



---

## A Legalidade da Atuação da Superintendência de Seguros Privados na Fiscalização das Entidades Marginais de Seguros e de Previdência Complementar Aberta

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Analista Técnico da SUSEP

[jose.oliveira@susep.gov.br](mailto:jose.oliveira@susep.gov.br)

---

### Resumo

O presente estudo tem, por escopo principal, analisar os principais argumentos técnicos utilizados pelas entidades marginais para justificar sua atuação ilegal nos mercados securitário e de previdência complementar aberta, notadamente o enunciado nº 185 emanado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Em complemento, é traçada breve análise comparativa entre a atuação das entidades regulares e a das entidades marginais, discriminando suas diferenças mais relevantes. Na sequência, apresenta análise sucinta da atuação da SUSEP no enfrentamento desse grave problema atual e, ao final, sugere medidas complementares de atuação administrativa da SUSEP para combate eficiente ao mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta.

---

### Palavras-Chave

Seguros, previdência complementar aberta, SUSEP, mercado marginal, operação sem autorização, ilícito administrativo, atuação administrativa, liquidação extrajudicial, crime contra o sistema financeiro nacional.

---

### Sumário

Introdução. 1. Análise crítica dos principais fundamentos técnicos da atuação das entidades marginais nos mercados de seguros e de previdência complementar aberta. 2. Das diferenças existentes entre as operações do mercado regular e do mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta. 2.1 Quanto aos requisitos para operação. 2.2 Quanto às garantias exigidas na operação. 2.3 Quanto aos controles exigidos na operação. 3. Da atuação da SUSEP no combate aos mercados marginais de seguros e de previdência complementar aberta. 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.



## **Abstract**

---

### **The legal authority of the Superintendence of Private Insurance to regulate marginal entities operating in the insurance and private pension market**

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Technical Analyst SUSEP

[jose.oliveira@susep.gov.br](mailto:jose.oliveira@susep.gov.br)

## **Summary**

---

The scope of this study is to analyze the main technical arguments that marginal entities use to justify their illegal presence in the insurance and open private pension markets, conspicuously Statement No. 185 emanating from the III Civil Law Conference from Council of the Federal Court. In addition, a brief comparative analysis is drawn between the performance of regulated agencies and the marginal entities, detailing the relevant differences. Following that, a brief analysis of the role of SUSEP in addressing this serious problem today and, to conclude, suggestions for additional measures to efficiently tackle the marginal insurance and private pension market.

## **Key Words**

---

Insurance, open private pension, SUSEP, marginal market, operating without authorization, illicit administrative, administrative penalties, extrajudicial liquidation, crime against the national financial system.

## **Contents**

---

Introduction. 1. Critical analysis of the principle technical bases for the operations of marginal entities in insurance and open private pensions markets. 2. The differences between regular and marginal operations in the insurance and open private pensions market. 2.1 Operational Requirements. 2.2 The Guarantees required for operation. 2.3 The Controls required for operation. 3. The role of SUSEP with regard to marginal entities operating in the insurance and open private pension market. 4. Final considerations. 5. Bibliographical references.



## Sinopsis

---

### **La legalidad de la actuación de la Superintendencia de Seguros Privados en la fiscalización de las entidades marginales de seguros y de previsión complementar abierta**

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Analista Técnico de la SUSEP

[jose.oliveira@susep.gov.br](mailto:jose.oliveira@susep.gov.br)

## Resumen

---

Este estudio tiene, como objetivo principal, analizar los principales argumentos técnicos utilizados por las entidades marginales para justificar sus actividades ilegales en los mercados basados en la seguridad y previsión complementar abierta, en particular la declaración N° 185 que emana de la 3° Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal. Además, se plantea un breve análisis comparativo de los resultados de las agencias reguladoras y las entidades marginales, detallando sus diferencias relevantes. A continuación, se presenta un breve análisis de la actuación de la SUSEP en el enfrentamiento para hacer frente a este grave problema hoy en día y, al final, se sugieren medidas adicionales de actuación administrativa de la SUSEP para combatir eficientemente al mercado de los seguros marginal y social privada complementaria.

## Palabras-Clave

---

Seguros, previsión complementar abierta, SUSEP, mercado marginal, operación sin autorización, ilícito administrativo, actuación administrativa, liquidación extrajudicial, crimen contra el sistema financeiro nacional.

## Sumario

---

Introducción. 1. Análisis crítica de los principales fundamentos técnicos de la actuación de las entidades marginales en los mercados de seguros y de previsión complementar abierta. 2. De las diferencias existentes entre las operaciones del mercado regular y del mercado marginal de seguros y de previsión complementar abierta. 2.1 En cuanto a los requisitos para operación. 2.2 En cuanto a las garantías exigidas en la operación. 2.3 En cuanto a los controles exigidos en la operación. 3. De la actuación de la SUSEP en el enfrentamiento a los mercados marginales de seguros y de previsión complementar abierta. 4. Consideraciones Finales. 5. Referencias bibliográficas.



## Introdução

É cediço que, após décadas de estagnação decorrente de um ambiente de inflação elevada, observou-se no Brasil o incremento das operações financeiras, industriais e comerciais (GUERRA, S., 2014. p. 359) ao longo do final do século passado. Tal processo de desenvolvimento empresarial acarretou, por conseguinte, um aumento da exposição aos riscos inerentes ao desenvolvimento dessas atividades, ampliando-se, assim, a demanda, pelos agentes de mercado, de um crescente número de coberturas securitária e ressecuritária (FARIA, L.V. de., 2007. p. 49-53).

E, por conta desse cenário favorável, o mercado securitário nacional experimentou na primeira década do século XXI uma evolução significativa em termos de volume de receita e de participação no Produto Interno Bruto brasileiro<sup>1</sup> e demandas por melhoria de competitividade (MACEDO, M.Á. da S.; SILVA, F. de F. da; SANTOS, R.M., 2003)<sup>2</sup>. Notadamente com a abertura do mercado ressecuritário brasileiro em 2007<sup>3</sup> e em linha com a expectativa dos mercados nacional<sup>4</sup> e internacional (NOVELO, A.; ZANIBONI, M., 2008, p. 53), verificou-se uma expansão natural dos negócios e dos tipos de planos securitários<sup>5</sup>, bem como uma ampliação da concorrência entre os resseguradores<sup>6</sup>, o que impulsionou o Brasil rumo às melhores práticas vigentes no mercado internacional<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> CNseg. **Informe anual: mercado segurador brasileiro – 2013**. p. 40: “Em 2013, com uma produção global de R\$ 294,19 bilhões, a participação do setor segurador brasileiro no PIB passou a representar 6,07% dos R\$ 4,844 trilhões dos bens e serviços produzidos no Brasil. Em 2008, a participação do setor de seguros era equivalente a 4,87%, ou seja, houve um crescimento acumulado de 24,60% da participação do setor segurador no PIB ao longo dos últimos cinco anos.”

<sup>2</sup> Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci_arttext). Extraído em 25/02/2015 às 20h45.

<sup>3</sup> Até o advento da Lei Complementar nº 126 de 2007, o mercado brasileiro estava sujeito ao monopólio da atividade ressecuritária nas mãos da IRB-Brasil Re. Ver a respeito do tema, GOLDBERG, Ilan. Resseguro e desenvolvimento: um estudo acerca dos principais fatores ocorridos nos últimos dez anos e as perspectivas para os próximos anos. **Revista brasileira de risco e seguro**. Disponível em: <[http://www.rbrs.com.br/paper/paper\\_interna.cfm?id=57](http://www.rbrs.com.br/paper/paper_interna.cfm?id=57)>. Extraído em 15/11/2007 às 20h.

<sup>4</sup> “O mercado brasileiro se torna atrativo para os resseguradores internacionais principalmente pela força econômica do Brasil, pelo crescimento regular do mercado segurador, pela qualidade da carteira dos riscos ressegurados e pela ausência de catástrofes naturais. Existe ainda o potencial de crescimento em relação a novos produtos ou segmentos que os internacionais podem incrementar no País” (BIDINO, M. E., 2006, p. 47).

<sup>5</sup> Revista IRB. Entrevista: Marcos Lisboa, nº 300, dezembro-2005, p. 9; *in verbis*: “O mercado de seguros e resseguros é um mercado que vem se desenvolvendo enormemente nos últimos anos e a abertura trará, sem dúvida, mais benefícios. A maior competição nesse mercado é fundamental para a sua expansão. A abertura do mercado de resseguros no Brasil é uma perspectiva extremamente saudável, sobretudo para o desenvolvimento do mercado de seguros. A liberalização dos mercados permite uma relação mais íntima entre seguradoras e resseguradoras e estimula o lançamento de novos produtos.”

<sup>6</sup> *In verbis*: “O desenvolvimento da economia brasileira, mais precisamente do mercado de seguros e do setor de resseguro, carecia de que os grandes riscos gerados no país recebessem internamente as respectivas coberturas, securitária e ressecuritária, evitando-se a migração de bons negócios e divisas para o exterior e, consequentemente, o natural controle por parte dos resseguradores estrangeiros” (GOLDBERG, I., 2008, p. 23).

<sup>7</sup> *In verbis*: “Em comparação com as condições vigentes no período pré-abertura, o fim do monopólio gera potencialmente inúmeros efeitos, que ficam visíveis no longo prazo: – queda de preço interno do resseguro, para níveis praticados no mercado internacional; – aumento da capacidade de retenção de riscos e da oferta potencial de seguro; – transferências de riscos para o exterior através das resseguradoras; – melhoria da eficiência técnica das resseguradoras, corretoras de resseguros e das seguradoras em geral; – melhoria da qualificação técnica geral do mercado de seguros e da gestão de risco; – ingresso de investimentos internacionais, através de instituições com rating elevado; – absorção de conhecimento técnico, tecnologia e de novas linhas de produtos; – fomento da pesquisa e da busca de conhecimento de risco de ramos pouco explorados no Brasil (risco ambiental, rural, catástrofes); – desenvolvimento e melhoria de linhas de produtos já existentes no Brasil; – sofisticação e aumento de complexidade do seguro; e criação das bases para tornar o Brasil um centro (*hub*) de resseguro regional, como exportador de conhecimento e experiência” (CONTADOR, C. R., 2014, p. 35).



No mesmo sentido, houve também na última década uma ampliação da importância do mercado de previdência aberta complementar, em parte como reflexo do novo marco regulatório trazido no bojo da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, dos benefícios fiscais de diferimento tributário, e ainda das incertezas sobre o futuro da Previdência Social no Brasil.

Para se ter uma ideia da relevância do mercado securitário para a economia nacional, vale observar que, no período de 2008 a 2013, as operações de seguros nos segmentos de seguros gerais e de pessoas, bem como as operações de previdência complementar aberta passaram da marca de participação no Produto Interno Bruto brasileiro de 2,51% para 3,31%; e, em termos ampliados das operações de seguros, previdência complementar aberta e de capitalização, de 4,87% para 6,07%<sup>8</sup>. Em tempo, é oportuno também informar que, segundo a *Moody's*, a penetração do mercado de seguros, de previdência complementar aberta e de capitalização no Produto Interno Bruto brasileiro permanece baixa, em torno de 3% (CONTADOR, C. R. *op. cit.*, 2014, p. 34), e que, embora esse índice seja comparável aos de outros mercados na região, permanece consideravelmente inferior aos dos mercados mais desenvolvidos, como, por exemplo: EUA 9%, França 11% e Japão 10,5% (MOODY'S).<sup>9</sup>

É certo ainda asseverar que o desenvolvimento esperado das indústrias do seguro privado e da previdência complementar aberta não só tragam prosperidade econômica para o Brasil, como também proporcionem uma oferta de novos planos que possibilitem, inclusive, a inserção das classes sociais menos favorecidas dando plenitude ao cumprimento do papel social do mercado financeiro insculpido na Constituição Federal conforme reza o artigo 192.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> CNseg. **Informe anual: mercado segurador brasileiro – 2013**. p. 37-40.

<sup>9</sup> **Moody's**. Disponível em: <[http://www.moody.com.br/brasil/pdf/Perspectiva\\_do\\_Mercado\\_Segurador\\_Brasileiro\\_\(2009\).pdf](http://www.moody.com.br/brasil/pdf/Perspectiva_do_Mercado_Segurador_Brasileiro_(2009).pdf)>. Acesso em: 30 out. 2009.

<sup>10</sup> “Art. 192: O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2007.



Todavia, à parte dessa relevante e recente evolução nos mercados nacionais de seguro privado e de previdência complementar aberta<sup>11</sup>, observou-se, no mesmo período, o preocupante crescimento de uma operação capaz de conduzir, infelizmente, o Brasil aos distantes primórdios das atividades securitária e previdenciária<sup>12</sup>.

Com efeito, sob a guarida de suposta legalidade empresas e associações – doravante denominadas conjuntamente apenas como *entidades marginais* – foram e estão sendo constituídas em profusão com o objetivo de repartir as consequências financeiras de riscos aleatórios entre determinado grupo de associados em operação de natureza eminentemente securitária ou então promovendo a comercialização de planos de benefícios assemelhados a pecúlio ou renda, baseando-se sua atuação nos mais diversos e inventivos argumentos.

Tal tipo de operação irregular – realizada sem qualquer conhecimento técnico e atuarial, desprovida da constituição de provisões técnicas e sem mecanismos de distribuição de riscos – acaba por levar os incautos consumidores a experimentar inseguranças somente antes verificadas quando do nascimento do seguro ou da previdência privada<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> ECONOMIA e mercado de seguros, previdência privada e capitalização estão em franca expansão no Brasil. **Reactions Magazine**. London: Reactions, p. 30, jun. 2008: “Em consequência disso, as perspectivas do mercado de seguros, previdência privada e capitalização, já positivas em um cenário de estabilidade da moeda iniciada a partir de 1994, tornam-se ainda melhores, já que o setor anda de mãos dadas com a desenvoltura da economia. Daí porque há uma convergência das projeções de mercado e do Governo para cima. Órgão de regulamentação e fiscalização do setor brasileiro, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), tomando como premissa uma expansão média anual de 5% da economia nos próximos anos, estima que o mercado de seguros, previdência privada e capitalização poderá atingir a casa dos 6% do Produto Interno Bruto (PIB) até 2011. Estudos privados estão em linha com as projeções oficiais. Nesse quadro, todos os ramos de seguros devem ter expansão mais expressiva, a começar pelos produtos de linha de pessoas e previdência passando pelas apólices de grandes riscos industriais e comerciais, fora as coberturas patrimoniais massificadas, como automóvel, e, mais adiante, as garantias que serão negociadas via microsseguros, em via de estruturação no País. Em particular, a abertura do mercado de resseguros brasileiro, concretizada em abril deste ano, é outro capítulo importante para o avanço do setor, tendo em vista a perspectiva de queda dos preços e a criação de planos para oferta de coberturas inovadoras no País. Até o fim do mês, a estimativa é de que 20 empresas estarão aptas a operar resseguro no País, número esse que poderá alcançar 100 players mundiais, entre brokers e resseguradoras, ainda este ano. O hasteamento de bandeiras de resseguradoras e brokers de diversas nações no Brasil é bem-vindo e contribuirá para a exploração de nichos de mercado com forte potencial de crescimento. No primeiro ano de abertura, a perspectiva é de que a receita de resseguros suba de US\$ 2,5 bilhões para US\$ 3,5 bilhões.”

<sup>12</sup> *In verbis*: “Na antiguidade as referências de organizações de assistência e esquemas mutualistas são, sobretudo, de solidariedade e de socorros mútuos, cuja função era a de acorrerem aos estados de necessidade dos vizinhos, dos confrades, dos associados, decorrentes de doença, de falta de meios de subsistência e, também, de perda de colheitas e animais” (PÓVOAS, M. S., 2000, p. 48).

<sup>13</sup> “As primeiras sociedades que se fundaram para a exploração do seguro, cedo verificaram a necessidade da introdução de novos rumos e de novos métodos que aperfeiçoassem e melhorassem essa exploração. Era a ciência do seguro que procurava aparecer. Para trás ficavam as formas individuais e antiquadas, cumprida que fora a missão que lhes tocara na marcha ascensional do seguro. Ao seguro especulação, verdadeiro jogo em que a sorte era a figura principal, com predomínio se pode dizer absoluto, sucedia o seguro científico, calcado em bases técnicas e dados estatísticos. Estudos se faziam no sentido de anular o fator sorte. Confrontavam-se estatísticas e calculavam-se probabilidades, a fim de reduzir ao mínimo a aleia do contrato. Vencia o seguro sua etapa mais árdua e mais séria de suas batalhas. Deixava de ser um jogo, para se tornar uma ciência” (SANTOS, A., 1959, p. 17).



Aliás, nos últimos anos, o que até então eram apenas alguns casos isolados passaram a ser atualmente quase uma rotina. Como prova disso, é comum observar-se, nos meios de comunicação, a divulgação de preocupantes notícias referentes à atuação ilegal de diversas sociedades, entidades, cooperativas ou associações no mercado securitário e de previdência complementar. Várias são as reportagens que relatam a comercialização de seguro ilegal travestido de “proteção automotiva” perpetrada por inescrupulosas associações que atuam como seguradora sem a necessária autorização ou que consignam a comercialização de planos de benefícios de evidente natureza previdenciária ou assemelhado a planos de seguros de pessoas. Constata-se, em destaque, que tais casos têm, por traço comum, a ganância irresponsável dos infratores sobre a poupança coletiva dos seus crédulos clientes e o relevante prejuízo final ao patrimônio dos consumidores de boa-fé, como, aliás, nos traz a triste lembrança dos casos dos montepios e das sociedades mútuas de pecúlio que, na ausência de regulamentação específica, proliferaram no início do século passado<sup>14</sup>.

Por oportuno, impende também ressaltar que esses exemplos de conduta infratora não figuram como marca exclusiva das atividades securitária e de previdência complementar no mercado nacional. De fato, a título de ilustração é oportuno lembrar os casos das sociedades em conta de participação e do mercado marginal em consórcios, nos quais os infratores utilizavam-se dos mais engenhosos artifícios<sup>15</sup> com o intuito de, na verdade, apropriarem-se da poupança popular de milhares de consumidores que, só ao final do pagamento de todas as parcelas

<sup>14</sup> “Foi por essa época, isto é, entre 1910 e 1915, que proliferaram, entre nós, as célebres caixas de pensões e sociedades mútuas de pecúlio. Explorando a credulidade e a boa-fé do povo foram fundadas inúmeras sociedades que, servindo unicamente para enriquecer indivíduos desonestos, prejudicaram, atrasando enormemente a disseminação do seguro. (...) Embora tivesse sido curta a vida de tais sociedades, foram grandes os males que ocasionaram. A extinção, porém, de quase todas elas, serviu de proveitosa lição e a instituição do seguro, reagindo com firmeza, soube prosseguir, vitoriosa, em sua marcha ascensional” (SANTOS, A. *Op. cit.* p. 25-27).

<sup>15</sup> Ministério Público Federal. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Consumidor e Ordem Econômica. Disponível em <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/secretaria-executiva-1/coordenacao/eventos/vii-encontro-docs/ii-encontro-nacional/ii-encontro>. *In verbis* com negrito do autor: **“TEMA 6: Contrato de “leasing” e de Consórcio (...) Propôs-se também uma maior atenção do MPF no tocante à utilização, por entidades privadas, de mecanismos engenhosos – e disfarçados – de captação de poupança, como forma de burlar as pertinentes exigências legais, máxime a autorização do Poder Público para o exercício de tal atividade; bem assim quanto à utilização do padrão monetário americano como fator de indexação dos contratos. PROPOSTAS: (...) 2. Atenção do MPF no tocante à utilização, por entidades privadas, de mecanismos engenhosos – e disfarçados – de captação de poupança, como forma de burlar as pertinentes exigências legais, máxime a autorização do Poder Público para o exercício de tal atividade; bem assim quanto regular o uso do padrão monetário americano como fator de indexação dos contratos”**.





do preço do serviço, tomavam ciência de que tinham sido completamente ludibriados<sup>16</sup>. É digna ainda de nota a existência de casos de empresas estrangeiras que, pelos mais diversos e dissimulados esquemas e procedimentos fraudulentos, buscam atuar no mercado nacional sem obter a prévia e necessária autorização da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e em flagrante afronta às disposições emanadas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP<sup>17</sup>.

Feito esse breve introito, cumpre esclarecer que o presente trabalho busca, portanto, analisar os principais argumentos técnicos utilizados pelas entidades marginais para justificar sua atuação ilegal nos mercados securitário e de previdência complementar aberta, notadamente o enunciado nº 185 emanado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Em complemento, é traçada breve análise comparativa entre a atuação das entidades regulares e a das entidades marginais, discriminando suas diferenças mais relevantes. Na sequência, apresenta análise sucinta da atuação da SUSEP no enfrentamento desse grave problema atual e, ao final, sugere medidas complementares de atuação administrativa da SUSEP para combate eficiente ao mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta.

<sup>16</sup> Arquivo disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc). *In verbis* com negrito do autor: “Merece menção, nos dias atuais, uma prática comercial abusiva que ressurgiu de forma avassaladora e multiplicadora. Está-se falando da prática consistente na atividade de captação antecipada de poupança popular, mediante promessa de contraprestação em bens, principalmente imóveis, que se realiza irregularmente, sob a roupagem de sociedade em conta de participação. Mediante o instrumento contratual de sociedade em conta de participação, constitui-se uma sociedade entre uma empresa (sócio gerente e ostensivo) e o consumidor (sócio participante e oculto). **A finalidade de tal sociedade é a formação de um fundo social que tem por objetivo a compra ou a construção de um imóvel; para alcançar a finalidade social, o consumidor interessado (sócio oculto) obriga-se a integralizar, mensalmente, um valor preestabelecido, equivalente a um percentual do fundo social, fundo este que nada mais é do que o capital a ser liberado pela empresa (sócio ostensivo) para o cumprimento do fim social. Na prestação mensal está embutido percentual que chega a 19% ou mais da prestação, a título de despesas de manutenção e pró-labore, por conta do gerenciamento do fundo social.** É a remuneração da empresa pela gerência desse fundo, cuja liberação não tem data prevista, ficando condicionada ao caixa da administradora, isto é, à disponibilidade de recursos obtidos com o recebimento das prestações dos sócios participantes. (...) Como se depreende dessa conceituação doutrinária, a atividade de captação antecipada de poupança popular para futura aquisição de bens nada tem a ver com a finalidade de uma sociedade em conta de participação regularmente constituída. **Em verdade, a sociedade em questão, na prática, é mero disfarce de que se valem algumas empresas para atuarem, de forma dissimulada, como administradoras de consórcio de bens móveis ou imóveis, fazendo-o, porém, à margem da lei – esta exige autorização do Banco Central –, com evidente risco de lesão ao patrimônio do consumidor** (ZANELATO, M. A.).”

<sup>17</sup> Vide, por exemplo, notícia sobre atuação administrativa de seguradora norte-americana por suposta atuação irregular no mercado brasileiro, disponível em <http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/2012/confirmada-multa-de-r-11-bilhoes-a-seguradora-americana-que-atuava-irregularmente-no-brasil>.





## **1. Análise crítica dos principais fundamentos técnicos da atuação das entidades marginais de seguros e de previdência complementar aberta**

Para enfrentamento desse ponto, cabe esclarecer que, das justificativas técnicas utilizadas pelas entidades marginais para esse verdadeiro assalto aos mercados securitário e previdenciário nacionais, extrai-se, como principal alegação, a de que promovem apenas a regular operação de um “grupo restrito de ajuda mútua”.

Anteriormente sustentada de forma isolada, tal tese passou a obter ressonância mais expressiva a partir do enunciado nº 185 emanado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e publicado em 2005, referente à interpretação doutrinária do art. 757, parágrafo único, do Código Civil vigente, o qual possui o seguinte teor:

**185 – Art. 757:** A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.

Em apertada síntese, por meio de intrincada engenharia jurídica, o referido enunciado foi fundamentado nos argumentos de que as associações de classe, beneficentes e de socorro mútuos podem instituir pensões e pecúlios em favor de seus associados e de suas respectivas famílias, de valor limitado, atendendo-se às restrições sobrevindas no bojo da Lei Federal nº 6.435 de 1977; bem como de que o contrato de ajuda mútua decorrente desse tipo de operação deve ser plurilateral e auto-organizativo, por repartir os custos e benefícios exclusivamente entre os seus participantes, mediante rateio e na forma de um denominado seguro mútuo associativo, cuja alegada característica



de autogestão o supostamente diferencia do seguro capitalista e da previdência privada<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> **Art. 757, parágrafo único** – Autor: Adalberto de Souza Pasqualotto, Professor Adjunto na PUC/Rio Grande do Sul. **ENUNCIADO:** A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada, que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas, não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão. **JUSTIFICATIVA** Há duas concepções de seguro, conforme suas origens. O seguro do tipo alpino surgiu nos Alpes suíços e é fundado no princípio da solidariedade. Os segurados compartilham entre si os riscos comuns, organizando-se em sociedades mútuas e prevenindo-se contra os infortúnios. Estipulam geralmente pecúlios para o caso de morte, sendo frequentes também os seguros de saúde e de acidentes.

O segundo tipo é o seguro capitalista, denominado “anglo-saxão”. É originário da cobertura dos riscos da navegação de longo curso e animado pelo objetivo de lucro do segurador.

O Código Civil de 1916 acolheu as duas modalidades, dedicando uma seção ao seguro mútuo. Os segurados em tudo suportavam o prejuízo advindo a cada um, exercendo eles mesmos a função de segurador (art. 1.466). Em lugar do prêmio, contribuíam para o enfrentamento das despesas administrativas e dos prejuízos verificados com quotas proporcionais aos benefícios individuais (arts. 1.467 e 1.469).

Pontes de Miranda acentuou não haver diferença conceitual entre seguro mutualista e capitalista, variando, todavia, a natureza da relação jurídica. No primeiro, há negócio jurídico plurilateral envolvendo os segurados entre si, que se organizavam geralmente em forma de sociedade, nos moldes do Código Civil de 1916. No seguro capitalista, o contrato é bilateral, entre segurado e segurador<sup>1</sup>. As sociedades de seguros, independentemente da modalidade que praticavam – seguro capitalista ou mutualista –, não podiam ser constituídas sem prévia autorização, conforme o art. 20, § 1º, do Código Civil de 1916.

O Decreto-Lei nº 2.063, de 7 de março de 1940, mudou essa situação. De um lado, dispôs que as operações de seguros privados só poderiam ser realizadas por sociedades anônimas, cooperativas e sociedades mútuas, mas, de outra parte, excluiu de sua incidência as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos, instituidoras de pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias. Assim, criou um seguro mútuo societário e outro associativo, de certo modo distinguindo os conceitos de sociedade e associação, o que veio a ser feito decisivamente no Código de 2002.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, reservou as operações de seguros às sociedades anônimas e às cooperativas, alijando as antigas sociedades mútuas, que seriam o embrião das entidades de previdência privada, reguladas pela Lei nº 6.435, em 1977. Quanto às associações de classe, de beneficência, de socorros mútuos e montepios então em funcionamento, foram mantidas fora do regime legal também no Decreto-Lei nº 73, tal como dispusera o Decreto-Lei nº 2.063, ficando facultado ao Conselho Nacional de Seguros Privados mandar fiscalizá-las quando julgasse conveniente.

Com a edição da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, a mutualidade passou a ser regida por normas de previdência privada, com exceção dos planos de pecúlio de pequeno valor (até 300 ORTNs, na época), vigorantes no âmbito limitado de uma empresa, fundação ou outra entidade de natureza autônoma, e administrados exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes.

A Lei nº 6.435/1977 foi revogada pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que passou a regular com exclusividade a previdência privada fechada e aberta, nada dispondo relativamente às entidades ressaltadas na lei anterior. O regime de previdência privada tem caráter complementar e autônomo em relação ao regime geral de previdência social.

As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e são acessíveis a quaisquer pessoas físicas. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo “vida” podem operar planos de benefícios previdenciários. Às entidades abertas é aplicável, no que couber, também a legislação própria das sociedades seguradoras.

As entidades fechadas só podem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos e são acessíveis exclusivamente aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, entes denominados “patrocinadores”; e aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas “instituidores”.

As entidades fechadas constituídas por instituidores devem terceirizar a gestão dos recursos que irão garantir as reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada e autorizada para tanto, cujo patrimônio deverá ser mantido segregado e totalmente isolado dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada. Como se percebe, nos planos previdenciários das entidades fechadas constituídas por instituidores intervêm: o instituidor, que será uma pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial; a entidade previdenciária, criada sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos (conhecida como fundo de pensão); e o gestor. Operacionalmente, as relações jurídicas se estabelecem entre a entidade fechada e o gestor, sendo beneficiários os membros ou associados do instituidor. O gestor presta serviços à entidade previdenciária, pondo-se esta e os beneficiários como consumidores frente àquele. O mesmo esquema de relações prevalece nas entidades patrocinadas, que são constituídas por empregadores privados ou públicos em favor dos seus empregados e servidores com serviços de gestão terceirizados.

Nos modelos previstos na legislação previdenciária não há lugar para o mutualismo puro. O Código Civil de 2002 também o ignorou como espécie de seguro, não reproduzindo qualquer dispositivo análogo ao art. 1.466 do CC/1916.



Todavia, com a devida vênia ao responsável pela elaboração desse enunciado necessário se faz rebater, de forma contundente, cada um de seus equivocados argumentos, os quais têm sido indevidamente utilizados para tentar subsidiar a operação das entidades marginais, ante a gravidade da tese sustentada e já reverberada em nossos tribunais<sup>19</sup>,

Como bem observou Ronaldo Porto Macedo Júnior, registrou-se um importante movimento do sistema de sociedade de amigos e organizações de auxílio mútuo para a moderna empresa de seguro e para a previdência social. Nada disso, porém, significa o expurgo do mutualismo. A autonomia privada e a liberdade contratual, inclusive levando-se em consideração a função social do contrato, garantem a sua permanência, desde que praticado em círculo restrito e mantido como princípio genuíno. Os mutualistas deverão auto-organizar-se exclusivamente sob a forma associativa, uma vez que a societária é utilizável somente pelo seguro capitalista e pela previdência social. Legalmente, ainda prevalece a ressalva do Decreto-Lei nº 2.063, de 1940, que não foi expressamente revogado pelo Decreto-Lei n. 73, de 1966, permanecendo parcialmente em vigor: as associações de classe, de beneficência e de socorro mútuos podem instituir pensões e pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias, de valor limitado, atendendo-se à restrição sobrevinda com a Lei nº 6.435, de 1977.

O contrato de ajuda mútua será plurilateral e auto-organizativo, repartindo custos e benefícios exclusivamente entre os participantes, mediante rateio. Sua diferenciação do seguro capitalista e da previdência privada é a autogestão, tal como permitido pela Lei nº 9.656/1998 para os planos de saúde”.

