto menos se regulamentar, melhor. Tem-se visto o prurido de regulamentar ir à vesânia de se reproduzirem, nos regulamentos, artigos e mais artigos da lei, subpondo-lhes, aqui e ali, frases que os interpretem restritiva ou ampliativamente. Tudo isso é inútil, e é perigoso. Regulamentar é mais difícil do que fazer a própria lei; exige pleno conhecimento do alcance das regras jurídicas legais (o de que nem sempre têm noção clara certos legisladores) e do ramo do direito em que a lei mergulha.²⁷

Na doutrina securitária, essa lição é antiga. Em obra que se tornou referência nos anos 70, ANTONIO CARLOS OTONI SOARES já criticava o dirigismo estatal amplo no mercado segurador, por conta da confusão que se fazia entre o poder de fiscalizar as operações de seguro, a cargo do CNSP e da SUSEP, então criados pelo Decreto-Lei nº 73/66, e a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre contrato de seguro:

as condições de constituição e extinção de entidades autorreguladoras do mercado de corretagem, sua forma jurídica, seus órgãos de administração e a forma de preenchimento de cargos administrativos; XVIII - regular o exercício do poder disciplinar das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem sobre seus membros, inclusive do poder de impor penalidades e de excluir membros; XIX - disciplinar a administração das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem e a fixação de emolumentos, comissões e quaisquer outras despesas cobradas por tais entidades, quando for o caso.

²⁶ STF, Pleno, ADI 4.874-DF, Min.^a Rosa Weber, j. 01.02.2018.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. Parecer n. 47. Sobre regra jurídica de regulamento, de conteúdo próprio de lei e estranho a lei regulamentada. Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 3, 1974, p. 262.

O nosso ponto de vista: no poder de fiscalizar operações de seguros (caso típico do poder de polícia da administração), não se inclui nem o de 'fixar as características gerais dos contratos de seguros', do CNSP, nem o de 'fixar condições de apólice'', da SUSEP. Tanto num caso como no outro, haveria o exercício do poder de legislar, privativo do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República ou, excepcionalmente, do Presidente da República, através de decretos-leis.²⁸

É dizer, os atos normativos da Administração Pública – resoluções, portarias, circulares, decretos - não podem revogar ou derrogar leis em sentido formal, sejam ordinárias ou complementares, nem dispor com avanço em relação ao que manda essa lei de base ou "lei primária".

A consequência disso não poderia ser outra que não um grave vício de inconstitucionalidade por violação também aos **princípios da separação de Poderes** (CF art. 2°), da legalidade administrativa (CF, art. 37) e do próprio **princípio democrático** (CF, art. 1°).

X - O SETOR DE SEGUROS E RESSEGURO INTEGRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A doutrina nacional classifica a matéria securitária em dois aspectos: como tipo contratual e como componente do Sistema Nacional de Seguros Privados, que integra o Sistema Financeiro Nacional, como explica o Professor BRUNO MIRAGEM:

O direito brasileiro ocupa-se do seguro como um contrato e como um sistema. Como contrato, é tipo contratual com disciplina específica no Código Civil. Tomado como sistema, há de se considerar em dupla perspectiva. Isso porque funda um sistema — o Sistema Nacional de Seguros Privados — parte do Sistema Financeiro Nacional, cujo desenvolvimento é recente. Em especial, a partir da edição do Dec.-lei 73/1966, que o instituiu, e que atualmente tem seu assento constitucional no art. 192 da CF/1988. E da mesma forma a execução do contrato pressupõe um sistema contratual, no qual a plena eficácia e execução do contrato dependem da existência de série de contratos semelhantes, tendo por objeto a garantia de riscos relativamente homogêneos, dispersos por intermédio de técnica de gestão financeira e atuarial.²⁹

²⁸ SOARES, Antonio Carlos Otoni. Fundamento jurídico do contrato de seguro. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros, 1975, p. 28.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 96, p. 157-196. Nov. - Dez/2014.

