

Regulação por Princípios e Mercado de Seguros: considerações sobre a constitucionalidade da Resolução 407/2021 do Conselho Nacional de Seguros Privados¹

Luiz Guilherme Pessoa Cantarelli*

Péricles Gonçalves Filho**

Introdução. 1 Mercado de seguros e regulação por princípios: o questionamento judicial da Resolução 407/2021 do CNSP. 2 Regras e princípios: definições preliminares. 3 Há uma obrigação constitucional de regular por regras? 3.1 Considerações gerais. 3.2 As regras como instrumentos regulatórios. 3.3 Os princípios como instrumentos regulatórios. 4 Seguro de grandes riscos e regulação por princípios. 4.1 Normas e técnicas de enforcement: a necessidade de uma avaliação contextual do uso de regras e princípios. 4.2 A legalidade da regulação por princípios. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo a análise da constitucionalidade material do modelo de regulação por princípios adotado pelo CNSP em relação aos contratos de seguro de dano para cobertura de grandes riscos. A conformidade do referido modelo com o ordenamento jurídico brasileiro se viu, recentemente, objeto de questionamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade que sugere a sua contrariedade com os princípios que orientam a ordem econômica nacional. Por meio de uma argumentação de caráter teórico, passando pela consideração das vantagens e desvantagens em abstrato do uso dos princípios para a sua aplicação no contexto regulatório do setor de seguros, pretende-se demonstrar a potencial utilidade deste modelo regulatório, bem como a compatibilidade de sua utilização no caso da regulação de seguros com a ordenação constitucional da ordem econômica.

Palavras-chave: Seguro. Regulação. Princípios. Regras.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio financeiro do Instituto de Inovação em Seguros e Resseguros.

* Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Doutorando e Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito Rio, com apoio financeiro da Capes.

** Professor da FGV Direito Rio. Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. *Resarch Fellow* do Programa em Ciência, Tecnologia e Sociedade da *Harvard Kennedy School*.

Principles-based Regulation and Insurance Markets: on the Constitutionality of Resolution 407/2021 of the National Council of Private Insurance

Abstract

The present article aims to analyze the material constitutionality of the principles-based regulation model as adopted by the CNSP with regards to the large risk coverage insurance contracts. The conformity of the referred model with Brazilian legal system was recently questioned by the way of a direct unconstitutionality action which suggest that it violates the constitutional principles of national economic order. By the way of theoretic argumentation, which shall go through the advantages and disadvantages of the use of principles in abstract to its uses in the context of insurance regulation, it is intended to demonstrate the potential utility of the model, as well as the compatibility of its use in the case of insurance regulation with the constitutional discipline of the economic order.

Keywords: *Insurance. Regulation. Principles. Rules.*

Introdução

O setor de seguros tem passado, em tempos recentes, por um conjunto de mudanças que afetam tanto o mercado quanto as estratégias empregadas pelos reguladores na busca pela consecução dos objetivos definidos no marco legal do setor. De um lado, a introdução de novas tecnologias e a criação de um novo Ambiente de negociação, por meio do *Open Insurance*, modificam a lógica do mercado de seguros e, assim, criam soluções e problemas que devem ser endereçados pelo regulador. Do outro, os próprios reguladores brasileiros, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep) têm revisto as suas abordagens tradicionais de regulação em prol de modelos mais flexíveis, que prometem ao mesmo tempo permitir o desenvolvimento do mercado e atender a preocupações de interesse público.

A revisão dos instrumentos regulatórios utilizados pelos reguladores do setor de seguros compreende diversas dimensões: a da supervisão, com a migração para um modelo baseado em riscos; a da atividade sancionatória da agência, com a migração de um modelo focado nas punições para um modelo focado em instrumentos menos agressivos e voltados para os resultados; e, por fim, a da normatização, passando de um modelo baseado em regras precisas e detalhadas para um modelo de *standards* ou “princípios”, voltados a conferir maior flexibilidade a reguladores e regulados para a implementação das melhores práticas.²

Alterar um modelo de regulação já estabelecido, contudo, pode não ser uma tarefa a ser desempenhada sem dificuldades. De fato, a regulação de seguros tem enfrentado alguns desafios neste processo de transição. Alguns são de ordem prática, associados à operação do novo modelo

² Referidas transformações se fletem numa série de atos administrativos produzidos pela regulação de seguros. No que diz respeito à atividade sancionatória, exemplificam este fenômeno as Resoluções 382/2020 e 393/2020 do CNSP e a Circular 646/2021 da Susep, que introduzem modificações no processo administrativo sancionador no mercado de seguros. Na dimensão de supervisão, destaque-se a previsão no planejamento estratégico da SUSEP de medidas no sentido da organização de uma supervisão baseada em risco, tais como o projeto Rating SUSEP (SUSEP, 2020a). Por fim, no campo da normatização, a alteração de um modelo de regras para um modelo de princípios se corporifica em medidas como a Resolução 382 do CNSP, que diz respeito aos princípios que devem reger relacionamento entre os regulados do setor de seguros e clientes e da Resolução 407, a qual se terá oportunidade de descrever ao longo do presente artigo.

por reguladores e agentes regulados. Outros são de ordem jurídica, como é o caso da contestação da conformidade do novo modelo com disposições instituídas nas leis e na Constituição Federal.

O objeto do presente artigo é analisar um dos desafios jurídicos à implementação de novas estratégias regulatórias pela regulação de seguros. Especificamente, será estudada aqui a constitucionalidade da adoção do modelo de regulação por princípios. Referido modelo se viu recentemente objeto de controvérsia no Supremo Tribunal Federal através da proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.074/DF (ADI 7.074), que visa o reconhecimento da inconstitucionalidade da Resolução 407 do CNSP, cujo conteúdo versa sobre o seguro de dano para a cobertura de grandes riscos. Dentre os argumentos trazidos na inicial da ADI, menciona-se a incompatibilidade da regulação por princípios com disposições constitucionais relativas à ordem econômica, especificamente aquelas que ressaltam o papel regulador desempenhado pelo Estado.

Mas seria esse mesmo o caso? A hipótese a ser aqui defendida é a de que a técnica da regulação por princípios é um mecanismo potencialmente útil para fins regulatórios e que não se confunde com a mera demissão do Estado de sua função de regulador quanto a determinadas matérias. Sendo assim, parece não haver inconstitucionalidade material na tentativa do CNSP em migrar para um modelo de regulação principiológico em detrimento de um modelo orientado em regras. A fim de testar essa hipótese, a presente pesquisa levanta e contrapõe os diversos argumentos teóricos acerca das vantagens e desvantagens de modelos de regulação por regras e por princípios e, em seguida, transpõe essas considerações do plano teórico para o caso concreto da regulação de seguro de dano.

I Mercado de seguros e regulação por princípios: o questionamento judicial da Resolução 407/2021 do CNSP

Uma das tendências recentes na regulação de seguros tem sido a de formulação de diretivas de caráter mais genérico e vago, a fim de conferir aos agentes de mercado maior flexibilidade para o desenvolvimento de soluções para problemas regulatórios que sejam ajustadas às suas realidades. Um primeiro passo nesse sentido foi a edição pelo CNSP da Resolução 382, de 4 de março de 2020, voltada ao estabelecimento de princípios a serem observados nas práticas de conduta adotadas pelos regulados no que se refere ao relacionamento com os clientes.

Seguindo essa linha, em março de 2021 o CNSP editou um segundo normativo com essa mesma abordagem, a Resolução 407, que versa sobre a elaboração e a comercialização de contratos de seguros de danos para cobertura de grandes riscos. Tal norma, conforme consta do Plano Estratégico da Susep, decorreu de um esforço dos reguladores do mercado de seguros, a fim de proporcionar ao mercado:

- (i) maior flexibilidade nas negociações contratuais entre seguradoras e segurados; (ii) oportunidade de ampliar a oferta de produtos e serviços, reduzindo assim o custo das coberturas contratadas; (iii) simplificação da regulamentação para o segmento, reduzindo assim o estoque regulatório (SUSEP, 2020a).

A tentativa de implementação de um modelo de regulação por princípios no setor de seguros, apesar de suas aparentes boas intenções, foi questionada quanto à sua constitucionalidade por meio da proposição da ADI 7.074 pelo Partido dos Trabalhadores (2022, p. 6-18). Na fundamentação, que ataca especificamente a Resolução 407 do CNSP, alega-se que o normativo estaria viciado por (i) inconstitucionalidades formais, decorrentes da ausência de competência dos reguladores de

seguros para disposição sobre a matéria objeto da resolução; e (ii) inconstitucionalidades materiais, decorrentes da contrariedade do regime baseado em princípios com dispositivos da constituição pertencentes ao título da ordem econômica.