<sup>19</sup> Tribunal Regional Federal – 1ª Região. E-DJF1, 06/10/2014. p. 149-151 – AGRADO DE INSTRUMENTO N. 0057755-60.2013.4.01.0000/MG (d) – Processo Orig.: 0036995-39.2013.4.01.3800 – *In verbis*: “Melhor examinando o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial e a despeito dos lúcidos fundamentos em que se amparou a decisão agravada, verifico que a pretensão em referência preenche os requisitos do art. 558 do CPC, a autorizar a sua concessão, em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal. Com efeito, segundo se extrai dos elementos carreados para os presentes autos, não se vislumbra, *prima facie*, que a atividade desenvolvida pela entidade associativa AUTOFORTE possuiria natureza jurídica de seguro privado, tendo em vista que, à luz do seu regulamento, trata-se de uma associação, onde os associados dividem os possíveis prejuízos materiais causados aos veículos de sua propriedade num sistema cooperativo, ou seja, a despeito das semelhanças com o contrato de seguro de autos típico, caracteriza-se, em princípio, pelo rateio de despesas entre os seus associados agrupados com o fim específico de ajuda mútua, na defesa do seu patrimônio. Nessa linha de entendimento, confirmam-se os precedentes jurisprudenciais arrolados pelos recorrentes, nestes termos: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. SUSEP. ASSOCIAÇÃO. PROTEÇÃO AUTOMOTIVA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. A despeito das atribuições legais da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP para a fiscalização das operações de seguro e afins (Decreto-Lei n.º 73/66), não se verifica, no caso, a negociação ilegal de seguros por associação sem fins lucrativos instituída com o fim de promover proteção automotiva a seus associados. Apesar das semelhanças com o contrato de seguro automobilístico típico, há inegáveis diferenças, como o rateio de despesas entre os associados, apuradas no mês anterior, e proporcional às quotas existentes, com limite máximo de valor a ser indenizado. Hipótese de contrato pluralista, em grupo restrito de ajuda mútua, caracterizado pela autogestão (Enunciado n.º 185 da III Jornada de Direito Civil), em que não há a figura do segurado e do segurador, nem garantia de risco coberto, mas rateio de prejuízos efetivamente caracterizados. Eventual prática de crime (art. 121 do DL n.º 73/66) há de ser aferida na via própria, mas não há qualquer ilegalidade na simples associação para rateio de prejuízos. Apelação provida. Sentença reformada. (Ap nº 00149-70.2011.4.02.5101 – Relatora Desembargadora Federal Edna Carvalho Kleemann – 6ª Turma do TRF 2ª Região, julgado em 14/7/2014)-grifei. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. DISPONIBILIZAÇÃO AOS ASSOCIADOS DE PROTEÇÃO AUTOMOTIVA. NÃO PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES REFERENTES À ALUDIDA GARANTIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CAUSA MADURA. JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. I – A disponibilização do serviço de proteção automotiva pela Associação não caracteriza o contrato firmado entre as partes em típico contrato de seguro. II – Havendo ajuste entre as partes de garantia de proteção automotiva, aos contratantes é exigido o cumprimento das normas acordadas. III – O desrespeito às obrigações assumidas pelas partes legitima o contratante lesado a exigir o respectivo cumprimento, não havendo se falar em impossibilidade jurídica do pedido. IV – Cassada a sentença que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, passa-se, desde logo, ao julgamento da causa, com fulcro no permissivo do art. 515, §3º, do CPC, estando o feito devidamente instruído. V – Tendo a parte Autora comprovado os fatos constitutivos de seu direito e o Réu não apresentado defesa, a procedência do pedido inicial é medida que se impõe. (TJMG, AC 0331763-02.2011.8.13.0105, Rel. Des. Leite Praça, Pub. 09.07.2013). De outra banda, não se pode olvidar que a suspensão das atividades da mencionada entidade associativa, inviabilizará até mesmo a cobertura dos possíveis prejuízos materiais causados aos veículos de sua propriedade, para a qual, inclusive, vêm contribuindo regularmente os seus associados, a caracterizar, na espécie, *periculum in mora* inverso, mormente à míngua de qualquer demonstração, nesse exame superficial, de que tais associados estariam eventualmente sendo lesados.\*\*\* (A que se refere?) Com estas considerações, defiro o pedido de reconsideração formulado pelos agravantes, para deferir o pedido de antecipação da tutela recursal, restando sobrestada, por conseguinte, a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora. Comunique-se, com urgência, via FAX, ao juízo monocrático, para fins de ciência e imediato cumprimento desta decisão. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 24 de setembro de 2014”.****



bem como dos eminentes riscos dela decorrentes aos consumidores, à sociedade em geral e ao bom funcionamento de todo o Sistema Nacional de Seguros Privados e de Previdência Complementar Aberta. A crítica que ora se expõe, por óbvio, não tem qualquer cunho pessoal, mas meramente acadêmico; e pretende apenas identificar as falhas mais relevantes nos fundamentos fáticos e jurídicos do enunciado em comento, para, ao final, posicionar-se no sentido de ser necessária a sua imediata revogação.

Para tanto, cabe inicialmente lembrar que a atividade securitária desempenha papel social relevante no amparo das famílias e na reposição dos recursos de produção e dos bens patrimoniais, já que possui o escopo de minimizar os impactos financeiros deletérios decorrentes dos sinistros<sup>20</sup>. Para atingir tal importante desiderato com as garantias requeridas na administração da poupança popular dos segurados, deve a atividade securitária ser pautada em princípios e regramentos específicos, bem como lançar mão de aprofundados conhecimentos técnico e atuarial de modo que, dentro de padrões estatisticamente abalizados, a arrecadação de prêmios seja suficiente para fazer frente a todas as despesas de indenizações, mais todos os custos envolvidos nesse tipo de operação.

Pode-se asseverar, sem exagero de retórica, que a ausência de preenchimento desses requisitos aproxima a atuação dessas entidades marginais à prática assemelhada ao mero jogo ou aposta, em conduta absolutamente temerária e insensata, com o agravante de colocar em risco o patrimônio popular dos consumidores; e não o da própria entidade marginal ou o de seus incautos ou inescrupulosos administradores. Ao tratar do tema, BAPTISTA DA SILVA pondera que:

A relação jurídica entre a empresa capitalista e a 'economia coletiva', formada pelas contribuições dos segurados, não se identifica com uma relação jurídica de propriedade plena, como se daria se conceituássemos o seguro como um contrato bilateral, em que cada segurado 'comprasse' segurança, mediante o pagamento dos prêmios respectivos.

A propriedade da seguradora sobre o 'monte', de onde haverão de sair as indenizações devidas aos segurados, é uma propriedade onerada com encargo.

(...)

Ele estará segurado porque conta com a solidariedade da coletividade de contribuintes. É do 'monte', não da empresa seguradora, que o segurado obtém a indenização devida pelo sinistro. A empresa seguradora é uma gestora da poupança coletiva. Daí ser correto aproximá-la à figura do *trustee* do direito anglo-americano, uma espécie de gestora da 'poupança coletiva' dos segurados.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A., 2008. p. 11)

<sup>20</sup> A respeito, BAPTISTA DA SILVA sustenta que: "O homem, como se sabe, é um único animal a ter a clara visão de sua própria morte, como uma das poucas fatalidades absolutas de sua existência. A noção da morte inevitável determina – associada à capacidade que o ser humano tem de prever a ocorrência de certos acontecimentos –, a formação de incontáveis instituições sociais e jurídicas, organizadas com o fim de minorar ou, se possível, evitar as consequências danosas que certos infortúnios causam a sua existência ou à existência e segurança de sua espécie. Na medida em que prevê para prover, o homem, mesmo não podendo evitar as calamidades individuais e coletivas que frequentemente acontecem, pode, ao menos, reduzir-lhes os efeitos, pela adoção de medidas preventivas adequadas". Excerto extraído de BAPTISTA DA SILVA, O. A., 2008. p. 43.



Do mesmo modo, pode-se concluir que o consciente e responsável desempenho da atividade de previdência complementar reclama também tais níveis de conhecimentos técnico e atuarial, bem como a regular constituição de provisões técnicas adequadas aos riscos envolvidos nessas operações e a aplicação prudente dos ativos garantidores dentro dos parâmetros de segurança estabelecidos pela legislação para, em geral longo período de contribuição, subsidiar os pagamentos dos benefícios previdenciários por prazo determinado ou até vitalícios.

Nesse ponto, é oportuno diferenciar a atividade comercial em geral da atividade securitária ou previdenciária quanto ao tempo da execução da transação. Diverso do que normalmente ocorre nas atividades comerciais, em que as transações são realizadas simultaneamente, verifica-se que, em regra, a atividade securitária ou previdenciária é marcada fortemente pela fidúcia, haja vista que pode transcorrer período significativo entre o pagamento do prêmio ou da contribuição e o adimplemento da obrigação pela Seguradora ou pela Entidade Aberta de Previdência Complementar, vez que o surgimento de tal obrigação está condicionado à ocorrência dos eventos contratualmente previstos (PORTO, A. J. M., 2014, p. 73). A respeito do assunto, PORTO destaca, ademais, a natureza microeconômica como uma das justificativas particulares da regulação financeira – nela incluídas as das atividades securitária e de previdência complementar, que, segundo o mencionado autor, pauta-se em três objetivos principais: estabilidade, eficiência e equidade (PORTO, A. J. M., 2014, p. 74).

Nesse diapasão, tal é a importância atribuída às atividades securitária e previdenciária privada de caráter complementar que a própria Constituição Federal de 1988 prevê que compete à União fiscalizar as operações de seguros e de previdência privada (art. 21, VIII) e privativamente legislar sobre direito civil e sobre política de seguros (art. 22, I e VII, respectivamente), bem como traçar a linha mestra da previdência privada de caráter complementar (art. 202). A respeito da relevância do seguro, Polido destaca:

O seguro tem lugar reservado e de destaque nesta sociedade emergente brasileira, não só como garantidor diante de infortúnios de toda ordem, mas também como fomentador da economia e da poupança interna do país.

(POLIDO, W. A., 2010, p. 357)

E, no Brasil, enquanto o seguro social encontra-se regulado por legislação específica, o seguro privado encontra seus princípios gerais e sua estrutura básica no Decreto-Lei nº 73 de 21/11/1966, diploma legal esse responsável por criar o Sistema Nacional de Seguros Privados, o CNSP, a SUSEP e por regular as operações de seguros e de resseguros no mercado nacional, diploma legal esse regularmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Conforme expressamente previsto em seus artigos 1º e 3º, o referido Decreto-Lei aplica-se a *todas as operações de seguros privados realizadas no Brasil*, assim entendidas aquelas que tenham por objeto a cobertura securitária de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias.



E, com fulcro na citada competência constitucional, a União definiu as características principais do seguro, seus requisitos e as disposições específicas dos seguros de danos e de pessoas no Capítulo XV do Código Civil de 2003. Com relação à exigência de prévia autorização legal para operar, a legislação civilista dispõe, em seu art. 757, que o segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada, obriga-se, pelo contrato de seguro e mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.

Em idêntico sentido, o Decreto-Lei nº 73 já dispunha desde 1966, em seu art. 24, que somente poderão operar com seguros privados as sociedades anônimas e as cooperativas; estas últimas limitadas ainda aos ramos de seguros agrícolas, de saúde e de acidentes de trabalho.

À luz dessas disposições legais, pode-se, em conclusão, asseverar, sem dificuldade ou equívoco, que, para assumir risco de natureza securitária no âmbito privado, deve a seguradora estar devidamente autorizada segundo as disposições contidas no Decreto-Lei nº 73 de 1966, nos regulamentos emanados do CNSP e da SUSEP.

Assim sendo, ao assumirem indevidamente riscos securitários privados as entidades marginais objeto de estudo no presente trabalho acabam, na verdade, por atuar como seguradoras sem a necessária autorização legal. E, ante os mesmos fundamentos, apresenta-se também viciada de absoluta ilegalidade a singela alegação de que as entidades marginais se limitam a operar um seguro mútuo.

A título de ilustração, para espancar eventuais devaneios doutrinários é oportuno lembrar que, por seguro mútuo, a doutrina jurídica entende que:

**I – Seguro mútuo. O seguro mútuo é o contrato pelo qual várias pessoas se unem por meio de estatutos para dividir danos que cada um poderia ter em razão de certo sinistro.**

Os próprios segurados atuarão, concomitantemente, como seguradores e segurados, de tal forma que a responsabilidade pelo risco será compartilhada por todos os segurados, respondendo cada um pelo dano sofrido por qualquer deles. (RT, 378:421, 164:359, 161:879, 155:857, 144:392, 140:389, 136:351, 125:723; RF, 82:510, 89:629, 92:609 e 102:402)

(DINIZ, M. H., 1999, p. 947. Grifo do autor)

BAPTISTA DA SILVA, ao tratar de seguro mútuo, observa também que:

Na essência, forma verdadeiramente cooperativa de seguro, na qual os próprios segurados, afinal, se autosseguram através da *mutualidade*, por eles próprios constituída para esse fim e sem a menor semelhança com as sociedades comerciais.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. Op. cit., 2008, p. 48)





Mais à frente, o referido autor, ao comentar a variabilidade do prêmio no seguro mútuo em confronto com o seguro a prêmio fixo capitalista, destaca que:

Ora, no seguro mútuo, tal possibilidade é uma constante, e decorre de sua própria natureza de contrato de 'autosseguro', espécie tipicamente societária de negócio jurídico. A *variabilidade* do prêmio – mesmo no contrato de seguro mútuo que a contenha – está expressamente prevista pelo Código Civil que, diga-se a bem da verdade, não é um primor em matéria de disciplina de seguro mútuo. Vejamos, todavia, como a matéria está regulada: 'Art. 1.468. Será permitido também obrigar a prêmios fixos os segurados, ficando, porém, estes adstritos, se a importância daqueles não cobrir a dos riscos verificados, a quotizarem-se pela diferença'.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.* p. 52)

Todavia, impende esclarecer que o seguro mútuo, outrora previsto nos artigos 1.466 a 1.470 do Código Civil de 1916, não mais encontra regulamentação na legislação vigente, em virtude da revogação expressa desse diploma legal pelo art. 2.045 do Código Civil de 2003. E, nem se alegue como argumento válido, a operação da entidade marginal com suporte legal no Decreto-Lei nº 2.063 de 07/03/1940, haja vista que a possibilidade de constituição de sociedade mútua, prevista nos seus artigos 14 a 33, pressupõe, por obviedade ululante, a subjacente existência de regulamentação do próprio seguro mútuo.

Melhor sorte não tem a justificativa de operação de seguro mútuo com fulcro na liberdade de associação prevista na Constituição Federal e no Código Civil, já que a celeuma não se assenta no direito de constituir ou não uma associação<sup>21</sup>, mas sim no exercício de atividade regulamentada por lei sem a necessária autorização da Administração Pública por quem quer que seja.

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-distincao-entre-as-associacoes-de-socorro-mutuo-e-seguro-empresarial,49025.html>. Extraído em 25/02/2015 às 21:30 h. *In verbis*: "Destarte, não restam dúvidas acerca da legalidade da criação de associações de socorro mútuo, com objetivo principal de cooperação recíproca. Cabe esclarecer que tais entidades estiveram esquecidas durante um período, mas nunca deixaram de existir, não há lei que traz de forma expressa como era no Código Civil de 1916, mas também não temos nenhum impedimento na criação ou manutenção das associações de socorro mútuo" (Ver a respeito: BORGES, G. M. T.).





Em adição, é indispensável ainda salientar que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 73 de 1966, toda a atividade securitária no âmbito privado passou a ter novo paradigma regulatório, em evidente revogação tácita da matéria em face de a profunda transformação imposta à regulação securitária, segundo o sustentado por boa parte da doutrina especializada<sup>22</sup>. Não fosse isso o bastante, cabe também destacar que o Decreto-Lei nº 73 de 1966 não previu a possibilidade de operação em seguro privado de sociedades de seguro mútuo, mas tão somente de sociedades anônimas e de cooperativas, sendo a operação destas últimas, como dito alhures, limitada ainda aos ramos de seguros agrícolas, de saúde e de acidentes de trabalho.

Figura, no mais, oportuno destacar que, mesmo na hipótese de se acreditar na possibilidade de operação lícita em seguro mútuo, as sociedades mútuas dependeriam, por força do disposto nos artigos 34 e seguintes do Decreto-Lei nº 2.063 de 1940, de prévia autorização da SUSEP para sua regular operação<sup>23</sup>, bem como de o atendimento a todos os requisitos operacionais declinados no citado diploma legal<sup>24</sup>. E, assim, o é em diversos regulamentos securitários estrangeiros que ainda continuam a prever a possibilidade de operação de sociedade de seguros mútuos<sup>25</sup>. Não há, portanto, como prevalecer qualquer alegação de ampla liberdade de constituição e de operação para as

<sup>22</sup> respeito: “Em princípio, poder-se-ia argumentar que o projeto é desprovido de mérito, por vício de juridicidade caracterizado pela ausência de inovação no ordenamento jurídico, dado que revoga, expressamente, um dispositivo de lei (no caso, o art. 109 do Decreto-Lei nº 2.063, de 1940) que, pela compreensão da doutrina, já estaria *implicitamente* revogado. De fato, o art. 109 do Decreto-Lei nº 2.063, de 1940, está implicitamente revogado, ao menos, por duas normas: o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e o Código Civil em vigor, de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). O Decreto-Lei nº 73, de 1966, regulou, por inteiro, o sistema de seguros privados brasileiro, o que atrai a incidência do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ainda que o Decreto-Lei nº 73, de 1966, nada tenha mencionado sobre esse tema, deve-se concluir que estão revogados todos os dispositivos do Decreto-Lei nº 2.063, de 1940, inclusive seu art. 109, vez que o Decreto-Lei nº 73, de 1966, regulou, inteiramente, o sistema de seguros privados e sua forma de fiscalização. E ainda que, por mera hipótese, se considere em vigor o art. 109 do Decreto-Lei nº 2.063, de 1940, mesmo após a edição do Decreto-Lei nº 73, de 1966, deve-se observar que o Código Civil regulou o tema por inteiro, novamente; (...). Extraído de: COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS – Projeto de Lei do Senado nº 442, de 2008. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=58706> às 21:29h de 20/02/2015.

<sup>23</sup> Decreto-Lei nº 2.063 de 1940, *in verbis*: “Art. 1º A exploração das operações de seguros privados será exercida no território nacional, por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal. Parágrafo único. As sociedades cooperativas terão por objeto somente os seguros agrícolas, cujas operações serão reguladas por legislação especial”.

<sup>24</sup> “Qualquer que seja a forma escolhida para constituição da sociedade, a exploração do seguro privado depende de prévia autorização do Governo Federal. A autorização será concedida por decreto do Poder Executivo, mediante requerimento apresentado pelos incorporadores ou iniciadores da sociedade ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, por intermédio do Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização” (SANTOS, A. *Op. cit.*, p. 76)

<sup>25</sup> “Precisamente, la reglamentación estuvo dada por el Decreto 354/94 de 17 de agosto de 1994, el cual establece: (...) Artículo 27º – Registro de Mutuas. Efectos. Para poder registrarse ante la Superintendencia de Seguros y Reaseguros deberán presentar, según corresponda: a) copia debidamente autenticada de sus estatutos y reglamentos internos. b) estados contables actualizados, certificados por Contador Público. c) nómina de sus asociados. d) descripción de las actividades que actualmente realizan, y e) detalle completo de los riesgos cedidos. Las mutuas que no se hayan registrado en el plazo y condiciones previstos precedentemente, no podrán continuar operando” (CUÑA, N. A. G., 2007. p. 232).



sociedades mútuas, à revelia da autorização de funcionamento e do acompanhamento pela Administração Pública. Salvo manifesto equívoco, mesmo BAPTISTA DA SILVA, em sua detalhada obra sobre seguro mútuo e as sociedades cooperativas (BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 69-71), não logrou êxito em declinar os fundamentos legais que subsidiam a conclusão no sentido de não ser necessária autorização da SUSEP para operação com seguro mútuo, limitando-se, como lastro de sua exposição, a fazer referência a artigos do Código Civil anterior. E, com a devida vênia, ao explanar sobre as diferenças entre seguro mútuo, travestido de socorro mútuo, e seguro empresarial BORGES também não enfrentou os argumentos acima expostos de modo a ter sucesso em afastar a previsão legal de que a operação de todo seguro privado no Brasil, nele incluído o seguro mútuo, está sujeita aos ditames do Decreto-Lei nº 73 de 1966 e, por conseguinte, às normas baixadas pelo CNSP e à fiscalização pela SUSEP (BORGES, G. M. T. *Op. cit.*).

E, nunca poderia ser diferente, tendo em vista a importância do sistema financeiro – integrado também pelos sistemas nacionais de seguros privados e de previdência complementar aberta – para o desenvolvimento econômico do Brasil, conforme ensina PORTO:

Um sistema financeiro robusto e atuante é uma variável importante para o desenvolvimento de um país. Desse modo, merecem especial atenção os mecanismos que contribuem para a manutenção e o desenvolvimento deste sistema. Nesse sentido, a regulação é uma modalidade de intervenção estatal, que visa à manutenção e ao desenvolvimento do sistema financeiro, atuando de modo a sanar falhas de mercado. Assim, seu escopo seria o de maximizar a eficiência econômica e defender o interesse público, nos casos em que o mercado não está funcionando de modo satisfatório. Com efeito, os bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado no mercado financeiro são, em última instância, a confiança do público poupador nas instituições financeiras, a fidúcia dos agentes econômicos em sua moeda, bem como a certeza jurídica quanto à execução dos títulos de crédito, no caso de eventual inadimplência.

Justifica-se a intervenção, em razão das especificidades das instituições financeiras, em especial pelo fato de o destinatário final da regulação ser o consumidor final de serviços bancários, ou seja, a sociedade como um todo. Nesse sentido, há argumentos jurídicos e econômicos que corroboram tal entendimento.

(PORTO, A. J. M., *Op. cit.*, 2014, p. 72-73)



Sem olvidar o acima declinado, outro argumento consignado no enunciado em exame para justificar a atuação securitária mútua de autogestão é a de que, devido à expressa exclusão legal, tanto o Decreto-Lei nº 2.063 de 1940<sup>26</sup> quanto o Decreto-Lei nº 73 de 1966<sup>27</sup> não se aplicam a regular a operação das associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e de suas respectivas famílias. E, por decorrência lógica dessa argumentação, concluiu que o seguro mútuo de autogestão não se sujeita à fiscalização pela SUSEP<sup>28</sup>.

Tal raciocínio, entretanto, com a devida vênia não pode prevalecer, em primeiro plano, pelo fato de que o Decreto Federal nº 60.459 de 13/03/1967 – responsável por regulamentar o Decreto-Lei nº 73 de 1966 – dispunha à época, em seu art. 115, que as associações de classe de beneficência e de socorros mútuos e dos montepios que instituem pensões ou pecúlios estão sujeitas à fiscalização pela SUSEP e a constituição de qualquer nova entidade dependeria de prévia autorização do Governo Federal de conformidade com a regulamentação a ser baixada pelo CNSP<sup>29</sup>. E, em segundo, apesar de os Decretos-Leis nº 2.063 de 1940 e nº 73 de 1966 à época de suas respectivas edições realmente não disciplinarem sobre as operações de instituição de planos de pensão ou de pecúlio, em momento posterior, com o advento da Lei Federal nº 6.435 de 15/07/1977, a atividade de previdência privada passou a estar devidamente regulamentada com o intuito de justamente por fim à semelhante empreitada lesiva então perpetrada pelos antigos montepios, com as sabidas consequências desastrosas para os patrimônios de seus infelizes participantes e beneficiários.

<sup>26</sup> Decreto-Lei nº 2.063 de 07/03/1940, *in verbis*: “Art. 2º Ficam excluídos do regime estabelecido neste Decreto-Lei o Instituto de Resseguros do Brasil e quaisquer outras instituições criadas por lei federal, bem como as associações de classe, de beneficência e de socorros mútuos que instituem pensões ou pecúlios em favor de seus associados e respectivas famílias”.

<sup>27</sup> Decreto-Lei nº 73 de 21/11/1966, *in verbis*: “Art. 143. Os órgãos do Poder Público que operam em seguros privados enquadrarão suas atividades ao regime dêste Decreto-Lei no prazo de cento e oitenta dias, ficando autorizados a constituir a necessária Sociedade Anônima ou Cooperativa. § 1º As Associações de Classe, de Beneficência e de Socorros mútuos e os Montepios que instituem pensões ou pecúlios, atualmente em funcionamento, ficam excluídos do regime estabelecido neste Decreto-Lei, facultado ao CNSP mandar fiscalizá-los se e quando julgar conveniente. § 2º As Sociedades Seguradoras estrangeiras que operam no país adaptarão suas organizações às novas exigências legais, no prazo dêste artigo e nas condições determinadas pelo CNSP”. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 296, de 1967).

<sup>28</sup> *In verbis*: “O Decreto-Lei nº 73/1966 não trouxe qualquer impedimento à atividade das associações de socorro mútuo, ora, veja que quando criado o decreto estava em vigência o Código Civil de 1916, que previa tal atividade nos artigos 1.466 a 1.470, além do Decreto nº 2.063/40 (não revogado) que demonstra a legalidade da atividade da Requerida. Veja que até o Decreto-Lei nº 73/1966 no seu artigo 143, §1º, traz que não se aplicam as regras do seguro empresarial em relação às associações” (Ver a respeito: BORGES, G. M. T. *Op. cit.*).

<sup>29</sup> Decreto Federal nº 60.459 de 13/03/1967, *in verbis*: “Art 115. A SUSEP apresentará ao CNSP, dento de 120 dias, o plano de fiscalização das associações de classe de beneficência e de socorros mútuos e dos montepios que instituem pensões ou pecúlios. Parágrafo único. A constituição de qualquer nova Entidade com as finalidades das referidas neste artigo dependerá de prévia autorização de Governo Federal de conformidade com a regulamentação a ser baixada pelo CNSP”.



E, por força das disposições contidas na Lei Federal nº 6.435 de 1977, a constituição, organização e funcionamento de entidades de previdência privada passaram a depender de prévia autorização do Governo Federal<sup>30</sup>, com única exceção prevista para a constituição de pequenos pecúlios por morte no valor de 300 ORTN instituídos no âmbito limitado de uma empresa, de uma fundação ou de outras de entidades de natureza autônoma<sup>31</sup>. Destaque-se, todavia, que, em 2001, mesmo essa única exceção legal deixou, por completo, de existir devido à expressa revogação da Lei Federal nº 6.435 de 1977, de modo que todo o regime de previdência privada complementar passou, então, a ter novo marco regulatório em vista da entrada em vigor da Lei Complementar nº 109 de 29/05/2001<sup>32</sup>. Com efeito, a Lei Complementar nº 109 é a responsável por regular o disposto no art. 202 da Constituição Federal no sentido de estabelecer as principais características e regras para o perfeito funcionamento de todo o mercado de previdência complementar no território nacional.

No mais, a bem da verdade é preciso ainda destacar que a alegada atividade securitária – sob o manto de operação de um “grupo restrito de ajuda mútua” – tem natureza evidentemente distinta da atividade previdenciária. De fato, enquanto o seguro mútuo procura ressarcir os prejuízos decorrentes dos sinistros por meio do rateio do montante de indenizações entre o grupo de participantes segurados, o plano previdenciário tem objetivo distinto, pois visa a prover, com a arrecadação de contribuições e as receitas financeiras auferidas das suas aplicações, os recursos necessários ao pagamento da aposentadoria dos participantes sobreviventes. Some-se a isso o fato de que as sociedades de socorro mútuo<sup>33</sup> diferenciam-se das sociedades de seguro mútuo em virtude de a natureza eminentemente filantrópica de sua atuação, a despeito de o sentimento comum de solidariedade social nelas existentes segundo BAPTISTA DA SILVA.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 55)

<sup>30</sup> Lei Federal nº 6.435 de 1977, *in verbis*: “Art. 2º A constituição, organização e funcionamento de entidades de previdência privada dependem de prévia autorização do Governo Federal, ficando subordinadas às disposições da presente Lei”.

<sup>31</sup> Lei Federal nº 6.435 de 1977, *in verbis*: “Art. 6º Não se considerará atividade de previdência privada, sujeita às disposições desta Lei, a simples instituição, no âmbito limitado de uma empresa, de uma fundação ou de outra entidade de natureza autônoma, de pecúlio por morte, de pequeno valor, desde que administrado exclusivamente sob a forma de rateio entre os participantes. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, considera-se de pequeno valor o pecúlio que, para cobertura da mesma pessoa, não exceda o equivalente ao valor nominal atualizado de 300 (trezentas) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN”.

<sup>32</sup> Lei Complementar nº 109 de 2001, *in verbis*: “Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar”.

<sup>33</sup> Segundo BORGES, “...As associações de socorro mútuo tiveram maior força no cenário brasileiro principalmente ao longo do Segundo Reinado e da Primeira República, como entidades mutuais organizadas por interesses recreativos, étnicos e profissionais” (BORGES, G. M. T. *Op. cit.*)



Desse modo, conclui-se que, mesmo se atualmente vigentes, as disposições contidas no art. 2º do Decreto-Lei nº 2.063 de 1940 e no art. 143 do Decreto-Lei nº 73 de 1996 não seriam aplicáveis, portanto, à atividade securitária, solapando o entendimento esposado no mencionado enunciado.

E, ainda que se entenda o contrário, cumpre observar que, com a regulamentação da atividade previdenciária privada pela Lei Federal nº 6.435 de 1977 e, posteriormente, pela Lei Complementar nº 109 de 2001, a operação das entidades marginais na instituição de planos de natureza previdenciária exigiria a prévia autorização da Administração Pública e o acompanhamento pelos órgãos de fiscalização competentes.

Nesse diapasão, não há como prevalecer qualquer justificativa com o objetivo de querer sustentar como vigente uma reserva legal para operação em seguro mútuo independentemente de sua alegada natureza societária ou associativa. E, ante os argumentos acima declinados, resta patente o equívoco na prolação do enunciado nº 185 emanado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e a necessidade de sua pronta revogação pela autoridade competente.

A questão ganha ainda maior repercussão quando se verifica que algumas entidades marginais constituem-se na forma de sociedade limitada ou empresarial, de modo que têm, desde os seus nascimentos, a obtenção do lucro como objetivos principais de suas atividades econômicas organizadas, por conta do disposto no art. 1.363 do Código Civil anterior e no art. 981 do Código Civil vigente. Tal circunstância entra em conflito direto com a natureza do seguro mútuo que, em sua essência, não deve buscar o lucro na operação. BAPTISTA DA SILVA, ao enfrentar o tema da sociedade cooperativa para subsidiar a análise da operação do seguro mútuo, destaca o seguinte:

A sociedade cooperativa, na verdade, é uma pessoa jurídica *transparente*. Ela não passa de um *prolongamento da pessoa jurídica de seus sócios*. O próprio capital tem um sentimento instrumental, pois a cooperativa transfere aos sócios as 'sobras' porventura verificadas no exercício ou, ao contrário, faz chamadas de capital para cobrir os *déficits* eventuais. A cada exercício financeiro, ela devolve aos sócios todo o resultado positivo da gestão. Daí, dizer-se que a cooperativa é uma sociedade que trabalha sob o princípio do resultado zero.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 43)

Como conclusão, verifica-se, portanto, que, independentemente da criatividade da denominação e da sistemática operacional adotadas, no campo jurídico a constituição de planos de benefícios sob a natureza de seguro privado ou de previdência privada complementar não está devidamente amparada na legislação vigente e, portanto, o exercício de tais atividades sem a necessária autorização da Administração Pública sujeita o infrator às penalidades cabíveis à espécie.



## 2. Das diferenças existentes entre as operações do mercado regular e do mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta

Coligidos ao presente estudo os argumentos de natureza jurídica a subsidiar a conclusão sobre a ilegalidade da atuação de entidades marginais em atividades securitárias e de previdência privada, resta oportuno adicionalmente descrever as diferenças marcantes existentes entre as operações do mercado regular e do mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta.

Com esse objetivo, passa-se a tecer, em forma esquemática, breves considerações sobre os requisitos, as garantias e os controles que cercam a operação no mercado segurador regular, confrontando-os com as práticas perpetradas pelo mercado marginal, com o intuito de melhor esclarecer o funcionamento geralmente desconhecido do mercado securitário e de previdência complementar:

### 2.1 Quanto aos requisitos para operação

- a. **Seguradora ou Entidade aberta de previdência complementar (EAPC) regularmente constituída:** sem prejuízo de outros importantes requisitos e formalidades legais de ordem jurídica, financeira e técnica, descritos no Decreto-Lei nº 73 de 1966 ou na Lei Complementar nº 109 de 2001, bem como na regulamentação pertinente, cumpre, no caso em análise, destacar que, para ser autorizada a operar, uma Seguradora ou uma EAPC adota, em geral, a forma de sociedade anônima, bem como deve obrigatoriamente atender às exigências de capital social mínimo variável segundo a área territorial em que a empresa pretende e seja autorizada a operar, cujo valor pode atingir até o vultoso montante de R\$15 milhões para atuação em todo território nacional, mais um montante variável de capital para poder garantir os riscos inerentes a sua operação<sup>34</sup>. A Seguradora ou a EAPC necessita também possuir Diretoria com experiência comprovada de administração nesse ramo de atividade<sup>35</sup> e precisa ainda elaborar minucioso plano de negócio que demonstre à SUSEP a viabilidade desse empreendimento empresarial<sup>36</sup>.
- b. **Entidade marginal de seguros ou de previdência complementar:** em contrapartida, para iniciar a sua operação as entidades marginais necessitam simplesmente atender aos requisitos gerais exigidos pela legislação de regência para constituição de uma sociedade empresária comum ou de uma associação, formas de constituição de pessoa jurídica essas que exigem formalidades legais e requisitos jurídicos sabidamente menos complexos que os necessários para constituição de uma sociedade anônima. Sob o aspecto financeiro, é indispensável observar que, apesar de poderem possuir grupo numeroso de associados e atuar em todo o Brasil, as entidades marginais não dispõem de patrimônio mínimo exigido em lei, o que representa flagrante desvantagem com relação a uma Seguradora ou uma Entidade Aberta de Previdência Complementar com idêntica abrangência de atuação.