Essa leitura de que o Sistema Nacional de Seguros Privados integra o Sistema Financeiro Nacional é corrente na doutrina, como se vê em ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR:

É imperativo esclarecer o sentido da expressão Sistema Financeiro Nacional, contida no caput do art. 192 da Constituição. O sistema é uma totalidade ordenada, que compreende um repertório e uma estrutura. O repertório é formado pelos elementos que compõem o sistema e a estrutura abrange as regras que presidem as relações entre os elementos que constituem o repertório do sistema. Assim, por exemplo, são elementos do sistema financeiro, entre outros, os bancos, as cooperativas de crédito, os estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização.

As relações entre os elementos, que formam o repertório do sistema, são determinadas por regras estruturais, cuja função é definir as atribuições do Banco Central e o papel que ele exerce na fiscalização das instituições financeiras.

A lei complementar, mencionada pelo art. 192, regulará os requisitos a ser cumpridos para que as instituições integrem o sistema financeiro, bem como a competência do Banco Central, a quem cabe zelar pelo funcionamento eficiente do sistema.³⁰

O próprio Banco Central do Brasil insere o setor de seguros privados na composição do Sistema Financeiro Nacional, ao lado de segmentos como moeda,crédito, capitais e câmbio, previdência fechada, apontando seus respectivos órgãos normativos, supervisores e operadores.³¹

Nesse panorama, entende-se que a Emenda Constitucional nº 40/2003 suprimiu a exigência de lei complementar única para disciplinar todo o Sistema Financeiro Nacional, estabelecendo a possibilidade de haver várias leis complementares. Nesse sentido, o Professor ALEXANDRE DE MORAES: Outra importante previsão foi a expressa determinação de desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional. A nova redação do caput do art.

³⁰ JÚNIOR, Alberto do Amaral. A Constituição, o Código de Defesa do Consumidor e o Sistema Financeiro. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. Vol. 1, p. 501-525, abr./2011.

³¹ https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp;

192 da Constituição Federal, dada pela EC nº 40/03, expressamente, prevê sua regulamentação por leis complementares.³²

O Professor GUSTAVO BINENBOJM, por sua vez, considera não só necessário o veículo da lei complementar para o setor de resseguro, como entende que a Lei Complementar nº 126/2007 derrogou os artigos 11 da Lei Complementar nº 109/2001 (Regime de Previdência Complementar) e 35-M da Lei nº 9.656/1998 (planos e seguros privados de assistência à saúde):

Ocorre que tais diplomas legais foram derrogados pela Lei Complementar nº 126/2007 (que define "a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário"), cujo art. 11 estabeleceu, sem ressalvas, que operações dessa natureza somente podem ser celebradas entre uma sociedade seguradora (cedente) e uma resseguradora (art. 2°, §1°, I e III).

Por outro lado, coexiste o entendimento de que, depois da última alteração do art. 192 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 40/2003, não seria mais exigível lei complementar para dispor sobre seguro e resseguro, bastando lei ordinária, de qualquer forma lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional.

Seja como for, a <u>criação</u> de uma posição jurídica negocial é matéria de Direito Privado sujeita à reserva legal, nos termos do inc. I do art. 22 da Constituição Federal, o mesmo sendo exigido, nos termos do art. 21, VIII, e do art. 22, VII, para alterar o arcabouço estrutural da atividade de resseguro, seja no Decreto-Lei nº 73/66, seja na Lei Complementar nº 126/2007, o qual não admite como <u>cedentes</u> senão as instituições financeiras seguradoras e as cooperativas especialmente autorizadas, além de <u>vedar</u> aos resseguradores a possibilidade de atuarem como garantidores diretos (seguradores).

XI - PRECEDENTES DO STF APÓS EC Nº 40/2003

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 40/2003, que enxugou o art. 192 da Constituição, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL continua exigindo a reserva de lei complementar para mexer na política de seguros e resseguro.

³² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 1138.

Recentemente, em 20.12.2019, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por maioria, em sede de **Medida Cautelar** em ADI nº 6.262-DF, <u>suspendeu</u> os efeitos da Medida Provisória nº 904/2019, que pretendia extinguir o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) e o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga (DPEM).

