



Por um Novo Paradigma Regulatório

Bernardo Bichara Faria Coelho

Advogado/Pós-Graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Pós-Graduando em Direito Securitário pela Fundação Escola Nacional de Seguros – FUNENSEG.
bichara@molonebichara.com.br

Resumo

O presente trabalho apresenta uma análise crítica dos aspectos gerais da atual regulação securitária e propõe a reflexão de uma possível solução, a partir da mudança do paradigma que a tem ciceroneado. Defende-se a necessidade de pautar o regramento do setor não apenas por aspectos paternalistas, que supostamente melhor tutelam o consumidor, mas, também, por considerações de cunho libertário, que preservem a autonomia dos agentes regulados tornando mais salutar as relações travadas neste mercado.

Palavras-Chave

Seguro, regulação, paternalismo libertário, livre iniciativa, direito do consumidor.

Sumário

1. Introdução. 2. O paternalismo libertário. 3. Construindo um novo modelo. 3.1. Premissas. 3.2. Diagnóstico. 3.3. Prognóstico. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.



Abstract

For a new Regulatory Paradigm

Bernardo Bichara Faria Coelho

Lawyer/Post-graduate degree in State Law and Regulation from Fundação Getúlio Vargas – FGV/Post-graduation in Insurance Law from Fundação Escola Nacional de Seguros – FUNENSEG.

bichara@molonebichara.com.br

Summary

This work presents a critical analysis of the General aspects of the current insurance regulation and proposes to reflect upon a possible solution, through a change in the paradigm that has governed it until now. It establishes a need to guide not only paternalistic aspects, which supposedly better protect the consumer, but also by considerations of a libertarian nature, which preserve the autonomy of the regulated agents, making for more wholesome relations in this market

Key Words

Insurance, regulation, libertarian paternalism, free enterprise, consumer law.

Contents

1. Introduction. 2. Libertarian paternalism. 3. Constructing a new model. 3.1. Premises. 3.2. Diagnosis. 3.3. Prognosis. 4. Conclusion. 5. Bibliographical references.



Sinopsis

Por un Nuevo Paradigma Regulador

Bernardo Bichara Faria Coelho

Abogado/Post-graduado en Derecho del Estado y Regulación a través de la Fundação Getulio Vargas [Fundación Getulio Vargas] – FGV/Post-graduado en Derecho del Seguro a través de la Fundação Escola Nacional de Seguros [Fundación Escuela Nacional de Seguros] – FUNENSEG.

bichara@molonebichara.com.br

Resumen

Este trabajo presenta un análisis crítico sobre los aspectos generales de la actual regulación en los seguros y propone a reflexionar sobre una posible solución, a través de un cambio en el paradigma que la ha albergado hasta hoy. Se defiende la necesidad de pautar el reglamento del sector, no solo por los aspectos paternalistas, los cuales se supone, tutelan mejor al consumidor, sino también por las consideraciones de carácter liberal, que conserven la autonomía de los agentes regulados, haciendo más saludables las relaciones instauradas en este mercado.

Palabras-Clave

Seguro, regulación, paternalismo liberal, libre iniciativa, derecho del consumidor.

Sumario

1. Introducción. 2. El paternalismo liberal. 3. Construyendo un nuevo modelo. 3.1. Premisas. 3.2. Diagnostico. 3.3. Pronóstico. 4. Conclusión. 5. Referencias bibliográficas.



1. Introdução

Se no plano econômico o mercado securitário brasileiro oferece constantes provas de sua vitalidade e vigor, no plano jurídico há uma inegável saturação do modelo regulatório a que está sujeito, sendo imperiosa uma radical transformação do marco e do desenho institucional de sua regulação, de modo a que estes não se tornem um obstáculo aos seus avanços econômicos conquistados e prometidos.

A despeito de tais necessidades, é preciso mais. Não basta modificar estruturas, impõe-se rever práticas. Impende progredir na direção da definição de um novo paradigma regulatório. De nada, ou muito pouco, adiantaria uma reformulação institucional do aparato regulador do ramo de seguros se fosse mantida a mesma orientação que preside a regulação da matéria até o presente momento – alegadamente fulcrada na preocupação com o consumidor, quando deveria prestar serviço ao mercado como um todo¹.

De modo geral a regulação securitária, ainda hoje, pode ser qualificada como política, paternalista, instável, arcaica e profusa. À evidência tal caracterização é sintomática de um mercado idiossincrático e de um quadro institucional regulatório ultrapassado. A evolução do mercado securitário brasileiro é lenta e marcada por avanços e retrocessos, sendo o mais recente a criação de uma empresa seguradora estatal. A dificuldade de o Estado entender e aceitar o seu papel de regulador do setor e não de interventor interfere diretamente na qualidade regulatória.

A ordenação da economia pela via interventiva é substancialmente diferente daquela que decorre da via regulatória². A regulação emanada de entidade sem independência, sobretudo nos casos em que o Estado atua diretamente no setor, como concorrente (como ora ocorrerá com a criação da seguradora estatal) ou monopolista (tal qual o fazia com o resseguro antes da edição da LC 126/07 por meio do IRB), inevitavelmente cede ao apelo político em vez de pautar-se pelo primado da técnica.

