

A Subscrição do Seguro Garantia Judicial e o Risco Jurídico.¹

1. Panorama e Problemática – Rating Financeiro x Risco Jurídico.

O seguro garantia judicial tornou-se a “bola da vez” do mercado securitário nos últimos 3 ou 4 anos impulsionado, primeiramente, pela busca do empresariado por crédito (ou garantia financeira) com preço abaixo da operação bancária. No segundo momento, a impulsão foi dada pela Circular SUSEP n. 477/2003, que reformulou o clausulado e as normas técnicas através dos Anexo I ou II. Finalmente, o movimento de valorização do seguro garantia judicial encontrou apoio nas alterações da Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980 e Lei 13.043/2014), no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e do posicionamento da PGFN - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

O movimento jurisprudencial também teve (e ainda tem) papel importante na propagação do seguro garantia judicial. Inicialmente, o STJ posicionou-se contra a sua aceitação em processos de execução fiscal, que foi o teste de ferro para o segmento. O fundamento principal foi a ausência de autorização legal para aceitação desta espécie de garantia. (STJ – REsp n. 109.819-3/RJ). Os Tribunais (Estaduais e Regionais) veem posicionando-se pela aceitação do seguro de garantia judicial, conforme apontado em recentíssimo (19.01.2017) acórdão do TRF da 3ª Região.² Parece que o obstáculo da ausência de autorização legislativa encontra-se superada.

¹ Palestra proferida no I Workshop SegNews – Risco Jurídico e Seguro Garantia Judicial: “Aspectos Relevantes da Subscrição/Aceitação pelo Poder Judiciário ao Sinistro”

² “DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO-GARANTIA. ANTECIPAÇÃO DE PENHORA. CAUÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. DÍVIDA NÃO-INSCRITA. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DO INTERESSE DAS PARTES. PODER GERAL DE CAUTELA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 9º, II, da LEF possibilita o oferecimento de seguro-garantia com o caução ao débito executado, evidenciando a possibilidade de aceitação de tal garantia na hipótese de pretensão de antecipar a penhora de futura execução fiscal, em demanda anulatória, ou caução judicial pelo poder geral de cautela, para permitir a emissão de certidão de regularidade fiscal. Precedente da Turma. 2. Irrelevante que o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, já que seu oferecimento tem por objetivo acautelar os interesses das partes, seja da União (ao constituir garantia a futura ação executiva, estabelecida nos mesmos moldes exigidos para a penhora fiscal), seja da autora (ao impedir danos à sua atividade empresarial pela ausência de certidão de regularidade fiscal ou inscrição no Cadin). 3. Agravo de instrumento desprovido.” (TRF 3ª R.; AI 0016237-31.2016.4.03.0000; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta; DEJF **19/01/2017**)

Independentemente das questões contratuais (direito e obrigações, vigência, renovações, coberturas, cláusula de exclusão, configuração do Tomador e Segurado), legislativas (haver ou não disposição legal explícita e concordância da PGFN) e jurisprudenciais, a operação completa do seguro garantia judicial exige um estudo detalhado dos critérios técnicos de subscrição (seleção e aceitação) a fim de que não haja descompasso entre *i*) a comercialização, *ii*) a aceitação, *iii*) a operacionalização, *iv*) a aceitação pelo Poder Judiciário, *v*) o sinistro e *vi*) o cumprimento do contrato.

Os Seguradores têm como principal (quase sempre única) base de análise de seleção do risco o método de *rating financeiro* do Tomador, que é a classificação da qualidade de crédito a partir da probabilidade/viabilidade de *default* de suas obrigações como operam as instituições financeiras. Este método, basicamente, estrutura em 3 pilares: *i*) capacidade técnica do segurado em cumprimento a obrigação garantia, *ii*) credibilidade comercial e *iii*) capacidade de financeira de solver as suas obrigações.

Com a adoção exclusiva deste método, a subscrição foca na probabilidade financeira do Tomador honrar com suas obrigações já fixadas e, principalmente, pagar aquilo que lhe for exigível processualmente naquele processo garantido. Em linhas gerais utiliza-se uma espécie de “*SERASA*” do Tomador sem que seja inspecionado e delineado o *risco jurídico* processual o qual o Tomador está exposto.

Entende-se por *risco jurídico* o evento futuro, incerto, indesejado e danoso decorrente da judicialização do Tomador/Segurado caracterizado pela sua exposição a perdas financeiras provenientes de decisões judiciais advindas de pretensões ligadas à sua atividade comercial (proteção do consumidor, interpretação de contrato, execução fiscal, tributário, responsabilidade civil) e/ou sua operação empresarial (locação do imóvel, relação trabalhistas, discussões societárias).