O voto condutor do Min. EDSON FACHIN entendeu que o Sistema Nacional de Seguros Privados integra o Sistema Financeiro Nacional, de modo que uma modificação como essa, a envolver aspectos estruturais de natureza regulatória, só pode ser feita em obediência à reserva de lei **complementar**:

O sistema de seguros, por sua vez, integra o sistema financeiro nacional, sendo subordinado à autoridade do Banco Central do Brasil (art. 18, § °1, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964). Noutras palavras, o sistema de seguros é um subsistema do sistema financeiro nacional. Nos termos do caput do art. 192 da Constituição Federal, 'o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram'.

Como se depreende do texto constitucional, é necessária lei complementar para dispor sobre os aspectos regulatórios do sistema financeiro nacional. (...)

Além disso, alterações posteriores ao Decreto-Lei n. 73, de 1966, também foram feitas por meio de lei complementar, como a que disciplina mecanismos de participação da União na cobertura do seguro rural, nos termos da Lei Complementar n. 137, de 26 de agosto de 2010. O que essas interpretações estão a indicar é que a regulação do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por sua Carga exige, nos termos do art. 192 da Constituição Federal, lei complementar.³³

-

³³ STF, Pleno, MC na ADI 6.262-DF, Min. Edson Fachin, j. 20.12.2019.

Observe-se que até mesmo o voto vencido do Min. RICARDO LEWANDOWISKI afirmou que a atividade legiferante concernente a disciplinar sobre a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos de seguro ou resseguro precisa ser tratada por meio de lei complementar.

Ora, é justamente o problema que se acusa aqui na **Resolução nº 380/2020**. O CNSP mexeu na estrutura do sistema regulatório para transformar o funcionamento das OPS e EPC, fazendo-as atuar como se fossem seguradoras, como também mexeu no funcionamento e na forma de atuação dos resseguradores.

Como se vê, o precedente mencionado examinou questão envolvendo a extinção de um seguro obrigatório por medida provisória, mas a *ratio decidendi* é plenamente aplicável como remédio contra a invasão de competência privativa do Congresso Nacional pela **Resolução CNSP nº 380/2020**, com ofensa também à reserva de lei complementar, como sustentam alguns juristas, a partir do art. 192 da Constituição Federal, ou, no mínimo, à reserva de lei ordinária, como sustentam outros.

Em outra ocasião, em 01.08.2011, na ADI nº 3.515-SC, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por unanimidade, declarou inconstitucional a Lei nº 12.775/2003 do Estado de Santa Catarina, que tornava obrigatório o uso de equipamento de verificação de autenticidade de cédulas de dinheiro por estabelecimentos bancários, matéria reservada à Lei Complementar e de competência privativa da União, em descompasso com os artigos 21, inc. VIII, 22, inc. VII, e 192 da Constituição.³⁴

A Corte entendeu que a Emenda Constitucional nº 40/2003, ao alterar o art. 192 da Constituição, não afetou a competência exclusiva da União para legislar sobre o Sistema Financeiro Nacional, política de crédito, câmbio, seguros e transferência devalores, conforme entendimento já construído na **ADI nº 1.357-MC-DF** (Min. MOREIRA ALVES), em harmonia com a manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, respectivamente:

apesar de o parâmetro de controle de constitucionalidade utilizado pelo requerente (inciso IV do art. 192 da Constituição Federal) ter sido revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003,

³⁴STF, Pleno, ADI n° 3.515-SC, Min. Cezar Peluso, j. 01.08.2011.

não ocorreu modificação da competência da União para dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional — SFN, abrangendo o funcionamento das instituições financeiras, fiscalização das operações de natureza financeira, emissão e circulação de moeda, bem como seu curso forçado (arts. 21, VII, VIII; 48, II; e 192, caput, da CF).³⁵

* * *

O Sistema Financeiro Nacional é estruturado e regulamentado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, é constituído pelo Banco Central do Brasil, pelas demais instituições financeiras públicas e privadas e pelas demais instituições das áreas de seguro, capitalização, previdência privada e mercado de capital. (...)