A mesma incompreensão estatal sobre o seu papel e a inércia do mercado em emancipar-se faz com que a regulação tenha viés nitidamente paternalista, supostamente dirigido à proteção do consumidor. O pressuposto para a transformação do Estado Providência em Estado Consensual, passando-se da intervenção para a regulação é a aceitação do princípio da subsidiariedade³. Até que o Estado concorde que compete à própria sociedade cuidar das questões que lhe tocam de perto e as quais tem plenas condições de assumir, e enquanto esta mesma sociedade não exigir esse seu direito, prevalecerá o modelo arbitrário de imposição estatal da dinâmica econômica e social.

¹ POLIDO, Walter A. *contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. p. 161/162.

² MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 9/17.

³ Sobre o princípio da subsidiariedade assim discorre Diogo de Figueiredo: “A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos.”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96.



É difícil imaginar a possibilidade de existência de um vazio regulatório, mormente em setor tão sensível da economia. Portanto, em tese, sempre haverá uma forma de regulação do setor de seguros seja ela estatal, seja uma autorregulação. Esta, de acordo com a melhor doutrina, também não é pertinente a este campo da economia⁴, pois as características do setor não a favorecem. Nada obstante, é possível e mesmo saudável que se caminhe para uma regulação senão menos incisiva, ao menos não arbitrária nem paternalista. Mas, para que isso ocorra é preciso que o Estado abandone a concepção interventora pela qual sempre se guiou e, no mesmo passo, o mercado amadureça suas práticas, buscando, tanto quanto possível, uma atuação conforme o direito, ponderando os seus interesses e os dos segurados – a livre iniciativa e os direitos do consumidor –, o que evitará a necessidade de o regulador fazê-lo.

Ademais, a ausência de tecnicidade da regulação, porque pautada por interesses políticos e fundamentada no paternalismo, acarreta na sua instabilidade. Perceba-se que não se está a criticar a atualização constante da regulação, própria de setores fundamentais da economia como o é o ramo securitário – extremamente mutável em seu desenvolvimento –, mas sim a permanente alteração das regras setoriais, que não segue uma lógica técnica. Justamente outro defeito elencado da regulação securitária brasileira é que ela afigura-se, em muitos casos, antiquada. E diante dessa atecnia e instabilidade, não é de se surpreender com a citada profusão regulatória, que já vai se tornando um dos problemas mais graves a desafiar o futuro da regulação, nos mais diversos setores⁵.

Esses três últimos problemas, instabilidade, arcaicidade e profusão, juntamente com a questão da captura política da regulação, partilham do mesmo vício de origem e da mesma solução, qual seja, o balizamento da regulação dentro de critérios técnicos, que não será abordado em profundidade nesse trabalho. Por hora nos interessa propor a solução para o problema do caráter, preponderantemente, paternalista que singulariza a regulação de seguros no Brasil, solução essa, que, como se verá, outrossim, implicará numa opção por uma regulação mais técnica, livre de injunções políticas.

2. O Paternalismo Libertário

Nossa proposição é a adoção, como novo paradigma regulatório, do que Cass Sustein e Richard Thaler, os pais da ideia, batizaram de “paternalismo libertário”; uma ideologia que visa a superar o antagonismo absoluto entre as teorias que defendem uma intervenção estatal intensa nos domínios econômico e social e as que protestam por seu completo absenteísmo, ficando tudo a cargo da “mão invisível do mercado”. O paternalismo libertário se manifesta não por coações, mas por orientações, “cutucadas”, como brincam os autores, que sustentam⁶:

⁴ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103/137.

⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 214/220. p. 203.

⁶ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.



“O aspecto libertário de nossas estratégias consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem – e ter a opção de sair de arranjos indesejáveis se assim quiserem. Para tomar emprestada uma expressão do finado Milton Friedman, os paternalistas libertários afirmam que as pessoas deveriam ser “livres para escolher”. Lutamos para projetar políticas que mantenham ou incrementem a liberdade de escolha. Quando usamos o termo libertário para modificar a palavra paternalismo, queremos dizer simplesmente algo que preserve a liberdade. E, quando falamos de preservação da liberdade, estamos falando sério. Os paternalistas libertários querem que as pessoas possam facilmente seguir seus caminhos; não querem sobrecarregar aqueles que desejam exercer sua liberdade.

O aspecto paternalista reside na afirmação de que é legítimo que os arquitetos de escolhas tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar sua vida mais longa, saudável, melhor. Em outras palavras, defendemos esforços conscientes, por parte de instituições do setor privado e também do governo, para orientar as escolhas das pessoas rumo a direções que irão melhorar sua vida. Segundo entendemos, uma política é “paternalista” quando tenta influenciar as escolhas feitas por uma pessoa de modo a melhorar sua vida, segundo o próprio julgamento. Utilizando algumas descobertas comprovadas das ciências sociais, mostramos que, em muitos casos, os indivíduos fazem escolhas ruins – escolhas que eles não teriam feito se tivessem prestado toda a atenção e se tivessem informações completas, capacidades cognitivas ilimitadas e autocontrole pleno”.