No primeiro grupo de inconstitucionalidades, alega-se que o CNSP, na expedição da normativa sobre contrato de seguro de danos para a cobertura de grandes riscos, estaria extrapolando as suas competências regulamentares ao alterar as classificações e formas de interpretação do contrato de seguros, se imiscuindo em matérias de competência do Congresso Nacional. À Administração, argumenta-se que não caberia inovar na ordem jurídica. Ademais, a regulamentação realizada por meio da Resolução 407 do CNSP estaria em contrariedade com uma série de dispositivos cuja regulamentação já constaria de lei (PARTIDO DOS TRABALHADORES, 2022, p. 6-13).

O presente artigo não adentrará essas especificidades. Em primeiro lugar, porque, como já indicado na introdução, o objetivo do presente trabalho é analisar os desafios jurídicos à implementação de um modelo regulatório de regulação por princípios, e não oferecer uma peça de defesa à resolução do CNSP. Em segundo lugar, porque a questão da atribuição de poderes normativos a entidades da administração pública é matéria já bastante debatida na doutrina, com posições já consolidadas,³ e pouco se poderia acrescentar a partir da análise deste caso em concreto.

O segundo conjunto de argumentos contrários à resolução do CNSP, por sua vez, apresenta possibilidade de uma discussão mais promissora. Trata-se aqui dos questionamentos quanto à constitucionalidade material da Resolução 407, que, na visão do proponente da ADI, seria contrária aos princípios da ordem econômica e da primazia (supremacia) do interesse público.⁴

Uma das formas de interpretar a objeção trazida pela ADI seria construir o argumento da seguinte forma: (i) o setor de seguros é um setor de grande relevância para a economia nacional; (ii) cumpre ao Estado, no papel de agente regulador (art. 174 da CF/88), disciplinar o mercado de seguros, levando em consideração os princípios constitucionais atinentes à ordem econômica (art. 170) e o interesse público; (iii) ao buscar uma regulação principiológica, privilegiando a liberdade contratual e permitindo a customização dos contratos de seguro, a regulamentação proposta pelo CNSP representa uma negligência do órgão para com as suas funções regulatórias e, portanto, com a realização dos princípios constitucionais supracitados; (iv) portanto, a Resolução 407 seria inconstitucional. Nesse sentido, vejam-se os seguintes trechos da petição inicial:

Explica-se. O art. 170 da Constituição da República estabelece os princípios gerais da ordem econômica brasileira, tal como a função social da propriedade e a defesa do consumidor. Mais adiante, o Constituinte previu no art. 174 da Constituição da República que:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Dessa maneira, a partir da leitura integral e contextualizada da Constituição da República, é certo que a normatização e regulação das regras a serem aplicadas às atividades econômicas devem buscar pacificar e estabilizar o mercado, atribuindo segurança jurídica às relações comerciais, com o intuito final de dar concretude aos princípios elencados no art. 170 da Carta Política.

³ Nesse sentido, ver: Mello (2015, p.347-377); Binenbojm (2006); Guerra (2018); Cyrino (2018).

⁴ Em que pese o presente artigo não adentrar nesse mérito, importa destacar aqui que a existência de um princípio de supremacia do interesse público é algo discutido na literatura. Em sentido contrário, ver Ávila (2005).

Dessa maneira, a desregulamentação exacerbada das normas referentes aos seguros de grande risco representa risco inerente ao bom funcionamento da ordem econômica, violando diametralmente a disposição da Constituição prevista no art. 174 da Constituição da República. Se não bastasse, ainda há que se ponderar, frente às pretensões principiológicas da Resolução 407/2021 do CNSP, a sua não observância ao princípio constitucional da primazia do interesse público. Isso porque, ao tempo que busca conceder maior amplitude à autonomia dos seguradores e tomadores de seguros de grande risco, acaba colocando setores sensíveis de toda a economia nacional e, portanto, toda a sociedade brasileira em potencial prejuízo (PARTIDO DOS TRABALHADORES, 2022, p.16).

Com relação às duas primeiras premissas do argumento, pouco ou nada se pode falar em contrário. Parece evidente a relevância do setor de seguros para a economia nacional. Ademais, diante das especificidades do setor, também não se discute a necessidade de regulação. O que não fica claro é como a adoção de um modelo de regulação baseado em princípios violaria dos deveres constitucionais do CNSP enquanto órgão regulador do mercado de seguros. Ao contrário do que possa parecer, isso não é autoevidente. A mera opção por um modelo mais flexível de regulação não significa necessariamente a demissão do Estado de suas funções regulatórias. Se é certo que medidas regulatórias devem ser adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (RAGAZZO, 2011, p. 136-137)⁵ quando afetarem os diversos princípios e objetivos constitucionais e legais que orientam a atividades dos reguladores, é certo também que a constituição não prevê um único nível de intervenção estatal a ser observado em todos os casos.⁶ Sem a terceira parte do argumento, a conclusão a que chega o proponente da ADI colapsa.

Antes, contudo, de condenar o argumento constante da ADI, é necessário se dispor a levá-lo a sério, e é aqui que a questão se torna interessante. Talvez, em que pese seja verdade que a Constituição Federal não prevê um modelo específico de intervenção, uma estratégia de regulação por princípios seja tão problemática a ponto de se considerar a sua completa desconformidade com as normas que disciplinam a ordem econômica. Ou, de forma mais limitada, talvez o modelo de regulação baseado em princípios não seja o modelo mais adequado para o tratamento da matéria do seguro de dano para a cobertura de grandes riscos. A depender da conclusão a que se chegue, percebe-se, nada impede que os argumentos contrários à Resolução 407 do CNSP sejam estendidos para outras medidas regulatórias, tanto no âmbito da regulação de seguros, que tendeu nos últimos tempos à adoção de normas principiológicas, quanto em outros setores sujeitos à regulação estatal.

A fim de responder a esses questionamentos, torna-se necessária a compreensão dos prós e contras de um modelo de regulação por princípios. Afinal, que razões haveria para a adoção de tal modelo? Por que usar princípios ao invés de regras? Que tipo de vantagem poderia decorrer da aplicação deste modelo no mercado de seguros e, especificamente, na linha de seguros objeto da Resolução 407? As seções a seguir prestam-se a discutir esses aspectos.

5 Perceba-se que a referência a “adequação, necessidade e proporcionalidade” feita pelo autor remete à já conhecida regra da proporcionalidade, usada no contexto de colisão entre direitos fundamentais. Apesar de a regra ser destinada à provisão de racionalidade no trato da colisão de direitos fundamentais, isso não significa que ela seja capaz de determinar, em todo o caso, um único resultado correto, podendo resultar numa margem de discricionariedade aos tomadores de decisão. Tal observação é consistente com a ideia de que, em um conjunto não tão trivial de casos, vários modelos de regulação podem ser constitucionalmente aceitáveis, ainda que o grau de intervenção imposto pelo Estado possa variar. Sobre a regra da proporcionalidade e a discricionariedade, ver: Alexy (2021. p. 175-189; Klatt; Meister (2012. p. 75-84).

6 Eros Grau, para citar um exemplo na doutrina, ressalta que a Constituição veda, apenas, modificações extremas no modelo de bem-estar social estabelecido por suas regras e princípios (2017. p. 302-307). Também nesse sentido, ver a obra de Ragazzo (2011. p.133).

2 Regras e princípios: definições preliminares

Antes de adentrar propriamente o mérito da questão aqui levantada, qual seja, a da idoneidade de um modelo de regulação por princípios como estratégias regulatória, é necessário definir de forma mais precisa o que seriam estes princípios e como eles se diferenciam das regras. Não se trata de matéria simples, tendo em vista que diversas são as definições oferecidas pela literatura jurídica.