<sup>34</sup> Conforme determina a Resolução CNSP nº 302, de 16/12/2013.

<sup>35</sup> Conforme determina a Resolução CNSP nº 136, de 07/11/2005, e suas posteriores alterações.

<sup>36</sup> Conforme determina a Resolução CNSP nº 302, de 16/12/2013.





## 2.2 Quanto às garantias exigidas na operação

- a. **Seguradora ou Entidade aberta de previdência complementar (EAPC) regularmente constituída:** para poderem operar regularmente, as Seguradoras e as EAPC devem constituir as chamadas *Provisões Técnicas*<sup>37</sup>, as quais podem ser definidas, sem preciosismos técnicos, como passivos constituídos segundo regras de cálculo matemáticas ou estatísticas definidas na legislação pertinente de modo a garantir suas operações. Aliás, um dos pontos que diferenciam a operação de uma sociedade empresária comum da atuação de uma sociedade seguradora ou de uma EAPC é justamente a necessidade de constituição de provisões técnicas. Entretanto, não basta apenas efetuar o cálculo adequado das provisões técnicas, é também requerida das Seguradoras e das EAPC pela legislação em vigor a manutenção de ativos em montante suficiente para fazer frente ao total de provisões técnicas constituídas. Em tempo, observe-se que estes ativos são originados mormente da arrecadação dos prêmios pagos pelos segurados ou das contribuições dos participantes e, em última instância, configuram a *poupança coletiva dos consumidores*, a qual será a fonte dos recursos financeiros utilizados no pagamento das indenizações aos segurados e aos beneficiários deles ou no pagamento dos benefícios aos participantes de planos previdenciários em virtude da ocorrência de eventos caracterizados como sinistros ou atingimento da aposentadoria. No mais, cumpre esclarecer que todo o arcabouço legal de proteção ao consumidor exige ainda que os ativos garantidores livres e desembaraçados de qualquer tipo de ônus permaneçam custodiados em entidades autorizadas para esse fim e vinculados ao rígido controle da SUSEP<sup>38</sup>, de modo a impedir o esvaziamento da garantia das provisões técnicas<sup>39</sup>. No mais, é importante destacar que as aplicações financeiras correspondentes aos ativos garantidores são feitas segundo também rígido enquadramento estabelecido pelo CNSP<sup>40</sup> e pelo Conselho Monetário Nacional – CMN<sup>41</sup>, de modo a garantir tanto a liquidez necessária à operação da Seguradora ou da EAPC quanto a segurança para a poupança coletiva dos consumidores na exposição a riscos financeiros. Cumpre ainda relembrar que os ativos garantidores das provisões técnicas não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados sem prévia e expressa autorização da SUSEP, sendo nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com essa violação<sup>42</sup>. Por fim, é indispensável observar que as eventuais infrações às regras de constituição e de cobertura de provisões

<sup>37</sup> Conforme determina a Resolução CNSP nº 281, de 30/01/2013.

<sup>38</sup> Segundo determina o art. 36, alínea “f”, do Decreto-Lei nº 73/66, *in verbis*: “Art 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: (...) f) autorizar a movimentação e liberação dos bens e valores obrigatoriamente inscritos em garantia das reservas técnicas e do capital vinculado.”

<sup>39</sup> Conforme dispõe a Circular SUSEP nº 284, de 15/02/2005, e suas posteriores alterações.

<sup>40</sup> Conforme determina a Resolução CNSP nº 226, de 06/12/2010, e suas posteriores alterações.

<sup>41</sup> Conforme determina a Resolução CMN nº 3.308, de 31/08/2005, e suas posteriores alterações.

<sup>42</sup> Conforme art. 85 do Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966, e suas posteriores alterações, *in verbis* (fonte: <http://www.planalto.gov.br>): “Art. 85. Os bens garantidores das reservas técnicas, fundos e provisões serão registrados na SUSEP e não poderão ser alienados, prometidos alienar ou de qualquer forma gravados em sua prévia e expressa autorização, sendo nulas de pleno direito, as alienações realizadas ou os gravames constituídos com violação deste artigo. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 296, de 1967) (...) Parágrafo único. Quando a garantia recair em bem imóvel, será obrigatoriamente inscrita no competente Cartório do Registro Geral de Imóveis, mediante simples requerimento firmado pela Sociedade Seguradora e pela SUSEP”.





técnicas estão sujeitas a pesadas autuações administrativas<sup>43</sup> contra a Seguradora ou a EAPC e até contra seus administradores, sem prejuízo, no caso de dolo, à sanção também na esfera penal pela prática, em tese, de crime contra a economia popular<sup>44</sup>. Sobre o tema, é oportuno destacar o seguinte excerto doutrinário:

Provisões técnicas atendem fundamentalmente a duas espécies de interesses: em primeiro lugar, por óbvio, os interesses dos segurados, que buscam no segurador a prestação da segurança. Esta só pode vir lastreada por recursos financeiros capazes de pagar toda e qualquer indenização, pois do contrário não se pode falar em segurança.

(...)

O segundo interesse atendido é o da própria sociedade seguradora, pois sem as provisões técnicas ela simplesmente não tem como cumprir seu objeto. Aliás, talvez não haja outra atividade econômica em que as provisões da sociedade tenham uma relação tão íntima com o desempenho de sua atividade quanto a própria atividade seguradora.

(...)

Vimos que os segurados e a própria sociedade seguradora são os titulares dos interesses que justificam a constituição de provisões técnicas. O que cumpre agora notar é que há um princípio maior a guiá-los, qual seja, a proteção do consumidor e da sua integridade patrimonial.

Essa proteção representa o maior fundamento para a existência de provisões técnicas. Os segurados não costumam ter uma noção razoável da importância de tais provisões, porém são elas que asseguram que as apólices sejam individualmente honradas pelo segurador.

A relevância das provisões vai, contudo, além da proteção individual oferecida aos segurados. Ela os atinge também enquanto grupo, e pode facilmente atingir toda a coletividade.

(...)

Em suma, o que pretendemos enfatizar é que, em se tratando de provisões técnicas, não apenas a proteção individual do consumidor de serviços do segurador está em jogo, mas também a proteção de todo o grupo de segurados e até mesmo de consumidores de outros produtos e serviços, desde que dependentes da atividade seguradora.

(RIBEIRO, A. C., 2006, p. 84-85)

<sup>43</sup> Conforme previsto na Resolução CNSP nº 243 de 06/12/2011 e em suas posteriores alterações.

<sup>44</sup> Conforme determina o art. 110 do Decreto-Lei nº 73/66, *in verbis*: "Art 110. Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras."



**b. Entidade marginal de seguros ou de previdência complementar:**

em cenário diametralmente oposto, o que se verifica no caso concreto das entidades marginais é que corre por conta e desejo unicamente dos seus gerentes a administração da poupança coletiva dos associados, sem o necessário respeito a todo o sistema de segurança operacional acima sumariamente descrito. Assim sendo, encontram-se nas mãos dessa gerência as decisões de se constituir ou não algum tipo de provisão contábil, a de se reservar ou não ativos suficientes para honrar os compromissos futuros ou, até mesmo, a decisão sobre a forma, o tipo e o risco assumido na aplicação da poupança coletiva dos associados e, em última e mais perigosa instância, qual será a sua destinação final. Aliás, essa ampla liberdade de operação – na verdade, “libertinagem” operacional – é que figura como traço característico do mercado marginal e certamente se constitui na principal causa dos relevantes prejuízos sofridos pelos consumidores de boa-fé. Não é por outra razão que justamente nesse ponto se assenta a maior preocupação da Administração Pública, haja vista que, bastaria uma simples ordem de transferência bancária emanada dos gerentes das entidades marginais, para que toda a poupança coletiva dos associados desapareça em um lapso de segundo sem qualquer possibilidade de oposição por parte de terceiros ou até pela SUSEP inclusive, diversamente do que ocorreria com uma Seguradora ou uma EAPC regularmente constituída.

É justamente nesse ponto que se assenta o mais contundente inconformismo quanto à operação das entidades marginais nas atividades securitária e previdenciária, uma vez que tal atuação irregular lança por terra todo o arcabouço legal e normativo hoje existente para preservar os interesses dos segurados e, dessarte, forçosamente reclama o indispensável controle estatal<sup>45</sup>.

OLIVEIRA, ao tratar de crime de gestão temerária, faz a seguinte oportuna observação sobre a necessidade de limites próprios à atuação das Instituições Financeiras, aplicável por equiparação à atuação das sociedades seguradoras e das entidades de previdência complementar<sup>46</sup>:

A princípio, consigne-se que o risco é algo absolutamente normal, e até necessário dentro de uma gestão ativa de Instituição Financeira. O jogo de mercado e a natureza dos produtos exige desenvoltura e perspicácia, como numa aposta em que se pode, legitimamente, ganhar ou perder. O que deve ser observado, todavia, é que as Instituições Financeiras, em sua maioria, não trabalham com dinheiro próprio, mas com o dinheiro dos correntistas e investidores, entregues em fidúcia.

<sup>45</sup> “Não há direito ou liberdade individual que seja absoluto. Todos eles estão sujeitos a limitações, inclusive limitações administrativas, que integram a própria essência do direito. A “liberdade” pode ser absoluta, mas o “direito à liberdade”, ao juridicizar aquela, já passa a ser intrínseca e ontologicamente limitado. E mais, ao se prever a possibilidade de restrição ao direito, ao mesmo tempo se o consagra” (ARAGÃO, A. S., 2011, p. 175-176).

<sup>46</sup> Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502/r143-05.PDF?sequence=4>. Extraído em 20/01/2015 às 20h.



Daí a pertinência e a justificação do tipo penal em tela. A Instituição Financeira, uma intermediária, necessita estar submetida a certos limites de atuação na gestão do patrimônio alheio. O risco, assim, é válido e plenamente aceitável enquanto subscrito à normalidade de um investimento ou de um produto mercadológico, devendo-se considerar a exigência do nível de cautela não sob a ótica do homem comum (*hominus medius*), e sim sob a ótica do próprio mercado financeiro.

(OLIVEIRA, L. H. M. M., p. 50).

Ademais, impende pontuar que, em vista de a natureza aleatória inerente aos eventos passíveis de cobertura securitária, não se faz imprescindível a real ocorrência de déficit de arrecadação das contribuições dos associados ou participantes para configuração efetiva da responsabilidade das entidades marginais pela assunção indevida do risco de desempenho ou *performance*. Por certo, é preciso relembrar que, até mesmo em sede de responsabilidade penal, faz-se desnecessária a ocorrência de efetivo prejuízo aos consumidores ou a reiteração da prática delituosa para caracterização da infração penal pertinente ao ilícito de atuação indevida como instituição financeira, conforme se extrai da seguinte lição de TIGRE MAIA:

**142.** O tipo objetivo demanda a presença de elementos normativos – respectivamente, a inexistência de autorização para funcionamento, e a obtida através de falsa declaração. A falsidade, nestes casos, quer a ideológica, quer a material, será absorvida pelo crime-fim por tratar-se de crime-meio que exaure seu potencial lesivo na prática do *falsum*. **Não há necessidade da causação de prejuízos a terceiros ou de reiteração da prática de atividades financeiras, configurando-se delito habitual impróprio de perigo abstrato.**

(MAIA, R. T., 1996, p. 109. Grifo do autor)

Assim, também, deve ocorrer em sede de responsabilidade civil sabidamente de menor rigor em relação ao vigente no Direito Penal, de modo que o argumento no sentido de sustentar a adimplência atual não deve ter o condão de elidir a responsabilidade da entidade marginal pela prática irregular perpetrada de assunção indevida de risco securitário ou previdenciário e nem deve subsidiar qualquer decisão, mesmo em caráter temporário, em favor da continuidade desse tipo de operação à margem da lei e, a um só golpe, nociva à sociedade e aos mercados segurador e de previdência complementar aberta.



### 2.3 Quanto aos controles exigidos na operação

- a. **Seguradora ou Entidade aberta de previdência complementar (EAPC) regularmente constituída:** sem prejuízo de outros importantes controles descritos no Decreto-Lei nº 73 de 1966, na Lei Complementar nº 109 de 2001 e na regulamentação pertinente, cumpre pontuar que, em sua regular operação, uma Seguradora ou uma EAPC é obrigada a possuir uma política corporativa e um sistema de controles internos formalmente estabelecidos em normativos internos alinhados à legislação em vigor, bem como contratar serviços de auditoria externa e especializada no ramo securitário ou em previdência complementar para avaliar seus demonstrativos contábeis e seus sistemas internos de controle, tudo isso com o intuito de promover um melhor padrão de garantia em suas operações. Adicionalmente, a Seguradora ou a EAPC deve submeter formalmente à análise da SUSEP os planos securitários ou previdenciários comercializados e as suas respectivas notas técnicas atuariais, os quais devem seguir todas as determinações contidas na legislação de regência. Em sua operação, sob pena de pesada autuação administrativa a Seguradora ou a EAPC é obrigada também a respeitar os limites de retenção de riscos ou operacionais, os quais são estabelecidos de acordo com sua capacidade financeira e formalmente aprovados pela SUSEP, de modo a impedir a assunção irresponsável pela seguradora de riscos securitários em montante incompatível com o porte financeiro da empresa.
- b. **Entidade marginal de seguros ou de previdência complementar:** em cenário diametralmente oposto e absolutamente preocupante, observa-se que as entidades marginais atuam sem qualquer controle, estabelecendo por livre arbítrio de seus gerentes as formas de suas atuações, o estabelecimento ou não de algum de tipo de controle interno, bem como a fixação das condições que regulam o plano de benefícios comercializados. Não fosse isso o bastante, é de importância capital destacar, referente à questão da retenção de riscos securitários, que as entidades marginais costumam se propor a garantir o pagamento de benefícios cujo montante vai muito além da capacidade financeira da empresa ou associação, sem qualquer ciência dos associados ou participantes. Mesmo no âmbito da operação de seguro mútuo, tal conclusão não se fragiliza, visto que a assunção de riscos securitária sem bases tecnicamente estabelecidas conjugada com a ausência de mecanismos de distribuição de riscos também afetam os próprios associados e participantes em montantes potencialmente relevantes.

Sem prejuízo das visões meramente jurídica e operacional, cumpre também analisar, por sua relevância, a questão da atuação dessas entidades marginais sob o prisma da viabilidade técnica. Com efeito, em virtude de sua natureza, é cediço que as atividades securitária e previdenciária requerem para suas estabilidades um volume expressivo de segurados e participantes e a constituição de planos securitários e previdenciários tecnicamente estruturados, requisitos esses incompatíveis com o cenário oferecido por entidades marginais, normalmente integradas por limitado grupo de participantes ou associados a planos de benefícios constituídos sem qualquer base atuarial.



Por certo, não se deve também olvidar que, por meio do contrato de seguro, o segurado transfere ao segurador os efeitos econômicos de determinado risco especificado na apólice. Entretanto, tal contrato não deve ser entendido de forma isolada, pois sua base técnica é constituída da multiplicação dos contratos de seguros responsáveis pela garantia do mesmo tipo de risco. Conforme assevera ALVIM:

O seguro é tecnicamente a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles. Sob esse ponto de vista, atua a Seguradora apenas como um gerente do negócio, incumbido de receber de todos os segurados os prêmios devidos, de administrar o fundo comum constituído e de pagar as indenizações relativas aos sinistros ocorridos e que estejam sob cobertura securitária nos termos das respectivas apólices. Portanto, pode-se observar que o mutualismo constitui a base do seguro. É necessário, entretanto, definir a parcela de contribuição de cada segurado para esse fundo comum, o que somente pode ser estabelecido por meios estatísticos, apurando-se o número de sinistros que provavelmente irão ocorrer tomando-se por base uma determinada amostra.

(ALVIM, P., 1983, p. 59)

No mais, é preciso ainda pontuar que, para as atividades securitária e previdenciária serem bem sucedidas, exige-se uma estrutura empresarial com o intuito de gerir eficientemente os recursos disponíveis para constituir as provisões técnicas adequadas à operação real e efetuar os pagamentos das indenizações e rendas devidas prontamente, tudo com o fim de tornar realidade – e não apenas uma figura abstrata do plano meramente jurídico – as garantias securitária e previdenciária oferecidas na oportunidade da contratação do seguro ou do plano previdenciário complementar. Para ilustrar a verdadeira operação de uma sociedade mútua e seu insucesso no âmbito do mercado securitário nacional, é importante trazer à colação o escólio de ALVIM:

57 – A solidariedade constitui o fundamento de qualquer tipo de seguro, mas aparece com maior nitidez na constituição da sociedade mútua. **Além de excluir de seu objetivo qualquer intuito de lucro, os resultados patrimoniais reverterem-se em benefício dos próprios associados.** Reside aí sua força. Podem oferecer a seus integrantes, pelo menos teoricamente, cobertura de riscos em condições mais favoráveis.

Em vez de entregar a uma companhia sua contribuição para formação de um fundo comum, como acontece no seguro a prêmio fixo, os associados das mútuas se tornam seguradores de si mesmos. Segurados e seguradores se confundem na mesma entidade, embora do ponto de vista jurídico haja duas relações jurídicas distintas, a de formação da sociedade e a do contrato de seguros.

Ao participar da constituição da sociedade ou nela ingressando posteriormente, o associado tem por objetivo a cobertura do seguro. Submete-se, mesmo como sócio, às condições previstas na apólice de cada modalidade de seguro. **Ocorre, em primeiro lugar, sua admissão na entidade, depois a de segurado. Os direitos e obrigações dos sócios estão consubstanciados nos estatutos sociais e os direitos e obrigações do segurado, nas apólices dos diferentes ramos.**



(...)

58 – Embora desfrutem de posição favorável em alguns países, as mútuas de seguro não foram bem sucedidas entre nós. Desapareceram do mercado, depois de malogradas algumas tentativas.

**Contribuiu, sem dúvida, para seu insucesso a falta de incentivo do lucro. Sem o estímulo de uma participação nos resultados, os diretores não se empenhavam com a mesma disposição dos outros empresários. As sociedades acabaram sacrificadas pela concorrência do mercado.**

Deve ter influído, na sua disciplina administrativa, a falta de concentração de interesses nas mãos de um grupo capaz de empolgar sua direção com maior vigor e energia.

**A legislação especial sobre seguro (Decreto-Lei, nº 73, de 21.11.66), em face da experiência negativa desse tipo societário, proibiu a constituição de novas sociedades mútuas para exploração de seguro.**

Ressalvou, todavia, os seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho que podem ficar a cargo de sociedades cooperativas. Posteriormente, o seguro de acidentes do trabalho se transferiu para a órbita dos seguros sociais.

As cooperativas têm estrutura jurídica semelhante à organização das mútuas: adesão voluntária, com número ilimitado de associados; variabilidade do capital social ou inexistência deste; singularidade de voto; retorno das sobras líquidas do exercício. São estes os traços comuns, divergindo em outros, conforme figura na sua legislação (Decreto-Lei, nº 59, de 21 de novembro de 1966).

(ALVIM, P., 1983, p. 68-69. Grifo do autor)

E o mero fato de que, no seguro mútuo de autogestão, a alegada arrecadação de recursos financeiros para fazer frente às indenizações ocorre posteriormente à ocorrência dos correspondentes sinistros não elide a exigência de uma gestão eficiente dos recursos disponíveis e nem a necessidade de garantias mínimas sobre os ativos financeiros. Observa BAPTISTA DA SILVA que:

Feita essa pequena digressão, voltemos ao ponto e vejamos a lição de Emydio da Silva, no que respeita à gestão das quotas sociais, formadoras das reservas, desde que, como é curial, os ingressos representados pelas contribuições dos sócios hão de ser convenientemente geridos, uma vez que o cálculo inicial levado a efeito para a determinação do valor das quotas, à semelhança da técnica do seguro a prêmio fixo, deve ter em conta o valor das quotas e o valor adicional de seus rendimentos: 'a obrigação da administração geral e técnica é naturalmente a de uma administração zelosa, resumida no pensamento do melhor interesse coletivo e em que profundamente influi a observância rigorosa de todas as regras técnicas no desenvolvimento da operação de seguros a que a sociedade tem igualmente de dar execução pontual. A sociedade desligada do compromisso rudimentar de quotas posteriores ao sinistro tem de presidir, além da cobrança, ao giro do fundo comum permanente. Como sua obrigação, se menciona o mais produtivo emprego desse fundo, que a capitalização, colocada ao lado de cada operação de seguro, prodigiosamente fecunda' (p. 591).

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 43)



Dessa feita, na dinâmica real da atividade securitária – mesmo no âmbito de um seguro mútuo – não é possível haver perfeito casamento financeiro entre a arrecadação das contribuições e o desembolso das despesas com indenizações, impostos, salários e serviços prestados por terceiros. Portanto, por necessariamente haver a gestão financeira de uma poupança popular por parte das entidades marginais, a Sociedade Mútua, se ainda hoje sua atuação fosse permitida pela legislação vigente, exigiria também para esse caso o atento controle da operação pela Administração Pública, em idênticos termos do aplicável a regular operação das sociedades seguradoras. Tanto é verdadeira tal conclusão que, quando possível operar com seguro mútuo, o Decreto-Lei nº 2.063 de 1940 dedicava diversos e pormenorizados artigos a regular a atividade da Sociedade Mútua e ao controle de ativos garantidores das provisões técnicas.

Em resumo, ante essa exposição sobre os requisitos, as garantias e os controles que cercam a operação nos mercados segurador e previdenciário complementar por entidades regulares, em confronto com a atuação das entidades marginais, não é difícil concluir que as efetivas garantias securitária e previdenciária ao consumidor final não podem se assentar em planos de benefícios cercados de incertezas e fragilidades ofertados pelo mercado marginal, mas só podem ser proporcionadas por uma apólice de seguros emitida por sociedade seguradora ou por um plano previdenciário sob responsabilidade de uma EAPC, regularmente constituídas e que atuem com estrito respeito a todo o arcabouço legal em vigor.

Outra alegação comumente sustentada pelas entidades marginais para tentar justificar suas atuações irresponsáveis é a de que os mercados segurador e de previdência privada complementar apresentam-se morosos ou inadimplentes no pagamento das indenizações e das rendas devidas aos consumidores ou é burocrático em suas exigências para efetivação das indenizações. Ante a inverdade de tais acusações lançadas de modo indiscriminado e o cenário irreal de calote geral que tais entidades marginais pretendem fazer crer existente nos mercados securitário e previdenciário nacionais, não se pode permanecer inerte e faz-se necessário, a bem da verdade, trazer a lume as seguintes ponderações.

Só a título de breve apontamento, impende informar que, segundo dados obtidos do Balanço Social e Informe Anual do Mercado Segurador brasileiro referente ao ano de 2013<sup>47</sup>, o montante de indenizações e benefícios pagos no ano de 2013 foi na ordem do expressivo valor de R\$ 140,2 bilhões, o que corresponde a um crescimento de 13,6% em relação ao ano anterior. A sinistralidade do mercado, índice correspondente à divisão entre o montante indenizado e o total arrecadado de prêmio, foi de 67,40%, porcentagem abaixo da verificada no ano de 2012 na ordem de 69,68%. Tais dados estatísticos demonstram, portanto, que elevado volume de recursos e parcela significativa do faturamento das seguradoras são destinados ao pagamento das indenizações, o que vem a infirmar com dados concretos o cenário de calote sustentado pelas entidades marginais.

<sup>47</sup> Disponível em <http://www.cnseg.org.br/cnseg/memoria/informe-anual-balanco-social/>





Em tempo, cumpre pontuar que é sabida a existência de diversas críticas e divergências, até mesmo em trâmite na esfera judicial, entre as seguradoras e outros órgãos da Administração Pública quanto à interpretação da legislação securitária e à conduta de alguns agentes de mercado. Também não se ignora a possibilidade de ocorrência de pontuais desvios de conduta de administradores de seguradoras e de EAPC que podem vir a acarretar na liquidação extrajudicial dessas empresas, o que, entretanto, só vêm a reforçar mais ainda a necessidade de todo o arcabouço legal atualmente existente para proteção dos consumidores. Mas daí querer sustentar a operação de plano securitário ou previdenciário à margem da lei com base na afirmação de que todo o mercado regular atua de forma inidônea, por certo tal tese não há como ser seriamente admitida como verídica.

Tanto é que, em análise ao Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça referente ao ano de 2013, verifica-se que, a despeito de os grupos econômicos sob o comando de instituições financeiras figurarem entre os fornecedores com maior número de reclamações em geral, os planos securitário ou previdenciário em si mesmos são responsáveis por pequeno número de reclamações de consumidores proporcionalmente em relação ao volume total de contratos firmados. Apesar de não figurar como única fonte de informação sobre o tema, pode-se concluir que tal base estatística, por seu âmbito nacional, também colabora no sentido de refutar o injusto cenário de calote sustentado pelas entidades marginais.

Quanto à acusação de morosidade no cumprimento das suas obrigações contratuais, é necessário esclarecer que as Seguradoras e as EAPC são obrigadas a proceder à regulação dos sinistros e a efetuar o pagamento das indenizações e rendas devidas dentro de prazo expressamente definido na legislação de regência e no contrato de seguro ou de previdência privada complementar correspondentes. E por exemplo, no caso de seguro de pessoas, a Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005<sup>48</sup>, alterada pela Circular SUSEP nº 316 de 12/01/2006<sup>49</sup>, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento de indenizações<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>

<sup>49</sup> Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>

<sup>50</sup> *In verbis*: “**Da Liquidação de Sinistros** Art. 72. Deverão ser informados os procedimentos para liquidação de sinistros, com especificação dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada tipo de cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável, a solicitação de outros documentos. **§ 1º Deverá ser estabelecido prazo para pagamento das indenizações, limitado a 30 (trinta) dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no caput deste artigo, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.** § 2º Deverá ser estabelecido que no caso de solicitação de documentação e/ou informação complementar, na forma prevista no *caput* deste artigo, o prazo de que trata o parágrafo anterior será suspenso, voltando a correr a partir do dia útil subsequente àquele em que forem completamente atendidas as exigências. § 3º Deverá ser estabelecido que o não pagamento da indenização no prazo previsto no § 1º e no § 2º deste artigo, implicará na aplicação de juros de mora a partir desta data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica. § 4º O pagamento da indenização poderá ser realizado sob a forma de parcela única ou de renda, nos termos definidos nesta Circular. § 5º O plano de seguro poderá admitir a hipótese de substituição do pagamento da indenização em dinheiro por pagamento em bens ou serviços, desde que expressamente solicitada pelo segurado ou beneficiários” (com negrito do autor).



Como ilustração dessa exigência normativa, pode-se observar, nos modelos de Condições Gerais de Seguro de Vida anexos extraídos dos respectivos sites das seguradoras, a previsão de prazo contratual de 30 (trinta) dias para liquidação de sinistros.

No mais, é ainda preciso informar que, para as seguradoras que não cumprirem regularmente os compromissos assumidos nos contratos de seguros, há previsão de pesadas penalidades na legislação de regência – Resolução CNSP nº 243 de 06/11/2011 e suas posteriores alterações<sup>51</sup>. Há adicionalmente previsão, no mesmo normativo, da majoração do valor da sanção pecuniária acima descrita em virtude da ocorrência no caso concreto de circunstâncias agravantes e de eventual reincidência<sup>52</sup>.

Assim, conclui-se, de plano, que se apresenta relevante ou até muito significativa, no caso da presença de agravantes e reincidência, a sanção administrativa em tese aplicável às seguradoras e às EAPC por descumprirem compromissos assumidos em contrato de seguro e de previdência privada complementar, o que, por óbvio, figura como fator fortemente desmotivador à protelação imotivada no pagamento das indenizações e de rendas devidas, ainda mais quando se leva em conta a real possibilidade de autuação pela SUSEP.

Melhor sorte não tem a acusação de burocracia excessiva para pagamento das indenizações e de rendas, haja vista que as seguradoras são obrigadas, por força da legislação de regência em especial a que trata de prevenção e combate à lavagem de dinheiro (Lei Federal nº 9.613 de 1998), a exigir a documentação necessária à comprovação da ocorrência do sinistro e da identificação civil do segurado e de seus beneficiários. É importante também salientar que o rol de documentos necessários à regulação dos sinistros e ao pagamento das indenizações e das rendas já vem expressamente discriminado nas condições gerais das apólices de seguro e nos planos previdenciários em cumprimento de determinação prevista na legislação em vigor<sup>53</sup>, o que, sem dúvida nenhuma, auxilia a rápida obtenção da documentação requerida por lei e dificulta a eventual tentativa inescrupulosa de se formular exigências descabidas.

<sup>51</sup> Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. *In verbis*: “Art. 29 Não cumprir ou retardar de forma injustificável o cumprimento de obrigação assumida em contrato ou instrumento congênere. (Artigo alterado pela Resolução CNSP nº 293/2013) Sanção: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). § 1º Não cumprir a obrigação prevista no *caput* após intimação da SUSEP para fazê-lo. (Parágrafo alterado pela Resolução CNSP nº 293/2013) Sanção: multa de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais)”.

<sup>52</sup> Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. *In verbis*: “Art. 11. São circunstâncias que agravam a sanção administrativa: I – ter o infrator obtido vantagem indevida ou dissimulado a natureza ilícita da infração; II – ter a infração ocorrida em detrimento de menor de dezoito, maior de sessenta anos ou de pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial, interditada ou não; e III – deixar o infrator de atender a recomendação da SUSEP para tomar providências que evitem ou mitiguem as consequências da infração. § 1º Cada circunstância agravante implicará o acréscimo máximo de vinte por cento da diferença entre os limites mínimos e máximos previstos para a respectiva sanção. (...) Art. 14. Verifica-se a reincidência quando o infrator comete nova infração, da mesma natureza, no período de três anos subsequentes à decisão condenatória administrativa definitiva. Parágrafo único. Em caso de reincidência, a multa será agravada até o dobro”.

<sup>53</sup> Como, por exemplo, no caso de seguro de pessoas – art. 72, *caput*, da Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005, alterada pela Circular SUSEP nº 316 de 12/01/2006.



Enfrentadas as questões relativas à ótica jurídica, operacional, de viabilidade técnica, bem como expostas as desvantagens marcantes do mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta em relação aos mercados oficiais, é preciso abordar a problemática atinente à atuação da SUSEP e à forma de combate ao mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta, o que se fará no tópico a seguir.

### **3. Da atuação da SUSEP no combate aos mercados marginais de seguros e de previdência complementar aberta**

Apresenta-se oportuno inicialmente relembrar a mudança de paradigma de atuação do Estado ocorrida no final do século XX, conforme GOLDBERG bem destaca:

A aproximação às últimas décadas do século XX, por sua vez, revelou que o acúmulo de funções exercidas pelo Estado tornou-o ineficiente em várias delas. As consequências decorrentes da globalização esclareceram que não seria possível atender satisfatoriamente à demanda da população por serviços públicos, infraestrutura e desenvolvimento econômico concomitantemente, ou seja, tornou-se flagrante a necessidade de que o Estado reformulasse o seu papel, deixando de ser o "personagem principal", leia-se, ator, para passar a ser "coadjuvante", leia-se, regulador, viabilizando, assim, que a iniciativa privada pudesse agir em condições regulares, propiciando o desenvolvimento em melhores condições para toda a sociedade.

(GOLDBERG, I., 2008, p. 15)

E, no âmbito de regulação securitária e de previdência complementar aberta no Brasil, cabe consignar que a SUSEP é quem figura como a autarquia federal<sup>54</sup> sob regime especial<sup>55</sup> vinculada ao Ministério de Estado da Fazenda que tem por missão institucional "atuar na regulação, supervisão, fiscalização e incentivo das atividades de seguros, previdência aberta complementar e capitalização, de forma ágil, eficiente, ética e transparente, protegendo os direitos dos consumidores e os interesses da sociedade em geral"<sup>56</sup>. E, entre outras, são atribuições legais<sup>57</sup> da SUSEP, em linha com o Sistema de Fiscalização Material do Estado<sup>58</sup>:

<sup>54</sup> Segundo Regina Bernardes Rocha, são características da autarquia: ser criada por lei, ter personalidade jurídica pública, ter capacidade de autoadministração, possuir especialização quanto aos fins ou atividades, submeter-se a controle administrativo ou tutela (ROCHA, R. B., 2009. p. 223-224).