A teoria desenvolvida por Thaler e Sustein parte de uma análise de economia comportamental. Através de uma série de estudos, os autores comprovam ser falaciosa a ideia de que cada pessoa sabe o que é melhor para si e, pois, toma as melhores decisões. Primeiro eles demonstram que os seres humanos raciocinam a partir de dois sistemas, um intuitivo e automático, outro reflexivo e racional, sendo certo que, muitas das vezes, o primeiro prevalece, o que sepulta a concepção de decisões suficientemente pensadas para que sejam otimizadas. A partir daí, eles elencam e provam a existência de uma série de obstáculos que prejudicam a adoção de um pensamento refletido por parte dos indivíduos, são eles: a força da inércia (que se manifesta inclusive pela aversão ao risco⁷, o que muito tem a ver com o mercado segurador), a falta de autocontrole, a tendência de seguir a coletividade em casos de escolhas públicas, assimetria de informação (por exemplo: excesso de opções, complexidade das opções, imediatismo das escolhas sem mensurar as consequências posteriores, a inexperiência na tomada de certas decisões, a ausência de *feedback* sobre as escolhas) dentre outros. Todos esses comportamentos são inexoráveis à condição humana, por isso não adianta resistir a eles e nem projetar modelos jurídico-econômicos que os desconsiderem, tomando por base um mundo ideal, mas irreal. É preciso, a partir dessa constatação, tentar superar as dificuldades apresentadas.

⁷ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 36/37.



O mercado de seguros parece o ambiente propício para a observação dos fenômenos descritos. Leia-se o que escreveram Thaler e Sustein⁸:

“A discussão até aqui sugere que as pessoas talvez precisem de orientação principalmente para as escolhas que têm efeitos retardados; as escolhas que são difíceis, raras e oferecem pouco feedback; e aquelas cuja relação entre escolha e experiência é ambígua. Uma pergunta natural é se o livre mercado pode resolver os problemas das pessoas, mesmo nessas circunstâncias. Muitas vezes a concorrência de mercado será muito positiva. Mas, em alguns casos, as empresas têm um forte incentivo para oferecer serviços às fragilidades das pessoas e explorá-las.

Observe primeiro que muitos produtos do setor de seguros têm todas as características que esboçamos. Os benefícios de ter um seguro são retardados, é difícil analisar a probabilidade de um sinistro, os consumidores não recebem um feedback útil sobre o fato de seus seguros terem um bom retorno ou não, e o mapeamento do que eles estão contratando e do que estão recebendo pode ser ambíguo”.

Diante dessa constatação e cientes de que as pessoas estão, a todo tempo, se influenciando e sofrendo a influência de outras, da sociedade e de entidades, públicas ou privadas (que a exercem naturalmente, por sua própria finalidade, a exemplo do Estado), eles afirmam que a arquitetura de escolhas – que é a possibilidade de alguém influir previamente nas escolhas de outrem – é uma realidade que dificilmente pode ser neutralizada⁹. Assim, cumpre funcionalizá-la para o atendimento de fins legítimos e não negá-la ou opor-se a ela. Daí a ideia de que o governo deve orientar os indivíduos, o que não deixa de ser uma forma de paternalismo, sem, contudo, tolhê-los em seu direito de escolha, com o que se preserva a liberdade, afastando o aspecto condenável do paternalismo.

Ora, mas o que todo esse teorismo tem de aplicação prática e em que ele se relaciona com a regulação do mercado de seguros? Explica-se.

3. Construindo um Novo Modelo

3.1 Premissas

Aqui é preciso compreender que a defesa de mudança de paradigma regulatório, para que se adote um paternalismo libertário, não implica em estabelecer determinações específicas para o exercício da regulação. Importa, isto sim, na afirmação da necessidade de uma nova postura por parte de regulador e regulados pautada por um desenvolvimento cultural da regulação¹⁰. Significa dizer que é imperioso encontrar uma nova forma de regular de caráter técnico e criativo; é preciso, por conseguinte, redefinir papéis e assumir responsabilidades.

⁸ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 81/82.

⁹ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 9/14.

¹⁰ Propomos esse desenvolvimento cultural da regulação na linha do que ensina Calixto Salomão Filho, que pugna pelo desenvolvimento da regulação como instrumento para a divulgação do conhecimento econômico. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37/41.



Todo o raciocínio de Thaler e Sustein é pautado pela noção de arquitetura de escolhas, que, como visto, consiste na construção de modelos por meio dos quais se pré-definem escolhas alheias, induzindo as pessoas a acolhê-las – sem, contudo, obrigá-las – ou seja, implica na orientação de condutas de terceiros. Nas relações securitárias há dois grandes arquitetos de escolhas, o regulador e o segurador. Aquele tenta conduzir este enquanto este busca influenciar os segurados.