Conforme Alexy (2015, p. 89-90), é antiga a controvérsia sobre a classificação de normas entre regras e princípios, sendo utilizados, para tanto, múltiplos critérios. De forma geral, as posições sobre as naturezas das regras e dos princípios podem ser separadas em três teses: (i) a tese de que a tentativa de diferenciação entre princípios e regras é fadada ao fracasso, na medida em que os diversos critérios distintivos poderiam ser combinados e recombinaados de diversas formas, à vontade de quem classifica; (ii) a tese de que o que diferencia as regras e princípios é meramente uma questão de grau, sendo comumente evocado como critério diferenciador pelos defensores desta tese o nível de generalidade de cada uma das normas; e (iii) a tese de que a distinção entre regras e princípios se dá não meramente por uma questão de grau, mas porque existe uma diferença qualitativa entre os dois tipos de norma. No último grupo, com versões próprias e sofisticadas de teorias dos princípios, além do próprio Alexy (2015), encontram-se autores como Dworkin (1978, p. 14-45) e Ávila (2021).

Conquanto as definições de regras e princípios possam ser variadas e sofisticadas, é comum que autores de direito da regulação tenham em mente separações mais simples e menos radicais entre as espécies normativas. Black (1993, p. 29), para citar um exemplo de autora que se dedica ao tema do uso de normas na regulação, separa regras e princípios a partir de suas correspondentes formulações linguísticas, com foco no menor ou maior grau de precisão, complexidade e clareza. Isso é bastante similar, embora talvez não exatamente idêntico, a tentativas de separação destas diretivas com base no grau de genericidade, como é feito por autores como Raz (1972), Hart (2009, p. 334-340) e Marmor (2001, p. 83).

Essa caracterização, como é possível observar, aproxima os princípios de outro tipo de diretiva, conhecida na literatura jurídica de países anglófonos pela denominação *standard*.⁷ A diferenciação entre regras e *standards* residiria na maior ou menor vagueza da linguagem pela qual as normas são veiculadas, sendo as regras mais tendentes à precisão (SCHAUER, 2012, p.189; JOWELL, 1975, p.133-137). Desnecessário dizer que, se adotada uma separação meramente linguística entre regras e princípios, a semelhança se torna tamanha que a diferenciação entre “princípios” e *standards* aparenta desaparecer.⁸ Para fins de simplificação da presente investigação, evitando trabalhar com uma série de categorias jurídicas de natureza diversa, e de promoção de um diálogo mais direto com a literatura de direito regulatório, adotar-se-á, no presente trabalho, uma separação linguística entre princípios e regras. Regras, nesse sentido, serão compreendidas como diretivas precisas, claras, enquanto os princípios (ou *standards*) serão compreendidos como normas vagas e genéricas. A partir de tal categorização será possível vislumbrar os diferentes atrativos e problemas associados a cada tipo de diretiva.

7 Para uma tentativa de realizar uma separação entre regras, princípios e *standards*, ver: Cantarelli (2021).

8 Em verdade, mesmo com a adoção de um modelo de diferenciação qualitativa entre regras (compreendendo regras específicas e *standards* vagos), e princípios, pode ser bastante difícil na prática diferenciar um princípio de um *standard*, tendo em vista que os seus modelos de funcionamento diante de casos concretos. Esta constatação é feita por Dworkin (1978, p. 27-28).

3 Há uma obrigação constitucional de regular por regras?

3.1 Considerações gerais

Feitos os devidos esclarecimentos sobre os conceitos de regra e princípio, cabe agora retomar os argumentos trazidos na ADI 7.074. Conforme a inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o CNSP, ao buscar regular os contratos de seguros de danos para a cobertura grandes riscos por meio de normas principiológicas, estaria violando a constituição. Menciona-se a violação dos arts. 170 e 174 e do princípio da supremacia do interesse público. Mas onde exatamente residiria a violação a esses dispositivos? Em nenhum momento é deixado claro como exatamente a regulação por princípios contraria a constituição.

Uma possível resposta a essa pergunta reside na seguinte passagem: “a normatização e regulação das regras a serem aplicadas às atividades econômicas devem buscar pacificar e estabilizar o mercado, atribuindo segurança jurídica às relações comerciais (...)”. Ou seja, a regulação serviria ao propósito de promoção da segurança jurídica dos mercados regulados, concretizando as diretrizes constitucionais que constituem a ordem econômica. Para tanto, seria essencial que estes princípios fossem corporificados em regras, seja por meio da lei, seja dos atos normativos infralegais expedidas pelos reguladores. Por meio destes, caberia ao Estado arbitrar os valores e interesses envolvidos, dando-lhes uma resposta que, idealmente, corresponderia àquela que mais adequada à consecução do interesse público. Deixar matérias regulatórias para a definição dos particulares, por outro lado, arriscaria criar instabilidade e incerteza nos mercados regulados. Essa construção do argumento, percebe-se, afeta não apenas a regulação do seguro de grandes riscos, mas atinge o próprio modelo de regulação por princípios. Tendo isso em vista, questiona-se: seria o modelo de regulação por princípios inconstitucional?

Não se descuida, no presente trabalho, da importância do princípio da segurança jurídica. Para alguns autores, este princípio, que compreende a certeza quanto às normas que regem a vida social e quanto à sua aplicação, seria essencial à própria ideia de direito (ALEXY, 2015, p. 443). Contudo, mesmo para os autores que seguem esta linha, é possível dizer que o direito não se orienta exclusivamente a partir da necessidade de certeza. Usualmente, exige-se também que o direito preencha algum requisito de adequação substantiva (AARNIO, 1986, p. 5; ALEXY, 2021, p. 43), que pode residir tanto no respeito às demais normas do direito válido quanto na observação de outras normas morais e sociais ou de um princípio de justiça.

A segurança jurídica é, cumpre recordar, um princípio jurídico, no sentido do termo empregado por Alexy (2021, p. 44). Isso significa dizer que ela se sujeita a um processo de ponderação. Alegar que a regulação por princípios (*standards*) é inconstitucional demandaria, portanto demonstrar que: (i) a regulação por princípios não é, em nenhum caso, adequada para a consecução de objetivos regulatórios (como por exemplo a promoção da eficiência, a proteção da propriedade privada, a promoção da livre iniciativa, dentre outros); ou, (ii) se é, em algum caso, adequada, não é necessária, no sentido de que em todo o caso existem medidas que atendem aos mesmos fins regulatórios e ao mesmo tempo são menos gravosas à segurança jurídica; ou ainda (iii) se é, em algum caso, adequada e necessária, importa sempre em uma violação tal da segurança jurídica que não pode ser nunca considerada proporcional em sentido estrito.

O objetivo das seções 3.2 e 3.3. a seguir é demonstrar que essas condições não são preenchidas. Para tanto, são comparados os modelos de regras e de princípios a fim de apresentar as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos. Se é verdade que o modelo de regras tende à preservação da

certeza e da previsibilidade inerentes à segurança jurídica, pretende-se demonstrar que o modelo de princípios oferece à regulação as vantagens da flexibilidade e da promoção da liberdade de auto-organização privada, que podem ser de grande valia no contexto da regulação. Ademais, como se terá a oportunidade de comentar, não é necessariamente o caso que a utilização de princípios vá comprometer a certeza e a previsibilidade dos sistemas normativos regulatórios. Nesse sentido, é possível concluir pela sua não inconstitucionalidade – ao menos se discutida em abstrato. A discussão sobre o uso de princípios na regulação de seguros e, em especial, nos seguros de grandes riscos, é retomada no item 4 do presente trabalho.

3.2 As regras como instrumentos regulatórios

Iniciando a investigação pelas vantagens das regras, questiona-se: quais seriam os atrativos deste tipo de norma? Um bom ponto de partida reside na constatação de que as regras estão associadas a elementos de certeza em relação ao conteúdo do direito e uniformidade de aplicação (BLACK, 1997, p. 20). Usando a explicação proposta por Schauer (2012, p. 194-196), regras são instrumentos cuja utilização reflete uma escolha por uma determinada alocação temporal de autoridade na tomada de decisões. A escolha de um regulador por uma regra precisa no momento da formulação de um ato normativo atribui ao momento presente a definição de consequências jurídicas que decorrerão de um evento cuja ocorrência se dará apenas no futuro. Em outras palavras, os elementos de precisão das regras estão intimamente associados a uma ideia de estabilidade.

A constatação ora apresentada pode ser ainda mais refinada. A precisão, conforme Endicott (2011, p. 19), estaria relacionada a dois valores relevantes no direito: o valor de orientação e o valor procedimental. O valor de orientação diz respeito à utilidade da precisão para os destinatários diretos das regras, os titulares de direitos e obrigações. A precisão é relevante, nesse sentido, porque permite que pessoas ou entidades saibam de antemão qual o conteúdo destes direitos e obrigações. Já o valor procedimental diz respeito aos efeitos da precisão perante as autoridades (*officials*) responsáveis pela aplicação das diretivas. A precisão, nesses casos, torna mais simples a atividade das autoridades, facilitando o processamento de demandas através da simplificação das considerações aplicáveis ao caso e da definição dos limites de direitos e deveres.