<sup>55</sup> "Inexistindo lei para definir o regime especial, investigar-se-á, em cada caso, a especialidade, como acrescenta Celso Antônio B. de Mello, pois 'não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se entende com isto. A ideia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias' (ROCHA, R. B., 2009. p. 226).

<sup>56</sup> Texto extraído do site [http://www.susep.gov.br/menu/susep/apresentacao\\_susep.asp](http://www.susep.gov.br/menu/susep/apresentacao_susep.asp). (ANEXO I)

<sup>57</sup> Texto extraído do site [http://www.susep.gov.br/menu/susep/apresentacao\\_susep.asp](http://www.susep.gov.br/menu/susep/apresentacao_susep.asp). A respeito das atribuições legais da SUSEP (ANEXO I), ver também art. 36 do Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966.

<sup>58</sup> *In verbis*: "Neste sistema o Estado exerce uma fiscalização material desde a constituição e durante as operações da seguradora, no sentido de verificar se a mesma está continuamente em condições de garantir suficientemente os segurados. O controle material pode ser praticado de maneira permanente ou periódica. O Sistema de Fiscalização Material do Estado incorpora disposições relativas aos dois sistemas anteriores. Todavia ele vai além daqueles, pois baseia-se no princípio de que somente um órgão estatal especializado, e com todas as competências necessárias, poderá fiscalizar eficazmente os seguradores e proteger os interesses dos segurados" (PELLON, L. F., 1992. p. 15-16).



1. Fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP;
2. Atuar no sentido de proteger a captação de poupança popular que se efetua através das operações de seguro, previdência privada aberta, de capitalização e resseguro;
3. Zelar pela defesa dos interesses dos consumidores dos mercados supervisionados;
4. Promover a estabilidade dos mercados sob sua jurisdição, assegurando sua expansão e o funcionamento das entidades que neles operem;
5. Zelar pela liquidez e solvência das sociedades que integram o mercado;
6. Disciplinar e acompanhar os investimentos daquelas entidades, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas.

Em consonância com sua importante missão institucional e atribuições legais, a SUSEP promove forte e contínuo trabalho de fiscalização das sociedades e entidades supervisionadas, não obstante as suas limitações de recursos humanos e operacionais. Com relação a esse tema, é importante trazer à colação as palavras de POLIDO:

A regulamentação preparada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) traz aspectos operacionais, priorizando o controle administrativo exercido pelo Órgão Regulador. A preocupação do Poder Público deve permanecer na esfera da proteção da *solvência do mercado*, criando ou impondo mecanismos de preservação de liquidez das seguradoras.

(POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 302)

E, com relação ao mercado marginal, a atuação fiscal desenvolvida pela SUSEP não é menos contundente, mormente diante do crescente número dessas infrações e do elevado risco que representam à própria credibilidade dos mercados securitários e de previdência complementar, como também à estabilidade de todo o Sistema Nacional de Seguros Privados e de Previdência Complementar Aberta.



De fato, para combate ao mercado marginal a SUSEP constituiu uma Comissão Especial de Combate ao Mercado Marginal nos termos da Portaria SUSEP nº 2.986/08, com o intuito justamente de agilizar o exame desse tipo de denúncia e de promover com rapidez todas as ações de repressão cabíveis junto à Polícia Federal, o Ministério Público Estadual, o Ministério Público Federal e outras autoridades competentes; em perfeita consonância com a importância da regulação estatal e do direito penal econômico para o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, segundo as palavras de BOTTINO:

O bom funcionamento do sistema financeiro nacional é, sem dúvida, fundamental para o desenvolvimento das finanças públicas e da economia nacional. Ao tutelar seu regular funcionamento, as normas penais incriminam comportamentos que violam as regras destinadas a garantir transparências no funcionamento das instituições (e, por conseguinte, maior segurança dos investimentos e operações realizadas), ações estas que, pelas suas características, poderiam repercutir de forma sistêmica na própria estabilidade econômica do país.

(BOTTINO, T., 2014, p. 396)

Por oportuno, resta lembrar que o próprio legislador pátrio reconhece a gravidade da atuação do mercado marginal no Sistema Financeiro Nacional na medida em que alçou este tipo de infração até a condição de ilícito penal à luz do disposto no art. 16 da Lei Federal nº 7.492 de 1986<sup>59</sup>. Gize-se que, por sua natureza, tal criminalidade econômica representa relevante ameaça ao mercado financeiro, conforme observa DE SANCTIS:

O delito econômico não pode ser caracterizado como mera infração ao patrimônio individual, uma vez que nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente violação do patrimônio individual.

A criminalidade econômica, pela dimensão dos danos materiais e morais, tem-se revelado uma constante ameaça a qualquer sociedade. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade afirmam, nesse passo, que “[...] pelos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais etc, de todos os países.

(DE SANCTIS, F. M., 2003, p. 8)

---

<sup>59</sup> *In verbis*: “Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários e de câmbio: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”



Não fosse isso o bastante, a SUSEP buscou também coibir a continuidade da atuação das entidades marginais com a lavratura de diversos autos de infração com previsão de sanções pecuniárias de elevada soma, além de subsidiar a propositura de dezenas de ações civis públicas, em vista da extensão e gravidade das infrações cometidas e do relevante risco que representa a todo o Sistema Nacional de Seguros Privados e de Previdência Complementar Aberta.

E, tal agir não poderia ser diferente, uma vez que, em sede de direito regulatório, *“Independentemente da teoria de que se seja partidário sobre a extensão e o limite do poder normativo das agências, dúvidas não pairam de que toda competência outorgada a qualquer entidade da Administração Pública o é em vista dos interesses públicos que deve tutelar. Sendo esses indisponíveis, não pode a Administração deixar de exercer suas competências, omitindo-se quando o ordenamento jurídico obriga a um agir, o que consubstanciaria uma renúncia à persecução dos interesses públicos”* (ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P., 2011, p. 412).

A reforçar o entendimento da necessidade de pronta atuação dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro em geral na defesa da poupança popular, apresenta-se interessante ilustrar o tema com a seguinte jurisprudência:

(...)

De fato, a intervenção – genericamente considerada – do Poder Público em instituições financeiras privadas orienta-se pela ideia da prevenção, devendo ocorrer tão cedo quanto se revele necessária a dissipar o risco de crise sistêmica no mercado financeiro.

Leve-se em conta que graves irregularidades cometidas na administração de instituição financeira, ou mesmo a sua insolvência, em função do alto grau de integração com que opera o mercado financeiro, podem não apenas gerar prejuízos aos credores, mas acarretar toda a sorte de consequências funestas à economia nacional, tais como restrições de crédito, aumento de inflação, corrida aos bancos e insolvência generalizada.

**A interferência estatal em instituição financeira irregular, portanto, deve ser processada de forma célere, com o que se evitam desgastes para a poupança popular e para a própria economia nacional. É dizer, diante de determinadas situações enfrentadas por instituições financeiras, geradoras de riscos de insolvência própria e à higidez do sistema financeiro, a resposta estatal deve ser pronta e rápida, de forma a se evitar concretização da ameaça. (...)**

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Grifo do autor)

Desse modo, é necessário consignar que a criticada atuação do mercado marginal tem outro efeito colateral danoso à sociedade, uma vez que desprestigia as seguradoras e as EAPC autorizadas a operar e todo o esforço de cumprimento da legislação vigente de proteção ao consumidor. Tal preocupante panorama acaba ainda por incentivar, em última instância, o ingresso de novos aventureiros inescrupulosos ao mercado nacional de origem estrangeira inclusive, bem como estimula a saída das seguradoras e das EAPC regularmente constituídas para a economia informal, onde vige a ampla “libertinagem” operacional, o que,



em conjunto, certamente acarretará relevantes riscos ao futuro de todo o Sistema Nacional de Seguros Privados e de Previdência Complementar Aberta. Não é outro o entendimento de POLIDO sobre a solvência do mercado securitário e o papel da SUSEP:

Em síntese, há total e inquestionável responsabilidade do Estado quanto à solvabilidade do sistema securitário, de modo que o fundo comunitário não pereça em razão da má gestão dos negócios de uma Seguradora. O capital investido é privado, no âmbito da sociedade anônima criada, mas o fundo de reserva das operações tem conotação relevante e diferenciada neste tipo de atividade econômica – pois que não pertence tão somente à companhia seguradora e sim à *coletividade de segurados* – especialmente àqueles representados pelo seguro de execução diferida, de longa duração – que se protraem no tempo. A responsabilidade da SUSEP quanto à fiscalização das seguradoras e de modo a preservar a eficiente gestão dos fundos é de capital importância.

(POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 160)

Sobre esse ponto, não remanesce qualquer dúvida quanto ao relevante papel da Administração Pública na figura do órgão regulador, no sentido de efetivamente coibir a prática de concorrência desleal pelo mercado marginal de seguros e de previdência complementar, conforme a seguir destacado:

Especialmente no âmbito regulatório, o papel do Estado é justamente o de diminuir assimetrias de informação, impor regras claras e impessoais no que tange a critérios técnicos, assim como fiscalizar a obediência dos agentes a esse arcabouço normativo, tudo com vistas à promoção dos princípios fundamentais e demais valores constitucionalmente consagrados, inclusive a proteção da liberdade de concorrência. Nesse sentido, poderia se sugerir o reenquadramento da lealdade de concorrência na classificação proposta pelo Ministro Eros Grau, acima já delineada, inserindo-se no rol de liberdades públicas, no sentido de que a adoção de uma posição de neutralidade diante do fenômeno concorrencial requer um *agir constante* para assegurar a competição entre os agentes em igualdade de condições.

(ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P. *Op. cit.*, 2011, p. 414-415)

Em derradeiro, considerando a extrema gravidade da atuação do mercado marginal, o significativo volume de milhares de consumidores expostos, bem como o fato de que essas sociedades e entidades infratoras demonstram forte e persistente propósito de permanecer trilhando os rentáveis caminhos da ilicitude e de, até mesmo em não raros casos, descumprirem ordens emanadas da autoridade judicial, apresenta-se no entender deste autor necessário se buscar novos e mais eficientes mecanismos de combate ao mercado marginal.





Por certo, é oportuno trazer à colação às lições do doutrinador TIGRE MAIA sobre as deficiências do combate na seara penal aos crimes contra o sistema financeiro nacional, também, infelizmente, aplicáveis à esfera administrativa:

**Para estes ilícitos, além da regulação jurídica defeituosa, constata-se que as forças da ordem desempenham uma função repressiva insuficiente e, mesmo, condescendente.**

Na interpretação de um mestre, escrita antes da Lei de regência mas, ainda, lamentavelmente, aplicável, “a imunidade penal dessa criminalidade decorre, igualmente, da posição geral de classe dos autores de tais condutas criminosas, excluídas do arsenal ou do catálogo geral dos tipos penais, ou incluídas com sanções insignificantes e, geralmente, de natureza patrimonial, que não somente não têm qualquer caráter preventivo geral (intimidação), mas, ao contrário, são um estímulo ao comportamento criminoso, como um empreendimento sempre lucrativo, e, portanto, um negócio rendoso e sem riscos, ou porque não definidos como crimes, ou porque, quando o são, as sanções patrimoniais são amplamente compensadas pelos lucros auferidos, e, em última instância, o poder econômico ou político, o tráfico de influências, a corrupção, etc, impedem ou excluem, na prática do processo de criminalização, a efetiva aplicação das sanções penais, ou, na pior das hipóteses, a execução penal das raríssimas sanções penais impostas”.

(...)

**19. Além das práticas de caráter estritamente financeiro, são também objeto de proteção as correlacionadas às atividades de seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros.** Reforça-se, assim, a conclusão de que **o elemento essencial que articula misteres econômicos tão diferenciados, para a Lei de Regência, é a presença da captação, gestão e aplicação de recursos de terceiros** ou a operação com títulos e valores mobiliários.

(MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, 1996, p. 11 e 31. Grifo do autor)



Resta, portanto, perquirir se, além da lavratura de autos de infração e da propositura de ação civil pública contra as sociedades e entidades marginais, bem como de representação penal contra os respectivos administradores, há outras medidas eficientes a serem adotadas pela SUSEP com fundamento no pleno exercício de seu poder administrativo de polícia<sup>60</sup>. A respeito do assunto, OSÓRIO sustenta que:

Neste estreito espaço, adota-se a ideia de que o poder administrativo de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração para conter os abusos do direito individual. Assim, atividades de construção, a indústria de alimentos ou remédios, o uso das águas, a exploração das florestas ou das minas, além de atividades relacionadas à segurança, saúde e moralidade públicas, e tantas outras, estão sujeitas ao poder de polícia, seja geral, seja especial.

(OSÓRIO, F. M., 2000, p. 80-81)

Para tanto, é importante relembrar que, presentes situações de insolvência econômico-financeira, de prática de atos nocivos à política traçada pelo CNSP ou de fundados indícios de crime falimentar, as sociedades e entidades sob supervisão da SUSEP regularmente autorizadas a operar estão sujeitas ao encerramento compulsório de suas atividades por meio da decretação de liquidação extrajudicial, com base em decisão fundamentada do Conselho Diretor da SUSEP<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> A Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, assim define o poder de polícia: “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966). Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

<sup>61</sup> Decreto-Lei nº 73, de 21/11/1966, *in verbis*: “Art. 96. Além dos casos previstos neste Decreto-Lei ou em outras leis, ocorrerá a cessação compulsória das operações da Sociedade Seguradora que: a) praticar atos nocivos à política de seguros determinada pelo CNSP; b) não formar as reservas, fundos e provisões a que esteja obrigada ou deixar de aplicá-las pela forma prescrita neste Decreto-Lei; c) acumular obrigações vultosas devidas aos resseguradores, a juízo do órgão fiscalizador de seguros, observadas as determinações do órgão regulador de seguros; (Redação dada pela Lei Complementar nº 126, de 2007) d) configurar a insolvência econômico-financeira”. Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, *in verbis*: “Art. 48. A liquidação extrajudicial será decretada quando reconhecida a inviabilidade de recuperação da entidade de previdência complementar ou pela ausência de condição para seu funcionamento. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se por ausência de condição para funcionamento de entidade de previdência complementar: (...) III – o não atendimento às condições mínimas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador”.



Dessa feita, sob idênticos raciocínio e fundamento as entidades integrantes do chamado mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta ao promoverem a oferta, comercialização e operação de planos de seguros de pessoas, de danos e de planos de benefícios assemelhados à previdência complementar passam a integrar, ainda que irregularmente, os mercados de seguros e de previdência complementar nacionais e, portanto, a se sujeitar, por força da mencionada legislação e na defesa dos bens jurídicos por ela tutelados<sup>62</sup>, não só a pesadas autuações administrativas com fulcro no art. 113 do Decreto-Lei nº 73 de 1966 e no inciso IV do art. 65 da Lei Complementar nº 109 de 2001, como também, para os casos dos mais renitentes infratores, até mesmo ao encerramento compulsório de suas atividades ilícitas por meio da decretação da liquidação extrajudicial, tudo com o fito de fazer cessar efetivamente suas operações lesivas aos consumidores de boa-fé, com todas as consequências que devem advir da adoção dessa relevante e extrema medida de polícia administrativa, revestida das características de legitimidade, de obrigatoriedade e de autoexecutoriedade a ela inerentes (GUERRA, G. M., 2009, p. 321-322) e em perfeito respeito aos princípios da legalidade e da proporcionalidade que devem nortear a prática do referido ato administrativo (ALMEIDA, R. P. de, p. 3)<sup>63</sup>.

Sobre o poder de polícia administrativa e seus fundamentos, ALMEIDA destaca:

O poder de polícia fundamenta-se basicamente no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, colocando a administração pública numa posição de supremacia sobre os interesses particulares, sejam esses interesses sobre pessoas, bens ou atividades, visando sempre a ordem pública e a paz social. Ou seja, cabe a polícia administrativa, manter a ordem, vigilância e proteção da sociedade, assegurando os direitos individuais da população e auxiliando a execução dos atos e decisões judiciais.

(ALMEIDA, R. P. de, p. 3)

<sup>62</sup> “Neste quadro, o intérprete deve centrar os esforços na lei autorizativa ou delegatária, pois nela serão dados os limites para a ação normativa e reguladora. Neste sentido, a noção de densidade normativa da lei, proposta por Aragão, é doutrinariamente útil, por auxiliar na identificação dos limites deixados ao administrador. O mais importante guia para o intérprete deixa de ser apenas a lei. O chamado bloco de legalidade, que inclui regulamentos e princípios, dentre outras modalidades de normas, adquire lugar de destaque. A insegurança jurídica que este fenômeno gera é apenas aparente, quando se concorda que segurança jurídica não é imutabilidade, mas sim ordenação na mudança.” (PAGOTTO, L. U. C., 2009, p. 291)

<sup>63</sup> Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poder-de-pol%C3%ADcia-conceito-caracter%C3%ADsticas-e-meios-de-atua%C3%A7%C3%A3o-e-divis%C3%A3o-no-atual-sistema-adm.> p. 3. Extraído em 25/02/2015 às 21:00 h.



Tal agir da Administração Pública está também em consonância com a propalada regulação prudencial, segundo as lições de PORTO:

Duas são as motivações da regulação prudencial. Primeiramente, ela visa proteger os recursos dos indivíduos e empresas que mantêm depósitos à vista e outras aplicações nas instituições financeiras – bancos, seguradoras e fundos, por exemplo. A origem dessa proteção é a concepção de poupadores como entes com carência de incentivos, informações e recursos necessários para monitorar e influenciar a gestão das instituições intermediadoras e sua política de aplicação de recursos. Assim, é o órgão regulador capaz de representá-los ativamente.

Além disso, a regulação prudencial promove a segurança e a eficiência do sistema de pagamentos. Como o sistema bancário funciona de forma interligada e alavancada, a quebra de um único banco poderia gerar desconfiança, a qual recairia sobre todo sistema financeiro, gerando um efeito dominó, conhecido como risco sistêmico.

(PORTO, A. J. M. *Op. cit.*, 2014, p. 75)

Justifica-se ainda tal duro proceder em vista de o cenário real de desrespeito comumente observado nas operações das entidades marginais, cujos administradores não raras vezes, mesmo diante do contundente alerta de pesadas autuações administrativas, insistem acintosamente em levar avante a sua empreitada criminosa devido à cegueira causada pelos fartos lucros auferidos nessas operações ilícitas. Contando provavelmente com a morosidade e burocracia do trâmite processual, o mercado marginal ousa enfrentar até mesmo decisões judiciais nas esferas cível e penal, fundamentando sua atuação ilícita na perversa lógica de que o expressivo retorno financeiro obtido compensa em muito os riscos incorridos.

Por oportuno, cabe salientar que a possibilidade de aplicação do regime repressivo de liquidação extrajudicial ao mercado marginal de seguros e de previdência complementar encontra amparo não só na interpretação sistemática da legislação vigente, mas também visa a dar plena efetividade no plano real ao princípio maior que deve nortear a atuação da SUSEP – a defesa dos interesses dos consumidores de seguros e de previdência complementar aberta – a teor do disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 73 de 1966 e no inciso IV do art. 3º da Lei Complementar nº 109 de 2001, privilegiando-se a transparência e a coerência de sua conduta (GELIS Filho, A.)<sup>64</sup>. E, tal entendimento não poderia ser diverso, uma vez que, por justiça fiscal, uma entidade marginal – em flagrante descumprimento da legislação – não pode permanecer imune ao alcance do poder administrativo de polícia da SUSEP no que tange a sua arma de fiscalização mais contundente.

<sup>64</sup> Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Extraído em 25/02/2015 às 20:25 h.



No mais, há de se ressaltar que essa conduta fiscal encontra ressonância e reforço no proceder de outros órgãos reguladores de seguros estrangeiros. De fato, em pesquisa de direito comparado foi possível constatar, por exemplo, na legislação chilena de seguros a seguinte disposição expressa sobre o mercado marginal<sup>65</sup>:

Artigo 51. Se alguna pessoa ou entidade exercer de qualquer forma o comércio seguros ou resseguros com infração ao disposto nos artigos 4º e 46, a Superintendência poderá fechar escritórios ou estabelecimentos em que essas atividades são realizadas, para o que o prefeito ou o governador respectivo, a pedido do Superintendente, deverá fornecer o auxílio da força pública, sem prejuízo de incorrer na sanção prevista no inciso primeiro do artigo 467 do Código Penal.

As operações que forem efetuadas serão concluídas por um liquidante nomeado pelo respectivo juiz de garantia, ouvido o Ministério público.

<sup>65</sup> Decreto con fuerza de Ley nº 251, de 1931: El D.F.L. Nº 251 se publicó en el Diario Oficial de 22 de mayo de 1931 y correspondía a la ex-Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros. El presente texto incluye las modificaciones introducidas al citado D.F.L. por los siguientes cuerpos legales: ley Nº 17.308, de 1º de julio de 1970, decreto ley Nº 3.057, de 10 de enero de 1980, decreto ley Nº 3.538, de 23 de diciembre de 1980, ley Nº 18.045, de 22 de octubre de 1981, ley Nº 18.046, de 22 de octubre de 1981, ley Nº 18.660, de 20 de octubre de 1987, ley Nº 18.707, de 19 de mayo de 1988, ley Nº 18.814, de 28 de julio de 1989, ley Nº 18.815, de 29 de julio de 1989, ley Nº 18.899, de 30 de diciembre de 1989, ley Nº 19.301, de 19 de marzo de 1994, ley Nº 19.389, de 18 de mayo de 1995, ley Nº 19.415, de 30 de septiembre de 1995, ley Nº 19.469, de 3 de septiembre de 1996, ley Nº 19.601, de 18 de enero de 1999, ley Nº 19.705, de 20 de diciembre de 2000, ley Nº 19.769, de 7 de noviembre de 2001, ley Nº 19.806, de 31 de mayo de 2002, ley Nº 19.895, de 24 de agosto de 2003, ley Nº 19.934, de 21 de febrero de 2004, ley Nº 20.190, de 5 de junio de 2007, Ley Nº 20.255, de 17 de marzo de 2008 y Ley Nº 20.552, de 17 de diciembre de 2011. *In verbis*: "Artículo 51. Si alguna persona o entidad ejerciere en cualquier forma el comercio de seguros o de reaseguros contraviniendo las disposiciones de los artículos 4º y 46, la Superintendencia podrá clausurar las oficinas o establecimientos en que se ejerciten esas actividades, para lo cual el Intendente o Gobernador respectivo, a petición del Superintendente, deberá suministrar el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de incurrir en la sanción contemplada en el inciso primero del artículo 467 del Código Penal. Las operaciones que se hubieren efectuado serán liquidadas por un liquidador designado por el juez de garantía respectivo, a propuesta del Ministerio Público".



No mesmo sentido, a legislação espanhola de seguros<sup>66</sup> prevê a aplicação de sanções e de demais providências administrativas ao mercado marginal como se fossem seguradoras:

Artigo 48. O exercício de atividades e uso de denominações reservadas para as companhias de seguros.

1. As pessoas ou entidades que realizem operações de seguros ou de resseguros sem a autorização administrativa obrigatória ou que usem indevidamente as denominações próprias das sociedades seguradoras serão simultaneamente punidas com as sanções previstas nos parágrafos c) e d) do artigo 41.1 e quem nelas exercer cargos de administração ou direção será punido com as sanções previstas no artigo 42.3. Se, for requisitado para que imediatamente cessem a realização dessas atividades ou a utilização dessas denominações, continuarem a fazê-las ou usá-las, elas serão punidas da mesma forma, o que poderá ser reiterado por ocasião de cada uma das requisições adicionais que venham a ser formuladas.
2. Será competente para a imposição de sanções e para a formulação das requisições reguladas no parágrafo anterior o Diretor Geral de Seguros e Fundos de Pensão. As requisições serão formuladas após a oitiva da pessoa ou entidade envolvida e as multas serão cominadas em conformidade com o procedimento de aplicação de sanções às companhias de seguros.
3. O disposto no presente artigo será aplicado sem prejuízo de o reconhecimento de outras responsabilidades que se faça necessário, de ordem penal inclusive.

Por seu turno, a legislação portuguesa dispõe que o Instituto de Seguros de Portugal, em verificando a ocorrência de operação de empresas de seguros ou de resseguros em território nacional sem a necessária autorização, deve inicialmente notificar a infratora sobre essa situação irregular, bem como, se for o caso, também informar para as providências cabíveis as autoridades competentes do estado membro de origem em que a infratora tenha sua sede. E, se tais medidas não surtirem o esperado resultado, o Instituto de Seguros de Portugal, após informar as autoridades competentes do estado membro de origem,

---

<sup>66</sup> Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. *In verbis*: "Artículo 48. Ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades aseguradoras. 1. Las personas o entidades que realicen operaciones de seguro o reaseguro sin contar con la preceptiva autorización administrativa o que utilicen las denominaciones propias de las entidades aseguradoras, sin serlo, serán sancionadas simultáneamente con las sanciones previstas en los párrafos c) y d) del artículo 41.1 y quienes ejerzan cargos de administración o dirección en ellas, tratándose de entidades, lo serán con las sanciones previstas en el artículo 42.3. Si, requeridas para que cesen inmediatamente en la realización de actividades o en la utilización de las denominaciones, continuaran realizándolas o utilizándolas, serán sancionadas del mismo modo, lo que podrá ser reiterado con ocasión de cada uno de los requerimientos ulteriores que se formulen. 2. Será competente para la imposición de las sanciones y para la formulación de los requerimientos regulados en el apartado anterior el Director general de Seguros y Fondos de Pensiones. Los requerimientos se formularán previa audiencia de la persona o entidad afectada y las multas se impondrán con arreglo al procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones a las entidades aseguradoras. 3. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso de orden penal, que puedan resultar exigibles".



está autorizado a adotar as medidas legalmente previstas para evitar ou reprimir as irregularidades cometidas ou novas situações irregulares, podendo, se necessário, até impedir a empresa de continuar a celebrar novos contratos de seguro ou de resseguro em território português, sem prejuízo das aplicações das sanções cabíveis à espécie<sup>67</sup>.

Já, nos Estados Unidos da América, em vista de a existência de modelo operacional com supervisores estaduais de seguros a *National Association of Insurance Commissioners* (NAIC) – entidade associativa de supervisores de seguros norte-americanos – coloca à livre disposição dos interessados um *manual de entidades não autorizadas*<sup>68</sup> como guia de orientação e atuação para os supervisores, do qual se extraiu o excerto a seguir por sua pertinência ao presente estudo:

D. Procedimentos de intervenção estadual:

1. Normalmente, as leis estaduais autorizam o comissário, sob determinadas circunstâncias, a atuar como um interventor de seguradoras.
2. Ações de intervenção incluem supervisão (administrativa ou judicial), reabilitação e liquidação.
3. Essas ações são tomadas com base nas razões explanadas no código de seguro, tais como: condição financeira deteriorada, má gestão, desvio de bens, insolvência ou violações do código de seguros.
4. Esses procedimentos também podem ser altamente eficazes contra as seguradoras ilegais que operam no estado sem autorização. A ação de intervenção pode ser eficaz como medida inicial para parar a atividade ilegal e as operações de seguros sem autorização. Quando o comissário é nomeado interventor de uma entidade de seguros, ele passa a ter a posse dos ativos e dos arquivos da seguradora. Além disso, o controle do comissário sobre o patrimônio da seguradora permite que ele colabore na persecução penal contra as pessoas envolvidas nessa atividade ilegal.
5. Ao tratar de casos de seguradoras sem autorização, a gestão ordenada de ativos para pagamento dos credores e outros aspectos da administração do patrimônio da seguradora podem não ser suficientes para garantir o processo de intervenção. Frequentemente os gestores da entidade de seguros sem autorização são susceptíveis a transferir

<sup>67</sup> Decreto-Lei nº 94-B/98, de 17 de abril; artigos 170º e 171º. Citação extraída de: MESQUITA, J.; FERREIRA, R. M. F., 2012, p. 175.

<sup>68</sup> Disponível em <http://www.naic.org>. *In verbis*: "D. State receivership proceedings. 1. Typically, state laws authorize the commissioner, under certain circumstances, to act as a receiver for certain insurers. 2. Receivership actions include supervision (administrative or judicial), rehabilitation and liquidation. 3. These actions are taken based on grounds set forth in the insurance code, such as hazardous financial condition, mismanagement, diversion of assets, insolvency or violations of the insurance code. 4. These proceedings can also be highly effective against illegal unauthorized insurers present in the state. Receivership action can be effective as an initial measure to stop illegal activity and unauthorized insurance transactions. When the commissioner is appointed as receiver of an insurance entity, the commissioner is vested with title to the assets and records of the insurer. Further, the commissioner's control of the insurer's estate allows the commissioner to assist in criminal prosecution of persons who engaged in illegal activity. 5. When dealing with unauthorized insurers, funding for the marshaling of assets and other aspects of the administration of the insurer's estate may not be adequate to warrant receivership proceedings. Frequently operators of the unauthorized entity are likely to have transferred assets to other businesses or personal accounts. For this reason, states may want to adopt Section 8 of the Nonadmitted Insurance Model Act which empowers the commissioner to file suit against persons engaged in unauthorized insurance for restitution and to enjoin and restrain the person from continuing the violation".





os ativos para outros negócios ou para contas pessoais. Por esta razão, os estados podem querer adotar a disposição contida na seção 8 do modelo de atuação para seguro não admitido que autorize o comissário a abrir processo judicial contra as pessoas envolvidas na operação de seguro sem autorização com o intuito de obter as restituições cabíveis e para proibir e prender a pessoa que continua a praticar esse tipo de violação.

No entender, portanto, deste autor, urge adotar, até por questão de busca de uniformização com paradigmas estrangeiros (ALBUQUERQUE, P. A. de M., 2012, p. 59), uma forte política de combate aos mercados marginais de seguros e de previdência complementar que não se limite à mera atuação administrativa e à propositura de ações civis públicas de efeitos dissuasórios questionáveis frente aos relevantes resultados financeiros obtidos na prática ilícita sob crítica e ao grave comprometimento ético observado na administração do mercado marginal. Com efeito, conforme apregoa CARVALHO FILHO:

Não se pode negar que os fenômenos que se instalaram no mundo contemporâneo – como, por exemplo, a globalização, as novas tecnologias, os avanços da informática, a complexidade dos novos serviços públicos – não poderiam mesmo ser enfrentados com as velhas e anacrônicas munções estatais. O Estado, como bem salientava Jêze, tem que andar lado a lado com a dinâmica da evolução social, de modo que, criadas novas realidades, deve o Estado adequar-se a elas, aparelhando-se de forma eficiente e completa para satisfazer o interesse da coletividade. Aqui o conservadorismo deve ceder lugar à inovação, dentro, é claro, dos paradigmas traçados na lei constitucional.

(CARVALHO FILHO, J. dos S., 2011, p. 65)

Deve, assim, lançar-se mão de uma atuação técnica e concertada da SUSEP<sup>69</sup> com outros órgãos de fiscalização e de polícia, bem como com o Ministério Público no sentido de promover, no âmbito meramente administrativo<sup>70</sup>, um enfrentamento mais eficiente contra o mercado marginal e adotar, como solução extrema, o encerramento compulsório da atividade dessas sociedades e entidades infratoras pela decretação da liquidação extrajudicial, o bloqueio dos bens de seus administradores, a nomeação de um liquidante responsável por levar à frente o pagamento dos credores e a instauração de uma competente

<sup>69</sup> “As principais características das agências de regulação são a especificidade, a discricionariedade técnica e a neutralidade. A especificidade refere-se ao fato de as agências reguladoras terem seus objetivos de atuação relacionados a setores específicos da atividade econômica. A ideia da discricionariedade técnica centra-se na circunstância das agências, ao estarem ligadas a setores específicos, deverem basear suas posições em critérios técnicos, embasando, dessa maneira, o entendimento de que as denominadas *matérias de fato* estariam fora do alcance do controle judicial. Já a neutralidade representa a postura não política que deve permear sua atuação, constituindo-se, neste sentido, em um comportamento que visa a expurgar as tomadas de decisões das agências da influência dos grupos de pressão” (CARVALHO, R. L. M. L., 2009, p. 382).

<sup>70</sup> *In verbis*: “Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo” (BARROSO, L. R., 2005, p. 15).



comissão de inquérito administrativo para subsidiar os trabalhos do Ministério Público.