O ponto relevante aqui é que na relação securitária vista como um todo, portanto, envolvendo regulador, segurador e segurado, as duas grandes arquiteturas de escolhas que intermedeiam as relações entre as partes são contraditórias e, pior, ambas são equivocadas. A primeira é pautada no puro paternalismo – supostamente voltado à proteção do consumidor –, a segunda, no excesso libertário – preocupada apenas com a livre iniciativa.

Já deixamos assente nossa crença de que a justa medida para ambas seria a adoção do meio termo, do ponderado, do paternalismo libertário. A pergunta, então, é: Por onde começar a construí-lo?

No Direito do século XXI, pós-positivista por convicção e neoconstitucionalista por natureza, não se cogita da iniciação de qualquer raciocínio jurídico que não parta da análise da constituição. Nessa toada, é bem de ver que o caráter compromissório da Constituição brasileira como um todo, em especial do artigo 170, parece expressar suficientemente, no campo jurídico, o cerne da teoria do paternalismo libertário. O rol dos princípios reitores da Ordem Econômica, intrinsecamente conflitantes entre si, demonstra o intento do constituinte no sentido de afastar-se de posições radicais e que já provaram seu fracasso com a quebra da *bolsa* e com a quebra do *muro*¹¹. Assim como as previsões constantes dos artigos 173 e 174 evidenciam que, se por um lado o Estado assumirá postura absenteísta e subsidiária na atuação econômica direta, por outro, ele não abrirá mão de resguardar os valores que o constituinte pôs à sua cura.

A mensagem é cristalina. O mercado é livre para atuar, desde que seus agentes não descuidem dos interesses daqueles com quem interagem, agindo egoisticamente. Ocorrendo isso haverá um desequilíbrio e, constatado este, o Estado atuará para corrigi-lo.

Tem-se, destarte, que o regulador é limitado no seu âmbito de atuação, primeiramente, pelas determinações do constituinte e, posteriormente, pela normatização do legislador que as densifica, instituindo um marco regulatório e fixando a política pública a ser adotada. Nada obstante, há uma fase intermediária – que, no mais das vezes, não é percebida – entre o balizamento constitucional e o ordenamento infraconstitucional. É que, para desenhar o marco regulatório e definir a política pública para determinado setor da economia, o legislador, necessariamente, tem de olhar, antes, para o mercado. O diagnóstico deste é que indicará como se encontra o equilíbrio entre os valores eleitos pelo constituinte e ensejará uma presença estatal mais ou menos incisiva no setor.

¹¹ CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 99/113.



Queremos dizer com isso que a análise da arquitetura de escolhas do regulador depende, primeiro, do exame da arquitetura de escolhas do segurador. Passemos ao exame de cada uma delas.

3.2 Diagnóstico

A dinâmica acelerada das relações econômicas criou o fenômeno da massificação contratual¹². Para combater a escassez do tempo, é preciso homogeneizar escolhas. Com o mercado de seguros não é diferente. As seguradoras analisam demandas, verificam tendências, montam seus produtos e os oferecem a um mercado consumidor que sabe que precisa deles, mas não sabe bem de qual, nem porque, nem para que. Constituído está o problema.

Os consumidores, como um todo, desconhecem suas reais necessidades e mais ainda a solução para elas, daí sua vulnerabilidade¹³. E não tem tempo para fazê-lo. Eles precisam e acreditam no seu fornecedor. Este, por sua vez, confia em si próprio, no seu departamento de *marketing* e no livre mercado. Formata, então, um produto que alguém quer, da forma como ele próprio deseja, de modo que o consumidor imagine ter sido atendido, e justifica-se alegando que o mesmo é livre para escolher e sabedor do que é melhor para si.

Não estamos a propor qualquer juízo de valor e nem procurando culpados. Há apenas a constatação de uma realidade. Os motivos que ensejam tais comportamentos são vários – alguns reprováveis, outros escusáveis. Culpados são ambos. Há uma conveniente leniência nessa relação. Ninguém assume suas responsabilidades. Faz-se uma aposta. Se as tragédias anunciadas se concretizarem, vai-se ao judiciário. Cada qual, como um cônjuge traído, culpa o outro pela quebra da confiança. O problema é que essa relação foi travada sem que as partes de fato se conhecessem.

O segurador elabora um produto para um consumidor imaginário. Ele desconsidera as limitações e anseios deste. Não pretendemos minimizar a dificuldade de tornar acessível ao leigo uma operação extremamente técnica e sobre a qual paira um mito de que todos entendem. O que releva é a circunstância de que quem contrata um seguro imagina estar se protegendo contra todos, ou quase todos, os riscos e essa crença é alimentada pelas seguradoras, sobretudo, através de sua publicidade. Essa expectativa já prejudica a plena compreensão do consumidor sobre o produto que está adquirindo. Aliado a ela tem-se o desconhecimento técnico, a incompatibilidade de interesses e as dificuldades de comunicação entre as partes.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49/53.