Outro efeito comumente atribuído às regras, que pode ser considerado um aspecto positivo, é o da limitação da discricionariedade dos tomadores de decisão. As regras, concebidas aqui como diretrizes específicas, delimitam ou deixam pouca margem de escolha por parte das autoridades responsáveis pela aplicação do direito. Isso se faz relevante por diversas razões: para evitar arbitrariedades, assim consideradas como decisões com base em critérios impróprios à luz dos objetivos perseguidos pelo direito; para garantia de *accountability* da Administração, tendo na própria formulação da regra um parâmetro de avaliação de conduta; para a rotinização e planejamento de atividades da administração; e, dentre outros fatores, para a promoção do valor da igualdade formal, que é também relevante no âmbito da regulação (CANTARELLI, 2021).

As considerações acima estabelecidas podem ser utilizadas para compreender também como diferentes modelos de norma impõem diferentes custos a reguladores e regulados. Em primeiro lugar, retomando a ideia de “valor de orientação”, é possível conceber as regras como um mecanismo de consolidação e veiculação de informação aos seus destinatários. Isso significa que os custos de definição dos parâmetros de conformidade são concentrados *ex ante*, ou seja, no momento de formulação da norma, e não no momento de tomada de decisão num caso concreto. Isso é uma

característica particularmente relevante quando a norma regula situações frequentes e homogêneas e os participantes estão dispostos a usá-la como subsídio para os seus processos de tomada de decisão (reduzindo custos de não conformidade), e/ou se demanda a sua aplicação constante por parte das autoridades administrativas competentes (reduzindo custos de solução dos conflitos) (KAPLOW, 1992, p. 568-586; EHRlich; POSNER, 1974, p. 266).

A promoção de certeza e previsibilidade por parte das regras contribuiria ainda para a redução de outros custos sociais. Regras otimamente formuladas contribuiriam para o encorajamento de comportamentos desejados e para a dissuasão de comportamentos indesejáveis, aumentando a expectativa de obtenção de ganhos pela prática de comportamentos desejáveis e a expectativa de perdas decorrentes de comportamentos indesejáveis. Por delimitar bem o seu escopo de aplicação, elas teriam o condão de proteger seus destinatários contra condenações arbitrárias por não conformidade, e evitariam o chamado *chilling effect*, o efeito paralisante decorrente de interpretações conservadoras de conceitos jurídicos vagos. Por fim, as regras funcionariam como redutoras de custos de transação, definindo com clareza os direitos das partes e facilitando as negociações privadas (CANTARELLI, 2021).

Consideradas as vantagens, cabe agora pôr no outro lado da balança as desvantagens das regras. De antemão, percebe-se que um dos seus problemas já foi anteriormente identificado: os custos de produção e administração de regras são suportados eminentemente no momento de sua formulação, e não na sua aplicação. Se, por um lado, isso é atrativo quando se lida com casos frequentes e homogêneos, à medida que estes casos se tornam mais heterogêneos os custos de produção são elevados e os benefícios extraídos desta formulação são reduzidos (KAPLOW, 1992, p. 568-586).

Dito isso, talvez o problema mais relevante atribuído ao uso de regras seja o do “formalismo”, ou, em outras palavras, da rigidez que estas diretivas oferecem no momento de sua aplicação (BLACK, 1997, p. 20). Se por um lado a precisão das regras limita a arbitrariedade, oferecendo parâmetros claros de orientação de conduta, por outro ela pode também criar outro conjunto de situações igualmente arbitrárias, associadas à aplicação de regras a situações incompatíveis com os propósitos a elas subjacentes (ENDICOTT, 2011, p. 22-23).

A constatação ora realizada remete ao que se pode chamar de problema da inclusão (*inclusiveness*). Para colocá-lo de forma simples, parte-se do princípio de que todas as regras constituem diretivas constituídas por generalizações que guardam relação com algum propósito/justificativa/objetivo subjacente. Ocorre que normalmente essas generalizações guardam apenas uma relação probabilística com esses propósitos. Os porquês de dificilmente haver uma correspondência perfeita são variados: limitações inerentes à linguagem e à cognição humana, falta de informação, falta de recursos, dificuldades políticas na implementação de parâmetros adequados, dentre outras (BALDWIN, 1995, p. 182-183). Sejam quais forem os motivos, regras frequentemente são mais ou menos abrangentes do que deveriam, à luz das suas justificativas. Ao primeiro tipo de problema, dá-se o nome de sobre inclusão, enquanto o segundo é denominado subinclusão (SCHAUER, 2002; CANTARELLI, 2021).

É relativamente óbvio o porquê da sobreinclusão e da subinclusão representarem problemas para a regulação. Ter uma regra sobreinclusiva ou subinclusiva pode representar, a depender do caso, a proibição de uma conduta socialmente desejável ou a permissão a uma conduta socialmente indesejável, ou ainda o fomento de uma conduta indesejável e o não-fomento de uma conduta desejável. O quão altos são os custos decorrentes destas situações é algo que depende de uma série de fatores, mas, minimamente, pode-se dizer que quanto maior for o valor social da conduta proibida/não fomentada ou o desvalor da conduta não-proibida/fomentada, mais agudo será o problema de inclusão.

Os problemas de sub e sobreinclusão estão associados ainda a um outro problema, que é o do *compliance* criativo:⁹ a estratégia de se conformar “com a letra, mas não com o espírito” das normas estabelecidas pela regulação. Uma vez que seja verdadeira a asserção de que as regras precisas se apliquem de maneira formalística, torna-se possível que os regulados se adaptem aos parâmetros regulatórios de forma a “evitar” a regulação, ainda que formalmente estejam de acordo com a sua letra fria (BALDWIN, 1995, p. 185-187; BLACK, 1997, p.13).

Uma última observação sobre as desvantagens das regras deve ser feita. Com relação aos problemas de inclusão apresentados, é sempre possível argumentar que eles podem ser endereçados modulando o escopo das regras através da adição de mais complexidade na sua definição. Para ilustrar essa situação, imagine-se um restaurante que proíbe a entrada de clientes com animais em seu recinto, sob alegação de que os animais possam afastar possíveis clientes e assim comprometer o faturamento do negócio. Em dado momento, o dono do restaurante percebe que seria interessante, tendo em vista o objetivo de aumentar o faturamento, permitir que pessoas com deficiência visual adentrem no restaurante com cães-guia, uma vez que estes animais, em razão do treinamento, não oferecem qualquer transtorno aos seus demais clientes. Sempre é possível a ele reformular a regra original, de forma a fazer constar algo do tipo “proibido entrar com animais no restaurante, exceto cães-guia”.

A objeção é correta, mas há limites práticos para o quanto se pode adicionar de complexidade numa norma qualquer. Em primeiro lugar, tal tarefa de complexificação pode ser custosa e encontrar sérias dificuldades informacionais práticas (BALDWIN, 1995, p. 182). Em segundo, complexidade em excesso pode comprometer a própria inteligibilidade das normas legais, tornando-as, no limite, inúteis com instrumentos de orientação de conduta (ENDICOTT, 2011, p. 23). Em resumo, a tentativa de solucionar problemas das regras sem modificar os seus níveis de precisão pode, ironicamente, comprometer as próprias virtudes que são típicas desta espécie normativa.

3.3 Os princípios como instrumentos regulatórios

Feita a análise das regras, cabe agora proceder ao estudo dos princípios enquanto instrumentos da regulação. O valor dos princípios, como se terá a oportunidade de observar, reside precisamente em endereçar aqueles pontos onde as regras falham, notadamente os problemas associados à rigidez no momento da aplicação.

Se as regras são associadas à precisão, os princípios, por sua vez, são associados à vagueza (BLACK, 1993, p. 29; SCHAUER, 2012, p. 189). Há vários sentidos em que um determinado termo ou conceito pode ser considerado vago. Em sentido técnico, a vagueza representa uma indeterminação na margem: conhecem-se os casos paradigmáticos de aplicação do conceito, mas a partir do momento em que a realidade se distancia destes casos a aplicação do conceito vai se tornando duvidosa (ENDICOTT, 2003, p. 31-32). Mas a vagueza pode ser utilizada também num sentido mais ordinário como atributo de termos com baixa especificação (SOAMES, 2011, p. 31-32), ou, ainda que “informem pouco” (ENDICOTT, 2003, p. 33). Ao fazer referência a “vagueza” no presente artigo, se fará referência indistintamente tanto à vagueza em sentido ordinário quanto à vagueza em sentido técnico.