Inspecionar o *risco jurídico* é detalhar as características, origem, forma, extensão e valor da pretensão no qual o Tomador está exposto naquela determinada demanda. É desenhar os contornos jurídicos e processuais descrevendo as possibilidades de condenações acessórias, multas, variações de índices de atualização e juros, bem como delinear o movimento da jurisprudência e o seu impacto financeiro sempre buscando um parâmetro mínimo de razoabilidade jurídicas das alegações.

Gerenciar o *risco jurídico* é utilizar o processo de identificação, análise, mensuração e liquidação das obrigações judicializadas no qual o Tomador está exposto com o objetivo (*i*) de diminuir a probabilidade de impacto de eventos negativos (inadimplemento, procedência, multa e

demais condenações acessórias) e (ii) de aumentar a probabilidade do impacto de eventos positivos (decisões favoráveis ao tomador) através da antecipação prática do Segurador garantido às decisões judiciais e, principalmente, mensuração em tempo real da possibilidade de perda.

Neste panorama, as questões postas para problematização do estudo dos critérios técnicos de subscrição são:

- i) O método de subscrição a partir do *rating financeiro* do Tomador é suficiente para proteger a Companhia, o mercado, a mutualidade, o segurado e o tomador?
- ii) Este critério preenche os requisitos básicos do contrato de seguro quanto a incerteza, cuidado e tratamento do risco?
- iii) Qual a importância da análise do *risco jurídico* do processo judicial e do próprio Tomador para a subscrição do produto?
- iv) A exposição do Tomador ao risco jurídico e a sua conduta de gestão do passivo jurídico têm importância para subscrição?

2. Do Escopo da Subscrição.

A subscrição é o processo técnico a cargo do segurador de identificação, avaliação e mensuração do risco que lhes são apresentados com objetivo de aceitá-lo ou não a partir dos critérios internos e políticos da Companhia. Se o risco é aceito, o segurador fixa as condições das coberturas, limites, exclusões, retenção e o prêmio.³ É a *seleção de risco e quantificação do prêmio* realizada pelo Segurador. A partir da técnica econômica, ela ainda é descrita como o caminho pelo qual o Segurado busca o lucro mínimo para desenvolvimento saudável sua atividade comercial, oferecer cobertura, apresentar serviço de qualidade e controlar os índices de sinistralidade e despesas operacionais.⁴ Subscriver, no entanto, não é simplesmente escolher

³ O dicionário técnico da Funenseg fixa que subscrição é o “*processo de análise de risco cuja cobertura é proposta para a seguradora, resultando na aceitação ou rejeição da transferência desse risco. Classificação dos riscos selecionados para cobrança do prêmio adequado. Em termos mais simples, é o processo de emissão de uma apólice.*”

⁴ CONTADOR, Cláudio R. “(...) a subscrição pode ser entendida como o conjunto de técnicas e critérios que permitem à seguradora avaliar, selecionar, estimar e limitar seus riscos, calculando os respectivos prêmios necessários à obtenção de um lucro mínimo para a seguradora, garantindo que a empresa possa se desenvolver de maneira saudável.” In *Avaliação da Performance do mercado segurador brasileiro através do método DEA (Data Envelopment Analysis) no primeiro semestre de 1999*. Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional. 32, 200, Viçosa-MG. Anais. Viçosa/MG : SOBRAPO, 2000. p. 890-903.

o risco, o perfil do segurado e/ou indicar o prêmio a ser recolhido, ela é a materialização da política empresarial de expansão ou retração de atuação em determinado nicho de mercado a partir da aplicação de métodos mais ou menos ortodoxos de aceitação de risco. Se os critérios de subscrição forem excessivamente restritos, a carteira provavelmente ficará estagnada; se eles forem amplos, a carteira compreenderá alto índice de oscilação e instabilidade (principalmente decorrente da sinistralidade), que impactará no posicionamento de mercado da Companhia e do seu lucro. O papel da subscrição, em regra, é *“estabelecer um equilíbrio de longo prazo entre prêmios e sinistros, ou seja, não permitir perdas excessivas para as seguradoras, no sentido de estabilizar o sistema no longo prazo”*.⁵

Essencialmente, o Segurador tem dois objetivos claros *i*) fornecer a cobertura securitária dentro dos parâmetros da função social do seguro e da política pública da atividade securitária, conforme artigo 5º do Decreto-Lei 73 de 1966⁶ e *ii*) obter lucro razoável aos seus acionistas.