¹³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 28/31.



De fato, parece impensável que um sujeito que pretenda contratar um seguro de seu veículo imagine que está protegido contra roubos e não contra furto qualificado. A uma, porque sua intenção é obter a proteção mais abrangente possível. A duas, porque não sabe a diferença técnica entre os termos. A três, porque não foi isso que pediu e a quatro porque foi seduzido pela promessa de que o seguro lhe traria plena “segurança e tranquilidade”. E não parece importante, para essa discussão – conquanto o assunto mereça detida reflexão – a correção ou não do trabalho dos corretores.

Pretendemos, assim, discutir a forma como as seguradoras estão promovendo as arquiteturas de escolhas dos segurados. Há um inegável descompasso entre o que o segurado almeja comprar e o que o segurador se dispõe a vender. E, como visto, aquele é induzido por este, ao mesmo tempo que se sujeita a seguir qualquer caminho que alguém lhe indique, comodamente, sem questionar¹⁴.

É por essa falha na arquitetura de escolhas promovida pelas seguradoras – fundada exclusivamente num aspecto libertário – que o regulador é chamado a atuar de modo enfático quando da definição da arquitetura de escolhas que lhe cabe. Todavia, isso não lhe autoriza a cometer excessos, como se tem verificado.

A reação ao desequilíbrio do mercado é imperiosa, mas seu escopo tem de ser simplesmente o retorno ao equilíbrio ideal e não o ocasionamento de um desequilíbrio inverso. Excessos não se compensam, se somam para criar um cenário caótico. Na certeza de que as seguradoras desconsideram a proteção do consumidor, desestabilizando o mercado, o regulador chama para si a responsabilidade de estabelecer o conteúdo das avenças e de redigir seus clausulados¹⁵. Ao desempenhar essa função, a pretexto de proteger os consumidores – contra os seguradores e contra eles próprios – aniquila a liberdade de ambos.

O que a experiência vem demonstrando é que a regulação de seguros no país tem se pautado por um viés paternalista que não tutela nenhum dos princípios da Ordem Econômica constitucional. Vulnera-se a livre iniciativa em nome de uma suposta proteção do interesse dos segurados consumidores, sem que, deveras, se os proteja. Isso porque nossa regulação não é técnica nem criativa. Não se olvide que o paternalismo puro não subtrai apenas a liberdade do agente fornecedor do mercado, muitas das vezes cerceia os próprios consumidores, homogeneizando condutas supostamente tidas por mais adequadas e limita-os a contratar

¹⁴ Atitude que está a merecer maior atenção da doutrina, como já vem pontuando com propriedade a professora Angélica Carlini, no sentido de reconhecer que aos consumidores são imputados não apenas direitos, mas, também, deveres.

¹⁵ Percebeu o ponto Angélica Carlini ao asseverar: “Os contratos de seguro são, portanto, fruto dessa situação legal que remanesce no país e nem sempre são concebidos da forma como os agentes econômicos desejariam que eles fossem. Há rigidez na exigência de cláusulas contratuais ou de forma de organização dos contratos, muitas dessas sem aplicabilidade prática para a tarefa de facilitar a compreensão dos segurados”. CARLINI, Angélica Lucía. Função social dos contratos de seguro e sustentabilidade. In: *Cadernos de Seguros*. Ano XXXII. Nº 171. Março/Abril de 2012. p. 16/24.



o que não precisam ou não podem pagar, inclusive, excluindo parcela significativa de consumidores do mercado¹⁶.

3.3 Prognóstico

A imagem é desalentadora. O mercado de seguros carece de profundas mudanças. O diagnóstico acima exposto conflita frontalmente com o paradigma proposto. A solução, então, parece que virá justamente da inversão da ordem natural das coisas.

Defendemos, anteriormente, que a regulação deveria atuar subsidiariamente – podendo ser tanto preventiva quanto repressivamente – em relação aos agentes regulados, corrigindo as falhas de mercado que estes fossem incapazes de superar. Porém, o que se tem, atualmente, é o regulador espraçando-se cada vez mais por todos os recantos do mercado e regulando-o por inteiro, tanto na forma quanto no conteúdo.

O correto seria que as próprias seguradoras pudessem modificar suas condutas, sobretudo, promovendo arquiteturas de escolhas em consonância com os direitos dos consumidores, para que, assim, o regulador pudesse diminuir a intensidade da regulação. A questão é que esta atingiu tal nível de intensidade – e criou distorções tão graves no mercado – que não parece haver espaço para que o mercado inicie *sponte propria* esse processo de reestruturação.

Destarte, a solução terá de partir do próprio regulador. O primeiro passo é que este compreenda que o seu escopo é tutelar o mercado e não os consumidores, que são apenas alguns de seus agentes¹⁷. Isso não significa, todavia, que o mesmo não deva atentar para o fato de o mercado, hoje, padecer do vício de desrespeito aos direitos dos consumidores, o que gera seu desequilíbrio. Em síntese, é preciso garantir a tutela do consumidor como forma de reequilíbrio do mercado e não por uma prevalência daquele¹⁸.