9 O tema é estudado com profundidade por McBarnett e Whelan (MCBARNETT; WHELAN, 1991, p. 848-873; MCBARNETT, 1991, p. 56-74) em uma série de artigos voltados para infrações corporativas. Exemplos bastante utilizados de *compliance* criativo estão associados a matérias de direito tributário e ao uso lícito de categorias jurídicas para ocultar relações econômicas subjacentes.

O grande problema que assola a regulação por princípios, e que parece implicitamente levantado na inicial da ADI 7.074, é o seguinte: qual razão haveria para a substituição de diretivas específicas por outras de formulação vaga? Dado que o conteúdo dos princípios, em razão da sua vagueza, se torna relativamente indeterminado, isso não comprometeria a própria função de orientação cumprida pelas normas? E se assim o é, isso não redundaria, no contexto regulatório, num problema de desregulação dos setores regulados?

Ocorre que, em alguns casos, existem razões bastante cogentes para a utilização de normas de caráter vago em detrimento de normas precisas. As regras, como dito anteriormente, se associam aos valores de orientação, aos valores processuais e à limitação de discricionariedade. Os princípios, noutro lado, estariam associados ao que se pode designar “valor da fidelidade”, à delegação útil de atribuições e à viabilização de arranjos privados de auto-organização (ENDICOTT, 2011, p. 28).

O que chama aqui de “valor de fidelidade” diz respeito ao que, de outra forma, poder-se-ia designar como “congruência” (DIVER, 1983, p. 67) das normas em relação aos valores a elas subjacentes. As regras, como anteriormente mencionado, em que pesem contribuam para a limitação de certos tipos de arbitrariedade, podem gerar elas mesmas comportamentos arbitrários decorrentes da sua adequação imperfeita à consecução dos valores que justificam a sua criação, o que foi denominado de “problema de inclusão”. Os princípios, por serem vagos e maleáveis, endereçam problemas de inclusão, permitindo que os aplicadores do direito ajustem a norma, no caso concreto. Nos termos de Black, esta espécie normativa permite operar com base numa racionalidade substantiva, orientada mais pelas finalidades do que pelas formas (BLACK, 1997, p. 20).

Isso nos leva ao segundo elemento relevante associado aos princípios: a sua capacidade de alocar discricionariedade nas mãos dos tomadores de decisão – em contraposição as regras, que propiciam exatamente o efeito contrário. A discricionariedade, como visto, é frequentemente associada à arbitrariedade, ou seja, a decisões tomadas com base em critérios impróprios. Mas a discricionariedade não necessariamente conduz a estes resultados e, diante da impossibilidade de formalizar por meio de uma regra todos os elementos necessários à tomada de decisão, algum nível de discricionariedade é inevitável. Ademais, pode ser que conferir discricionariedade à determinadas autoridades seja mesmo algo positivo, na medida em que tais autoridades possam ser vistas, por quaisquer motivos, como os melhores tomadores de decisão em determinada matéria (ENDICOTT, 2011, p. 26-27).

Outro elemento potencialmente interessante no âmbito dos princípios é a abertura que eles proporcionam para que os agentes privados a eles sujeitos desenvolvam seus próprios parâmetros de conformidade. Isso se daria uma vez que a incerteza quanto ao conteúdo da norma criaria incentivos para que os seus destinatários evitassem a criação de riscos, ao invés de se limitar, meramente, a seguir de forma irrefletida os parâmetros já impostos por uma norma precisa já estabelecida (ENDICOTT, 2011, p. 27). No contexto regulatório, isso é particularmente valioso, na medida em que exige o engajamento dos gestores das firmas reguladas e o empoderamento de divisões de *compliance* para fins de obtenção de conformidade com as diretrizes impostas pelo regulador (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p.195; BLACK, 2008, p.32-33; BLACK, 2015, p. 229).

As características ora descritas permitem compreender a atratividade da regulação por princípios. Em primeiro lugar, como já adiantado, justamente por sua relativa indeterminação, se tornam parâmetros flexíveis (SCHAUER, 2012, p. 195-196) e evitam os problemas de inclusão típicos das regras.¹⁰ Ademais, por serem mais focados nos valores a serem promovidos do que

¹⁰ Essa afirmação deve ser tomada *cum grano salis*. Embora os princípios possam ser vagos em suas formulações, é possível que a sua interpretação consolidada resulte em parâmetros tão precisos como os das regras, redundando nos mesmos problemas (BLACK, 2008, p.25; CANTARELLI, 2021).

na conformidade com a “letra da lei”, são aptos a resolver os problemas de *compliance* criativo acima mencionados (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p. 195). Ao final, mesmo o já mencionado *chilling effect* parece não ser tão problemático, na medida em que pode orientar agentes privados a desenvolver parâmetros de conduta ainda superiores àqueles que seriam impostos pela própria regulação (WALDRON, 2011, p. 75-79). Em contrapartida, a regulação por princípios pode ser questionada por comprometer a certeza e a previsibilidade providas pelas regras, retirando assim os seus benefícios associados à estabilidade, já detalhados na seção anterior.¹¹ Ocorre que os *trade-offs* decorrentes da opção por princípios podem não ser tão drásticos como parte da literatura sugere. Uma constatação importante feita por autores em direito da regulação é a de que princípios também podem garantir algum nível de certeza aos seus destinatários, desde que haja uma compreensão compartilhada entre reguladores e regulados acerca do seu significado e de sua aplicação no caso concreto (BLACK; HOPPER; BAND, 2007, p. 195).

A consideração ora trazida nos remete a uma das principais dificuldades da aplicação de modelos de regulação baseada em princípios: o fato de que esse modelo pressupõe certas condições consideravelmente exigentes para a sua implementação ótima. Listam-se aqui alguns destes pressupostos. Em primeiro lugar, o modelo demanda um significativo grau de confiança entre reguladores e regulados, o que pode ou não existir nos casos concretos (BLACK, 2008, p. 35-36). Em segundo, o modelo pressupõe um nível significativo de diálogo entre reguladores e regulados, a fim de estabelecer expectativas e responsabilidades com relação à interpretação e aplicação dos princípios. O sucesso de modelos de regulação baseados em princípios depende essencialmente da construção de entendimentos comuns entre os atores atuantes no sistema regulado, o que requer algum nível de treinamento e pode ser algo bastante complexo de se desenvolver (BLACK, 1997, p. 30-43). Em terceiro, considerando que a regulação por princípios pode demandar que os próprios participantes desenvolvam sistemas de conformidade capazes de implementar as suas diretrizes vagas, é necessário que os regulados possuam condições e disposição de desenvolver e aplicar os seus próprios parâmetros. A falta de realismo em relação a estas variáveis pode significar o fracasso da estratégia (BLACK, 2008, p. 32-33). Finalmente, a regulação por princípios, assim como a regulação por regras, demanda ações de *enforcement* por parte do seu regulador. O desafio, no caso dos princípios, é encontrar o ponto ótimo de como implementar seus sistemas internos de punição: punir de menos, por um lado, pode comprometer a credibilidade do regime; punir muito pode, por outro, pode angariar a hostilidade dos regulados, o que também dificulta o funcionamento do sistema e pode, no limite, criar incentivos para a sua conversão num modelo regulatório baseado em regras (BLACK, 2008, p. 29-32).

Princípios, portanto, não são instrumentos regulatórios isentos de falhas. A depender do contexto, talvez eles sequer sejam a diretiva mais adequada para o tratamento de problemas da regulação. Contudo, tais como as regras, eles possuem os seus atrativos e podem ser utilizados, em conjunto com elas ou isoladamente, para a consecução de finalidades legítimas na regulação.

¹¹ Normalmente, os benefícios das regras e dos princípios são expostos em forma de *trade-offs* (SCHAUER, 2012, p. 196; ENDICOTT, 2011, p.28; EHRLICH; POSNER, 1974, p.266).