Depreende-se da análise dos autos, que o Estado de Santa Catarina ao dispor sobre o uso de equipamento que ateste a autenticidade de cédulas de dinheiro pelos estabelecimentos bancários, ou seja, sobre o sistema financeiro, violou o art. 21, inciso VIII e 22, inciso VII, da Constituição Federal. A míngua da necessária competência legislativa, não poderia o Estado de Santa Catarina dispor sobre essa matéria. Em virtude desse assunto estar constitucionalmente previsto no campo de competência privativa da União, somente lei federal poderia legislar sobre esse assunto. Ao fazê-lo incorreu em manifesta inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. 36

Observe-se que, neste julgamento, o STF derrubou uma lei formal do Parlamento, porque de nível estadual, o que conforta os fundamentos da presente ADI voltada contra uma resolução administrativa do Poder Executivo.

XII - RISCO DE DESEQUILÍBRIOS TÉCNICOS

O seguro moderno, como se sabe, surgiu a partir da aplicação da chamada Lei dos Grande Números a diferentes tipos de eventos, ou "acidentes", a que um determinado grupo de pessoas está exposto. Por meio da ciência atuarial pode-se projetar a frequência e a intensidade

³⁵ Manifestação da AGU na ADI nº 3515-SC, assinada pelo Advogado-Geral da União, Alvaro Augusto Ribeiro Costa e pelo Advogado da União, André Luís Rodrigues de Souza, em 12.08.2005.

³⁶ Manifestação nº 320-PGR-AF na ADI nº 3515-SC, assinada pelo Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, em 26.08.2005.

desses "acidentes", que, todavia, afetarão, num determinado período, os interesses de apenas algumas pessoas do grupo considerado.

Pode-se, além disso, a partir da referida lei matemática, estimar qual deve ser a contribuição, chamada prêmio, a ser recolhida por cada uma das pessoas do grupo, a fim de que as perdas que se verificarem possam ser compensadas. O conjunto dessas contribuições forma uma espécie de fundo comum de proteção securitária, ou fundo de prêmios, que será empregado pela seguradora para a indenização dos segurados que venham a sofrer perdas, em caso de sinistro.

A empresa de seguro – e só ela – é o veículo que permite a reunião dos prêmios que, em linha teórica, devem ser recolhidos para que se possa presumir como suficientes, dentro desse esforço mutualístico, promovendo a solvência necessária para que cada garantidor (seguradora) proteja e, se o caso, satisfaça as necessidades daqueles em cuja órbita de interesses vier a realizar-se um risco garantido.

Ocorre que os cálculos estatísticos e atuariais desenvolvidos a partir da Lei dos Grandes Números podem sofrer desvios e desequilíbrios. Por mais poderosa que possaser a matemática utilizada, nunca se poderá afastar a possibilidade de que tais cálculos sejam afetados.

Erros na apreciação de dados e estatísticas, mudanças de compreensão de determinados fenômenos, a exemplo de uma mudança na jurisprudência, flutuações aleatórias que conduzam à concentração de sinistros em determinado período mais curto do que o projetado, ou acontecimentos catastróficos, são fatores de desequilíbrio atuarial.

Por esse risco de desequilíbrio respondem as seguradoras. Nenhuma seguradora pode imputar ao seu conjunto de segurados a responsabilidade por eventual insuficiência do fundo de prêmios que reuniu. A seguradora, no exercício de sua atividade empresarial, corre um risco que lhe é próprio, que não se verifica em nenhum outro empreendimento: o risco de não dispor da capacidade patrimonial necessária para suportar compromissos futuros.

Precisamente porque correm esse risco, as seguradoras estão obrigadas não apenas a atender a requisitos de solvência, mas também, dentre outras exigências, a operarem dentro de limites, denominados limites de retenção, determinados de maneira específica, à vista de sua singularidade como empresa.