¹⁶ Precisa a observação de Patrícia Baptista, que pontifica: “*Certo ou errado, justificável ou não no contexto socioeconômico brasileiro, o fato é que esse paternalismo regulatório encerra, via de regra, um razoável grau de intervenção do Estado na economia. E, com alguma frequência, dá ensejo a consequências econômicas originalmente não dimensionadas, fruto de mecanismos naturais de proteção do mercado. Algumas vezes, por exemplo, impulsiona a saída de agentes do mercado, tal qual tem ocorrido no caso de comercialização de planos de saúde individuais, em clara fuga às políticas regulatórias para o setor, reduzindo-se, assim, a oferta de serviços à população. Noutras ocasiões, constata-se o aumento do custo de determinados serviços como instrumento de proteção do mercado contra os riscos regulatórios, como no caso da elevação dos spreads bancários como meio de defesa dos agentes financeiros contra a legislação e a jurisprudência significativamente protetivas do consumidor, etc. Essa produção de efeitos, em geral não desejados pelo regulador, pode ser claramente tipificada como falha regulatória. Trata-se de um resultado nocivo para o mercado provocado pela própria norma reguladora e cuja existência não é dada ao regulador ignorar*”. BAPTISTA, Patrícia. A evolução do estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 63/76.

¹⁷ Há outros órgãos estatais incumbidos especificamente dessa função, notadamente, os Procons e a Secretaria de Direito do Consumidor do Ministério da Justiça.

¹⁸ Não há dissociação possível entre mercado e consumidor. Um não existe sem o outro.



Aproximamo-nos, pois, do desafio central. O que se constata nos dias que correm é uma regulação focada, mormente, no conteúdo das relações securitárias e nas suas formalidades, mas não na forma em si, enquanto processo de relação negocial. Isso está em total descompasso não apenas com o Direito Econômico, mas, também, com o próprio Direito Contratual¹⁹.

É que hoje em dia, as obrigações, gênero do qual os contratos são espécie, são examinadas como um processo²⁰. Importa mais a sua perspectiva dinâmica do que o seu viés estático. Desloca-se a preocupação puramente do teor dos contratos para o modo como ele é pactuado e executado. Essa é a grande mudança ocorrida nas relações negociais com o advento da boa-fé objetiva²¹.

Nesse sentido, o tipo de regulação adotado para o setor parece totalmente descabido. Enquanto o regulador preocupa-se em, ele próprio, praticamente, preparar os contratos, descuida-se do que mais releva que é assegurar uma dinâmica negocial hígida onde prevaleça a boa-fé objetiva e haja eliminação ou redução da assimetria informacional.

Eis o mal dos tempos atuais. Na Era da Informação caminha-se, cada dia mais, para um cenário de desinformação²². A combinação dessa circunstância com o mencionado fato de as seguradoras arquitetarem as escolhas dos consumidores, por força da própria dinâmica das relações econômicas, é explosiva. Um agente do mercado formata o produto, não informa adequadamente a outra parte sobre o mesmo e a induz a adquiri-lo mesmo sem conhecê-lo.

Aqui é que deve centrar-se a atuação do regulador. Se o segurador não tem o direito de definir, unilateralmente, os interesses dos segurados, o regulador também não o possui. Por isso, não pode pretender imiscuir-se no conteúdo das avenças – salvo para garantir que não contrariem a função social que lhes é intrínseca –, que precisa decorrer da interação entre ofertante e adquirente.

Portanto, a tutela do consumidor pelo regulador com vistas ao reequilíbrio do mercado depende da reformulação do paradigma regulatório. É imperioso que o regulador abandone a feição estritamente paternalista que conserva e adote uma concepção de paternalismo libertário. Impende que induza os agentes ofertantes a reformularem seus processos de arquiteturas de escolhas, passando a considerar em seu bojo os direitos dos consumidores.

¹⁹ Importa atentar aqui para o fato de que a disciplina regulatória e a disciplina contratual devem ser trabalhadas conjuntamente. Sobre o tema confira-se: SCHMITT, Daniel. O código civil e as normas regulatórias. In: *Cadernos de Seguros*. Ano XXXII. N° 171. Março/Abril de 2012. p. 60/73.

²⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 63/113.

²¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 15/23.

²² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012. p. 36/41.



Alguns exemplos podem ser esclarecedores.

Nos seguros de responsabilidade civil há infindáveis discussões sobre a abrangência das coberturas dos danos decorrentes dos sinistros. As apólices de seguros, em regra, elencam três espécies de danos, moral, corporal e material, e vinculam a cobertura do primeiro às hipóteses de ocorrência de um dos últimos. À evidência disso, além de tecnicamente errado, acarreta inúmeras dúvidas.