A subscrição se norteia pelos seguintes escopos para atingir os objetivos empresariais do segurador:

a) Cobertura adequada para cada tipo de risco, exposição, valor e origem.

A regra é o mecanismo de padronização de *seleção de risco* a partir do empregado dos clausulados específicos para cada certo de risco analisado. O risco hipotético tem que ser encaixado em um determinado clausulado padrão especificamente criado e autorizado pela SUSEP e pelo CNSP. Neste âmbito, as exigências (e o engessamento) da SUSEP é bastante presente, uma vez que a criatividade técnica da subscrição fica comprometida.

b) Concretizar a política de seleção da Companhia.

A decisão de seleção e precificação do risco é crucial para manutenção do negócio, seu crescimento e sua lucratividade. Neste ambiente, a *anti-seleção*, que é quando os segurados que têm probabilidade de perda acima da média contratam mais seguros do que os que têm probabilidade abaixo da média, deve ser evitada. Na sua caracterização surgem duas consequências: *i*) aumento considerável do prêmio para fazer frente ao índice de probabilidade da sinistralidade, o que retiraria o atrativo de mercado causando estagnação; *ii*) perda de

⁵ LIMA, Ana Paula de Souza. *AValiação da Qualidade de Subscrição de Riscos das Seguradoras Brasileiras Através do DEA (Data Envelopment Analysis)*. Dissertação de mestrado na Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Economia. Programa de Pós-Graduação em Economia – PIMES. Recife, 2008.

⁶ A política pública da atividade securitária está descrita no artigo 5º do Decreto-Lei 73 de 1966.

lucratividade e capacidade financeira técnica frente ao grande volume de sinistro ocorridos e devidos.

c) Manter o padrão do preço e a instabilidade de mercado.

Os padrões técnicos dos preços dos prêmios de acordo com cada risco e cada cobertura, respectivamente, devem ser fielmente alinhados e mantidos pela subscrição, vez que o preço é a vitrine do mercado, o canal de manutenção da operação, manutenção das coberturas emitidas, do lucro e da competitividade da Companhia. Paralelamente há a estabilidade do mercado como um todo, que está diretamente ligada à competitividade entre as Companhias que tem como primeiro ponto o preço do seguro. Grandes variações de preço, coberturas e critérios de subscrição causam instabilidade de mercado. Assim, a subscrição deve construir uma relação de longo prazo entre os prêmios ganhos e os sinistros ocorridos.

d) Agregar valores multidisciplinares.

A análise dos riscos seguráveis demanda, indiscutivelmente, a necessidade apoio técnico das mais variadas ciências: matemática, engenharia, química, direito, informática, etc. É a partir da multidisciplinariedade técnica e científica que a subscrição irá aponta o equilíbrio ideal da operação.

Ana Paula de Souza Lima, mestre em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco, aponta acerto:

“O processo de seleção implica em perguntar-se, simultaneamente, qual o preço que será muito caro para o segurado médico e qual o preço que será tão baixo, que fará a seguradora receber mais negócios do que aqueles com os quais ela poderá adequadamente lidar. A finalidade da subscrição não é nem lucratividade e nem o crescimento isoladamente, mas, sim, o equilíbrio entre os dois, atingido através da estabilidade entre os objetivos primários.”

3. Etapas do Processo de Subscrição – Rating Financeiro x Risco Jurídico.

A concretização dos objetivos do Segurador e dos escopos da Subscrição ocorre por meio das etapas do processo decisório da análise do risco, que são:

a) Informação detalhada e ampla sobre o risco e o Segurado/Tomador.

O acesso às informações detalhadas do risco, do segurado e do Tomador é ponto chave da subscrição e do próprio contrato de seguro. O seguro é essencialmente um contrato de boa-fé