As seguradoras devem <u>pulverizar</u> esse risco operacional para se manter operando dentro dos limites próprios do exercício de sua atividade securitária, o que só podem fazer, com a amplitude necessária, por um imperativo técnico e legal, **através da contratação de resseguro** (Decreto-Lei nº 73/66, art. 79).³⁷

Em outros termos, o contrato de resseguro pressupõe sempre, num dos polos da relação, a presença de uma empresa com características específicas – a empresa de seguros. Uma empresa que, como referido, só é capaz de funcionar a partir da gestão de uma massa de contratos de seguro, mediante o emprego de uma técnica que lhe é peculiar.

Qualquer outro tipo de empresa, que não se estruture e opere tal como uma seguradora e não atenda aos diversos mecanismos e limites impostos por lei e pela natureza da operação, caso das referidas entidades de previdência complementar (EPC) e operadoras de planos privados de assistência à saúde (OPS), não se verá em condições de comercializar seguros, de maneira que sua inserção no sistema de resseguro poderá afetar a solvabilidade do todo. **Risco de desequilíbrios técnicos**.

Na outra ponta está a figura do ressegurador. Este se aproveita da gestão mutualística realizada pelas seguradoras junto a enorme massa de contratos de seguros, reunidos nas diferentes carteiras e ramos em que se divide a indústria securitária. Por isso é que se fala, por força de expressão, em resseguro incêndio, resseguro vida, resseguro auto etc.

O resseguro tem como <u>pressuposto</u> uma empresa cuja atividade se apoia na gestão mutualística de uma massa de contratos de seguro. Sua intervenção decorre disto, ou seja, o interesse que o ressegurador garante, ou interesse ressegurado, é um interesse que está exposto, permanentemente, a um risco, ou risco ressegurado, que somente uma empresa de seguro pode correr.

Como já se salientou, na doutrina nacional, o eixo (...) em torno do qual gira o fenômeno ressecuritário, conferindo-lhe unidade de sentido (...), a sua razão de ser econômico-jurídica assenta-se, acima de tudo, no interesse primordial do segurador de reduzir a eventualidade de perda econômica (...). O segurador, ressegurando-se, seja

.

³⁷ Art. 79. É vedado às Sociedades Seguradoras reter responsabilidades cujo valor ultrapasse os limites técnico, fixados pela SUSEP de acordo com as normas aprovadas pelo CNSP, e que levarão em conta:

a) a situação econômico-financeira das Sociedades Seguradoras;

b) as condições técnicas das respectivas carteiras;

qual for o modelo técnicoempregado, sempre tem como escopo eliminar orisco quepende sobre as reservas por ele administradas e sobre o seu patrimônio, que podem ver-se de variado modo constringidos a responder pelos compromissos por ele assumidos no curso do exercício da atividade empresarial, para além dos parâmetros previstos e dos quais parte, para ensejar a realização de suas operações de seguro.³⁸

A doutrina internacional corre no mesmo sentido. Nas palavras de RENZO CAPOTOSTI, o resseguro é um "instrumento negocial colocado (...) à disposição da atividade securitária, que permite a completa realização dos efeitos jurídicos e econômicos conexos a tal atividade.³⁹

Na Alemanha, KLAUS GERATHEWOHL, por sua vez, já inicia sua obra clássica destacando que o resseguro é "fator de produção" do seguro que se desenvolveu especificamente para reduzir o risco do segurador, ou seja, de uma empresa com características específicas, sujeita a responder por eventual incorreção na repartição mutualística dos riscos segurados a que se volta.⁴⁰

Na Espanha, ANGULO RODRÍGUEZ, ao tratar da função econômico-social do resseguro, considera-o um negócio de contratação específica por parte de sociedades seguradoras, permitindo que estas possam diminuir ou redistribuir em maior ou menor escala os riscos que assumem, mediante sua divisão e dispersão, com o que logram homogeneizá-los, para melhor aproveitamento da lei dos grandes números e aumentar a capacidade de cohertura com um adequado equilíbrio técnico-financeiro.⁴¹

A fixação dos limites de retenção da seguradora, aliás, é de redobrada importância não apenas para o exercício de sua própria atividade empresarial, como também para engendrar a atividade empresarial resseguradora. A determinação desses limites leva em conta diversos fatores, a começar pela identificação e consideração do que se convencionou denominar de risco isolado – um risco específico, passível de tratamento estatístico e atuarial. A taxação desse risco, que resulta do

³⁸ PIZA, Paulo Luiz de Toledo. Contrato de Resseguro. São Paulo: EMTS, 2002, p. 140.