4 Seguro de grandes riscos e regulação por princípios

4.1 Normas e técnicas de *enforcement*: a necessidade de uma avaliação contextual do uso de regras e princípios

As observações realizadas nas seções precedentes estabelecem as vantagens e as desvantagens no uso de regras e princípios como instrumentos de regulação de condutas. Com base nelas, é possível concluir pela inexistência de um impedimento geral à regulação com base em princípios. Isso não significa dizer que este modelo de regulação seja adequado em todo o caso. A análise da constitucionalidade das pretensões principiológicas Resolução 407 deve passar pela sua justificação no contexto da regulação de seguros. Para isso, é necessário ir além da mera consideração das normas em abstrato, inserindo-as dentro de um processo regulatório mais amplo, que se estende para os processos de fiscalização e aplicação de penalidades (o que se pode chamar de *enforcement*). Tendo isso em vista, questiona-se: sob quais condições seria melhor regular por princípios e em quais casos a regulação por regras seria mais eficiente?

Conforme Diver (1983, p. 76), a escolha pela espécie normativa mais apta para a regulação de um determinado setor (ou de uma determinada matéria dentro deste setor) depende de uma série de variáveis relacionadas aos autores das regras, aos responsáveis pela sua implementação e aos seus destinatários. Essa afirmação é reforçada por Baldwin (1995, p. 157), que sugere um modelo de análise próprio para a adequação das normas aos processos regulatórios conduzidos pela administração. Nesse modelo, quatro seriam as perguntas a ser endereçadas: (i) Quais os riscos centrais com os quais a regulação deve lidar? (ii) quem são os causadores destes riscos? (iii) Quais as estratégias de *enforcement* mais aptas a lidar com os causadores dos riscos? (iv) Quais espécies normativas melhor complementam as estratégias de *enforcement* eleitas?

Modelos tradicionais de regulação comumente focam na estratégia regulatória que ficou conhecida na literatura sob o nome de “comando-e-controle”. A base desse modelo consiste na formulação de regras (normalmente precisas e complexas) endereçadas à conduta dos regulados e na aplicação de sanções por sua desconformidade. As disfuncionalidades deste tipo de estratégia são bastante conhecidas: legalismo/formalismo excessivo, limitando demasiadamente a liberdade de empresa dos regulados, e comprometendo a competição, alta demanda por informação e dificuldades na definição dos parâmetros de conduta adequados e altos custos de *enforcement* (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 106-110).

Em contraposição a estratégias de regulação tradicionais, métodos alternativos foram sendo desenvolvidos pelos governos e pela literatura¹². Para citar uma dessas abordagens, sem se ter aqui a pretensão de ser exaustivo quanto ao tema, tem-se a técnica denominada “regulação responsiva”, formulada por Ayres e Braithwaite (1992). O mote desse modelo, correndo-se aqui o risco de uma simplificação exagerada, é uma abordagem regulatória mais granular, atenta às diversas estruturas das empresas reguladas e às diferentes motivações dos diversos agentes (pessoas naturais ou

¹² Para além da regulação responsiva, explicada adiante, pode-se mencionar como novos métodos ou tendências na regulação a teoria da “*smart regulation*” e a iniciativa “*Better Regulation*”. A primeira pode ser vista, conforme Baldwin, Cave e Lodge (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p.265-266), como uma expansão da regulação responsiva e de sua pirâmide de *enforcement*, a partir da consideração de que outros atores sociais, além do Estado, podem contribuir para o desempenho de funções regulatórias. Já a iniciativa *Better Regulation* surge no contexto do Reino Unido, sucedendo o movimento de desregulamentação que predominava desde o governo Thatcher, e posteriormente se expande para o resto da Europa (BALDWIN, 2006, p. 203). Conforme Radaelli e Meuwese (2009, p. 642), é possível conceber a ideia de “*Better Regulation*” como uma metarregulação que objetiva estabelecer regras, parâmetros e metas que devem orientar a criação, avaliação, adoção, implementação e execução de regras, a apreciação *ex-post* de seus resultados e sua revisão. Se essas diversas técnicas regulatórias são compatíveis entre si, é algo que é discutível na literatura (BALDWIN, 2006, p. 204-205).

jurídicas) que atuam no segmento, as quais podem gerar diferentes respostas regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4). A estratégia de *enforcement* preferencial no modelo seria a da persuasão. Mas a persuasão sozinha, se reconhece, pode não ser capaz de obter a conformidade, razão pela qual os reguladores devem também contar com um conjunto de instrumentos sancionatórios. Assim, preconiza a regulação responsiva, com esteio na teoria dos jogos, que, quanto mais os regulados resistirem à regulação, mais gravosas devem ser as sanções aplicadas pelo regulador; de outra parte, quanto mais cooperativos, mais leves devem ser as punições, chegando-se, no limite, a buscar a solução de eventuais falhas por meio do diálogo – o que gera a famosa imagem de uma pirâmide de medidas de *enforcement* (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53).

O recurso ao exemplo da regulação responsiva não se dá por acaso. Uma das lições ensinadas pelos autores é a de que, em diálogo direto com os critérios propostos por Baldwin, estratégias de *enforcement* devem ser adaptadas a diferentes perfis de agentes regulados, sob pena de sua inadequação e possível ineficácia. Em alguns casos, pode não haver alternativa senão o uso de instrumentos sancionatórios para lidar com certos participantes. Em outros, a persuasão é o método mais interessante para obter a cooperação dos agentes.

Como, então, as regras e os princípios podem contribuir para as estratégias de *enforcement*? Dado que essas normas são os parâmetros pelos quais os reguladores avaliam a conduta dos regulados, evidentemente elas possuem alguma relevância. Mas essa relevância pode variar. Baldwin, levando em consideração estudo empírico realizado perante a regulação de segurança do trabalho na Inglaterra, identifica que inspetores na área raramente precisam evocar regras em abordagens persuasivas/de negociação com regulados considerados como “bem-intencionados” (ou, simplesmente cooperativos), independentemente do grau de informação desses regulados quanto aos parâmetros da regulação. Por outro lado, nos casos de indivíduos pouco cooperativos, o uso de regras precisas se faz relevante como instrumento de ameaça crível no caso da continuidade da conduta. Regras, ademais, são vistas como superiores também no curso de processos sancionatórios, simplificando a atividade dos reguladores (BALDWIN, 1995, p. 146-152).

Por fim, resta fazer menção aqui à questão dos riscos. O tipo de risco, segundo Baldwin, pode ser também relevante para o tipo de regra utilizada. Novamente extraíndo conclusões do seu estudo empírico, o que se verifica é que, quanto maiores os riscos decorrentes da não conformidade, maior a tendência dos inspetores em utilizar estratégias legalísticas e regras precisas (BALDWIN, 1995, p. 152).

Como, então, as presentes considerações se aplicam ao mercado de seguros? Seria o modelo de regulação principiológica inadequado ao setor? Talvez em alguns casos, de fato, ele seja. Por exemplo, dada a magnitude dos riscos associados a problemas de solvência das seguradoras, é de se esperar que temas relacionados a esta matéria sejam regulados de forma mais pormenorizada (como efetivamente o são).¹³ Mas, em matérias que não envolvam riscos de grande monta e na ausência de evidências empíricas mais firmes sobre a cooperatividade dos agentes regulados, é difícil dizer que o modelo é *a priori* inadequado.

4.2 A legalidade da regulação por princípios

O conjunto de elementos trazidos até aqui permite concluir que não há uma vantagem em abstrato das regras sobre os princípios como instrumentos de regulação. Seus usos devem observar

13 Ver, por exemplo, a Resolução CNSP 312/2015, referente às provisões técnicas das seguradoras.

os diversos *trade-offs* envolvidos, as matérias objeto de regulação, a conduta dos regulados e as estratégias de *enforcement* eleitas pelos reguladores. Dito isso, cabe por fim transpor estas considerações para o objeto de discussão da ADI 7.074, qual seja, a Resolução 407 do CNSP.

É útil, para fins de compreensão da controvérsia, tratar brevemente do tema objeto da resolução, o seguro de dano para cobertura de grandes riscos. Que grandes riscos seriam esses? Conforme a resolução, podem ser classificados como contratos de grande risco apenas (i) os que estejam compreendidos nos ramos ou grupos de ramos de riscos de petróleo, riscos nomeados e operacionais, global de bancos, aeronáuticos, marítimos e nucleares, além de, na hipótese de o segurado ser pessoa jurídica, crédito interno e crédito à exportação; e, não preenchidas as características acima, (ii) demais ramos, desde que sejam contratados mediante pactuação expressa por pessoas jurídicas que apresentem, no momento da contratação e da renovação, pelo menos, uma das seguintes características: a) limite máximo de garantia (LMG) superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais); b) ativo total superior a R\$27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior; e c) faturamento bruto anual superior a R\$57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais), no exercício imediatamente anterior.¹⁴ Como se pode depreender da menção feita acima aos dispositivos da resolução, trata-se de um ramo de seguros bastante especializado, que deve se destinar, no mais das vezes, a atividades econômicas de grande porte. Tendo isso em vista, a resolução estabelece, em seu art. 4º uma série de princípios, dentre os quais: (i) a liberdade negocial ampla; (ii) a boa-fé; (iii) a transparência e a objetividade nas informações; (iv) o tratamento paritário entre as partes contratantes; (v) o estímulo às soluções alternativas de controvérsias; e (vi) a intervenção estatal subsidiária e excepcional na formatação dos produtos. Um dado interessante da norma do CNSP é que pelo menos três dos seis princípios elencados (liberdade negocial ampla, tratamento paritário e intervenção subsidiária), seguem uma mesma linha de reforço à liberdade contratual entre seguradoras e segurados.

