



Diretiva de distribuição de seguros: os sujeitos

Mafalda Miranda Barbosa¹

1. Formulação do problema

A Diretiva 2016/97/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Janeiro de 2016, sobre distribuição de seguros (DDS), oferece-nos um conceito amplo de distribuição de seguros, entendida como qualquer atividade que consista “em prestar aconselhamento, propor ou praticar outros atos preparatórios da celebração de contratos de seguro, em celebrar esses contratos ou em apoiar a gestão e a execução desses contratos, em especial em caso de sinistro, incluindo a prestação de informações sobre um ou mais contratos de seguro, de acordo com os critérios selecionados pelos clientes através de um sítio na Internet ou de outros meios e a compilação de uma lista de classificação de produtos de seguros, incluindo a comparação de preços e de produtos ou um desconto sobre o preço de um contrato de seguro, quando o cliente puder celebrar direta ou indiretamente um contrato de seguro recorrendo a um sítio na Internet ou a outros meios”, nos termos do artigo 2º/1, 1) DDS, como pórtico de entrada para uma disciplina que altera não

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra; Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra



só as categorias de sujeitos que podem aceder à distribuição, como as regras de acesso à atividade, como algumas das regras específicas que lhe eram aplicáveis.

O objetivo é claro: perante a multiplicidade de atores que atuam no quadro da comercialização de seguros, importava garantir a igualdade de tratamento dos operadores, em nome da proteção dos consumidores. A única forma de o fazer seria impor a todos o mesmo regime jurídico. De acordo com o *considerandum* 6 da Diretiva, “os consumidores deverão beneficiar do mesmo nível de proteção, apesar das diferenças entre os canais de distribuição”, pelo que, “a fim de garantir que seja aplicado o mesmo nível de proteção e que os consumidores possam beneficiar de normas comparáveis, nomeadamente no domínio da divulgação de informações, é essencial promover a igualdade de condições entre os distribuidores”.

Nessa medida, as empresas de seguros e de resseguros passarão a estar vinculadas pelos mesmos deveres dos mediadores. Do mesmo modo, os *players* no mercado que vendam seguros a título acessório da sua atividade principal ficam, igualmente, abrangidos pelo novo quadro legal. Assim, sendo, o conceito de distribuição deixa de se cingir – com o que classicamente é associado – à distribuição indireta, para incluir também a distribuição direta do produto por aquele que o cria.

Com isto, alteram-se algumas das tradicionais categorias de distribuidores. Donde se impõe a pergunta: quem são os sujeitos da distribuição?

Nas páginas que se seguem, teremos oportunidade de, de forma não exaustiva, tecer algumas considerações sobre cada uma



das categorias de sujeitos que se pode dedicar à distribuição. Mais do que uma abordagem descritiva, privilegiaremos um enfoque problematizador, chamando à colação algumas das questões que tradicionalmente têm enervado este domínio do ordenamento jurídico e procurando oferecer-lhes uma resposta adequada em face dos novos dados normativos.

2. Mediadores de seguros

2.1. Noção e categorias

O mediador de seguros surge definido, no artigo 2º/1, 3) DDS, como a pessoa singular ou coletiva que inicie ou exerça, mediante remuneração, a atividade de distribuição de seguro. Excluem-se da noção as empresas de seguros ou resseguros, os seus empregados e os mediadores de seguros a título acessório, que são os outros possíveis sujeitos da distribuição de seguros. A noção corresponde, *grosso modo*, àquela de mediador de seguro com que eramos confrontados no quadro do DL nº144/2006, de 31 de Julho. Porém, com algumas diferenças: em primeiro lugar, excluir-se-ão da noção os mediadores de seguros a título acessório, que se aproximam dos mediadores de seguros ligados, que, anteriormente, integravam a categoria ampla de mediadores; em segundo lugar, a qualificação dos mediadores faz-se agora por referência à atividade de distribuição de seguros e não à atividade de mediação de seguros. Esta última diferença, contudo, não deve ser sobrevalorizada: é que, sendo uma categoria específica de distribuidor, o mediador de seguros desenvolverá a sua atividade



em similitude com o que era pensado no quadro do anterior regime jurídico, embora com encargos diversos.

Dentro dos mediadores de seguros, podemos encontrar duas categorias: a) o *agente de seguros*; e o b) *corretor de seguros*. O agente de seguros é a pessoa que exerce a atividade de distribuição em nome e por conta de uma ou mais empresas de seguros; o corretor de seguros é a pessoa que exerce a atividade de distribuição de seguros de forma independente face às empresas de seguros, baseando a sua atividade numa análise imparcial de um número suficiente de contratos de seguro disponíveis no mercado. As noções são oferecidas pelo artigo 9º/1 da Proposta de Lei nº138/XIII (artigo 10º/1 do Anexo I do Anteprojeto de transposição da Diretiva de Distribuição de Seguros, na sua versão preliminar), correspondendo a duas diferentes categorias de mediadores que estavam consagradas no DL nº144/2006.