³⁹ CAPOTOSTI, Renzo A. La Riassicurazione: Ricerca e Individuazione del tipo. Padova: Cedam, 1970, p. 177.

⁴⁰ GERATHEWOHL, Klaus. Reinsurance: Principles and Practice. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft e.V, 1980, p. 02.

⁴¹ ANGULO Rodríguez, Luis de. *Consideraciones preliminares sobre el reaseguro*. *Estudios sobre el Contrato de Reaseguro*. Madrid: ESS, 1977, p. 23.

exame de sua frequência e intensidade, é, portanto, condição básica para a realização das operações de seguro e, a fortiori, de resseguro.

Outros fatores inerentes à fixação dos limites de retenção de uma seguradora são a definição do alcance e extensão da cobertura do risco segurável e a consideração do patrimônio líquido ajustado da seguradora, calculado mensalmente, que não pode ser inferior ao capital mínimo requerido para funcionar e que demanda a consideração dos capitais de risco.

A técnica própria do seguro é, pois, essencial para que se determinem os limites de retenção com esteio nos quais serão estruturados os programas de resseguro que a seguradora está obrigada a ajustar, por imperativo legal e técnico.

A empresa de seguros, em síntese, projeta-se sobre os contratos de resseguro que a seguradora celebra junto a um ou mais resseguradores, tanto é que os limites de retenção a que os resseguradores estão, por sua vez, sujeitos refletem os prêmios de seguro retidos pelo seguradorressegurado (cedente) e a classe de negócios de seguro abrangida pelo programa de resseguro.

Esse *modus operandi* do segurador, que tem como pressuposto obrigatório – e não simplesmente facultativo – o negócio de resseguro, não é compartilhado, todavia, pelas referidas entidades de previdência complementar (EPC) e operadoras de planos de assistência à saúde (OPS), cuja atividade não se ancora sobre bases tarifárias do mesmo modo que o exercício da atividade seguradora.

O resseguro, portanto, é um negócio que se volta especificamente a fazer com que uma empresa de características específicas – a sociedade seguradora - mantenha-se operando dentro do limite de retenção a que está invariavelmente adstrita. O que, todavia, não se verifica no âmbito das EPC e das OPS.

Note-se, por exemplo, que a própria Lei nº 9.656/1998, que disciplina as OPS, ao definir "Plano Privado de Assistência à Saúde", deixa claro que eles têm por finalidade garantir "sem limite financeiro" a assistência à saúde.

Com relação às EPC, em particular os fundos de pensão, elas operam captando recursos para investi-los e proporcionar uma renda futura. Sua operação não se constrange, no que toca ao benefício de aposentação, a limites de retenção. Antes, elas devem ampliar a massa de recursos que captam para terem maior capacidade de investimento e resultado financeiro e, desse modo, conciliarem os ganhos das aplicações com os benefícios futuros a serem pagos aos associados.

Aliás, os fundos de pensão, de modo geral, sequer têm patrimônio que pudesse ser ajustado para ensejar um cálculo a título de limite de retenção. Algumas modalidades de OPS também não, o que igualmente dificulta ou mesmo impossibilita o estabelecimento de um limite de retenção em bases técnicas congruentes com as regras seguidas pelas seguradoras.

Além disso, as seguradoras também têm necessidade de constituir capital (capital de risco de crédito) para a eventualidade de um default do ressegurador, o que as EPC e as OPS, em especial aquelas que não têm lastro patrimonial, não teriam condições de fazer.