e neste sentido faz sentido aplicar a regra do artigo 765 do Código Civil (Art. 765. *O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes*). As informações chegam ao segurador através da *i) proposta*, do *ii) questionário* e do *iii) relatório de inspeção de risco*. O artigo 766 do Código Civil é claro sobre a possibilidade perda do direito à garantia *se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio* com o intuito claro de proteger o direito à informação do Seguradora para subscrição. Paralelo ao direito à informação, o Segurador deve exercer o *dever de perguntar*, vez que a subscrição – processo de análise do risco – é de sua responsabilidade técnica devido a sua expertise para analisar o risco tornando-o segurável e precificá-lo. Por isso, o segurador que tem que buscar todas as informações pertinentes, necessárias, saber perguntar sobre o risco no *questionário*, saber especificar quais informações (dados técnicos ou científicos) são importantes para selecionar o risco. Saber o que perguntar, de forma perguntar e quando perguntar é parte fundamental desta etapa da subscrição. Munido com todas as informações técnicas, científicas e reais do risco, a subscrição tenderá a equalizar as variantes de *agravamento do risco*, que podem ser de 3 ordens: *i)* física – circunstâncias fáticas e tangíveis que agravam e/ou modificação o risco, *ii)* moral – postura do segurado sobre as circunstância do risco e possibilidade de concretização do sinistro e *iii)* negligência – postura de indiferença do segurado em relação ao risco, ao sinistros, suas consequências e sua manutenção; é o famoso “*a seguradora paga*”.

b) Alternativas do pós-análise do risco.

A subscrição terá três conclusões: *i)* aceitar a proposta, *ii)* recusar a proposta ou *iii)* aceitar com condições de modificação do risco quanto a quatro aspectos: *a)* gestão da exposição do segurado ao risco segurável propondo método de monitoramento da evolução e concretização daquele risco (monitoramento do risco jurídico, inspeção periódica, melhorias); *b)* agrupamento do prêmio por grupos de taxas específicas dentro da política interna da Companhia e da flutuação cíclica de preço própria do mercado; *c)* limitação da cobertura acessível àquele segurado e o seu risco; *d)* fixação de limite de retenção através da *franquia* e da *POS – Participação Obrigatória do Segurado* com relação ao próprio segurado ou diminui a sua retenção ao risco pulverizando-o através do cosseguro e resseguro.

c) Escolha das alternativas.

Dentro da política empresarial e de mercado da Companhia, a subscrição irá escolher uma das alternativas de *a)* aceitar como apresentado, *b)* recusar ou *c)* aceitar com modificações.

A escolha de uma alternativa é ponto central da subscrição. Assumir o risco através da melhor ação apresentada e a partir dos conjuntos de alternativas disponíveis.

d) Implementação e monitoração da aceitação ou da aceitação com modificação.

O seguro é formalizado com a aceitação do risco e a partir daí o segurador terá a possibilidade de acompanhar a implementação das modificações exigidas do segurado e, principalmente, monitorar o seu critério interno de subscrição.

O processo de subscrição visa concretizar os objetivos empresariais da Companhia e o seu sucesso é medido, basicamente, pelo *a*) Índice de Sinistralidade (variação do percentual de prêmio destinado ao pagamento de sinistro), *b*) Índice de Despesas (variação do percentual de prêmio destinado ao pagamento de despesas operacionais) *c*) Índice Combinado (soma e variação dos índices acima).

4. Solução da Problemática – Conclusão.

A partir de tais fundamentos e conceitos tem-se conclusões sobre a problematização exposta de que o *risco jurídico* deve ser elemento a ser valorado na subscrição do produto.

A aplicação única e exclusiva do *rating financeiro*, como método de análise de risco, não preenche todos os requisitos de proteção da operação, do Segurador, da estabilidade do mercado, da mutualidade, do Segurado e do Tomador por que tem foco apenas na sua capacidade financeira do Tomador e não estrutura técnica do processo em questão. Dessa forma, a gestão dos índices econômicos da Companhia dependerá exageradamente da sub-rogação e execução da contra garantia com a subscrição focada apenas na capacidade financeira.

Outro fato importante é que a análise da gestão do risco jurídico amplia as variantes de classificação do risco, tipo de processo e do próprio Tomador. Assim, muitos pequenos e médios empresários que ficaram de fora do mercado securitário por que não têm faturamento suficientes passariam a poder contratar apólice, vez que podem comprovar cabalmente que a sua gestão do passivo processual/jurídico é respeitável e com reduz significativa das chances de condenação e do inadimplemento.

A opção pela inspeção e monitoramento do risco jurídico na subscrição é ferramenta de gestão do risco que propicia a antecipação dos efeitos negativos do sinistro e potencializa o impacto das ocorrências positivas, por exemplo, o pagamento antecipado pelo Tomador.

Em suma, a subscrição do seguro garantia tem que ser multidisciplinar e agregar as variantes de inspeção e monitoramento risco jurídico igual como ocorre nos ramos de engenharia, responsabilidade civil e *property* como forma e meio de proteção dos objetivos da CIA, manutenção da sobriedade do mercado, proteção da mutualidade e, principalmente, da segurança ao Tomador e ao Segurado.