E, nem se alegue com essa medida administrativa de invasão indevida no campo do poder de polícia judiciária, já que tal atuação da SUSEP visa reprimir, em casos extremos, a prática de atividade claramente ilícita na esfera administrativa. Sobre a diferenciação entre o poder de polícia administrativa e o poder de polícia judiciária, MEIRELLES ensina<sup>71</sup>:

Mas deixemos claro, que a polícia administrativa é a que incide sobre bens, direitos ou atividades, ao passo que a polícia judiciária incide sobre as pessoas. Assim poder de polícia judiciária é privativa dos órgãos auxiliares da Justiça (Ministério Público e Polícia em geral) enquanto que o poder de polícia administrativa se difunde por todos os órgãos administrativos, de todos os Poderes e entidades públicas.

(MEIRELLES, H. L.)

Nas palavras de POLIDO, “compete ao Estado ingerir no mercado securitário, de maneira firme, objetiva e decisiva, porém com vistas na sua *solidez e liquidez*. Uma vez mantido sólido o sistema, o Estado terá cumprido seu dever e o consumidor permanecerá protegido” (POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 17). Não é outro o entendimento de CARVALHO FILHO ao sustentar que:

O que importa, na verdade, mais que a questão da legitimidade normativa, é que as agências alcancem efetivamente os fins para os quais foram instituídas no sistema de controle de prestadores de serviços públicos e de certos setores da atividade econômica. O que se quer é que atinjam metas e que persigam resultados. A sociedade deseja – esse é que nos parece o ponto de mais relevância – que o novo sistema e as agências de que se compõe realcem o princípio da efetividade.

(CARVALHO FILHO, J. dos S. *Op. cit.*, 2011, p. 69)

---

<sup>71</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_40/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_40/panteao.htm). Extraído em 02/02/2015 às 20h20.



E, com relação às sociedades seguradoras e às entidades estrangeiras de previdência complementar que atuam no mercado nacional sem a necessária autorização, o tratamento exigido da fiscalização não pode ser menos contundente. Com certeza, na defesa dos interesses nacionais e em respeito à legislação concorrencial cabe à SUSEP adotar todas as medidas necessárias para firmar convênios de cooperação mútua com os órgãos supervisores estrangeiros competentes para supervisão e fiscalização dessas atividades, com o intuito de viabilizar canais eficientes de representação fiscal para prevenir e reprimir reciprocamente tais práticas ilícitas, sem prejuízo de adoção, pela SUSEP e pelos órgãos competentes<sup>72</sup>, das demais providências administrativas, civis e penais determinadas no âmbito da legislação brasileira contra todos os responsáveis.

Ao tratar do importante tema sobre a omissão fiscalizatória do ente regulador, ARAGÃO e SAMPAIO alertam que:

Dessa forma, o fiel e contínuo exercício das competências normativas e fiscalizatórias das agências mostra-se essencial ao desenvolvimento de um ambiente concorrencial saudável nos setores regulados, sendo certo que a regulação para a concorrência mostra-se um dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, determinando ao Estado que crie arcabouço jurídico-normativo para que, sempre que possível, os setores regulados passem paulatinamente para uma realidade de concorrência.

(ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P. *Op. cit.*, 2011, p. 417)

<sup>72</sup> Cf. exemplo – **Operação Ilha de Man: “PF deflagra operação e investiga previdências privadas no exterior** – São Paulo/SP – A Polícia Federal deflagrou hoje (26) a Operação Ilha de Man com o objetivo de combater uma organização criminosa responsável pela remessa de valores de brasileiros ao exterior. Estão sendo cumpridos seis mandados de busca e apreensão expedidos pela 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo. As investigações apontam que os suspeitos se passando por consultores financeiros abordavam potenciais clientes oferecendo a abertura de contas bancárias na Ilha de Man (paraíso fiscal conhecido pelas corridas de motovelocidade) em conjunto com aplicações em fundos de investimento e contratação de planos de previdência privada. Brasileiros que desejam remeter valores ao exterior devem procurar uma instituição financeira e fechar contratos de câmbio que passam pelo controle do Banco Central – BACEN. Os investigados propunham um sistema à margem do controle do BACEN, propiciando o envio de dinheiro sem origem lícita e sem passar por áreas de *compliance* das Instituições Financeiras regulares. Os mandados de busca visam a trazer novas provas à investigação, identificar os clientes que enviaram suas economias para a Ilha de Man, apurar se as remessas foram declaradas à Receita Federal e qual a origem do dinheiro. Tanto a abertura de conta em instituição financeira estrangeira e a comercialização de planos de previdência são submetidas à autorização do BACEN e da Superintendência de Seguros Privados- SUSEP, condição não respeitada pelos investigados. Os principais crimes cometidos pela quadrilha são os de operar instituição financeira sem autorização, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e constituição de organização criminosa. Os clientes identificados, caso tenham operado irregularmente, poderão responder, também, por sonegação fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro”. Disponível em <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/02/pf-deflagra-operacao-e-investiga-previdencias-privadas-no-exterior>. Extraído em 05/03/2015 às 18h45.



À parte de todo esse esforço de combate ao mercado marginal, é preciso ainda extrair importantes lições para reflexão pelas sociedades seguradoras e entidades de previdência complementar aberta. Com efeito, pelo crescimento observado do número e dimensão financeira das entidades marginais resta evidente que há inúmeros nichos de mercado de risco oficialmente inexplorados e carentes de regular proteção securitária ou previdenciária, os quais reclamam do mercado regular a cobertura por planos adequados e a preços compatíveis aos riscos existentes e à demanda dos consumidores destinatários. Dessa feita, a análise crítica, pelas entidades regulares, das suas atuações nos mercados de seguro e de previdência complementar aberta, bem como a consequente oferta de novos planos securitários e previdenciários podem figurar efetivamente como a mais eficiente arma no combate às entidades marginais, em importante auxílio ao trabalho de fiscalização desenvolvido pela SUSEP.

#### **4. Considerações Finais**

Como conclusão, cabe consignar que o presente estudo procurou rebater os equívocos de interpretação doutrinária e legislativa que subsidiam a suposta legalidade da atuação do mercado marginal de seguros e de previdência complementar especialmente com base no enunciado nº 185 emanado do III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, bem como apresentou sucinta comparação entre as operações do mercado oficial e o paralelo nas atividades de seguros e de previdência complementar no que tange aos requisitos, garantias e controles operacionais e concluiu no sentido de ser necessária a revogação do enunciado em comento. Ao final, sugeriu-se, como proposta de atuação mais eficiente da SUSEP, a adoção de medida mais contundente de decretação da liquidação extrajudicial das sociedades e entidades do mercado marginal que apresentem uma conduta ilícita mais renitente, como forma de tornar efetiva a proteção aos consumidores de boa-fé insculpida na legislação de regência e de coibir a proliferação da concorrência desleal no mercado securitário e de previdência complementar aberta.

Ressalte-se, em remate, que, por se tratar de um trabalho acadêmico, fatores de outras naturezas, notadamente de carência de estrutura operacional da SUSEP, não foram levados em conta na análise da possibilidade da aplicação das medidas ora propostas, os quais, se considerados, poderiam resultar em conclusões diferentes a da expressada neste estudo. Ele reflete, todavia, a visão particular do autor sobre a atuação ideal da SUSEP no combate ao mercado marginal, fruto do conhecimento adquirido e das experiências vivenciadas ao longo das aulas do curso de MBA em Direito de Seguro e de Resseguro da Escola Superior Nacional de Seguros.



## 5. Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. O conceito de “harmonização” em ordens jurídicas transnacionais. In: **1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee**. Brasília: Escola da AGU. Ano IV, n. 21, outubro / 2012. V. 2a.

ALMEIDA, Ricardo Pontes de. **Poder de polícia: conceito, características e meios de atuação e divisão no atual sistema administrativo brasileiro**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poder-de-pol%C3%ADcia-conceito-caracter%C3%ADsticas-e-meios-de-atua%C3%A7%C3%A3o-e-divis%C3%A3o-no-atual-sistema-adm>. Extraído em 25/02/2015 às 21:00 h.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **O seguro e as sociedades cooperativas – relações jurídicas comunitárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 1, fevereiro a abril de 2005. Salvador.

BIDINO, Maria Elena. Abertura do mercado brasileiro de resseguro. **Revista do IRB**, Rio de Janeiro, n. 301, jul. 2006.

BORGES, Gabriel Martins Teixeira. **A distinção entre as associações de socorro mútuo e seguro empresarial**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-distincao-entre-as-associacoes-de-socorro-mutuo-e-seguro-empresarial,49025.html>. Extraído em 25/02/2015 às 21h30.

BOTTINO, Thiago: Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. In: GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Decreto Federal nº 60.459 de 13/03/1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.063 de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73 de 21/11/1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei Federal nº 6.435 de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei Federal nº 7.492 de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para países da *Civil Law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



CHILE. Decreto con fuerza de Ley nº 251, de 1931: El D.F.L. Nº 251 se publicó en el Diario Oficial de 22 de mayo de 1931 y correspondía a la ex-Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros.

CNseg. Disponível em <http://www.cnseg.org.br/cnseg/memoria/informe-anual-balanco-social/>. Extraído em 20/02/2015.

CNseg. **Informe anual: mercado segurador brasileiro – 2013.**

COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS – Projeto de Lei do Senado nº 442, de 2008. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=58706> às 21h29 de 20/02/2015.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução CMN nº 3.308, de 31/08/2005, e suas posteriores alterações. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 136, de 07/11/2005, e suas posteriores alterações. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 226, de 06/12/2010, e suas posteriores alterações. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 243 de 06/12/2011 e em suas posteriores alterações. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 281, de 30/01/2013. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS. Resolução CNSP nº 302, de 16/12/2013. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>

CONTADOR, Cláudio R. **A abertura do resseguro**: algumas observações. Cadernos de Seguro: Escola Superior Nacional de Seguros, outubro-dezembro 2014.

CUÑA, Néstor A. Gutiérrez. **El contrato de seguro: parte general**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millennium, 2003.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. Agências de Notícias. **Operação Ilha de Man**. Disponível em <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/02/pf-deflagra-operacao-e-investiga-previdencias-privadas-no-exterior>. Extraído em 05/03/2015 às 18:45 h.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESPANHA. Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

FARIA, Lauro Vieira de. **Abertura do resseguro, demanda de resseguros e impactos sobre o mercado segurado**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2007.

GELIS Filho, Antonio. **Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Extraído em 25/02/2015 às 20h25.



GOLDBERG, Ilan. **Do monopólio à livre concorrência: a criação do mercado ressegurador brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Sérgio: Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In*: GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2014.

MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva; SILVA, Fabrícia de Farias da; SANTOS, Rodrigo Melo. **Análise do mercado de seguros do Brasil**: uma visão do desempenho organizacional das seguradoras no ano de 2003. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci_arttext). Extraído em 25/02/2015 às 20h45.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**: anotações à lei federal nº 7.492/86. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Poder de polícia e segurança nacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_40/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_40/panteao.htm). Extraído em 02/02/2015 às 20h20.

MESQUITA, João; FERREIRA, Rogério M. Fernandes. **A parafiscalidade na actividade seguradora**. Coimbra: Almedina, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Consumidor e Ordem Econômica. Disponível em <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/secretaria-executiva-1/coordenacao/eventos/vii-encontro-docs/ii-encontro-nacional/ii-encontro>. Extraído em 20/06/2014 às 20h.

MOODY'S. Perspectiva para o mercado segurador brasileiro: resumo de opinião. **Moody's**. Disponível em: < [http://www.moody's.com.br/brasil/pdf/Perspectiva\\_do\\_Mercado\\_Segurador\\_Brasileiro\\_\(2009\).pdf](http://www.moody's.com.br/brasil/pdf/Perspectiva_do_Mercado_Segurador_Brasileiro_(2009).pdf) >. Extraído em 30/10/2009 às 20h.

NAIC. **Unauthorized entities manual**: a guide for insurance regulators. Disponível em <http://www.naic.org>. Extraído em 20/02/2015 às 21h.

NOVELO, Alfonso; ZANIBONI, Milena. Brazil finally comes of age. **Standard & Poor's**: global reinsurance highlights. New York: Mc-Graw Hill, 2008.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira**. Revista de Informação Legislativa.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PELLON, Luís Felipe. **A fiscalização de seguros privados na CEE e no Brasil**: um estudo comparativo. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1992.

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





PORTO, Antônio José Maristello. Regulação financeira no Brasil. *In*: GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

**Reactions Magazine**. London: Reactions, jun. 2008.

**Revista brasileira de risco e seguro**. Disponível em: < [http://www.rbrs.com.br/paper/paper\\_interna.cfm?id=57](http://www.rbrs.com.br/paper/paper_interna.cfm?id=57)>. Extraído em 15/11/2007 às 20:00 h.

Revista IRB. Entrevista: Marcos Lisboa, nº 300, dezembro-2005.

RIBEIRO, A. C. **Direito de seguros**. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos reguladores no Brasil**. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Amílcar. **Seguro**. S/I: Record, 1959.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Atribuições legais da SUSEP (ANEXO I). Texto extraído do *site* [http://www.susep.gov.br/menususep/apresentacao\\_susep.asp](http://www.susep.gov.br/menususep/apresentacao_susep.asp). Extraído em 20/01/2015 às 20:00 h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 284, de 15/02/2005, e suas posteriores alterações. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extraído em 22/02/2015 às 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extraído em 22/02/2015 às 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 316 de 12/01/2006. Disponível em <http://www.susep.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extraído em 22/02/2015 às 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Disponível em <http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/2012/confirmada-multa-de-r-11-bilhoes-a-seguradora-americana-que-atuava-irregularmente-no-brasil>. Extraído em 20/01/2015 às 20h.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 1ª Região. E-DJF1 , 06/10/2014. p. 149-151 – AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0057755-60.2013.4.01.0000/MG (d) – Processo Orig.: 0036995-39.2013.4.01.3800. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª Região. Apelação cível: AC 326130 RJ 1998.51.01.033721-1.

ZANELATO, Marco Antônio. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Uma nova prática abusiva no mercado de consumo**. Arquivo disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc). Extraído em 20/06/2014 às 21h.





---

## The legal authority of the Superintendence of Private Insurance to Regulate Marginal Entities Operating in the Insurance and Private Pension Market

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Technical Analyst SUSEP

[jose.oliveira@SUSEP.gov.br](mailto:jose.oliveira@SUSEP.gov.br)

### Summary

---

The scope of this study is to analyze the main technical arguments that marginal entities use to justify their illegal presence in the insurance and open private pension markets, conspicuously Statement No. 185 emanating from the III Civil Law Conference from Council of the Federal Court. In addition, a brief comparative analysis is drawn between the performance of regulated agencies and the marginal entities, detailing the relevant differences. Following that, a brief analysis of the role of SUSEP in addressing this serious problem today and, to conclude, suggestions for additional measures to efficiently tackle the marginal insurance and private pension market.

### Key Words

---

Insurance, open private pension, SUSEP, marginal market, operating without authorization, illicit administrative, administrative penalties, extrajudicial liquidation, crime against the national financial system.

### Contents

---

Introduction. 1. Critical analysis of the principle technical bases for the operations of marginal entities in insurance and open private pensions markets. 2. The differences between regular and marginal operations in the insurance and open private pensions market. 2.1 Operational Requirements. 2.2 The Guarantees required for operation. 2.3 The Controls required for operation. 3. The role of SUSEP with regard to marginal entities operating in the insurance and open private pension market. 4. Final considerations. 5. Bibliographical references.



## **Sinopses**

---

### **A legalidade da atuação da Superintendência de Seguros Privados na fiscalização das entidades marginais de seguros e de previdência complementar aberta**

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Analista Técnico da SUSEP

[jose.oliveira@SUSEP.gov.br](mailto:jose.oliveira@SUSEP.gov.br)

## **Resumo**

---

O presente estudo tem, por escopo principal, analisar os principais argumentos técnicos utilizados pelas entidades marginais para justificar sua atuação ilegal nos mercados securitário e de previdência complementar aberta, notadamente o enunciado nº 185 emanado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Em complemento, é traçada breve análise comparativa entre a atuação das entidades regulares e a das entidades marginais, discriminando suas diferenças mais relevantes. Na sequência, apresenta análise sucinta da atuação da SUSEP no enfrentamento desse grave problema atual e, ao final, sugere medidas complementares de atuação administrativa da SUSEP para combate eficiente ao mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta.

## **Palavras-Chave**

---

Seguros, previdência complementar aberta, SUSEP, mercado marginal, operação sem autorização, ilícito administrativo, atuação administrativa, liquidação extrajudicial, crime contra o sistema financeiro nacional.

## **Sumário**

---

Introdução. 1. Análise crítica dos principais fundamentos técnicos da atuação das entidades marginais nos mercados de seguros e de previdência complementar aberta. 2. Das diferenças existentes entre as operações do mercado regular e do mercado marginal de seguros e de previdência complementar aberta. 2.1 Quanto aos requisitos para operação. 2.2 Quanto às garantias exigidas na operação. 2.3 Quanto aos controles exigidos na operação. 3. Da atuação da SUSEP no combate aos mercados marginais de seguros e de previdência complementar aberta. 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.



## Sinopsis

---

### **La legalidad de la actuación de la Superintendencia de Seguros Privados en la fiscalización de las entidades marginales de seguros y de previsión complementar abierta**

**José Inácio Ribeiro Lima de Oliveira**

Analista Técnico de la SUSEP

[jose.oliveira@SUSEP.gov.br](mailto:jose.oliveira@SUSEP.gov.br)

## Resumen

---

Este estudio tiene, como objetivo principal, analizar los principales argumentos técnicos utilizados por las entidades marginales para justificar sus actividades ilegales en los mercados basados en la seguridad y previsión complementar abierta, en particular la declaración N° 185 que emana de la 3ª Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal. Además, se plantea un breve análisis comparativo de los resultados de las agencias reguladoras y las entidades marginales, detallando sus diferencias relevantes. A continuación, se presenta un breve análisis de la actuación de la SUSEP en el enfrentamiento para hacer frente a este grave problema hoy en día y, al final, se sugieren medidas adicionales de actuación administrativa de la SUSEP para combatir eficientemente al mercado de los seguros marginal y social privada complementaria.

## Palabras-Clave

---

Seguros, previsión complementar abierta, SUSEP, mercado marginal, operación sin autorización, ilícito administrativo, actuación administrativa, liquidación extrajudicial, crimen contra el sistema financeiro nacional.

## Sumario

---

Introducción. 1. Análisis crítica de los principales fundamentos técnicos de la actuación de las entidades marginales en los mercados de seguros y de previsión complementar abierta. 2. De las diferencias existentes entre las operaciones del mercado regular y del mercado marginal de seguros y de previsión complementar abierta. 2.1 En cuanto a los requisitos para operación. 2.2 En cuanto a las garantías exigidas en la operación. 2.3 En cuanto a los controles exigidos en la operación. 3. De la actuación de la SUSEP en el enfrentamiento a los mercados marginales de seguros y de previsión complementar abierta. 4. Consideraciones Finales. 5. Referencias bibliográficas.



## Introduction

After decades of stagnation due to an environment of high inflation, it is evident that towards the end of the last century there was an increase in commercial financial transactions in Brazil (GUERRA, S., 2014. p. 359). Consequently, such developments bring increased exposure to the risks inherent in these activities, amplifying the demand, through market agents, for a greater volume of insurance and reinsurance (FARIA, L. V. de., 2007. p. 49-53).

As a consequence of this favorable scenario in the first decade of the 21st century, the national insurance market saw significant developments in terms of its revenue and share in the Brazilian Gross Domestic Product<sup>1</sup> and in demands for better competitiveness (MACEDO, M. Á. da Silva; S., Fabrícia de F. da; SANTOS, R. M., 2003)<sup>2</sup>. This was especially evident with the opening of the Brazilian reinsurance market in 2007<sup>3</sup> and, in line with the expectations of national<sup>4</sup> and international (NOVELO, A.; ZANIBONI, M., 2008, p. 53) markets, there was a natural expansion of business and in the types of insurance plans<sup>5</sup>, as well as increased competition between the reinsurers<sup>6</sup>, which spurred Brazil towards adopting the best practices in force in the international market<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> CNseg. **Informe anual: mercado segurador brasileiro – 2013**. p. 40: “In 2013, with an overall production of R\$ 294.19 billion, the insurance sector’s share of the Brazilian GDP now amounts to 6.07% of the R\$ 4.844 trillion of goods and services produced in Brazil. In 2008, the share of the insurance sector was equivalent to 4.87%, ie there was an accumulated growth of 24.60% in the insurance industry’s share in GDP over the last five years.”

<sup>2</sup> Available at [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci_arttext). Extracted on 25/02/2015 at 20h45.

<sup>3</sup> Until the introduction of Supplementary Law No. 126 of 2007, the Brazilian market was subject to the reinsurance monopoly of the IRB Brazil Re. See: GOLDBERG, Ilan. Resseguro e desenvolvimento: um estudo acerca dos principais fatores ocorridos nos últimos dez anos e as perspectivas para os próximos anos. **Revista brasileira de risco e seguro**. Available at: < [http://www.rbrs.com.br/paper/paper\\_interna.cfm?id=57](http://www.rbrs.com.br/paper/paper_interna.cfm?id=57)>. Extracted 15/11/2007 at 20h.

<sup>4</sup> “The Brazilian market has become attractive for international reinsurers mainly due to the economic strength of Brazil, the steady growth of the insurance market, the quality the reinsured risk portfolio and the absence of natural disasters. There is also growth potential in relation to new products or segments that international insurers can increase in the country” (BIDINO, M. E., 2006, p. 47).

<sup>5</sup> IRB Magazine. Interview: Marcos Lisboa, nº 300, December-2005, p. 9; *in verbis*: “The insurance and reinsurance market is one that has developed enormously in recent years and the opening will undoubtedly bring more benefits. The increased competition in this market is key to its expansion. The opening of the reinsurance market in Brazil has an extremely healthy outlook, particularly for the development of the insurance market. The liberalization of markets allows a more intimate relationship between insurers and reinsurers and stimulates the release of new products.”

<sup>6</sup> *In verbis*: “The development of the Brazilian economy, specifically the insurance and reinsurance sector, required the large risks generated in the country to receive their respective insurance and reinsurance covers internally, avoiding the migration of business and currency abroad and hence the control by foreign reinsurers” (GOLDBERG, I., 2008. p. 23).

<sup>7</sup> *In verbis*: “Compared to the conditions prevailing in the pre-opening period, the end of the monopoly generates numerous potentially effects that are visible in the long term: – Domestic reinsurance prices falling to the levels of the international market; – Increased risk retention capacity and potential offer of insurance; – Risks transferred abroad through reinsurance; – Improving the technical efficiency of reinsurers, reinsurance brokers and insurers in general; – Improving the overall technical expertise of the insurance market and risk management; – Inflow of international investments by institutions with high credit ratings; – absorption of technical knowledge, technology and new product lines; – Fostering research and knowledge of risk branches seldom previously explored in Brazil (environmental risk, rural, disasters); – Development and improvement of existing product lines in Brazil; – Sophistication and increasing complexity of insurance; and creating the foundations to make Brazil a regional center (hub) for reinsurance, as an exporter of knowledge and experience” (CONTADOR, C. R., 2014, p. 35).



Similarly, the last decade has also seen increased importance for the open private pension market, partly as a reflection of the new regulatory framework brought in by Supplementary Law nº 109, of 5/29/2001, the financial benefits of tax deferral, and the uncertainty about the future of Social Security in Brazil.

To get an idea of the importance of the insurance market to the national economy, it is worth noting that, in the period from 2008 to 2013, the insurance operations in the branches of General and Personal, as well as the private pension operations, increased their share of the Brazilian Gross Domestic Product from 2.51% to 3.31%; and, in terms of the increased operations of insurance, open private pension and capitalization, from 4.87% to 6.07%<sup>8</sup>. It is necessary to point out that, according to Moody's, the market penetration of insurance, pension and capitalization in the Brazilian Gross Domestic Product remains low, around 3% (CONTADOR, C. R. *Op. cit.*, 2014, p. 34), and although this index is comparable to other markets in the region, it remains considerably lower than the more developed markets, such as: USA 9%, France 11%, and Japan 10.5% (MOODY'S).<sup>9</sup>

It is correct, then, to assert that the expected development of private insurance and supplementary pensions will not only bring increased economic prosperity for Brazil, but also provide new plans that permit the inclusion of less fortunate social classes, thus fulfilling to the social role of the financial market expounded in the Federal Constitution according to article 192.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> CNseg. **Informe anual: mercado segurador brasileiro – 2013**. p. 37-40.

<sup>9</sup> **Moody's**. Available at: < [http://www.moody.com.br/brasil/pdf/Perspectiva\\_do\\_Mercado\\_Segurador\\_Brasileiro\\_\(2009\).pdf](http://www.moody.com.br/brasil/pdf/Perspectiva_do_Mercado_Segurador_Brasileiro_(2009).pdf) >. Accessed on: 30 Oct. 2009.

<sup>10</sup> "Art. 192: The national financial system, structured to promote the balanced development of the country and to serve the collective interests, in all its constituents including credit unions, will be regulated by supplementary laws which shall dispose on the participation of foreign capital in the institutions that participate". BRAZIL. Constitution of the Federative Republic of Brazil. Brasília: Senate, 2007.





However, from these recent developments in the national private insurance and open private pension markets<sup>11</sup>, the worrying growth of an operation that harks back to the distant beginnings of the insurance and social security activities, can be increasingly observed<sup>12</sup>.

In effect, under the guise of supposed legal companies and associations, marginal entities are being set up in profusion in order to share the financial consequences of various risks among certain groups of associates in insurance operations or are promoting benefit plans similar in nature to annuity or income, based on the most diverse and inventive arguments.

Such irregular operations lead the unwary consumers to experience insecurities that only happened before the birth of insurance or pensions<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Economy and the Insurance Market, pension and capitalization plans are booming in Brazil. **Reactions Magazine**. London: Reactions, p. 30, June. 2008: "As a result, the prospects for the insurance market, private pension and capitalization, already positive in a currency stability scenario since 1994, become even better, as the sector goes hand in hand with the development of the economy. That is why there is a projection for growth from the market and government forecasts. The regulatory authority and supervisor of the Brazilian industry, the Superintendence of Private Insurance (SUSEP), takes as its premise an average annual growth of 5% of the economy in the coming years, and estimates that the insurance market, pension plan and capitalization could reach 6% of gross domestic product (GDP) by 2011. Private studies are in line with the official projections. In this framework, all the insurance classes should see more significant expansion, beginning with the branch of personal and pensions through the policies of large industrial and commercial risks, outside the massed property covers such as auto, and later, guarantees which will be traded via microinsurance. In particular, the opening of the Brazilian reinsurance market, implemented in April this year, is another important chapter in the advancement of the sector, in view of falling prices and the creation of plans to offer innovative coverage in the country. By the end of the month, the estimate is that 20 companies will be able to operate reinsurance in the country, a figure that could reach 100 global players, amongst brokers and reinsurers, this year. The establishment of reinsurers and brokers from several nations in Brazil is welcome and will contribute to the exploitation of niche markets with strong growth potential. In the first year of opening, the prospect is that the reinsurance revenues rise from US\$ 2.5 billion to US\$ 3.5 billion."

<sup>12</sup> *In verbis*: "In the past, the organization of assistance and mutual schemes were, above all, solidarity and mutual aid, whose function was to attend to the needs neighbors of the members, the members, due to disease, lack of means of subsistence and also loss of crops and animals" (PÓVOAS, M. S., 2000, p. 48).

<sup>13</sup> "The first insurance companies to be founded soon saw the need to introduce new branches and perfected ways and methods to improve its exploitation. It was the science of insurance they were seeking. Individual and obsolete ways were put to one side, fulfilling the mission that achieved the growth of insurance. With regard to the speculative aspect of insurance, a true game in which luck was the main figure, this was replaced by a new scientific approach, based on technical and statistical data bases. Studies were made in order to annul the chance factor. Statistics were used to and calculate probabilities, in order to minimize the risk of the contract. Insurance was beaten at its most arduous stage and in the most serious of its battles. It ceased to be a game and became a science" (SANTOS, A., 1959, p. 17).



In fact, in recent years, what used to be a few isolated cases has now become almost routine. As proof of this, it is common to see, in the media, reports of the illegal activities of various entities operating in the insurance and pension market. Several reports relate to the sale of illegal insurance in the guise of “automotive protection” perpetrated by unscrupulous associations that act as an insurance company without the necessary authorization, or marketing plans that purport to be benefit plans or others similar to personal insurance. It can be noted that such cases share the common trait of greed with regard to the collective savings of the gullible clients, and the subsequent prejudice to the asserts of consumers who are acting in good faith, which, indeed, brings back sad memories of the montepios and mutual trust fund which, in the absence of specific regulations, proliferated in the early 20th century<sup>14</sup>.

It is important to emphasize that these infractions do not appear as a unique brand of insurance and private pension in the national market. In fact, by way of illustration it is worth recalling the cases of partnerships and marginal market consortiums in which offenders used the most ingenious methods<sup>15</sup> to appropriate the savings of thousands of consumers who realized only on completion of payment of all installments, that they had

---

<sup>14</sup> “It was about this time, that is, between 1910 and 1915, that proliferated among us, the famous pension funds and mutuals. Numerous companies were founded, exploiting the credulity and good faith of the public, serving only to enrich dishonest individuals, impairing the spread of insurance. (...) Although short-lived, such societies caused great evils. Their demise, however, served as a useful lesson and the institution of insurance, reacting firmly, proceeded, victorious in its upward march” (SANTOS, Amílcar. *Op. cit.* p. 25-27).

<sup>15</sup> Ministério Público Federal. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Consumidor e Ordem Econômica. Available at <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/secretaria-executiva-1/coordenacao/eventos/vii-encontro-docs/ii-encontro-nacional/ii-encontro>. *In verbis*: “THEME 6: Contract of “leasing” and Consortium (...) Proposed also a greater attention of the MPF as regard the use of private, of ingenious mechanisms – and covert – to capture savigns as a way to circumvent the relevant legal requirements, capping the authorization of the Government for the exercise of such activity; as well as the use of the US currency as standard contracts indexing factor. PROPOSALS:



been completely duped<sup>16</sup>. It is also worth noting the cases of foreign companies, using the most diverse and hidden scams and procedures, who seek to operate in the domestic market without obtaining the prior necessary authorization from the Superintendence of Private Insurance – SUSEP and a blatant affront to the provisions issued by National Council of Private Insurance – CNSP<sup>17</sup>.

Having made this brief introduction, it must be clarified that this paper seeks to analyze the main technical arguments used by marginal entities to justify their illegal activities in the insurance and open private pension markets, notably the Statement No. 185 emanating from the III Conference of Civil Law from Council of the Federal Court. In addition, a brief comparative analysis is drawn between the performance of regulated agencies and the marginal entities, detailing their relevant differences. Following that, a brief analysis of the role of SUSEP in addressing this serious problem today and, to conclude, suggestions for additional measures to efficiently tackle the marginal insurance and private pension market.

---

<sup>16</sup> **Uma nova prática abusiva no mercado de consumo.** Available at: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc). *In verbis*: “Deserves mentioning, today, an abusive business practice that emerges in an overwhelming and multiplying form. Here we are talking of consistent practice in the fundraising activity of popular savings with the promise of consideration in the assets, mainly real estate, which is carried out irregularly, under the guise of a partnership. The contractual instrument constitutes a partnership between a company (managing partner and ostensive) and the consumer (participant and silent partner). **The purpose of such a company is the formation of a social fund which aims to purchase or construct a building; to achieve a social purpose, and the relevant consumer (silent partner) is obliged to pay on a monthly basis, a predetermined value, equivalent to a percentage of social fund – this is nothing more than the capital to be released by the company (partner ostensive) to comply with the social order. In the monthly installment is embedded a percentage that reaches 19% or more of the benefit, by way of maintenance costs and management fees, due to the management of the social fund** (ZANELATO, M. A.).

<sup>17</sup> See, for example, notice concerning administrative sanctions on American insurance company for alleged irregular action in the Brazilian market, available at <http://www.SUSEP.gov.br/setores-SUSEP/noticias/noticias/2012/confirmada-multa-de-r-11-bilhoes-a-seguradora-americana-que-atuava-irregularmente-no-brasil>.



## **1. Critical analysis of the principle technical bases for the operations of marginal entities in insurance and open private pensions markets**

To confront this matter, it should be made clear that the techniques used by the marginal entities to justify this assault on the national insurance and pension markets, takes, as its main premise, that they represent merely the regular operation of a “restricted mutual aid group”.