Enfim, se por um lado há também toda uma preocupação com a solvência das OPS e das EPC, por outro lado elas não passam pela necessidade de fixação de limites de retenção que as constranjam a não assumir responsabilidades pela eventualidade da ocorrência de um risco isolado. No limite, portanto, se as EPC e OPS pudessem ser igualadas às seguradoras como "cedentes" de seguro, obrigatoriamente se deveria exigir que calculassem e respeitassem limites de retenção de responsabilidades, atinentes às suas operações, o que demandaria toda uma mudança dos seus respectivos "marcos legais".

Os planos de previdência e de assistência à saúde, em outros termos, não correspondem a contratos que só podem ser estruturados e comercializados através de uma empresa com características bastante específicas, como é o caso da empresa de seguro. Diferentes tipos de entidades podem estruturar e comercializar os referidos planos, sem estarem adstritas ao cumprimento da mesma disciplina técnica e operacional a que se sujeitam as seguradoras.

A par da inconstitucionalidade poliédrica da **Resolução CNSP** nº 380/2020, por esta ordem de razões, no cenário atual, sendo diversa a estrutura técnica, operacional e financeira com que são operados os planos de previdência e saúde, é tecnicamente impróprio – e pode ser muito arriscado – falar em resseguro para entidades de previdência complementar e operadoras de assistência à saúde.

Também por esse motivo – pela particular estrutura técnica da operação de seguro – é que às seguradoras, incluídas as cooperativas seguradoras – foi restringida a posição jurídico-material de "cedente", tanto para os efeitos do Decreto-Lei n° 73/66, quanto para os efeitos da Lei Complementar n° 126/2007, o estatuto do resseguro.

A essa impossibilidade de assimilação das entidades de previdência complementar e operadoras de assistência saúde às empresas de seguro soma-se, enfim, a dificuldade de assimilação dos planos de aposentadoria e de saúde aos negócios de seguro. A confirmar a enorme diferença entre os negócios jurídicos em questão, a disciplina legal própria, atinente aos contratos de seguro, preponderantemente disposta no Capítulo XV do Código Civil, não se aplica, por definição, aos planos de aposentadoria e planos de saúde.

Por essas razões, aliás, é que se reserva às seguradoras a denominação de <u>cedentes</u>. Outras empresas e entidades não podem transferir riscos derivados da assunção de responsabilidade securitária, que se funda, como visto, na aplicação mais rigorosa possível da lei dos grandes números e num conjunto de limites de retenção, obrigatoriedade de constituição de provisões e capitais mínimos e ajustados de maneira sem igual, que não fundam, na atualidade, os esquemas previdenciários de pagamento de rendas e o fluxo de caixa dos planos de assistência à saúde.

Por fim, a nova figura criada pela **Resolução CNSP nº 380/2020** é capaz de produzir mais um grande problema adicional: considerando que as seguradoras especializadas no setor de previdência complementar só podem operar com ressegurador local, como determina o art. 9°, § 1°, da Lei Complementar nº 126/2007, a supressão dessa camada intermediária de garantia, com a adoção do "resseguro direto", tende a gerar um processo de **concentração vertical** ainda maior pela atuação hegemônica de poucos resseguradores <u>locais</u> em operação no mercado brasileiro.

Em termos práticos, a existência dessa primeira camada de garantia prestada por seguradora representa proteção a mais para o consumidor final (segurados e beneficiários) diante do risco de insolvência do próprio ressegurador. Por outro lado, essa primeira camada de garantia é fundamental para promover a adequada diluição do risco, através de toda a rede de resseguradores que as seguradoras podem acessar, aproveitando-se toda a cadeia de pulverização.

Por isso tudo, só é possível falar em resseguro quando o ressegurado é uma empresa de seguro, de maneira que, caso venha a ser celebrado com um ressegurador um contrato para a garantia do risco das entidades de previdência complementar e operadoras de assistência à saúde, esse contrato não poderá ser encarado senão como um atípico contrato de seguro, e não de resseguro, ou assimilado a alguma outra garantia contratual típica ou atípica, que com o contrato de resseguro, entretanto, não poderá ser confundida.