Mas por qual razão se deveria supor a paridade de armas entre as seguradoras e os segurados para fins de definição de suas relações obrigacionais? As razões que normalmente informam a regulação de seguros parecem militar contra essa presunção. É um tema já antigo na regulação de seguros a necessidade de tutela das práticas comerciais das seguradoras em relação aos seus contratantes. Isso se dá, em primeiro lugar, pela assimetria de informação entre seguradoras e segurados. Seguradoras, com frequência, têm maior conhecimento dos riscos do que os segurados. Ademais, normalmente elas conhecem melhor a linguagem e as cláusulas dos próprios contratos, o que pode viabilizar a prática de comportamentos manipulativos (ABRAHAM, 1986, p. 32). Em segundo lugar, há com frequência na contratação de seguros uma disparidade entre os poderes de barganha das seguradoras e dos segurados, o que conduziria a uma necessidade de uma regulação mais específica dos termos da contratação (ABRAHAM, 1986, p. 33). Em terceiro lugar, há um problema de custos de transação: a excessiva customização dos contratos, sobretudo nos casos de seguros massificados, pode ser, de um lado, extremamente demandante para o consumidor, haja vista as assimetrias informacionais supramencionadas, e, de outro, extremamente problemática para as seguradoras, tendo em vista a dificuldade que isso impõe aos cálculos atuariais necessários à operação de seguro (ABRAHAM, 1986, p. 14).

Regulações mais interventivas na contratação de seguros partem da premissa de uma vulnerabilidade dos segurados em relação às seguradoras e da massificação dos contratos de seguro. Têm-se em mente aqui aqueles segurados menores, que, nos termos da legislação brasileira,

¹⁴ Vide art. 2º da Resolução 407 do CNSP.

poderiam ser enquadrados na categoria de consumidores.¹⁵ Esse, contudo, não parece ser o caso dos contratantes dos seguros de grandes riscos, modalidade destinada a operações específicas em que figuram agentes econômicos de grande porte. Dada a natureza dos negócios passíveis de cobertura e o seu vulto econômico, pode-se pressupor que normalmente se estará diante de organizações empresariais complexas, capazes (i) de compreender os termos dos contratos que negociam; (ii) de negociar de forma paritária com as seguradoras. Riscos de eventuais comportamentos oportunistas entre as partes, nesse contexto, são minimizados. Foi precisamente este o argumento utilizado pelos reguladores de seguros na oportunidade de abertura de consulta pública para o trato da Resolução 407, então ainda em fase de formulação (SUSEP, 2020b).

Se, por um lado, o tipo de problema regulatório que atrai o uso de regras parece minimizado no contexto dessa linha de seguros, por outro as vantagens do uso de princípios se tornam evidentes diante da clara intenção da regulação de seguros em atribuir maior flexibilidade às partes contratantes para dispor sobre as cláusulas contratuais, diversificar a oferta de produtos e reduzir custos de conformidade (SUSEP, 2020a). Ao utilizar princípios em vez de regras detalhadas, a regulação permite às seguradoras que definam com maior liberdade os termos dos seus contratos e que possam customizá-los diante das necessidades do cliente, devendo observar sempre, nesse contexto, os ditames da boa-fé e a transparência e objetividade na veiculação de informação.

Haveria alguma contrariedade desses objetivos com o direito brasileiro? Assim não parece. Como já afirmado em momento anterior, a Constituição Federal oferece larga margem de conformação para a aplicação de diversos modelos de intervenção do Estado na economia, não se afigurando como cogente o argumento em abstrato de que certas formas de regulação são favorecidas em detrimento de outras. No âmbito infraconstitucional, por sua vez, é de se observar que as alterações promovidas pelo regulador no setor de seguro estão em linha com as diretrizes expressas pela recente Lei de Liberdade Econômica. Em especial, chama-se atenção: (i) para o art. 2º, III, que estabelece o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; (ii) para o art. 3º, V, que dispõe sobre a presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício de atividade econômica, para os quais eventuais dúvidas serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada; e (iii) para o art. 7º que, promovendo alterações no Código Civil, inseriu em seu texto o art. 421-A, cuja redação preconiza a presunção de paridade dos contratos civis e empresariais até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção.¹⁶

Por fim, ainda sobre o tema da conformidade da norma do CNSP com o direito brasileiro, resta observar que a estratégia empregada pelo regulador de seguros, ao tratar de forma diferente certos regulados em razão de suas características, não é algo inovador nem sequer desconhecido pela jurisprudência Brasileira. Faz-se referência aqui, especificamente, à jurisprudência relacionada à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações securitárias.

Como é sabido, o CDC, por expressa disposição do seu art. 3º, § 2º, possui aplicação às relações de natureza securitária. Não obstante, é consolidado na jurisprudência o posicionamento de que nem toda a contratação de seguros atrai a incidência das normas protetivas da legislação consumerista. Em especial, dispensa-se da legislação consumerista os casos em que a contratação

15 Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Note que o § 2º do art. 3º da lei fez questão de afirmar que a atividade securitária é considerada “serviço” para as finalidades da lei.

16 Um ponto relevante a ser destacado é que este mesmo dispositivo é invocado como argumento contrário à Resolução 407 do CNSP. Em especial, questiona-se o seu art. 4º, § 1º, em razão de se referir à “plena capacidade de negociação das condições contratuais pelas partes”, sem fazer menção à relatividade da presunção. Bem compreendida, contudo, a questão aparenta ser menos grave do que o alegado na ADI. A formulação da norma da SUSEP, em que pese se possa criticar a sua redação, é largamente indeterminada com relação à natureza da presunção. Bastaria, então, a fim de afastar a antinomia, que a norma fosse interpretada em conjunto com os dispositivos legais pertinentes.

para a implementação de atividades econômicas, ressalvados os casos em que fica demonstrada a hipossuficiência técnica de uma das partes contratantes.¹⁷ Trata-se, como fica evidente, do mesmo raciocínio levado à cabo pela regulação do mercado de seguros: tendo em vista a menor necessidade de proteção das partes contratantes nos contratos de seguro objeto da Resolução 407, adota-se uma normatização mais flexível e que deixa maior espaço para a liberdade contratual das partes.

Pelos motivos expostos, estratégia de regulação por princípios empregada pelo CNSP aparenta ser, *prima facie*, adequada, necessária e proporcional ao quadro do mercado de seguros ora desenhado. Um último questionamento a ser feito diz respeito à confiabilidade dos juízos de fato que informam estas premissas. Uma linha de ataque disponível aos críticos da Resolução 407 é a de que o ato normativo se desenvolve de acordo com uma leitura equivocada do mercado. Nessa linha, argumenta-se que, diante de certas condições do mercado, a paridade entre as partes, mesmo considerando serem elas grandes empresas, seria ilusória, e que a liberdade de contratação fornecida seria mais limitada do que inicialmente se pode imaginar (TZIRULNILK; OLIVEIRA, 2021). Esse pode, de fato, ser o caso, e dizer se essa leitura está correta ou não envolveria mais do que se propõe por meio do presente artigo. Minimamente, contudo, pode-se afirmar que essa leitura não é a única possível, e que outros participantes relevantes do setor veem com bons olhos as mudanças propostas pela resolução (ABDIB, 2022). Sendo assim, diante de uma situação de relativa incerteza sobre qual o resultado a se esperar de uma determinada medida, não é óbvio que a postura adequada a se adotar seja uma atitude conservadora e proibitiva (VERMEULE, 2015).