Previously sustained in an isolated form, such a notion gets to have more meaningful understanding from the aforementioned Statement 185 emanating from the III Civil Law Conference from Council of the Federal Court and published in 2005, concerning the doctrinal interpretation of art. 757, sole paragraph, of the Civil Code in force, which has the following content:

185 – Art. 757: The discipline of insurance by the Civil Code and the norms of private pensions that impose contraction exclusively through legally authorized entities, does not prevent the formation of restricted mutual aid groups characterized by self-management.

In a brief summary, through intricate legal engineering, that statement was based on the arguments that charitable and mutual aid associations may introduce pensions and annuities on behalf of members and their families, of limited value, in accordance with the restrictions supervened following the Federal Law No. 6,435 of 1977; as well as the mutual aid contract resulting from this type of operation being multilateral and self-organizing, sharing the costs and benefits only among its participants by apportionment and in the form of a so-called voluntary mutual insurance,



whose supposed feature of self-management differs from capitalist insurance and private pensions<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> **“Art. 757, sole paragraph –** Author: Adalberto de Souza Pasqualotto, Adjunct Professor at PUC/Rio Grande do Sul **STATEMENT:** The discipline of insurance by the Civil Code and the rules of the pension plan, which impose contracting exclusively through legally authorized entities, does not prevent the formation of restricted mutual aid groups, characterized by self-management. **JUSTIFICATION:** There are two insurance concepts, according to its origins. The Alpine type insurance emerged in the Swiss Alps and is based on the principle of solidarity. Policyholders share joint ventures, organizing themselves into mutual societies and preventing misfortune. Usually annuities are stipulated in the event of death, and frequently also health and accident insurance.

The second type is the capitalist insurance, called “Anglo-Saxon”. It originates from the coverage of the risks of long-distance shipping and is driven by profit.

The Civil Code of 1916 embraced the two modalities, devoting a section to mutual insurance. Policyholders as a whole supported the damage arising from each, exerting themselves in the function of insurer (art. 1466). In return for the premium, they contribute to confront administrative expenses and losses recorded with quotas in proportion to the individual benefits (arts. 1,467 and 1,469).

Pontes de Miranda stressed no conceptual difference between mutual and capitalist insurance, other than the nature of the legal relationship. In the first, there is a pluralistically legal business party amongst the insured, organized usually in form of society, in accordance with the Civil Code of 1916. In the capitalist insurance, the contract is bilateral, between insured and insurer. The insurance companies, regardless of modality – capitalist or mutual – could not be established without prior authorization, pursuant to art. 20, § 1 of the Civil Code of 1916.

Decree-Law No. 2,063, of 7 March 1940, changed this situation. On the one hand, private insurance operations could only be carried out by corporations, cooperatives and mutual societies but, on the other hand, excluded from its incidence the associations, charity and mutual aid, pensions and annuities issued to members and their families. Thus, creating a mutual insurance company and other associations, in a way that distinguishes the concepts of society and association, which was done decisively in the 2002 Code.

Subsequently, Decree-Law No. 73 of November 21, 1966, exclusively restricts insurance operations to corporations and cooperatives, throwing out the old mutuals, which would be the embryo of private pension funds, regulated by Law No. 6,435, in 1977. As for the benefit, mutual aid and montepios then in operation, they were kept out of the legal system also in Decree-Law No. 73, and as arranged in Decree-Law No. 2,063, at the discretion of the National Council Private Insurance to supervise them when saw fit.

With the enactment of Law No. 6,435, of July 15, 1977, mutuality had to be governed by pension rules, with the exception of small value annuity plans (up to 300 ORTN at the time), in the limited scope of a company, foundation or other entity of autonomous nature and administered exclusively in the form of division among the participants.

Law No. 6.435/1977 was repealed by Supplementary Law No. 109 of 29 May 2001, which now exclusively regulates the closed and open private pension plans, disposing nothing relative to the entities in the previous law.

The private pension scheme is supplementary and autonomous in relation to the general social security scheme. Open entities consist solely in the form of corporations and are accessible to any individuals. The insurance companies authorized to operate exclusively in the “life” branch can operate pension plans. The insurance legislation shall apply, as appropriate, to the open entities.

Closed entities can only be organized in the form of a non-profit foundation or civil society and are accessible only to employees of a company or group of companies and the federal civil servants, the states, the Federal District and municipalities, called entities “sponsors” and associates or members of corporate professional character, class or sector, called “founders”.

Closed units made up of founders should outsource the management of resources which will guarantee the technical reserves and provisions by hiring specialized and authorized institution for both, whose assets must be kept separate and completely isolated from the settlor’s assets and closed entity.

As can be seen, the pension plans of the closed units made up of founders involve: the settlor, which will be a legal person of professional character, trade or sector; the pension entity, created in the form of a non-profit foundation or civil society (known as pension fund); and the manager. Operationally, the legal relationship is established between the private entity and the manager, the beneficiaries being the members or associates of the settlor. The Manager provides services to social security entity, putting this and the beneficiaries as consumers in front of that. The same scheme prevails in sponsored entities, which are constituted by private or public employers on behalf of their employees and servants, with management services outsourced.

In the models provided for in social security legislation there is no place for pure mutualism. The Civil Code of 2002 also ignored it as a kind of insurance, not have any device similar to art. 1,466 DC/1916.

As observed by Ronaldo Porto Macedo Júnior, registered an important movement of the society of friends system and mutual aid organizations for the modern insurance company and pension. None of this, however, signifies the purge of mutualism. Private autonomy and freedom of contract, including taking into account the social function of the contract, guarantee its permanence, since, as a genuine principle, it is practiced and maintained in a restricted circle. The mutuals should organize themselves exclusively in the associative form, as the corporate is usable only



However, with due respect to the person responsible for the elaboration of this statement, a strong rebuttal is required to each of its erroneous arguments, which have been misused in attempts to support the operation of the marginal entities, given the gravity of this argument already reverberating in the courts<sup>19</sup>, as well as the considerable risk to the consumer, to society in general and to the proper functioning of the whole system of the national private insurance and pension system.

by the capitalist and social security insurance. Legally still prevails the exception of Decree-Law No. 2,063, 1940, which was not expressly repealed by Decree-Law no. 73, 1966, remaining partially in force: benefit and mutual aid associations may introduce pensions and annuities on behalf of members and their families, of limited value, given to the supervening restriction with Law No. 6,435, 1977.

The mutual aid contract is pluralistic and self-organizing, sharing costs and benefits exclusively among the participants by apportionment. The difference from the capitalist insurance and private pension is self-management, as permitted by Law No. 9,656/1998 for health plans".

<sup>19</sup> Federal Regional Court – 1st Region. E-DJF1, 10/06/2014. P. 149-151 – APPEAL INSTRUMENT N. 0057755-60.2013.4.01.0000/MG (d) – Process Orig.: 0036995-39.2013.4.01.3800 – In verbis: "It is better to examine the application for tutelage appeals made in the initial and despite the lucid grounds on which aggravated decision relied, I note that the claim in reference satisfies the requirements of art. 558 of the CPC, to authorize the granting, in view of its clearly precautionary character and therefore compatible with the precautionary protection of the grievance, expressed in letters and the said legal provision. Indeed, according to extracts of elements for the present case, you do not see prima facie evidence, that the activity carried out by the associative entity AUTOFORTE possess the legal nature of private insurance, given that in the light of its rules, it is an association where members share the possible material damage caused to vehicles of their property in a cooperative system, that is, despite the similarities with the typical case the insurance contract, is characterized in principle by the apportionment of costs between its members grouped with the specific purpose of mutual aid in the defense of their assets. In this line of understanding, the precedents enrolled by applicants grant-in these terms: *CIVIL ACTION PUBLIC. ADMINISTRATIVE. SUSEP. ASSOCIATION. AUTOMOTIVE PROTECTION. ILLEGALITY. ABSENCE. Despite the legal duties of the Superintendence of Private Insurance – SUSEP for the supervision of insurance and related operations (Decree-Law No. 73/66), there does not appear in the case, illegal trade insurance for non-profit association established in order to promote automotive protection to its members. Despite the similarities with the typical auto insurance contract, there are undeniable differences, such as the apportionment of costs between members, reached the previous month, and in proportion to existing quotas, with a maximum amount to be indemnified. pluralist contract hypothesis in restricted group of mutual aid, characterized by self-management (Statement No. 185 III Day of Civil Law), in which there is the figure of the insured and the insurer or insured risk guarantee, but apportionment characterized damage effectively. Possible crime (art. 121 of Decree No. 73/66) is to be measured in its own way, but there is no illegality in the simple association for apportionment of damages. appeal provided. Sentence reformed (Rev. No 00149-70.2011.4.02.5101 – Rapporteur Federal Court judge Edna Carvalho Kleemann – 6th Panel of the 2nd Region Federal Court, judged on 14/07/2014) – emphasis added. *CIVIL APPEALS. CHARGING ACTION. NON-PROFIT ASSOCIATION. AVAILABLE TO MEMBERS OF AUTOMOTIVE PROTECTION. NO PAYMENT OF OBLIGATIONS RELATING TO alluded WARRANTY. LEGAL ORDER POSSIBILITY. CAUSE MATURE. JUDGMENT. ORIGIN OF THE INITIAL APPLICATION. I – The availability of automotive protection service by the Association does not characterize the agreement between the parties in a typical insurance contract. II – Having agreement between the parts of automotive warranty protection, the contractors are required to comply with the agreed standards. III – Non-compliance with obligations of the Parties legitimizes the contractor injured to demand their fulfillment, not having to talk about legal impossibility of the application. IV – Revoked the sentence dismissed the case without resolution of merit, is set at the outset, the judgment, with fulcrum in permissive of art. 515, paragraph 3, of the CPC, with the done properly instructed. V – having a proven author of the constituent facts of their rights and the Respondent presented no defense, the origin of the initial request is as it imposes. (TJMG, AC 0331763-02.2011.8.13.0105, Rel. Des. Milk Square Pub. 07/09/2013). From other side, one cannot forget that the suspension of the activities of the mentioned associative entity, thus disrupting even the coverage of possible material damage caused to vehicles of its property, for which even come regularly contributing its associates, characterize, in kind, periculum in mora in verso, mainly for lack of any statement in this cursory examination, that such members would possibly being injured. With these considerations, I grant the request for reconsideration made by aggravating to grant the application for advance appeal relief, leaving therefore the effectiveness of aggravated decision until definitive pronouncement by the judging panel. Communicate urgently via FAX to monocratic judgment, for the purposes of knowledge and immediate compliance with this decision. Published. Cited. Brasília, September 24, 2014".**



The criticism exposed, obviously, is not personal in nature, but merely academic and is meant only to identify the most relevant flaws in the factual and legal basis of the cited Statement, and ultimately, to require its immediate revocation.

To this end, it is worth remembering that insurance activity initially plays a social role relevant to families and in the reposition of resources and assets, since it has the scope to minimize the harmful impacts arising from accidents<sup>20</sup>. To achieve this important objective with the guarantees required in the administration of popular savings of policyholders, insurance should be based on specific principles and regulations as well as making use of actuarial and technical knowledge in such a way that, within statistically authoritative standards, the revenue from the premiums is sufficient to cover the costs of all damage, plus all costs involved in this type of operation.

One can assert without exaggeration, that the lack of fulfillment of these requirements likens the performance of these marginal entities to a mere game or bet on absolutely reckless and foolish conduct, with the aggravation of endangering the assets of consumers; and not those of the marginal entity itself or its unscrupulous managers. In addressing the issue, BAPTISTA DA SILVA considers that:

The legal relationship between the capitalist enterprise and the 'collective economy', formed by the contributions of the insured, is not identified as a legal relationship of full ownership, as insurance is considered as a bilateral agreement in which each insured 'purchases' insurance by the payment of their premiums. The ownership of the insurer with regard to the 'fund', where there are indemnities payable to insured persons, is an ownership burdened with fees.

(...)

He will be insured because of the solidarity of the community of contributors. It is from the 'fund', not the insurance company, from which the insured gets the compensation owed for the claim. The insurance company is a manager of the collective savings. It is therefore correct to compare it to the figure of trustee in Anglo-American law, a sort of collective savings manager for the insureds.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A., 2008. p. 11)

---

<sup>20</sup> In this regard, BAPTISTA DA SILVA maintains that: "Man, as we know, is the only animal to have a clear vision of his own death, as one of the few absolute certainties of his existence. The notion of inevitable death – associated with the ability of the human being to predict the occurrence of certain events, determines the formation of countless social and legal institutions, organized in order to reduce or, if possible, avoid the harmful consequences of certain misfortunes that afflict him or his species. To the extent that it provides for the necessary, one cannot avoid the individual and collective calamities that often happen, but can at least reduce the effects of them by adopting appropriate preventive measures". Excerpt extracted from BAPTISTA DA SILVA, O. A., 2008. p. 43.





Similarly, it can be concluded that the conscientious and responsible performance of pensions also calls for such levels of technical and actuarial expertise, as well as the establishment of adequate technical provisions for the risks involved in these operations and prudent application of collateral assets within the parameters of insurance established by legislation to supporting payments of social security benefits for a specified term or even for life.

At this point, it is appropriate to differentiate the commercial activity in general from the insurance or pension activity with regard to the execution period of the transaction. In a manner that is different to general commercial activities, in which transactions are carried out simultaneously, insurance or social security activity, as a rule, is strongly defined by the fiduciary, in that a significant period of time can elapse between payment of the premium or the contribution and the due performance of the obligation by the Insurer or the Open Private Pension Entity, since the realization of this is conditional on the occurrence of contractually envisaged events (PORTO, A. J. M., 2014. p. 73). Regarding this matter, PORTO highlights the microeconomic nature as one of the particular reasons for financial regulation – including insurance and pensions which, according to the that author, and based on three main objectives: stability, efficiency and equity (PORTO, A. J. M., 2014. p. 74).

Such is importance attached to private insurance and private pensions, that the Federal Constitution of 1988 provides for the Union to supervise insurance and private pension operations (art. 21, VIII) and to exclusively legislate on civil law and on the insurance policies (art. 22, I and VII, (art. 22, I and VII, respectively), as well as to define the guidelines of private pensions (art. 202). Regarding the relevance of insurance, Polido highlights:

Insurance has a reserved and prominent position in this emerging Brazilian society, not only as a guarantor in the face of misfortunes of every order, but also as a promoter of the economy and the domestic savings of the country.

(POLIDO, W. A., 2010, p. 357).

In Brazil, while social insurance is regulated by specific legislation, private insurance finds its general principles and defining structure in Decree-Law No. 73 of 21.11.1966, the statute responsible for creating the National System Private Insurance, CNSP, SUSEP, who regulate insurance and reinsurance operations in the domestic market through this legal instrument that was approved by the Federal Constitution of 1988. As expressly provided for in Articles 1 and 3, the Decree-Law applies to all private insurance operations in Brazil, which are understood to be those whose object is the insurance coverage of things, people, assets, liabilities, obligations, rights and guarantees.



And, from that constitutional jurisdiction, the Union has defined the main characteristics of insurance, its requirements and the specific provisions of damage and personal insurance in Chapter XV of the Civil Code of 2003. With respect to the necessity of prior legal authorization to operate, the civil law provides in Article. 757, that the insurer is obliged, through the insurance contract and upon payment of the premium, to ensure the legitimate interests of the insured person or thing, against predetermined risks.

In a similar sense, Decree-Law No. 73 has determined since 1966, in its Art. 24, that only corporations and cooperatives can operate private insurance; the latter being limited to the branches of agricultural, health and industrial accidents at work.

In light of these legal provisions, it can be asserted, without difficulty or misunderstanding that, in order to provide insurance in the private sector, the insurer should be duly authorized under the provisions of Decree-Law No. 73 of 1966 in accordance with regulations issued by the CNSP and SUSEP.

Therefore, by providing private insurance risks unduly, the marginal entities discussed in this work are, in fact, operating as insurers without legal authorization. And on the same basis, it confirms the falsehood of the simple assertion that marginal entities are limited to operating mutual insurance.

By way of illustration, to counter any other notions, it is appropriate to remember how the legal doctrines define mutual insurance:

I – Mutual insurance. Mutual insurance is a contract by which several people unite through statutes to share damages that each could befall due to certain accidents. The policyholder shall act at the same time as insurers and insured persons, in such a way that responsibility for risk will be shared by all insured, each answering for damage suffered by any of them. (RT, 378:421, 164:359, 161:879, 155:857, 144:392, 140:389, 136:351, 125:723; RF, 82:510, 89:629, 92:609 and 102:402).

(DINIZ, M. H., 1999. p. 947)

BAPTISTA DA SILVA, in dealing with mutual insurance, notes also that:

In essence, a truly cooperative insurance, in which the insured themselves, ultimately, if self-insured by mutuality, have constituted themselves for that purpose and without the slightest resemblance to commercial companies.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 48)



Furthermore, the author, commenting on the variability of the mutual insurance premium compared with the fixed capitalist premium, highlights that:

In mutual insurance, such a possibility is a constant, and stems from its nature of 'self-insurance', typically corporate. The variability of the premium – even in a mutual insurance contract – is expressly provided for by the Civil Code which, it's fair to say, is not a master in the field of discipline of mutual insurance. We can see, however, how the matter is regulated: "Art. 1,468. It will also be allowed to obligate fixed premiums, if these do not cover the risks, the difference to be divided.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.* p. 52)

However, it should be clarified that mutual insurance, formerly laid down in Articles 1,466-1,470 of the Civil Code of 1916, no longer finds regulation in the current legislation, by virtue of the express repeal of this statute by Art. 2,045 of the Civil Code of 2003. And even if alleged as a valid argument, operation of the marginal entity with legal support in Decree-Law No. 2,063 of 07/03/1940, considering the possibility of mutual incorporation of a company, provided for in articles 14-33, presupposes, with blinding obviousness, the underlying existence of the regulation itself.

There is no justification for mutual insurance operation with focus on freedom of association as provided for in the Federal Constitution and the Civil Code, since the discussion is not based on the right or not to form an association<sup>21</sup>, but in the exercise of the activity regulated by law without the necessary authorization of Public Administration, by whoever.

<sup>21</sup> See : BORGES, Gabriel Martins Teixeira. The distinction between mutual aid associations and commercial insurance. Available at: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-distincao-entre-as-associacoes-de-socorro-mutuo-e-seguro-empresarial,49025.html>. Extracted on 2/25/2015 at 21:30. In verbis: "hence, there is no doubt as to the legality of the creation of associations of mutual aid, whose main objective is reciprocal cooperation. It is fitting to clarify that such entities have been neglected or forgotten over time, but they have never ceased to exist, and there is no specific law for this, as it was in the Civil Code of 1916, but neither is there any impediment in the creation or maintenance of mutual aid associations.



In addition, it is indispensable to point out that, with the entry into force of Decree-Law No. 73 of 1966, all insurance activity in the private sector now has a new regulatory paradigm, in apparent tacit revocation of the matter in the face of the profound transformation imposed to the insurance regulation, according to much of the specialized doctrine<sup>22</sup>. If this were not enough, it is worth mentioning that Decree-Law No. 73 of 1966 did not foresee the possibility of private insurance operations by mutual insurance companies, but only corporations and cooperatives, and the operation of the latter, as said elsewhere, is still limited to the branches of agricultural insurance, health and industrial accidents.

It is appropriate to point out that, even assuming the possibility of lawful operations in mutual insurance, the mutual societies would depend, pursuant to articles 34 et seq. of Decree-Law No. 2,063 to 1940, on prior authorization from SUSEP<sup>23</sup>, as well as attending to all operational requirements in the quoted legislation<sup>24</sup>. As found in many foreign insurance regulations that still continue to provide for the possibility of mutual insurance company operation<sup>25</sup>. Therefore, there is no prevailing claim of freedom of establishment and operation for mutual societies, and

<sup>22</sup> Regarding: "In principle, one could argue that the project is devoid of merit characterized by the lack of innovation in the legal system, since it expressly repeals a law (in this case, the article 109 of Decree-Law No. 2,063, 1940) that, by understanding the doctrine, would already be implicitly repealed. In fact, art. 109 of Decree-Law No. 2,063, 1940, is implicitly revoked by at least two rules: Decree-Law No. 73 of November 21, 1966, and the Civil Code in force in 2002 (Law No. 10.406, of January 10, 2002). Decree-Law No. 73 of 1966, regulated the entire Brazilian private insurance system, which attracts the incidence of § 1 of art. 2 of the Introduction to the Civil Code Act (Decree-Law No. 4,657, of September 4, 1942), according to which the later law repeals the previous when expressly when it is incompatible or when fully adjusted by the previous law. Although the Decree-Law No. 73 of 1966, nothing is mentioned about this issue, one must conclude that are repealed all provisions of Decree-Law No. 2,063, 1940, including its art. 109, since the Decree-Law No. 73 of 1966, regulated, fully, the private insurance system and its form of supervision. And yet, in hypothesis, considering art. 109 of Decree-Law No. 2,063, 1940, even after the enactment of Decree-Law No. 73 of 1966, it should be noted that the Civil Code regulated the issue entirely, again; (...)" Extracted from: COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS – Senate Bill nº 442, de 2008. Available at: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=58706> at 21:29h de 20/02/2015.

<sup>23</sup> Decree-Law nº 2,063 de 1940, *in verbis*: "Art. 1º The operation of private insurance operations will be carried out in the national territory by corporations, mutuals and cooperatives, with the authorization of the Federal Government. Sole paragraph. Cooperatives have agricultural insurance as their object, whose operations are governed by special legislation".

<sup>24</sup> "Whatever the form chosen for establishing the company, the operation of private insurance depends on prior approval by the Federal Government. The authorization shall be granted by decree of the Executive Branch following a request submitted by developers or initiators of the company to the Minister of Labor, Industry and Commerce, through the National Department of Private Insurance and Capitalization" (SANTOS, A. *Op. cit.*, p. 76).

<sup>25</sup> "Precisamente, la reglamentación estuvo dada por el Decreto 354/94 de 17 de agosto de 1994, el cual establece: (...) Artículo 27º – Registro de Mutuas. Efectos. Para poder registrarse ante la Superintendencia de Seguros y Reaseguros deberán presentar, según corresponda: a) copia debidamente autenticada de sus estatutos y reglamentos internos. b) estados contables actualizados, certificados por Contador Público. c) nómina de sus asociados. d) descripción de las actividades que actualmente realizan, y e) detalle completo de los riesgos cedidos. Las mutuas que no se hayan registrado en el plazo y condiciones previstos precedentemente, no podrán continuar operando" (CUÑA, N. A. G., 2007, p. 232).



beyond the authorization and monitoring by the Public Administration. Except for a manifest misconception, which even BAPTISTA DA SILVA, in his detailed work on mutual insurance cooperatives, failed to succeed in proving the legal foundations that support the conclusion that mutual insurance (BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 69-71), operation does not require authorization from SUSEP, limiting its exposition to articles of the previous Civil Code. And with due reverence, to explain the differences between mutual insurance disguised as mutual aid, and business insurance, BORGES also confronted the above arguments in order to succeed in disregarding the legal provisions that all private insurance in Brazil, including mutual insurance, is subject to the dictates of Decree-law No. 73 of 1966 and, therefore, the rules issued by CNSP and supervision by SUSEP (BORGES, G. M. T. *Op. cit.*).

It could not be any different, in view of the importance of the financial system – integrated with the national systems of private insurance and pensions – for the economic development of Brazil, according to PORTO:

A robust and active financial system is an important variable for the development of a country. Thus, mechanisms that contribute to the maintenance and development of this system deserve special attention. In this sense, the regulation is a form of State intervention, aimed at the maintenance and development of the financial system, acting in order to remedy market failures. Thus, its scope would be to maximize economic efficiency and defend the public interest, in cases where the market is not working satisfactorily. Indeed, the legal goods to be protected by the State in the financial market are, ultimately, public confidence in financial institutions, the trust of the economic agents in their currency, as well as legal certainty for the enforcement of securities, in the case of any default.

Intervention is justified due to the specific nature of financial institutions, in particular the fact that the final recipient of the regulation is the consumer of banking services, namely, society as a whole. In this sense, there are legal and economic arguments that support such understanding.

(PORTO, A. J. M., *Op. cit.*, 2014, p. 72-73)



Without forgetting the above, another argument enshrined in the Statement, in question, to justify self-managing mutual insurance is that due to the express legal exclusion, both Decree-Law No. 2,063 of 1940<sup>26</sup> and the Decree-Law No. 73 of 1966<sup>27</sup> do not regulate the operations of associations, charities and mutual aid that provide pensions or annuities to members and their families. And, by logical consequence of this argument, it is concluded that self-management mutual insurance is not subject to supervision by SUSEP<sup>28</sup>.

Such reasoning, however, with due respect, cannot prevail for the fact that the Federal Decree No. 60,459 of 13/03/1967 – responsible for regulating the Decree-Law No. 73 of 1966 – had in its Art. 115, that the associations of mutual benefit and aid, and montepios that provide pensions or annuities, are subject to supervision by SUSEP and any new entity would depend on permission from the Federal Government in accordance with the regulations issued by the CNSP<sup>29</sup>. And, furthermore, although the Decree-Law No. 2,063 of 1940 and No. 73 of 1966 at that time did not govern the institution and operations of pension or annuity plans, later, with the advent of Federal Law No. 6,435 of 07.15.1977, pension activity came to be properly regulated in order to put an end to harmful contracts similar to those perpetrated by the former montepios, with disastrous consequences for the assets of their unfortunate participants and beneficiaries.

---

<sup>26</sup> Decree-Law nº 2,063 de 07/03/1940, *in verbis*: “Art. 2 Excluded from the regime established in this decree-law are the Brazil Reinsurance Institute and any other institutions created by federal law, as well as the benefit and mutual aid associations offering pensions or annuities on behalf of members and their families”.

<sup>27</sup> “Article 143. The government entities that operate in private insurance will frame their activities to the regime in this Decree-Law within one hundred and eighty days, being authorized to establish the necessary corporation or cooperative. § 1 The benefit and mutual aid associations and montepios that offer pensions or annuities, currently in operation, are excluded from the regime established in this Decree-Law, providing that the CNSP shall supervise them if and when it deems appropriate. § 2 Corporate foreign insurers operating in the country will adapt their organizations to the new legal requirements, within of this Article and the conditions determined by CNSP.” (Wording given by Decree-Law No. 296 of 1967).

<sup>28</sup> *In verbis*: “provides no impediment to the activity of mutual aid associations being that when the decree was created the Civil Code of 1916 was in effect, which provided for such activity in Articles 1,466-1,470, in addition to the Decree. 2,063/40 (not revoked) demonstrating the legality of the activity. It can be seen from Decree-Law no. 73/1966 in Article 143, Paragraph 1, that the rules of corporate insurance do not apply in relation to associations (See about: BORGES, G. M. T. *Op. cit.*).

<sup>29</sup> Federal Decree No. 60,459 of 03/13/1967, *in verbis*: “Art 115. SUSEP shall submit to CNSP, inside of 120 days, the supervision plan for benefit and mutual aid associations and montepios establishing pensions or annuities. Sole paragraph. The establishment of any new entity with the purposes of the guidelines in this article will depend on prior authorization of the Federal Government in accordance with the regulations to be issued by CNSP”.



And, by virtue of the provisions contained in Federal Law No. 6,435 of 1977, the establishment, organization and functioning of private pension entities have come to depend on prior authorization of the Federal Government<sup>30</sup>, with one exception provided for the establishment of small death benefits worth 300 ORTN within the limited scope of a company, a foundation or other autonomous entities<sup>31</sup>. It should be highlighted, however, that in 2001, even this one legal exception ceased to exist due to the express withdrawal of that law cited above, so the whole private pension system now has a new regulatory framework in view of the entry into force of Supplementary Law No. 109 of 29/05/2001<sup>32</sup>. Indeed, this law is responsible for regulating the provisions of Art. 202 of the Constitution and establishes the main characteristics and rules for the proper functioning of all pension markets in the country.

Actually, it is necessary to highlight that the alleged insurance activity – under the guise of operating a “restricted mutual aid group” – clearly has a distinct nature of social activity. In fact, while mutual insurance seeks to compensate the losses of claims through the assessment of the amount of damages among the group of insured participants, the pension plan has different objective, as it aims to provide, through the collection of contributions and the financial income received, the resources necessary for paying the retirement of the surviving participants. Add to this the fact that mutual aid societies<sup>33</sup> are different from mutual insurance companies because of the eminently philanthropic nature of their operations, despite the common feeling of social solidarity existing in them, according to BAPTISTA DA SILVA (BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 55).

<sup>30</sup> Federal Law No. 6,435 of 1977 in verbis: “Art. 2 The constitution, organization and operation of private pension funds is subject to prior authorization from the Federal Government, according to the provisions of this Act.”

<sup>31</sup> Federal Law No. 6,435 of 1977 in verbis: “Art. 6, subject to the provisions of this Act, the death benefits of small value shall not be considered private pension activity provided that only administered in the form of division among the participants. Sole paragraph. For the purposes of this article, small value should not exceed the equivalent to the updated nominal value of 300 (three hundred) Readjustable National Treasury Bonds – ORTN.”

<sup>32</sup> Supplementary Law nº 109 de 2001, *in verbis*: “Art. 1º The private pension scheme, complementary in character and organized autonomously in relation to the General system of social security, is optional, based on the Constitution of provisions that guarantee the benefit, in accordance with the caput of Article. 202 of the Constitution, subject to the provisions of this Supplementary Law”.

<sup>33</sup> According BORGES, “...The mutual aid associations had greater strength in the Brazilian scenario mainly throughout the Second Empire and the First Republic, as mutual entities organized by recreational, ethnic and professional interests” (BORGES, G. M. T. *Op. cit.*)





Thus, it is concluded that, even if currently in force, the provisions contained in Art. 2 of Decree-Law No. 2,063 of 1940 and in Art. 143 of Decree-Law No. 73 of 1996 would not be applicable to insurance activity, undermining the understanding espoused in the aforementioned Statement.

And, even if the understanding were the opposite, it can be observed that with the regulation of private by Federal Law No. 6,435 of 1977 and, later, by Supplementary Law No. 109 of 2001, the operations of marginal entities would require the prior authorization of the public administration and monitoring by the supervisory bodies.

In this vein, there can be no justification for the need to sustain a legal reserve for mutual insurance operations regardless of their alleged corporate or associational nature. And to the arguments above, it remains obvious that Statement No. 185 emanating from the III Civil Law Conference from Council of the Federal Court is a mistake and should be promptly withdrawn by the competent authority.

The question becomes even more important when for the fact that some marginal entities are constituted as limited companies and since their establishment have profit their main objective, in accordance with the provisions of Art. 1,363 of the previous Civil Code and Art. 981 of the current Civil Code. This conflicts with the law regarding the nature of mutual insurance which, in essence, should not seek profit from its operations. BAPTISTA DA SILVA, in addressing the issue of the cooperative society to support the analysis of the operation of mutual insurance, highlights the following:

The cooperative, in fact, is a transparent entity. It is merely an extension of the legal entity of its partners. The equity has an instrumental sense, because the cooperative transfers to the partners the 'surplus' or, conversely, makes requests for capital to cover any deficits. Each financial year, it returns to shareholders the positive results of the management. Hence, one can say that the cooperative is a company that works on the principle of zero result.

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 43)

In conclusion, it appears, therefore, that regardless of the creativity of the name and the operational system adopted in the legal field, the formation of benefit plans in the nature of private insurance or private pension is not properly supported in the current legislation and, therefore, the exercise of such activities without the necessary authorization from the Public Administration will subject the perpetrators to the appropriate penalties.



## 2. The differences between regular and marginal operations in the insurance and open private pensions

This study gathers the legal arguments to support conclusions on the illegality of marginal entities operating in the insurance and private pension markets, and it remains appropriate to further describe the differences between regular market operations and those of the marginal insurance and open private pensions market.