A bem da verdade, o mercado securitário nacional parece operar sob uma ordem jurídica que não mais vige. Desde o advento da Constituição de 1988, com a consagração expressa do dano moral, é pacífico que este é autônomo em relação ao dano material²³. Ademais, essa categoria de dano corporal é absolutamente estranha à doutrina e à jurisprudência pátrias. Mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a exótica categoria dos danos estéticos²⁴, ao lado do dano moral e do dano material, não a acolhe.

Não se está negando que com a evolução da sociedade surgem novas espécies de danos a merecer uma reparação, o que, de resto, já é admitido²⁵. O que parece equivocado é pretender enquadrá-lo em categorias jurídicas não reconhecidas e que só servem para gerar problemas de comunicação pela divergência na linguagem. Ora, um dano corporal terá, necessariamente, repercussões patrimoniais (materiais) e/ou extrapatrimoniais (morais). Autonomizar sua classificação é algo infrutífero e até questionável. Como se considera no cálculo atuarial de um seguro de responsabilidade civil um elemento como este que não é reconhecido por ninguém senão os próprios seguradores?

Não é sem razão que no resto do mundo há uma crescente tendência de as apólices de seguro de responsabilidade civil fixarem apenas limites máximos de indenização globais²⁶. Mas essa decisão, conquanto nos pareça mais eficiente sob qualquer ponto de vista, incumbe ao segurador. Ele é quem deverá desenhar o produto que deseja oferecer. Não cabe ao regulador interferir nessa seara. Nada obstante, compete-lhe, em atenção ao direito de informação do consumidor, vedar a utilização de linguagem obscura e atécnica²⁷ na elaboração dos contratos.

²³ Não por outra razão editou-se o enunciado 37 da Súmula da Jurisprudência Dominante do STJ nos seguintes termos: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 875.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81/118.

²⁶ A respeito do histórico do tratamento dos danos morais nos contratos de seguro facultativo de responsabilidade civil, consulte-se: POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. p. 74/79.

²⁷ Não estamos, por óbvio, a defender a utilização dos termos técnicos incompreensíveis ao consumidor leigo. Quando defendemos a vedação à linguagem atécnica, queremos evitar aquela descompassada com o conhecimento convencional e que por isso gera dúvidas. A tradução de termos técnicos específicos para um linguajar mais acessível não implica em abandono da técnica.



Outro exemplo, que com o primeiro se conjuga, é em relação à abrangência dos riscos cobertos. Pouco se vê no mercado a oferta de apólices *all risks*. Contraditoriamente, essa é a expectativa, senão de todos, da maioria dos contratantes de seguro. Daí porque existem tantos conflitos quando da ocorrência dos sinistros, pois os segurados supõem ter adquirido algo que os seguradores juram não ter vendido.

A par da circunstância anteriormente mencionada, relativa ao fato de a própria divergência de expectativas gerar uma dificuldade de compreensão do consumidor, a redação das apólices é absolutamente nebulosa. Entre cláusulas extremamente prolixas de riscos cobertos, riscos excluídos, perda de direitos e prejuízos não indenizáveis, o segurador desiste de tentar compreender o que está escrito e passa a acreditar que prevalece a sua real intenção de segurar-se contra tudo, ainda que não esteja claro no contrato se foi isso o que, de fato, se contratou²⁸.

Uma maneira que se nos afigura interessante de resolver esse impasse é alterar a dinâmica de contratação. Primeiramente, é de rigor que as seguradoras passem a formatar seus produtos de acordo com as expectativas dos consumidores e não exclusivamente com as suas. É preciso assumir suas responsabilidades enquanto arquitetas de escolhas de um mercado onde a livre-iniciativa e a proteção do consumidor tem igual valor. Isso não significa que não tenham liberdade de escolher o que querem vender, mas que tem o dever de não contrariar justas expectativas nutridas pelos segurados.

Em segundo lugar, impõe-se estabelecer uma dinâmica negocial em que o fluxo de informações torne-se mais claro e evidente. Em vez de oferecer apólices prontas com a escolha dos riscos cobertos e excluídos já definidas pelo segurador, parece que mais adequado seria ofertar apólices com coberturas as mais amplas possíveis e se deixar a cargo do consumidor, se não quiser arcar com os custos destas, por não ter condições financeiras ou por não necessitar de todas as coberturas, escolher quais riscos pretende excluir da contratação. Para tanto, terá ele de buscar informações sobre os mesmos e, posteriormente, não terá dúvidas sobre o real objeto da contratação, porquanto participou ativamente de sua delimitação.

Perceba-se que tais medidas, que, parecem bastante simples – e que poderiam ser até melhoradas e superadas – dependem apenas de criatividade e técnica. Esse deve, portanto, ser o foco do regulador, criar um ambiente regulatório em que o apreço à técnica implique na proteção ao consumidor e o incentivo à criatividade resguarde a liberdade do fornecedor. Daí porque o regulador não deve pretender estabelecer o que precisa constar das apólices, mas como devem constar.

²⁸ Nesse sentido, o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor é bastante elucidativo e dá guarida a esta pretensão. Veja-se: “Art. 46. **Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.**” (Grifo Nosso).