Diante das constatações ora realizadas, parece que não se pode afirmar que o uso de princípios para a regulação dos contratos de seguro de dano para a cobertura de grandes riscos seja uma estratégia regulatória inidônea ou um meio de desregulação contrário ao interesse público. Ao contrário, trata-se de uma estratégia potencialmente útil e não evidentemente problemática diante dos objetivos de desenvolver o mercado e fomentar a liberdade empresarial de todos os interessados.

Conclusão

A regulação de seguros tem passado por transformações nas suas estratégias de normatização, fiscalização e aplicação de sanções. Em que pese essas transformações possam apresentar grandes benefícios ao mercado, deve-se atentar para o fato de que podem trazer também novos desafios. O presente artigo teve por objeto um destes desafios: o questionamento constitucional do modelo de regulação por princípios como instrumento regulatório compatível com os princípios da ordem econômica e o interesse público.

O núcleo do questionamento parece dizer respeito à adequação da regulação por princípios como estratégias regulatória apta à disciplina da matéria securitária. A regulação por princípios, argumenta-se, importa a ausência de regulação por parte do Estado e, com isso, viola os princípios da ordem econômica, o interesse público e a própria segurança jurídica do mercado de seguros. Como foi extensamente demonstrado ao longo do presente artigo, esse argumento não se sustenta.

¹⁷ Nesse sentido, ver os seguintes julgados: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP. **Apelação 1066289-35.2013.8.26.0100**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2022.; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ. **Apelação 0035225-17.2012.8.19.0209**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004804101825935A4A66A1ED2BB79EF0529C5070E24304D&USER=>. Acesso em: 29 jul. 2022.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **AgInt no AREsp 1973453/RS**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102660370&dt_publicacao=19/04/2022. Acesso em: 29 jul. 2022. Para uma contribuição da doutrina sobre o tema da separação entre contatos consumeristas e empresariais, ver: Forgioni (2015, p. 30-34).

O tema remete diretamente à literatura jurídica sobre as vantagens comparativas entre diferentes tipos de diretiva: as regras e os princípios. Como visto, a escolha por um ou outro tipo de regra importa certos *trade-offs* no processo regulatório. As regras, de um lado, associam-se às ideias de estabilidade, de provisão de certeza e orientação, e de redução da discricionariedade das autoridades administrativas, mas podem ser problemáticas por ensejar uma aplicação mais preocupada com a forma do que com os objetivos substantivos da regulação. Os princípios, por outro lado, associam-se à flexibilidade e à racionalidade substantiva, solucionando alguns dos problemas tipicamente associados às regras, mas potencialmente ao custo dos valores de certeza e previsibilidade conferidos por estas. Diante da possível utilidade dos princípios no processo regulatório, não há razão para reputar a regulação por princípios como inconstitucional.

Entrando na especificidade dos contratos de seguro de dano para a cobertura de grandes riscos, também aqui parece não haver razão para crer que a regulação de seguros incorre em qualquer inconstitucionalidade. Reconhece-se aqui que a escolha do tipo de norma adequado deve levar em consideração os aspectos contextuais. Nesse sentido, observou-se que contexto de formação destes contratos e os objetivos tidos em vista pelo regulador sugerem a adequação de uma abordagem principiológica. A constatação de que se trata de contratos entre grandes empresas, onde há menor incidência de problemas de assimetria informacional e desníveis de poder de barganha retira boa parte da atratividade das regras como instrumento de definição prévia das obrigações contratuais. Por outro lado, a demanda por maior diversificação de produtos e customização dos contratos se encontra em linha com utilização de um conjunto de normas regulatórias mais flexíveis, como é o caso dos princípios.

Referências

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: Kluwer, 1986.

ABDIB. **Nota da ABDIB de membros do IIRS pela modernização dos Seguros de Infraestrutura**. Disponível em: <https://www.abdib.org.br/2022/04/20/nota-da-abdib-de-membros-do-iirs-pela-modernizacao-dos-seguros-de-infraestrutura/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

ABRAHAM, Kenneth S. **Distributing Risk: insurance, legal theory and public policy**. New Haven: Yale University Press, 1986.

ALEXY, Robert. **Law's ideal dimension**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ALEXY, Robert. Legal Certainty and Corectness. **Ratio Juris**, vol. 28, n. 4, p. 441-451, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Nova York: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- BALDWIN, Robert. Better regulation in troubled times. **Health economics policy and law**, vol. 1, n.3, pp. 203-207, 2006.
- BALDWIN, R. CAVE, M. LODGE, M. **Understanding Regulation: theory, strategy, and practice**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BLACK, Julia. **Forms and paradoxes of principles-based regulation**. LSE Law, society and economy working paper. 2008. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/law/working-paper-series/2007-08/WPS2008-13-Black.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- BLACK, Julia; HOPPER, Martyn; BAND, Christa. Making a success of Principles-based regulation. **Law and Financial Markets Review**. Vol.I., p. 195, 2007.
- BLACK, Julia. **Regulators as Rulemakers**. Tese (Doctor of Philosophy) – Faculty of Law of the University of Oxford. Oxford. 1993.
- BLACK, Julia. Regulatory styles and supervisory strategies. In: MOLONEY, Niamh; FERRAN, Ellís; PAYNE, Jennifer (eds.). **The Oxford Handbook of Financial Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BLACK, Julia. **Rules and Regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CANTARELLI, L. G. P. **Produção normativa, participação e tipos de regras: uma análise das audiências públicas da Comissão de Valores Mobiliários**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito da Regulação: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30646>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- CYRINO, André. **Delegações legislativas, regulamentos e administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DIVER, Colin S. The Optimal Precision of Administrative Rules. **The Yale Law Journal**. Volume 93, n.1. p. 65-109, 1983.
- DWORKIN, Robert. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EHRlich, Isaac. POSNER, Richard. An economic analysis of legal rulemaking. **Journal of Legal Studies**, vol. 3, n.1, p. 257-286, 1974.
- ENDICOTT, Timothy. **Vagueness in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- ENDICOTT, Timothy. The value of vagueness. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economic Analysis. **Duke Law Journal**, Vol. 42, nº 3, p. 557-629, 1992.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MCBARNETT, Doreen; WHELAN, Christopher. The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control. **The modern law review**, v.54, n. 6., p. 848-873, 1991.
- MCBARNETT, Doreen. Legitimate Rackets: Tax Evasion, Tax Avoidance, and the Boundaries of Legality. **The Journal of Human Justice**. v. 3, n. 2., p. 56-74, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT. **Petição inicial da ADI 7.074**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6342164>. Acesso em: 23 maio 2022.
- RADAELLI, Claudio M.; MEUWESE, Anne C.M.; Better regulation in Europe: between public management and regulatory reform. **Public Administration**, vol. 87, n. 3, p. 639-654, 2009.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale law Journal**. Volume 81, p. 823-854, 1972.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. 1.ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SOAMES, Scott. What vagueness and inconsistency tell us about interpretation. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **Planejamento Estratégico 2020-2023**. Julho, 2020a. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/coordenacao-de-apoio-a-gestao-estrategica/PLANEJAMENTO%20ESTRATEGICO%20-%20Versao%20Final_FINAL%20-%202003.07.2020.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **Susep abre consulta pública sobre seguros de danos para cobertura de grandes riscos.** Publicado em 24 de agosto de 2020b. Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/noticias/susep-abre-consulta-publica-sobre-seguros-de-danos-para-cobertura-de-grandes-riscos/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. **SUSEP avança na simplificação das normas de seguros de grandes riscos.** Publicado em 29 de março de 2021. Disponível em: <http://novosite.susep.gov.br/noticias/susep-avanca-na-simplificacao-das-normas-de-seguros-de-grandes-riscos/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **AgInt no AREsp 1973453 / RS.** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102660370&dt_publicacao=19/04/2022. Acesso em: 29 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ. **Apelação 0035225-17.2012.8.19.0209.** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004804101825935A4A66A1ED2BB79EF0529C5070E24304D&USER=>. Acesso em: 29 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP. **Apelação 1066289-35.2013.8.26.0100.** Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 29 jul. 2022.

TZIRULNIK, Ernesto; OLIVEIRA, Inaé Siqueira de. **“As ideias fora do lugar” da Resolução CNSP 407/2021.** Estadão, São Paulo, set. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/as-ideias-fora-do-lugar-da-resolucao-cnsp-407-2021/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law. **The journal of legal studies**, vol. 44, n. 52, p. 475-507, 2015.

WALDRON, Jeremy. Vagueness and the guidance of action. In: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott. **Philosophical Foundations of Language in Law.** Oxford: Oxford University Press, 2011.