To this end, here, in schematic form, are brief considerations on the requirements, guarantees and controls surrounding the operations in the regular insurance market, comparing them with the practices perpetrated by the marginal market, in order to better clarify the generally unknown functioning of the insurance and private pension market:

### 2.1 Operational Requirements

- a. **Insurer or open private pension entity (EAPC) properly constituted:** without prejudice to other important legal requirements, and financial and technical formalities, described in Decree-Law No. 73 of 1966 or by Supplementary Law No. 109 of 2001 and the relevant regulations, it must be noted that for authorization to operate, an insurance company or EAPC should be, in general, a corporation and should meet the requirements of minimum share capital, variable according to the geographical area in which the company intends or is authorized to operate, whose value can reach R\$ 15 million to operate throughout the country, plus a variable amount of capital to guarantee the risks inherent in its operation<sup>34</sup>. The insurer or the EAPC also needs to have a Board with proven management experience in this field of activity<sup>35</sup> and, furthermore, needs to develop a detailed business plan that demonstrates to SUSEP the viability of this business venture<sup>36</sup>.
- b. **Marginal insurance or private pension entity:** In comparison, to start operations, marginal entities simply need to meet the general requirements of the current law for establishment of a regular business or association, requiring legal formalities and requirements that are less complex than those necessary for the formation of a corporation. Under the financial aspects, it is essential to note that, although they may have large group of associates and operate throughout Brazil, the marginal entities do not have the minimum capital required by law, which is a blatant disadvantage with respect to an insurance company or open private pension plan with the same scale of operation.

<sup>34</sup> According to CNSP Resolution nº 302, of 16/12/2013.

<sup>35</sup> According to CNSP Resolution nº 136, of 07/11/2005, and subsequent alterations.

<sup>36</sup> According to CNSP Resolution CNSP nº 302, de 16/12/2013.



## 2.2 The Guarantees required for operation

- a. **Insurer or open private pension entity (EAPC) properly constituted:** in order to operate regularly, insurers and EAPCs should constitute the so-called technical provisions<sup>37</sup>, which can be defined as liabilities constituted according to mathematical or statistical calculations laid down in the relevant legislation in order to ensure its operations. In fact, one of the points that differentiate a regular company from of an insurance company or an EAPC is precisely the necessity to establish technical provisions. However, it is not enough to just make the appropriate calculation of the technical provisions, it is also necessary to maintenance assets in that amount sufficient to meet the total technical provisions. These assets originate mainly from the premiums paid by the insured or the contributions of the participants and, ultimately, are the collective savings of consumers, which will be the source of the funds used in the payment of indemnities to policyholders and their beneficiaries or the payment of benefits to participants of pension plans as a result of the occurrence of events characterized as accidents or retirement. At most, it is clear that the entire legal framework of consumer protection requires that the guarantor assets are free and clear of any liens and remain authorized for this purpose and bound to the strict control of SUSEP<sup>38</sup>, in order to prevent their depletion<sup>39</sup>. Furthermore, it is important to highlight that the financial investments corresponding to the guarantor assets are made according to a rigid framework also established by CNSP<sup>40</sup> and by the National Monetary Council CMN<sup>41</sup>, in order to ensure both the necessary liquidity for the operations of the insurer or of the EAPC as well as the security of the collective savings of consumers on exposure to financial risks. It should also be remembered that the assets guaranteeing the technical reserves shall not be alienated, promised to divest or otherwise recorded without express prior permission of SUSEP, being null and void as of right, the disposals carried out or the encumbrances constituted for this violation<sup>42</sup>. Finally, it is essential

---

<sup>37</sup> According to CNSP Resolution nº 281, of 30/01/2013.

<sup>38</sup> Article 36. It is to SUSEP, as executor of the policy determined by the CNSP, as supervisory body of the constitution, organization, functioning and operations of the Insurance Companies: (...) f) to authorize the movement and release of mandatory inscribed properties and values in guarantee of technical reserves and bound capital."

<sup>39</sup> As determined by SUSEP Circular nº 284, of 15/02/2005, and subsequent alterations.

<sup>40</sup> According to CNSP Resolution nº 226, of 06/12/2010, and subsequent alterations.

<sup>41</sup> According to CNSP Resolution CMN nº 3.308, of 31/08/2005, and subsequent alterations.

<sup>42</sup> According to Art. 85 of Decree-Law nº 73, of 21/11/1966, and subsequent alterations, *in verbis* (source: <http://www.planalto.gov.br>): "Art. 85. The guarantor assets of technical reserves, funds and forecasts shall be registered with SUSEP and may not be sold, pledged to sell or recorded in any form, being null and void as of right, the disposals carried out or the encumbrances constituted for this violation (Wording given by Decree-Law No. 296 of 1967) (...) Sole paragraph. When the guarantee is a non-liquid asset, it must be registered with the appropriate Registry of the Property Registrar General, upon simple request signed by the Insurance Company and the SUSEP".



to note that any infractions to the rules of the constitution of technical provisions are subject to hefty administrative sanctions<sup>43</sup> against the insurer or the EAPC and even against its managers, without prejudice, in the case of fraud and the practice, in theory, of crime against the popular economy<sup>44</sup>. On this subject, it is worth highlighting the following doctrinal excerpt:

Technical provisions mainly serve two types of interest: firstly, obviously, the interests of the insured, seeking security from the Insurer. This can only be stabilized by financial resources able to pay any compensation, otherwise there can be no security.

(...)

The second interest is the company itself, because without technical provisions it simply has no way to fulfill its objectives. In fact, there may not be another economic activity in which the provisions of the company have an intimate relationship with the performance of its activity in the same manner as insurance activity.

(...)

We saw that the insured and the insurance company itself are the holders of the interests justifying the establishment of technical provisions. What we now note is that there is a larger principle to guide them, namely, the protection of the consumer and the integrity of their assets.

This represents the largest foundation for the existence of technical provisions. Policyholders do not usually have a reasonable notion of the importance of such provisions, but they ensure that the policies are individually honored by the insurer.

The relevance of the provisions, however, goes beyond the individual protection offered to the insured. It also reaches groups, and can easily affect the entire collective.

(...)

In short, what we want to emphasize is that, when it comes to technical provisions, not only is the protection of the individual at stake, but also the protection of the entire group of insureds and even consumers of other products and services, since these too depend on insurance activity.

(RIBEIRO, A. C., 2006, p. 84-85)

<sup>43</sup> As provided in CNSP Resolution 243 of 06/12/2011 and subsequent amendments.

<sup>44</sup> As required by art. 110 of Legislative Decree 73/66, in verbis: "Art. 110. It is a crime against the popular economy punishable in accordance with the law, the act or omission, personal or collective, that arises from the lack of reserves and coverage, linked to guarantee the obligations of the Insurance Companies. "



- b. **Marginal insurance or private pension entity:** A scenario that is diametrically opposite occurs in the case of marginal entities on account of there being only the desire of its managers to administer the collective savings of members, without the necessary respect to the operations of the insurance system described above. So, the decision to constitute or not some kind of accounting provision are in the hands of the management, to reserve or not sufficient assets to honor future commitments or even the decision about the form, type and the risk taken in the application of the collective savings of members and, in the last and most dangerous instance, the final destination of those. Moreover, this broad operational freedom – “licentiousness”, in fact, – is seen to be a characteristic trait of the marginal market and certainly constitutes the main harm to consumers who are proceeding in good faith. If is for no other reason that precisely on this point rests the major concern of the Public Administration, given that it would be simple enough for the fund manager of the marginal entity to effect a bank transfer, emptying the collective savings of the association in the blink of an eye without any opposition by third parties or even from SUSEP, contrary to what would occur with an insurer or EAPC regularly constituted.

It is precisely on this point rest the more forceful operations with regard to the nonconformity of marginal entities, since such activity overthrows the entire legal and regulatory framework that exist to preserve the interests of policyholders, and, thus, now faces demands for the necessary state control<sup>45</sup>.

OLIVEIRA, in discussing the crime of reckless management, makes the following timely note about the need to limit the activities of Financial Institutions, similar to the forces that on insurance companies and private pension entities<sup>46</sup>:

First, specify that the risk is something absolutely normal and even necessary in the active management of a financial institution. The market and the nature of the products requires resourcefulness and cunning, as with any gamble where you can, legitimately, win or lose. What should be noted, however, is that financial institutions, for the most part, do not work with their own money, but with the money of depositors and investors, delivered in trust.

---

<sup>45</sup> “There is no right or individual freedom that is absolute. They are subject to restrictions, including administrative constraints, which make up the very essence of the right. “Freedom” may be absolute, but the “right to freedom”, becomes intrinsic and ontologically limited. Moreover, by providing for the possibility of restricting the right, at the same time consecrates it” (ARAGÃO, A. S., 2011. p. 175-176).

<sup>46</sup> Available at: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502/r143-05.PDF?sequence=4>. Extracted 20/01/2015 at 20h.



Hence the relevance and justification of the type of crime under discussion. The Financial Institution, an intermediate, needs to be subject to certain limits of action in the management of other people's money. The risk, therefore, is valid and fully acceptable as subscribed as normal for an investment or a market product and considers the level caution not from the perspective of the common man (*hominus medius*), but from the perspective of the financial market itself.

(OLIVEIRA, L. H. M. M., p. 50)

In addition, it must clearly be pointed out that, in view of the inherent randomness of the events liable to insurance coverage, the actual occurrence of revenue deficit of the contributions of members or participants is not essential for effective configuration of the responsibility of marginal entities for unlawful assumption of risk or performance. Surely, it is important to remember that, even in criminal liability, the occurrence of actual loss to the consumers, or the repetition of the malpractice is unnecessary in order to be characterized as a criminal offence pertaining to the illicitness of the improper activities as a financial institution as shown in the lesson from TIGRE MAIA:

**142.** The objective type demands the presence of regulatory elements – respectively, the absence of authorization to operate, and goods obtained through misrepresentation. Falsehood, in these cases, either the ideological or material will be absorbed by the crime-order because it is crime-half (norm, featuring a crime, it serves as the basis for the preparation or execution of another) that exhausts its harmful potential in the *falsum* practice. No need of the cause of damage to third parties or repetition of the practice of financial activities, forming improper abstract danger usual crime.

(MAIA, R. T., 1996, p. 109. Author's emphasis)

Therefore, it should also occur within the scope civil liability, less accurate in relation to the Criminal law in force, so that the argument in order to sustain the current defaulting should not have the ability to eliminate the marginal entity's liability for the irregular practice and nor it should sustain any decision, even temporary, in favor of continuity of this type of operation.



### 2.3 The Controls required for operation

- a. **Insurer or open private pension entity (EAPC) properly constituted:** without prejudice to other important controls described in Decree-Law No. 73 of 1966, Supplementary Law No. 109 of 2001 and the relevant regulations, requires that an insurer or EAPC shall have a corporate policy and a formally established system of internal controls, as well as the obligatory use of external audit services specialized insurance or pension plan to evaluate their accounting statements and their internal control systems, all with the aim of promoting a better standard of guarantee to its operations. Additionally, the insurer or the EAPC should submit formally to the analysis of SUSEP all insurance or pension plans marketed and their actuarial technical notes, in line with all the determinations contained in the legislation governing this. In its operation, under heavy penalty administrative fine, the insurer or the EAPC is also obliged to respect the limits of operational risk retention, which are established in accordance with its financial capacity and formally approved by SUSEP, in order to prevent irresponsible risk-taking by the insurer of risks in an amount inconsistent with the company's financial capacity.
- b. **Marginal insurance or private pension entity:** in a diametrically opposite and absolutely disturbing scenario, marginal entities can be seen to act without any control – the performance, internal controls, as well as the conditions governing the pension plans, are established, or not, at the free will of their managers. If this were not this enough, it is of paramount importance to highlight, referring to the issue of risk retention, that marginal entities have a tendency to guarantee the payment of benefits in an amount that goes far beyond the financial capacity of the company or association, without the knowledge of its members or participants. Even in the context of a mutual insurance transaction, such a conclusion cannot be undermined, since the assumption of a security risk without technically established bases coupled with the absence of risk distribution mechanisms also affects its own members and participants in potentially relevant amounts.

Without prejudice to the purely legal and operational perspectives, we must also examine, for its relevance, the question of the role of these marginal entities from the perspective of technical feasibility. Indeed, because of their nature, insurance and welfare activities require for their stability, a significant volume of policyholders and participants and the creation of technically structured insurance and pension plans, requirements that are incompatible with the scenario offered by marginal entities, usually made up of limited group of participants or associated with benefit plans made without any actuarial basis.





Certainly, one should also not forget that, through the insurance contract, the insured transfers to the insurer the economic effects of certain risk specified in the policy. However, such a contract should not be considered in isolation as its technical basis is the multiplication of insurance contracts responsible for ensuring the same type of risk. as asserts ALVIM:

Insurance is technically the sharing, among many policyholders, of the damage that should be borne by one of them. From this point of view, the insurance company acts only as a business manager, responsible for receiving from the insured all the premiums due, to administer the common fund set up and pay claims relating to claims incurred and are under insurance coverage under the related policies. Therefore, it can be observed that the mutualism forms the basis of insurance. It is necessary, however, to define the contribution of each insured to this common fund, which can only be established by statistical means, calculating the number of claims that are likely to occur based on a given sample.

(ALVIM, P., 1983, p. 59)

In all, it is also necessary to point out that, for insurance and welfare activities to succeed, a business structure is required to efficiently manage the available resources used in the establishment of adequate technical provisions and make payments of compensation and annuities, all with the aim of making – not just an abstract figure of purely legal terms – the insurance and social security guarantees offered. To illustrate the true operation of a mutual society and its failure in the context of national security-market, it is important to bring into play the thoughts of ALVIM:

57 – Solidarity is the foundation of any kind of insurance, but appears more clearly in the constitution of the mutual society. In addition to not being motivated by profit, the economic results accrue to the benefit of members themselves. Therein lies its strength. It can offer its members, at least theoretically, risk cover under more favorable conditions.

Instead of delivering to a company their contribution for the formation of a common fund, as in the fixed premium insurance, members of the mutuals become insurers themselves. Policyholders and insurers merge in the same entity, although from a legal point of view there are two distinct legal relations, the formation of the company and the insurance contract.

By participating in the formation of the company or joining it later, the member is engaged in the insurance coverage. Becoming a partner, subject to the conditions provided in the policy for each type of insurance. First occurs the admission to the entity, then they become insured. The rights and obligations of the partners are embodied in the Articles of Association and the rights and obligations of the insured, in the policies of the different branches. (...)



58 – Although enjoying a favorable position in some countries, the insurance mutuals were not successful here. The disappeared from the market, after some frustrating attempts.

Undoubtedly contributing to this failure was the lack of profit incentive. Without the stimulus of a profit, the directors were not like other entrepreneurs. The companies were sacrificed for market competition.

It must have an action in its administrative discipline, lack of concentration of interests in the hands of a group able to excite its direction with greater vigor and energy.

**The special Insurance legislation (Decree-Law, no. 73, of 21.11.66), in the face of the negative experience of this type of company, prohibited the formation of new mutual societies for insurance purposes.**

Remembering, however, that agricultural, health work accidents may be undertaken by cooperative societies. Subsequently, the work accident insurance was transferred to the orbit of social insurance.

Cooperatives have a legal structure similar to mutuals: voluntary membership, with unlimited number of members; variability of the capital or lack thereof; uniqueness to vote; return of net surplus for the year. These are the common traits, diverging in others, as shown in its legislation (Decree-Law No 59 of November 21, 1966).

(ALVIM, P., 1983, p. 68-69. Author's emphasis)

And the mere fact that, in self-managed mutual insurance, the alleged collection of financial resources to meet the compensation happens later to the occurrence of the corresponding claims, does not eliminate the need for efficient management of available resources and nor the need for minimum guarantees on financial assets. BAPTISTA DA SILVA notes:

Having made this little digression, returning to the point and we see the lesson of Emydio da Silva, concerning the management of social quotas, forming reserves, since, as is appropriate, the enterprise represented by the contributions of the partners must be properly managed, since the initial calculation carried out for determining the value of shares, as of the fixed premium insurance technique should take into account the value of shares and the additional value of their income: "The obligation of the general and technical administration is naturally that of a dutiful administration, summarized in the thinking of best collective interest and which deeply affects the strict observance of all technical regulations in the development of insurance operations that the company gives timely execution to. The company disconnected from basic commitment of quotas after the claim has to preside, in addition to the collections, over the working capital. As its obligation, it is mentioned the most productive use of this fund, that the capitalization, next to each insurance operation, is prodigiously fecund" (p. 591).

(BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Op. cit.*, 2008, p. 43)



So, in the real dynamics of the insurance activity – even in the scope of mutual insurance – it is not possible for there to be a perfect financial marriage between contributions and the disbursement of expenditure on compensation, taxes, wages and services provided by third parties. Therefore, for there necessarily to be the financial management of a popular savings by the marginal entities, mutual societies, if their operations were permitted by law today, would require the watchful control of the Public Administration, in identical terms applicable to the operations of regular insurance companies. Either conclusion is true, that when it was possible to operate with mutual insurance, the Decree-Law No. 2,063 of 1940 devoted several detailed articles to regulate the activity of the mutual society and control of assets guaranteeing the technical provisions.

In summary, faced with this exposition on the requirements, guarantees and controls surrounding operations in the insurance and private pension markets by regulatory agencies in comparison with the performance of marginal entities, it is not difficult to conclude that the insurance and pension guarantees should not be based on benefits plans shrouded in uncertainties and fragilities, as offered by the marginal market, but should only be provided by an insurer or pension plan provider established and operating with strict respect for the legal framework in force.

Another commonly held claim by marginal entities as justification for their irresponsible actions is that the insurance and private pension market is slow or delinquent in the payment of benefits and pensions due, or that it is bureaucratic in its demands for the execution of indemnities. This untruth of such indiscriminate accusations and the unrealistic scenario of general default that marginal entities would have you believe exists in national insurance and pension markets, cannot go unchallenged and it is necessary for the sake of truth, to bring the follow considerations.

For example, a brief note, that according to data from the Social and Annual Report of the Brazilian Insurance Market for the year 2013<sup>47</sup>, the amount of compensation and benefits paid in 2013 was in the order of R\$ 140.2 billion, which represents an increase of 13.6% over the previous year. The loss ratio of the market index corresponding to the division between the indemnified amount and the total collected premium, was 67.40%, a percentage below that in the year 2012 in the order of 69.68%. These statistics show, therefore, that a high volume of resources and a significant portion of the revenues of the insurance companies are allocated to the payment of indemnities, which refutes with solid data the scenario supported by the marginal entities.

<sup>47</sup> Available <http://www.cnseg.org.br/cnseg/memoria/informe-anual-balanco-social/>



It must be pointed out that there exist several criticisms and disagreements, even pending in court, between insurers and other organs of the government as to the interpretation of the insurance legislation and the conduct of some market players. Also, the possibility of specific misconduct by Insurers and EAPC administrators that may result in the extrajudicial liquidation of these companies which, however, only strengthens the need for the entire legal framework currently existing for consumer protection. But then to wish to support the operation of insurance or pensions on the margins of the law based on the assertion that the entire regular market operates with incompetence, has certainly no chance of being accepted as true.

So much so that, on analysis of the National Registry of Substantiated Complaints from the Department of Consumer Protection and Defense of the Ministry of Justice for the year 2013, it turns out that, in spite of the economic groups under the command of financial institutions appearing among the suppliers with the highest number of complaints, insurance or pension plans themselves are responsible for only a small number of consumer complaints in proportion to the total volume of contracts signed. Although not the only source of information on the topic, it can be concluded that such statistics refute the unfair scenario alleged by marginal entities.

As for the charge of sluggishness in fulfilling their contractual obligations, it is necessary to clarify that the Insurers and the EAPCs are required regulate claims and pay the compensation due within a period expressly defined by law and in the insurance contract or corresponding supplementary private pension plan. For example, in the case of personal insurance, SUSEP Circular No. 302 19/09/2005<sup>48</sup>, amended by SUSEP Circular nº 316 of 12/01/2006<sup>49</sup>, establishes the deadline of 30 (thirty) days for the payment of compensation<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>

<sup>49</sup> Available <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>

<sup>50</sup> *In verbis*: "Liquidation of Claims Art. 72 the procedures for settling claims should be informed, specifying the basic documents required to be submitted for each type of coverage, permitting the insurance companies in case of reasonable and justifiable doubt, to request other documents. § 1 A deadline for payment of claims shall be established, limited to 30 (thirty) days from delivery of all basic documents referred to in this article, except as provided in § 2 of this article. § 2 in the case of request for documentation and/or additional information, as provided for in the caput of this article, the term referred to in the preceding paragraph shall be suspended, returning on the working day following that on which the requirements are completely met § 3 non-payment of compensation within the period provided in § 1 and § 2 of this article implies the imposition of default interest from that date, without prejudice to its update, under the specific legislation. § 4 Payment of compensation may be made in the form of lump sum or income, as defined in this Circular. § 5. The insurance plan may admit the possible replacement of the payment of compensation in cash for payment of goods or services, provided that expressly agreed by the insured or beneficiaries"



As an illustration of this regulatory requirement, it can be observed in the annexes of the General Conditions of Life Insurance, extracted from the respective websites of the insurers, the contractual term forecast of 30 (thirty) days for settlement of claims.

Furthermore, is necessary to say that for insurers who do not regularly meet the commitments in the insurance contracts, there are heavy penalties in the current law – CNSP Resolution 243 of 06/11/2011 and subsequent amendments<sup>51</sup>. There are additionally, in the same legislation, increments in the value of the penalty described above in cases of aggravating circumstances and recurrence<sup>52</sup>.

Thus, it is clear, that the presence of aggravation and recurrence is relevant or even very significant to the administrative penalty applicable to insurers and EAPCs for violating commitments on insurance and private pension contracts, which, obviously, act as a strong demotivating factor to needless delays in paying claims owing, even when taking into account the real possibility of assessment by SUSEP.

Luck does not play a part in excessive bureaucracy for payment of compensation and pensions, since insurers are obliged, under the legislation governing in particular that deals with prevention and combating money laundering (Federal law nº 9,613 of 1998), to require the necessary documentation to the attestation of occurrence of the accident and civil ID of the insured and beneficiaries. It is also important to point out that the list of documents required for the regulation of claims and the payment of indemnities and pensions is already expressly stated in the general conditions of insurance policies and pension plans pursuant to the determination provided for in current legislation<sup>53</sup>, which no doubt, helps in quickly obtaining the documentation required by law and makes the occasional unscrupulous attempt to formulate demands misplaced.

<sup>51</sup> Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. *In verbis*: “Art. 29 does not fulfil or delay unreasonably the fulfillment of obligations assumed in the contract or similar instrument. (Article amended by CNSP Resolution No. 293/2013) Penalty: fine of R\$10,000.00 (Ten Thousand) to R\$ 300,000.00 (Three Hundred Thousand). § 1 does not comply with the requirement laid down in the caput after a SUSEP subpoena to do so. (Paragraph amended by CNSP Resolution No. 293/2013) Penalty: fine of R\$ 40,000.00 (Forty Thousand) to R\$ 800,000.00 (Eight Hundred Thousand).”

<sup>52</sup> Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. *In verbis*: “Art. 11. Circumstances that aggravate the administrative penalty: I – the offender obtained undue advantage or concealed the illicit nature of the offense; II – the offense occurred at the expense of under eighteen, or over sixty or person with physical, mental or sensory handicap, interdicted or not; and III – let the offender did not meet the recommendation of SUSEP to take action to prevent or mitigate the consequences of the offense. § 1 Each aggravating circumstance implies the maximum increase of twenty percent of the difference between the minimum and maximum limits for the respective penalty. (...) Art. 14. There is a recurrence when the offender commits a new violation of the same nature, within three years of the final administrative conviction. Sole paragraph. In case of recidivism, the fine is increased to double.”

<sup>53</sup> As an example, in the case of personal insurance – art. 72, caput, of SUSEP Circular No. 302 of 19/09/2005, as amended by SUSEP Circular No. 316 of 12/01/2006.



In addressing issues relating to legal, operational, technical feasibility perspectives as well as exposing the striking disadvantages of marginal insurance and open private pension markets in relation to official markets, we need to address the issues pertaining to the performance of SUSEP and the manner in which it tackles marginal insurance and open private pension markets, which will be done in the next section.

### **3. The role of SUSEP with respect to the marginal entities operating in the insurance and private pension market**

It is appropriate to initially recall the paradigm shift of State action that occurred in the late 20th century, as GOLDBERG highlights:

The last decades of the 20th century revealed that the accumulation of functions exercised by the State made it ineffective in several of them. With the consequences of globalization it became obvious that it would not be possible to satisfactorily meet the demand of the population for public services, infrastructure and economic development at the same time, that is, it became obvious the need for the state to revise its role, ceasing to be the main player and, instead, taking a supporting role as the Regulator, allowing the private sector to operate in regulated conditions, providing the best conditions for development in the whole society.

(GOLDBERG, I., 2008, p. 15)

And, in the context of insurance and pensions regulation in Brazil, it is SUSEP that acts for the Federal Authority<sup>54</sup> under a special regime<sup>55</sup> of the Ministry of Finance whose institutional mission is to “act in the regulation, supervision, oversight and encouragement of insurance, open private pension and capitalization, in a manner that is agile, efficient, ethical and transparent, protecting the rights of consumers and interests of society in general”<sup>56</sup>. And, among others, there are legal duties<sup>57</sup> of SUSEP, in line with the System of Material Supervision<sup>58</sup>:

---

<sup>54</sup> According to Regina Bernardes Rocha local authority characteristics: being created by law, have public legal personality, have self-administration capacity, have expertise regarding the purpose or activities, to submit to the administrative control or supervision (ROCHA, R. B., 2009, p. 223-224).

<sup>55</sup> “If there is no law to define the special regime, the specialty will be investigated in each case”, adds Celso Antonio B. de Mello, for “not having any law that generally defines what is meant by such a regime, we must investigate, in each case, what is meant by this. The underlying idea remains the one that would enjoy greater freedom than other authorities “. (ROCHA, R. B., 2009, p. 226)

<sup>56</sup> Text extracted from the *site* [http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao\\_SUSEP.asp](http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao_SUSEP.asp). (ANEXO I)

<sup>57</sup> Text extracted from the *site* [http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao\\_SUSEP.asp](http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao_SUSEP.asp). Regarding the legal authority SUSEP (ANNEX I) see also art. 36 of Decree-Law No. 73 of 11.21.1966.

<sup>58</sup> *In verbis*: “In this system the State exercises a material supervision from the establishment and during the insurance operations, in order to verify whether it is continuously able to guarantee the insurance sufficiently. The material control can be practiced in a continuous or periodic way. The System of Material Supervision by the State incorporates provisions of the two previous systems. But it goes beyond those, because it is based on the principle that only a specialized State agency, and with all the necessary skills, can effectively supervise insurers and protect the interests of policyholders” (PELLON, L. F., 1992, p. 15-16).



1. Oversee the establishment, organization, functioning and operation of Entities of Insurance, Capitalization, Open Private Pension and Reinsurers, acting as executor of the policies outlined by CNSP;
2. Act to protect the capacity of popular savings that are effected in operations of insurance, open private pension plan, capitalization and reinsurance;
3. To ensure the protection of consumers' interests in supervised markets;
4. Promote stability of the market under its jurisdiction, while ensuring that its expansion and the operation of the entities that operate in it;
5. To ensure the liquidity and solvency of the companies which comprise the market;
6. Discipline and monitor the investments of those entities, in particular those guaranteeing the technical provisions.

In line with its important institutional mission and legal powers, SUSEP promotes the strong and continuous monitoring of companies and supervised entities, despite its limited human and operational resources. Regarding this topic, it is important to bring into play the words of POLIDO:

The regulations prepared by the National Council of Private Insurance (CNSP) and the Superintendence of Private Insurance (SUSEP) bring operational aspects, prioritizing administrative control exercised by the Regulator. The concern of the government should remain the protection of the solvency of the market, creating or imposing preservation mechanisms for the liquidity of insurers.

(POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 302)

And with respect to the marginal market, fiscal performance developed by SUSEP is no less striking, especially on the growing number of these offenses and the high risk they pose to the very credibility of the insurance and private pension markets, as well as the stability of the entire National System of Private Insurance and Supplementary Open Pension.





In fact, in an effort to tackle the marginal market, SUSEP established a Special Commission to Combat Marginal Markets under SUSEP Ordinance No. 2,986/08, in order to expedite the investigation of such complaints and quickly promote all enforcement actions appropriate together with the Federal Police, the State Prosecutor's Office, the Federal Public Ministry and other competent authorities; in accordance with the importance of state regulation and economic criminal law for the proper functioning of the National Financial System, in the words of BOTTINO:

The proper functioning of the financial system is undoubtedly essential for the development of public finances and the national economy. To safeguard its proper functioning, the laws criminalizes behavior that violates the rules designed to ensure transparency in the functioning of institutions (and therefore greater security of investments and operations) These actions, by their nature, could become systemic in the country's economic stability.

(BOTTINO, T., 2014, p. 396)

Appropriately, it remains only to remember that the legislator recognizes the seriousness of the marginal market's presence in the financial system and has elevated this type of offense to the condition of a criminal offense under the provisions of art. 16 of the Federal Law No. 7,492 of 1986<sup>59</sup>. It is said that, by its nature, such economic crime is a relevant threat to the financial market, notes DE SANCTIS:

The economic offense cannot be characterized as a mere infringement of the individual assets, since not every disturbance of economic life necessarily implies violation of individual assets.

Economic crime, to the extent of the material and moral damage, has proven to be a constant threat to any company. Jorge de Figueiredo Dias and Manuel da Costa Andrade claim that "[...] the material and moral damage it causes, for its adaptation and survival ability to social and political changes, by its ability to create defenses frustrating forms of struggle that are being targeted, economic crime is a serious threat to undermine the foundations of any organized society. Hence the invention of effective forms of struggle today is the concern of government agencies, judicial, police, etc., all countries.

(DE SANCTIS, F. M., 2003, p. 8)

---

<sup>59</sup> *In verbis*: "Art. 16 Operate, without permission, or authorization obtained by (vetoed) false declaration, financial institution, including distribution of securities and exchange: Penalty – Prison of 1 (one) to 4 (four) years and fine."



And if that were not enough, SUSEP also sought to curb the continued performance of marginal entities with the drafting of various infraction notices threatening hefty fines, in addition to supporting the filing of dozens of civil actions in view of the extent and gravity of the offenses committed and the relevant risk is the entire National System of Private Insurance and Supplementary Private Pension.

And, such actions could not be otherwise, since, in the regulatory law, *“Regardless of the theory that it is partisan about the extent and limits of the normative power of the agencies, there is no doubt that powers granted to any entity of the Public Administration are in view of public interest that should be protected. These being unavailable, the Administration cannot stop exercising its competencies, omitting when the legal system forces it to act, that which would consolidate a waiver to the pursuit of public interests”* (ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P., 2011, p. 412).

To reinforce understanding of the need for prompt action from the regulatory authorities of the financial market in the defense of people's savings, the following law:

(...)

In fact, the intervention of the government in private financial institutions guided by the notion of prevention, should occur as early as proves necessary to dispel the risk of systemic crisis in the financial market.

It takes into account that serious irregularities in the management of financial institution or its insolvency, due to the high degree of integration with the operating financial market, can not only cause losses to creditors, but cause all sorts of consequences baleful to the national economy, such as credit restrictions, increased inflation, bank runs and widespread insolvency.

**The state interference in irregular financial institutions, therefore, must be processed swiftly, to avoid exhaustion of savings and harm to the national economy. That is, in the event of certain situations faced by financial institutions, generating its own insolvency risk and the soundness of the financial system, the state response must be prompt and quick in order to avoid implementation of the threat. (...)**

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Author's emphasis)

Thus, it is necessary to establish that the much-criticized actions of marginal market have another harmful side effect for society, as it discredits insurers and EAPCs who are authorized to operate and flies in the face of the need for compliance with current legislation directed at consumer protection. This disturbing situation even encourages, ultimately, the entry of new unscrupulous players to the market, including foreigner operators, and stimulates the output of insurers and EAPCs in the informal economy, where broad operational “licentiousness” prevails, which, together, will certainly entail significant risks to the future of the



entire National System of Private Insurance and Supplementary Private Pension. The understanding of POLIDO is not otherwise, about the solvency of the insurance market and the role of SUSEP:

In summary, it is the unquestioned and total responsibility of the State to safeguard the solvency of the insurance system, so that the Community Fund should not falter because of mismanagement by an insurer. Invested capital is private, within the corporation created, but reserve funds from operations is relevant and has a different connotation in this type of economic activity – because that does not belong solely to the insurance company, but the community of insured – especially those represented by the deferred execution insurance of long duration – protracted over time. The responsibility of SUSEP, as insurance supervisor, and in order to preserve the efficient management of the funds, is of paramount importance.

(POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 160)

On this point, there remains no doubt about the role of the Public Administration in the figure of the regulator to effectively curbing the practice of unfair competition by marginal market insurance and pension as follows:

Especially within the regulatory framework, the State's role is precisely to reduce information asymmetries, impose clear and impersonal rules when it comes to technical criteria, as well as monitoring the compliance of agents to this normative framework, all with a view to promoting the fundamental principles and other constitutionally enshrined values, including the protection of freedom of competition. In this sense, it could be suggested the reframing of fair competition in the classification proposed by the Minister Eros Grau, already outlined above, inserting the public freedom, in the sense that the adoption of a neutral position on the competitive phenomenon requires an act to ensure constant competition between players on equal terms.

(ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P. *Op. cit.*, 2011, p. 414-415)

Ultimately, considering the extreme gravity of the actions of the marginal market, the significant volume of exposed consumers as well as the fact that these societies and infringing entities demonstrate strong and persistent intention to remain trading profitable, failing to comply with orders issued by the judicial authority, show, in the opinion of the author, and urgent need to seek new and more effective mechanisms to combat the marginal market.



Certainly, it should bring into play the doctrinaire lessons TIGER MAIA on the shortcomings of combating crimes against the National Financial System, that also, unfortunately, apply to the administrative level:

For these offenses, in addition to the defective legal regulation, it appears that the police play an insufficient and even condescending role. In the interpretation of a master, writing before the governing law but still, unfortunately, applies, “the criminal immunity of that crime stems also from the general position of the perpetrators of such criminal acts, excluded from the arsenal or the general catalog or criminal offenses, or included with insignificant penalties and generally of a patrimonial nature, which not only have no general prevention (intimidation), but rather, are an incentive to criminal behavior, as they are always a profitable enterprise, and therefore a profitable and risk-free business, or are not defined as crimes, or because, when they are, the financial sanctions are largely offset by earned income and, ultimately, economic or political power, trafficking of influences, corruption, etc., prevent or exclude in practice the criminalization process, the effective enforcement of criminal sanctions, or, at worst, criminal enforcement of rare imposed criminal penalties”. (...)

**19.** Beyond the strictly financial practices, also related to the protection of insurance are the activities of Exchange, Consortium, Capitalization or any type of savings or third-party resources. It reinforces, thus, the conclusion that the essential element that articulates such diverse economic fields to the Governing Law is the presence of the collection, management and implementation of third-party funds or operating with securities.

(MAIA, R. T. *Op. cit.*, 1996, p. 11 e 31. Author's emphasis)



It remains, therefore, to assert that in addition to the issuance of notices of violation and the civil action instituted against the companies and marginal entities, as well as a criminal complaint against their administrators, there are other effective measures to be adopted by SUSEP based on the full exercise of its administrative policing powers<sup>60</sup>. On the subject, OSÓRIO maintains that:

In this narrow field, we adopt the idea that the administrative power of the police is the facility available to the public administration to condition and restrict the use and enjoyment of goods, activities and individual rights for the benefit of the community and the state itself. It is the braking mechanism placed on the directors to curb abuses of individual rights. Thus, construction activities, the food industry or medicine, the use of water, exploitation of forests and mines, as well as activities related to safety, health and public morality, and many others, are subject to the police power.

(OSÓRIO, F. M., 2000. p. 80-81)

To this end, it is important to remember that situations of financial insolvency, acts harmful to policies drawn by CNSP or bankruptcy crime evidence from companies and entities under supervision of SUSEP, are subject to the compulsory termination of its activities through the Declaration of Judicial Liquidation, on the basis of reasoned decision by the Board of Directors of SUSEP<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> The Federal Law No. 5,172, of October 25, 1966, defines the police power: "Art. 78. It is considered the power of police any activity of public administration limiting or disciplining rights, interests or freedoms, regulate the practice of act or fact of abstention, in view of public interest concerning safety, hygiene, order, customs, discipline of production and the market, the pursuit of economic activities dependent on grant or authorization of the government, the public peace or respect for property and individual or collective rights. (Wording Supplementary Act No. 31 of 1966). Sole paragraph. It is considered to regulate the exercise of police power when played by the competent body within the limits of applicable law, in compliance with the legal process and, in the case of activity in which the law has the discretion, without abuse or misuse of power". Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

<sup>61</sup> Decree-Law No. 73 of 11.21.1966, in verbis: "Art 96. In the cases provided for in this Decree-Law or other laws, there will be a compulsory termination of the Insurance Company operations: a) practice harmful acts to insurance policy determined by CNSP; b) does not form the reserves, funds and provisions that are required or fail to apply them in the manner prescribed in this Decree-Law; c) accumulate large obligations owed to reinsurers, in the judgment of the insurance supervisory body, subject to the provisions of the insurance regulatory body; (Wording provided by Supplementary Law No. 126 of 2007) d) establish economic and financial insolvency. "Supplementary Law No. 109 of 29/05/2001, in verbis: "Art. 48. The extrajudicial settlement will be imposed on confirmation of the impossibility of recovery of the pension entity or the absence of a condition for its operation. Sole paragraph. For the purposes of this Supplementary Law, it is understood by absence of a condition for its operation: (...) III – the failure to meet the minimum conditions set by the regulatory and supervisory body."



Under identical reasoning, the entities of the so-called marginal insurance and pension market, promoting the offer, marketing and operation of personal and damage insurance plans and benefit plans similar to private pensions, start to integrate with the national insurance and pensions markets, albeit irregularly, and, therefore, subject to, by virtue of that law and the defense of the legal interests protected by it<sup>62</sup>, not only heavy administrative sanctions with focus on art. 113 of Decree-Law No. 73 of 1966 and section IV of art. 65 of Supplementary Law No. 109 of 2001 but also for cases of the most recalcitrant offenders, even the compulsory closure of their illicit activities through the declaration of extrajudicial liquidation, all with the aim of halting effectively its operations harmful to consumers who are proceeding in good faith, with all the consequences that should result from the adoption of this important and extreme measure (GUERRA, G. M., 2009, p. 321-322) and in perfect respect for the principles of legality and proportionality which should guide the practice of that administrative act (ALMEIDA, R. P. de)<sup>63</sup>.

About the power of administrative policing and its foundations, ALMEIDA highlights:

The police powers are based essentially on the principle of the predominance of the public interest over private, putting the Government in a position of supremacy over individual interests, whether those interests fall on persons, goods or activities, always seeking public order and social harmony. In other words, it is the responsibility of the administrative police, to maintain order, surveillance and protection of society, ensuring individual rights of the population and assisting the implementation of acts and judicial decisions.

(ALMEIDA, R. P. de, p. 3)

<sup>62</sup> "In this context, the interpreter should focus efforts on authorizing or delegating law because it will give the limits of the rules and regulatory action. In this sense, the notion of normative density of the law proposed by Aragon, is doctrinally useful, to help in identifying the limits left to the administrator. The most important guide for the interpreter is no longer just the law. The so-called legality block, including regulations and principles, among other types of standards, takes pride of place. The legal uncertainty that this phenomenon creates is only apparent when it agrees that legal certainty is not immutability, but ordering the change." (PAGOTTO, L. U. C., 2009, p. 291)

<sup>63</sup> Available at: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poder-de-pol%C3%ADcia-conceito-caracter%C3%ADsticas-e-meios-de-atua%C3%A7%C3%A3o-e-divis%C3%A3o-no-atual-sistema-adm.> p. 3. Extracted 25/02/2015 at 21:00 h.



Such acts of the Public Administration are also in line with prudential regulation, according to the lessons of PORTO:

There are two motivations of prudential regulation. First, it aims to protect the resources of individuals and companies who maintain deposits and other applications in financial institutions – banks, insurance companies and funds, for example. The origin of this protection lies in the concept of savers as entities that lack the incentives, information and resources to monitor and influence the management of intermediating institutions and their investment policy. So, it is the role of the regulatory body to actively represent them.

In addition, prudential regulation promotes safety and efficiency of the payments system. Since the banking system works in an interconnected and leveraged way, breaking up a single bank could generate distrust, which would descend upon the whole financial system, creating a domino effect, known as systemic risk.

(PORTO, A. J. M. *Op. cit.*, 2014, p. 75)

Tough action is also justified in view of the disrespect observed by the operators of marginal entities whose administrators commonly and spitefully, even under the threat of heavy administrative fines, insist on pursuing their criminal activity due to blind greed for the vast profits garnered from these illicit operations. Probably relying on the slowness and bureaucracy of the procedural action, the marginal market dares to tackle even judicial decisions in civil and criminal spheres and justify their illegal activities in the perverse logic that the significant financial return offsets much of the risks involved.

Appropriately, it should be noted that the possibility of applying the repressive regime of extrajudicial liquidation to the marginal insurance and pension market finds support not only in the systematic interpretation of the legislation but also seeks to give full effect to the supreme principle that should guide the actions of SUSEP – to protect the interests of insurance and private pension consumers – as contained of the provisions of Art. 2 of Decree-Law No. 73 of 1966 and section IV of Art. 3 of Supplementary Law No. 109 of 2001, giving priority to transparency and consistency of their conduct (GELIS Filho, A.)<sup>64</sup>. And such an understanding could hardly be otherwise since, for fiscal justice, a marginal entity – in flagrant violation of the law – cannot remain immune to the reach of SUSEP's administrative powers with respect to its most forceful enforcement weapon.

---

<sup>64</sup> Available at <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Extracted on 25/02/2015 at 20:25 h.





Moreover, one has to emphasize that this fiscal conduct finds resonance and reinforcement in the conduct of other foreign insurance regulators. In fact, a search of comparative law found, for example, in Chile the following insurance legislation expressly provided on the marginal market<sup>65</sup>:

Art 51. If any person or entity exercises any form of insurance or reinsurance in violation of articles 4 and 46, the Superintendent may close offices or establishments in which these activities are carried out, and the Mayor or the Governor, at the request of the Superintendent, shall provide support for this, without prejudice to incurring the penalty provided for in the first subparagraph of article 467 of the Penal Code.

Operations that are made will be completed by a liquidator appointed by the insurance judge, after consultation with the Public Prosecutor.

<sup>65</sup> Decreto con fuerza de Ley n° 251, de 1931: El D.F.L. N° 251 se publicó en el Diario Oficial de 22 de mayo de 1931 y correspondía a la ex-Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros. El presente texto incluye las modificaciones introducidas al citado D.F.L. por los siguientes cuerpos legales: ley N° 17,308, de 1° de julio de 1970, decreto ley N° 3,057, de 10 de enero de 1980, decreto ley N° 3.538, de 23 de diciembre de 1980, ley N° 18,045, de 22 de octubre de 1981, ley N° 18,046, de 22 de octubre de 1981, ley N° 18,660, de 20 de octubre de 1987, ley N° 18,707, de 19 de mayo de 1988, ley N° 18.814, de 28 de julio de 1989, ley N° 18,815, de 29 de julio de 1989, ley N° 18,899, de 30 de diciembre de 1989, ley N° 19,301, de 19 de marzo de 1994, ley N° 19,389, de 18 de mayo de 1995, ley N° 19.415, de 30 de septiembre de 1995, ley N° 19.469, de 3 de septiembre de 1996, ley N° 19,601, de 18 de enero de 1999, ley N° 19,705, de 20 de diciembre de 2000, ley N° 19.769, de 7 de noviembre de 2001, ley N° 19,806, de 31 de mayo de 2002, ley N° 19,895, de 24 de agosto de 2003, ley N° 19,934, de 21 de febrero de 2004, ley N° 20,190, de 5 de junio de 2007, Ley N° 20,255, de 17 de marzo de 2008 y Ley N° 20,552, de 17 de diciembre de 2011. *In verbis*: "Artículo 51. Si alguna persona o entidad ejerciere en cualquier forma el comercio de seguros o de reaseguros contraviniendo las disposiciones de los artículos 4° y 46, la Superintendencia podrá clausurar las oficinas o establecimientos en que se ejerciten esas actividades, para lo cual el Intendente o Gobernador respectivo, a petición del Superintendente, deberá suministrar el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de incurrir en la sanción contemplada en el inciso primero del artículo 467 del Código Penal. Las operaciones que se hubieren efectuado serán liquidadas por un liquidador designado por el juez de garantía respectivo, a propuesta del Ministerio Público".



In the same sense, the Spanish insurance legislation<sup>66</sup> provides for the application of penalties and other administrative measures to marginal market as if they were insurance companies:

Art 48. Activities and use of denominations reserved for insurance companies.

1. Persons or entities that carry out insurance or reinsurance operations without the necessary administrative authorization or use improperly the names of insurance companies will be simultaneously punished with the penalties provided for in paragraphs c and d) of article 41.1 and those who exercise management or directorship positions will be punished with the penalties provided for in article 42.3. If, when it is required to immediately cease carrying out such activities or the use of the designation, they continue to do them or use them, they will be punished in the same way, which may be repeated at each of the additional requests that may be formulated.
2. The Director General of insurance and pension funds is empowered to impose penalties to the formulation governed in the previous paragraph. The solicitations will be made after hearing the person or entity involved and fines shall be imposed in accordance with the procedure of applying sanctions to insurance companies.
3. This article shall be applied without prejudice to the recognition of other responsibilities as necessary, including criminal order.

For its part, the Portuguese legislation provides that the Insurance Institute of Portugal, in verifying the occurrence of insurance or reinsurance undertakings that are operating in national territory without the necessary authorization, must first notify the irregular situation as well as, if necessary, informing the appropriate measures to the competent authorities of the member state of origin where the offender has its headquarters. And, if these measures do not bring the expected result, the Insurance Institute of Portugal, after informing the competent authorities of the member state of origin, is authorized to adopt the legally established measures to prevent or to punish irregularities or new irregular situations and may, if necessary, prevent the company from continuing to contract new insurance or reinsurance contracts in

---

<sup>66</sup> Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. *In verbis*: "Artículo 48. Ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades aseguradoras. 1. Las personas o entidades que realicen operaciones de seguro o reaseguro sin contar con la preceptiva autorización administrativa o que utilicen las denominaciones propias de las entidades aseguradoras, sin serlo, serán sancionadas simultáneamente con las sanciones previstas en los párrafos c) y d) del artículo 41.1 y quienes ejerzan cargos de administración o dirección en ellas, tratándose de entidades, lo serán con las sanciones previstas en el artículo 42.3. Si, requeridas para que cesen inmediatamente en la realización de actividades o en la utilización de las denominaciones, continuaran realizándolas o utilizándolas, serán sancionadas del mismo modo, lo que podrá ser reiterado con ocasión de cada uno de los requerimientos ulteriores que se formulen. 2. Será competente para la imposición de las sanciones y para la formulación de los requerimientos regulados en el apartado anterior el Director general de Seguros y Fondos de Pensiones. Los requerimientos se formularán previa audiencia de la persona o entidad afectada y las multas se impondrán con arreglo al procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones a las entidades aseguradoras. 3. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso de orden penal, que puedan resultar exigibles".



the Portuguese territory, without prejudice to the application of sanctions appropriate to the event<sup>67</sup>.

In the United States, in view of the existence of an operating model with state insurance supervisors, the National Association of Insurance Commissioners (NAIC) issues an “unauthorized entities manual”<sup>68</sup>, available as guidance for supervisors, from which the excerpts below have been extracted for their relevance to the present study:

D. State receivership proceedings:

1. Typically, state laws authorize the commissioner, under certain circumstances, to act as a receiver for certain insurers.
2. Receivership actions include supervision (administrative or judicial), rehabilitation and liquidation.
3. These actions are taken based on grounds set forth in the insurance code, such as hazardous financial condition, mismanagement, diversion of assets, insolvency or violations of the insurance code.
4. These proceedings can also be highly effective against illegal unauthorized insurers present in the state. Receivership action can be effective as an initial measure to stop illegal activity and unauthorized insurance transactions. When the commissioner is appointed as receiver of an insurance entity, the commissioner is vested with title to the assets and records of the insurer. Further, the commissioner’s control of the insurer’s estate allows the commissioner to assist in criminal prosecution of persons who engaged in illegal activity.
5. When dealing with unauthorized insurers, funding for the marshaling of assets and other aspects of the administration of the insurer’s estate may not be adequate to warrant receivership proceedings. Frequently operators of the unauthorized entity are likely to have transferred assets to other businesses or personal accounts. For this reason, states may want to adopt Section 8 of the Non-Admitted Insurance Model Act which empowers the commissioner to file suit against persons engaged in unauthorized insurance for restitution and to enjoin and restrain the person from continuing the violation.

<sup>67</sup> Decree-Law No. 94-B/98 of 17 April; Articles 170 and 171. Citation extracted from: MESQUITA, J.; FERREIRA, R. M. F., 2012, p. 175.

<sup>68</sup> Available at: <http://www.naic.org>



In the view, therefore, of this author, even if only for standardization of search issue with foreign paradigms (ALBUQUERQUE, P. A. de M., 2012, p. 59), a strong policy against the marginal insurance and pension markets should be urgently adopted, which is not limited to mere administrative assessment and filing of civil actions, which have a questionable deterrent effect opposite to the relevant financial results in the unlawful practice under critical and serious ethical commitment observed in the administration of marginal market. Indeed, as divulges CARVALHO FILHO:

It cannot be denied the certain phenomena established in the contemporary world – such as, for example, globalization, new technologies, advances in information technology, the complexity of the new public services – cannot be tackled with the old and anachronistic State measures. The State, as well noted by Jèze, has to walk side by side with the dynamics of social evolution, the new realities, which the State must adapt to, equipping themselves efficiently and completely to satisfy the interest of the community. Here conservatism should give way to innovation, within, of course, the paradigms outlined in constitutional law.

(CARVALHO FILHO, J. dos S., 2011, p. 65)

A concerted and technical<sup>69</sup> effort must be implemented with other surveillance and police agencies, as well as the Public Ministry, to promote, in a purely administrative framework<sup>70</sup>, a more efficient confrontation against the marginal market and adopt, as an extreme solution, the compulsory termination of the activity of those companies and entities by decreeing their extrajudicial liquidation, freezing the assets of their officers, the appointment of a liquidator responsible for bringing forward the payment of creditors and the establishment of a competent Administrative Committee of Inquiry to aid the work of the Prosecutor.

---

<sup>69</sup> "The main features of the regulatory agencies are specificity, neutrality and technical discretion. Specificity refers to the fact that regulatory agencies have their performance goals related to specific sectors of economic activity. The idea of discretion focuses on the technical condition of the agencies being linked to specific sectors, and are to base their positions on technical criteria, being thus in the understanding that the matters of fact would be beyond the reach of judicial review. The neutrality represents non-political posture that should permeate their performance, becoming, in this sense, behavior that seeks to expunge the decision-making agencies influenced by pressure groups" (CARVALHO, R. L. M. L., 2009, p. 382).

<sup>70</sup> *In verbis*: "In short, the conventional wisdom in control of administrative acts, including regulatory agencies is no longer valid, but suffers important exceptions. Nevertheless, with regard to decisions of regulatory agencies, the position of the judiciary should be one of self-restraint and should only invalidate them when they cannot pass the constitutionally qualified testing, such as reasonableness or morality, already mentioned, or others, such as of equality and even the dignity of the human person. Especially with regard to decisions informed by technical criteria, should act judiciously, failing to fall in the area of uncertainty and subjectivism." (BARROSO, L. R., 2005, p. 15).



And nor could this be alleged as undue intrusion into the field of power of judicial policing with this administrative measure, since such action by SUSEP aims to crack down, in extreme cases, on the practice of clearly illegal activity at the administrative level. On the difference between the administrative police power and the power of judicial policing MEIRELLES teaches<sup>71</sup>:

But let us be clear that the administrative policing is levied on assets, rights or activities, while the judicial policing focuses on people. Thus the power of judicial police is a private auxiliary of the justice agencies (prosecutors and police in general) while the administrative police power is diffused by all administrative bodies of all powers and public entities.

(MEIRELLES, H. L.)

In the words of POLIDO, “the State must take on the insurance market in a strong, objective and decisive manner, but with a view to the soundness and liquidity. Once the system is stable, the state will have fulfilled its duty and the consumer will remain protected” (POLIDO, W. A. *Op. cit.*, 2010, p. 17). Is the understanding of CARVALHO FILHO:

What matters, in fact, more than the issue of normative legitimacy, is that the agencies effectively achieve the purposes for which they were established in the system of control of public service providers and certain sectors of economic activity. What we want is to reach goals and pursue results.

Society wants – and this is what seems to us the most relevant point – the new system and the agencies that it consists of to enhance the principle of effectiveness.

(CARVALHO FILHO, J. dos S. *Op. cit.*, 2011, p. 69)

---

<sup>71</sup> Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_40/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_40/panteao.htm). Extracted on 02/02/2015 at 20h20.



And, with respect to insurance companies and to foreign pension entities operating in the domestic market without authorization, the necessary supervision should be no less forceful. Certainly, for the defense of national interests and respect for competition legislation, it is the task of SUSEP to take all necessary steps to establish mutual cooperation agreements with the relevant foreign supervisors for the oversight and supervision of such activities, in order to enable efficient channels of fiscal representation to prevent and suppress the reciprocation of illegal practices, subject to SUSEP and the relevant bodies<sup>72</sup>, adopting other administrative, civil and criminal measures determined under Brazilian law against those responsible.

To deal with the important subject about the supervisory omission of the regulatory body, ARAGÃO and SAMPAIO warn that:

In this way, the faithful and continuous exercise of regulatory and supervisory powers of the agencies is essential to the development of a healthy competitive environment in the regulated sectors, ensuring that the regulation for competition is one of the values protected by the Brazilian legal system determining the state to create the legal and normative framework so that, wherever possible, the regulated sectors steadily pass to the reality of competition.

(ARAGÃO, A. S.; SAMPAIO, P. R. P. *Op. cit.*, 2011, p. 417)

---

<sup>72</sup> Cf. exemplo – **Operação Ilha de Man: “PF deflagra operação e investiga previdências privadas no exterior** – São Paulo/SP – The Federal Police unleashed today (26) Operation Isle of Man in order to combat a criminal organization responsible sending money abroad. Six search warrants were issued by the 2nd Federal Criminal Court of São Paulo. The investigations indicate that the suspects through financial advisors approached potential customers offering the opening of bank accounts in the Isle of Man (tax haven known for motorcycling racing), together with investments in investment funds and contracting private pension plans. Brazilians who wish to remit amounts abroad should seek a financial institution and close exchange contracts that go through the control of the Central Bank – BACEN. The investigation described a system, allowing money to be sent without lawful origin and without passing through areas of compliance of the regular financial institutions. Search warrants are intended to bring new evidence to research and identify customers who sent their savings to the Isle of Man, to ascertain whether the consignments were declared to the IRS and the origin of money. Opening accounts in foreign financial institution and sale of pension plans are subject to authorization by the Central Bank and the Superintendence of Private Insurance SUSEP – a situation not respected in this instance. The main crimes committed by the gang are operating a financial institution without authorization, tax evasion, money laundering and creation of criminal organization. Customers who are identified as having operated illegally can also answer for tax evasion, tax evasion and money laundering”. Available at <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/02/pf-deflagra-operacao-e-investiga-previdencias-privadas-no-exterior>. Extracted on 05/03/2015 at 18h45.



From all this effort to combat the marginal market, it is also necessary to draw important lessons for reflection by insurance companies and open private pension entities. Indeed, with the growth observed in the number and financial size of the marginal entities, it remains clear that there are numerous unexplored risk niche markets that lack regular insurance or social security protection, which complain about the regular market's coverage of adequate plans and prices in comparison to the risks and the demands of consumers. This said, the critical analysis, by the regular authorities, of their performances in the insurance and pension markets, as well as the offer of new insurance and social security plans, may be most efficient weapon in the fight against marginal entities, an important auxiliary to the task of supervision developed by SUSEP.

#### **4. Final Considerations**

In conclusion, it should be stated that this study sought to counter the doctrinal and legislative misconceptions that support the supposed legality of the actions of the marginal insurance and pension market, based particularly on Statement No. 185 emanating from the III Civil Law Conference from Council of the Federal Court, and presented a brief comparison between the operations of the official market and the parallel activities of the marginal in insurance and pension with respect to requirements, guarantees and operational controls and concluded in that it is necessary to repeal the Statement. Ultimately, in proposing the more effective operation of SUSEP, it was suggested that the most powerful adoption measure should be the extrajudicial liquidation of the companies and entities of the marginal market who continue to operate, in order to provide effective protection for consumers and the good faith inscribed in the current law and curb the proliferation of unfair competition in the insurance and supplementary private pension market.

It is noteworthy, in conclusion, that because it is an academic work, other factors, notably the lack of operational structure of SUSEP, were not taken into consideration when analyzing the possibility of implementing the measures proposed, which, if considered, could result in different conclusions expressed in this study. It reflects, however, the particular view of the author on the optimal performance of SUSEP in combating the marginal market, due to the acquired knowledge and experiences of the MBA course Insurance Law and Reinsurance at the Escola Superior Nacional de Seguros.





## 5. Bibliographical References

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. O conceito de transnacionais em ordens jurídicas “harmonização”. In: **1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee**. Brasília: Escola da AGU. Ano IV, n. 21, October/2012. V. 2a.

ALMEIDA, Ricardo Pontes de. **Poder de polícia**: conceito, características e meios de atuação e divisão no atual sistema administrativo brasileiro. Available at: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/poder-de-pol%C3%ADcia-conceito-caracter%C3%ADsticas-e-meios-de-atua%C3%A7%C3%A3o-e-divis%C3%A3o-no-atual-sistema-adm>. Extracted on 25/02/2015 at 21:00 h.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **O seguro e as sociedades cooperativas – relações jurídicas comunitárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 1, February and April 2005. Salvador.

BIDINO, Maria Elena. Abertura do mercado brasileiro de resseguro. **IRB Magazine**, Rio de Janeiro, n. 301, July. 2006.

BORGES, Gabriel Martins Teixeira. **A distinção entre as associações de socorro mútuo e seguro empresarial**. Available at: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-distincao-entre-as-associacoes-de-socorro-mutuo-e-seguro-empresarial,49025.html>. Extracted on 25/02/2015 at 21h30.

BOTTINO, Thiago: Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. In: GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2014.

BRAZIL. Constitution of the Federative Republic of Brazil. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Federal Decree nº 60.459 de 13/03/1967. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Decree-Law nº 2.063 de 1940. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Decree-Law nº 73 de 21/11/1966. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Supplementary Law nº 109, de 29/05/2001. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Federal Law nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Federal Law nº 6.435 de 1977. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

BRAZIL. Federal Law nº 7.492 de 1986. Available at: <http://www.planalto.gov.br>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para países da *Civil Law*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHILE. Decreto con fuerza de Ley nº 251, de 1931: El D.F.L. Nº 251 se publicó en el Diario Oficial de 22 de mayo de 1931 y correspondía a la ex-Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros. CNseg. Available at <http://www.cnseg.org.br/cnseg/memoria/informe-anual-balance-social/>. Extracted on 20/02/2015.

CNseg. **Informe anual**: mercado segurador brasileiro – 2013.

COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS – Senate Bill nº 442, for 2008. Available at: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getDocumento.asp?t=58706> at 21h29 of 20/02/2015.

NATIONAL MONETARY COUNCIL. Resolução CMN nº 3.308, de 31/08/2005, and its subsequent amendments. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

NATIONAL COUNCIL OF PRIVATE INSURANCE. CNSP Resolution nº 136, de 07/11/2005, and its subsequent amendments. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

NATIONAL COUNCIL OF PRIVATE INSURANCE. CNSP Resolution nº 226, de 06/12/2010, and its subsequent amendments. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

NATIONAL COUNCIL OF PRIVATE INSURANCE. CNSP Resolution nº 243 de 06/12/2011 and in its subsequent amendments. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

NATIONAL COUNCIL OF PRIVATE INSURANCE. CNSP Resolution nº 281, de 30/01/2013. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

NATIONAL COUNCIL OF PRIVATE INSURANCE. CNSP Resolution nº 302, de 16/12/2013. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>.

CONTADOR, Cláudio R. **The opening of Reinsurance**: some observations. Cadernos de Seguro: Escola Superior Nacional de Seguros, October – December 2014.

CUÑA, Néstor A. Gutiérrez. **El contrato de seguro**: parte general. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Punibilidade no sistema financeiro nacional**. Campinas: Millennium, 2003.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. Agências de Notícias. **Operação Ilha de Man**. Available at <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2015/02/pf-deflagra-operacao-e-investiga-previdencias-privadas-no-exterior>. Extracted on 05/03/2015 at 18:45 h.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESPANHA. Real Decreto Legislativo 6/2004, 20 October.

FARIA, Lauro Vieira de. **Abertura do resseguro, demanda de resseguros e impactos sobre o mercado segurado**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2007.



GELIS Filho, Antonio. **Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado.** Available at <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6842>. Extracted on 25/02/2015 at 20h25.

GOLDBERG, Ilan. **Do monopólio à livre concorrência:** a criação do mercado ressegurador brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Sérgio: Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In:* GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil:** uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva; SILVA, Fabrícia de Farias da; SANTOS, Rodrigo Melo. **Análise do mercado de seguros do Brasil:** uma visão do desempenho organizacional das seguradoras no ano de 2003. Available at [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-70772006000500007&script=sci_arttext). Extracted on 25/02/2015 às 20h45.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional:** anotações à lei federal nº 7.492/86. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Poder de polícia e segurança nacional.** Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_40/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_40/panteao.htm). Extracted on 02/02/2015 at 20h20.

MESQUITA, João; FERREIRA, Rogério M. Fernandes. **A parafiscalidade na actividade seguradora.** Coimbra: Almedina, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Consumidor e Ordem Econômica. Available at <http://3ccr.pgr.mpf.mp.br/secretaria-executiva-1/coordenacao/eventos/vii-encontro-docs/ii-encontro-nacional/ii-encontro>. Extracted on 20/06/2014 at 20h.

MOODY'S. Perspectiva para o mercado segurador brasileiro: resumo de opinião. **Moody's.** Available at: < [http://www.moody's.com.br/brasil/pdf/Perspectiva\\_do\\_Mercado\\_Segurador\\_Brasileiro\\_\(2009\).pdf](http://www.moody's.com.br/brasil/pdf/Perspectiva_do_Mercado_Segurador_Brasileiro_(2009).pdf) >. Extraído em 30/10/2009 at 20h.

NAIC. **Unauthorized entities manual:** a guide for insurance regulators. Available at <http://www.naic.org>. Extraído em 20/02/2015 at 21h.

NOVELO, Alfonso; ZANIBONI, Milena. Brazil finally comes of age. **Standard & Poor's:** global reinsurance highlights. New York: Mc-Graw Hill, 2008.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. **Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira.** Revista de Informação Legislativa.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PELLON, Luís Felipe. **A fiscalização de seguros privados na CEE e no Brasil:** um estudo comparativo. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1992.



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

PORTO, Antônio José Maristello: Regulação financeira no Brasil. *In*: GUERRA, Sérgio (coord.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

**Reactions Magazine**. London: Reactions, June. 2008.

**Revista brasileira de risco e seguro**. Available at: < [http://www.rbrs.com.br/paper/paper\\_interna.cfm?id=57](http://www.rbrs.com.br/paper/paper_interna.cfm?id=57)>. Extracted on 15/11/2007 at 20:00h.

Revista IRB. Entrevista: Marcos Lisboa, nº 300, December-2005.

RIBEIRO, A. C. **Direito de seguros**. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Regina Bernardes. Órgãos reguladores no Brasil. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Amilcar. **Seguro**. S/I: Record, 1959.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Atribuições legais da SUSEP (ANEXO I). Texto extraído do *site* [http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao\\_SUSEP.asp](http://www.SUSEP.gov.br/menuSUSEP/apresentacao_SUSEP.asp). Extracted on 20/01/2015 at 20:00h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 284, de 15/02/2005, and its subsequent amendments. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extracted on 22/02/2015 at 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extracted on 22/02/2015 at 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP nº 316 de 12/01/2006. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/bibliotecaweb/biblioteca.aspx>. Extracted on 22/02/2015 at 20h.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Available at <http://www.SUSEP.gov.br/setores-SUSEP/noticias/noticias/2012/confirmada-multa-de-r-11-bilhoes-a-seguradora-americana-que-atuava-irregularmente-no-brasil>. Extracted on 20/01/2015 at 20h.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 1ª Region. E-DJF1 , 06/10/2014. p. 149-151 – AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0057755-60.2013.4.01.0000/MG (d) – Orig Process.: 0036995-39.2013.4.01.3800. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª Region. Civil Application: AC 326130 RJ 1998.51.01.033721-1. ZANELATO, Marco Antônio. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Uma nova prática abusiva no mercado de consumo**. Arquivo Available at: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Artigo-SocContadeParticipa%C3%A7%C3%A3o.doc). Extracted on 20/06/2014 at 21h.