Embora não constem da DDS, a sua previsão parece não contrariar, *a priori*, o instrumento de direito comunitário. Dois são os argumentos que podemos invocar nesse sentido: por um lado, estamos diante de uma diretiva de harmonização mínima (nos termos do *considerandum* 3 DDS); por outro lado, se o objetivo é submeter os diversos sujeitos que atuam ao nível da distribuição a um regime uniforme e protetor do consumidor, nada impede que se possam diferenciar modelos contratuais que suportem as atividades de mediação concretamente em causa. Ora, verdadeiramente, é disso que se trata: atentando na atividade levada a cabo por cada um dos sujeitos – *agente* e *corretor* –, facilmente perceberemos que, com contornos diversos, ambas se reconduzem ao núcleo definitório da mediação, donde, desde que as exigências conformativas da DDS se cumpram por referência a



cada um deles, nenhum problema parece sobrevir.

2.2. Mediadores como agentes?

A primeira grande questão que se coloca a propósitos dos mediadores de seguros é se estes devem ser vistos como *mediadores em sentido próprio*, isto é, como sujeitos de um contrato de mediação, ou se, ao invés, lhes deve ser aplicado, subsidiariamente, o *regime do contrato de agência*.

O contrato de mediação pode definir-se como “contrato pelo qual uma parte (o mediador) se vincula para com a outra (o comitente ou solicitante) a, de modo independente e mediante retribuição, preparar e estabelecer uma relação de negociação entre este último e terceiros (os solicitados) com vista à eventual conclusão definitiva de negócio jurídico”². O mediador aproxima as

² Fernando Batista de OLIVEIRA, *O contrato de mediação imobiliária na prática judicial – uma abordagem jurisprudencial*, CEJ, 2016, 11. Sobre a noção do contrato de mediação, *vide*, igualmente, António Menezes CORDEIRO, “Do contrato de mediação”, *O Direito*, 139, 2007, 517 s. (definindo-o como o ato ou efeito de aproximar voluntariamente duas ou mais pessoas, de modo a que, entre elas, se estabeleçam negociações que possam conduzir à celebração de um contrato definitivo”, o que implica que “o mediador não represente nenhuma das partes a aproximar”); Adriano Vaz SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 7 de Março de 1967”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 100, 1968, 343 (apresentando-o como o contrato pelo qual “uma das partes se obriga a conseguir interessado para certo negócio e a aproximar esse interessado da outra parte”); Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Contratos*, II, Almedina, 2016, 203 (definindo-o como “o contrato pelo qual uma das partes – o mediador – se obriga, mediante remuneração, a promover negociações ou a indicar a contraparte para a formação de um contrato que a outra parte no contrato de mediação – o cliente



partes no negócio, mas não participa nesse negócio. Ele é, nas palavras de Pais de Vasconcelos, um facilitador, que não atua por conta de nenhuma das partes, nem as representa, embora seja contratado por uma dela³. Permitindo intermediação nas relações jurídicas, o contrato de mediação não esgota as formas de intermediação entre privados. Daí que se possa questionar se o mediador de seguros não deverá, antes, ser visto como um agente em sentido próprio do termo⁴.

– pretende celebrar”); Paulo Olavo CUNHA, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, 2010, 200 (sublinhando que é o contrato pelo qual “uma pessoa ou entidade (mediador) coloca em contacto dois interessados em concluir um determinado contrato – nomeadamente de compra e venda –, contribuindo para o esclarecimento das partes sobre o âmbito e escopo do negócio e favorecendo, desse modo, a respetiva conclusão, mediante uma retribuição”).

³ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito comercial, I, Parte geral, contratos mercantis*, Almedina, 2011, 197.

⁴ A este propósito, v. Hígina CASTELO, *Contrato de mediação. Estudos das prestações principais*, UNL, 2013, distinguindo o contrato de mediação da intermediação, por a segunda ser mais ampla e envolver, compreensivamente, uma série de figuras, entre as quais se contam os próprios contratos de distribuição comercial. Veja-se na página 20 o testemunho da autora: “O intermediário pode ser um auxiliar da contratação sem intervenção no contrato visado, mas pode ser também um contraente por conta de outrem (com ou sem poderes representativos), ou mesmo, ainda, alguém que contrata por sua própria conta, inserido num circuito de distribuição. Neste sentido, qualquer sujeito da cadeia de distribuição de bens ou serviços é um intermediário. Apenas o produtor e o consumidor são afastados do conceito. Ora, a qualificação como contratos de intermediação dos contratos próprios das atividades dos intermediários, neste sentido amplo, é desprovida de interesse jurídico, pois nenhuma regra comum caracteriza especificamente os contratos desse conjunto. Ou seja, se sob a designação *contratos de intermediação* incluirmos o contrato de mediação, o mandato, a comissão, a agência, a franquia, a concessão, o fornecimento, a