Em suma, o que pretendemos sustentar é que o regulador do mercado de seguros não mais pode contentar-se em editar regulações verticais que almejem proteger os regulados segundo as concepções próprias do regulador. É preciso que o raciocínio se inverta: a liberdade é a regra e a restrição é a exceção. Os regulados, sejam seguradores ou segurados, devem ter assegurado o seu direito de fazer escolhas livres, mas devem também contar com o seu direito a que o Estado tutele seus interesses, arquitetando escolhas pré-definidas que, tecnicamente comprovadas, sejam benéficas à maioria dos regulados, sem que tais escolhas resultem em imposições sempre que não sejam necessárias.

Essa questão da comprovação técnica é fundamental. Os modelos pré-definidos pelo regulador não podem ser aleatórios nem repousar numa suposta e etérea evocação do interesse público. É preciso demonstrar porque ele é melhor atendido de determinada maneira e não de outra. Cumpre dotar a função regulatória de instrumentos adequados à sua complexidade, a exemplo da análise de impacto regulatório²⁹. Por tal razão é que este novo paradigma regulatório tem potencial de servir, também, à melhoria da qualidade técnica da regulação. Porque para alcançá-lo é insuperável a necessidade de recorrer-se à boa técnica e não apenas à boa retórica.

Em termos mais jurídicos, este novo paradigma exige a proteção de certos direitos fundamentais sem sacrifício injustificado de outros, com o que se atinge o objetivo de uma ponderação proporcional dos interesses em conflito. Mais, reclama do regulador não apenas motivação de seus atos, mas motivação técnica, suficiente, eficiente e legítima.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, esperamos ter demonstrado a necessidade e, principalmente, a possibilidade de construção de um novo paradigma regulatório para o setor securitário. Desejamos, sobretudo, não ter frustrado aqueles que chegaram até este ponto esperando a apresentação de soluções definitivas, prontas e acabadas, pois nossa finalidade foi de, justamente, convidar à reflexão sobre o tema de forma a incentivar a busca de soluções várias, criativas, técnicas, mutáveis.

Nossa crença firme de que o espírito da Ordem Econômica constitucional é o mesmo que anima a teoria do paternalismo libertário nos faz compreender que peca o regulador ao voltar-se apenas, ainda que equivocadamente, para os consumidores, tanto quanto as seguradoras ao só enxergarem seus próprios anseios. A superação dessa dicotomia, em prol de um mercado saudável, é possível a partir da assunção de responsabilidades que a qualidade de arquitetos de escolhas, em diferentes níveis, imputa a cada um.

²⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 214/220.



Nesse sentido é preciso discutir o papel do Direito do Consumidor que, idolatrado por uns e odiado por outros, tem sido, na verdade, a grande vítima de discursos radicais a seu favor e contra, que, em nenhum dos casos, permite o alcance de todas as suas benfeitorias potencialidades. Assim é que o Direito do Consumidor não pode mais ser tido por panaceia ou por algoz. Para que seja efetivo basta que se lhe dê o *status* que realmente desfruta. O Direito do Consumidor é não apenas um ramo do Direito Privado, mas também do Direito Público, notadamente, do Direito Administrativo Econômico, ao lado do Direito Concorrencial, do Direito Regulatório, dentre outros.

Destarte, não se pode conceber o Direito do Consumidor como superior aos demais. Não cabe mais buscar alocá-lo em outro patamar, nem superior tampouco inferior. Também não convém confundir-lo com o Direito Regulatório, como se fosse seu escopo. Cumpre, tão somente, compreendê-lo como mais uma disciplina jurídica voltada ao ordenamento da economia que, queiram ou não, é pautada pelo livre mercado e, pois, tem uma dinâmica que lhe é natural e deve ser respeitada no que não conflitar com os valores constitucionais. Do contrário, malferida restaria a livre iniciativa.

Portanto, compete ao regulador do mercado securitário, seja o que aí está, seja o que se espera que sobrevenha, ter em conta tais considerações assumindo uma nova postura mais consentânea aos ditames constitucionais, com o que fomentará o desenvolvimento de um mercado de melhor qualidade para segurados e seguradores, que terão respeitados os direitos que lhes são pertinentes, sem preponderância de uns sobre outros.

5. Referências Bibliográficas

BAPTISTA, Patrícia. A evolução do estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vaníce Regina Lirio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 63-76p.

CARLINI, Angélica Lucía. Função social dos contratos de seguro e sustentabilidade. In: *Cadernos de Seguros*. Ano XXXII. Nº 171. Março/Abril de 2012. 16-24 p.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 332 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 668 p.

MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra, 2003. 318 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 759 p.

POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010. 384 p.



RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. 500 p.

RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços*. São Paulo: Atlas, 2006. 282 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 276 p.

SCHMITT, Daniel. O código civil e as normas regulatórias. In: *Cadernos de Seguros*. Ano XXXII. Nº 171. Março/Abril de 2012. 60-73 p.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 176 p.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012. 746 p.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 932 p.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre riqueza, saúde e felicidade*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 313 p.