O contrato de agência é definido, nos termos do DL nº178/86, de 3 de Julho, como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

A lei oferece, ao definir o contrato de agência, o elenco dos elementos essenciais que o compõem⁵. Desde logo, só poderemos falar de agência se existir o dever de promover a celebração de contratos. De acordo com a explicitação de Pinto Monteiro, esta obrigação fundamental do agente envolve “toda uma complexa e multifacetada atividade material, de prospeção do mercado, de angariação de clientes, de difusão dos produtos e serviços, de negociação, etc., que antecede e prepara a conclusão dos contratos, mas na qual o agente já não intervém”. A obrigação essencial do agente consiste na promoção da celebração de contratos e não na celebração de contratos em si mesmo. Nas palavras de Pinto Monteiro, “mesmo que o agente esteja autorizado a celebrar contratos, tratar-se-á de simples atividade acessória, complementar da obrigação fundamental (...)”⁶. Por essa razão, apesar de o agente

simples compra e venda, etc., não logramos encontrar uma regra simultaneamente comum e exclusiva de todos estes contratos”.

⁵ Sobre o ponto, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, anotação, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, 43 s.; A. Pinto MONTEIRO, “Contrato de agência (Anteprojecto)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 360, 43 s.; Carolina CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 9 s.; R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 161 s.; Fernando Batista MELLO, *Notas sobre o contrato de agência*, 12 s.; Fernando Ferreira PINTO, *Contratos de distribuição. Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, UCP Editora, 2013

⁶ A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 45/6.



desenvolver a sua atividade por conta do principal, a agência não se confunde com o contrato de mandato, por não envolver tipicamente a celebração de contratos por conta da outra parte⁷.

O contrato de agência não pressupõe, igualmente, a atuação em nome do principal. Mas, nos termos do artigo 2º do DL nº178/86, de 3 de Julho, podem ser atribuídos poderes de representação aos agentes. Nesse caso, para além da atuação por conta de outrem, passaremos a ter também uma atuação em nome do principal. No seu desenvolvido estudo sobre o contrato de agência, Baldi considera a hipótese de lidarmos com um agente com atividade acessória⁸. Diz-nos o autor que o agente pode ser encarregado de desenvolver atividades acessórias, como ter em depósito produtos do principal que passa a fornecer diretamente ao adquirente, participar em campanhas publicitárias, acompanhar a atividades de filiais, etc. Trata-se, na sua opinião, de atividades que se inserem, ainda, no quadro do contrato de agência e que, por isso, só por si, não se revelam idóneas para mudar a função típica do contrato, o que não obsta a que, em alguns casos, possa abrir-se a porta a contratos mistos, colocando-se o problema de estaremos, aí, diante de verdadeiros contratos de agência ou de trabalho, para se concluir que, se prevalecerem os elementos da agência, é o regime desta que se aplica, e, se os elementos acessórios e os

⁷ Cf., porém, A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, p. 46, considerando que, não obstante esta diferenciação nítida, podem aplicar-se por analogia à agência disposições do mandato comercial.

Diferenciando a agência do mandato, cf. R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 41 s. Veja-se, igualmente, Fernando Batista MELLO, *Notas sobre o contrato de agência*, 35.

⁸ Cf. R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 391 s.



elementos essenciais do contrato de agência se mantiverem distintos, estamos diante de dois contratos coligados⁹. A acessoriedade de tais funções harmoniza-se com a solução pensada por Pinto Monteiro no tocante à existência ou não do poder de decidir acerca da celebração do contrato. De acordo com o ensinamento do civilista, a existência ou não de tal poder de decisão fica dependente da amplitude dos poderes que são conferidos ao agente, mas, qualquer que seja a solução, “o que parece de aceitar é que a atribuição de poderes para celebrar contratos, nos termos do artigo 2º, nº1, por si só, não conferirá ao agente, em princípio, esse poder de decisão”, pelo que “ao poder de representação do agente nas relações com terceiros – que a lei limita à celebração de contratos – não corresponde um poder de gestão nas relações internas, uma vez que a decisão continua a pertencer ao principal”¹⁰.

A autonomia e a estabilidade são outros dos elementos essenciais do contrato de agência, de tal modo que ele se distingue, claramente, do contrato de mediação. No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Março de 2004 (processo n. 102/04), de que foi relator o desembargador Jorge Arcanjo¹¹, pode ler-se que, “enquanto o contrato de agência postula uma certa continuidade, constituindo-se para as relações duradouras, o contrato de mediação tem como elemento essencial a promoção de

⁹ Cf. R. BALDI, Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising, 393. Veja-se, ainda, 81 e s.

¹⁰ A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 55. Na mesma página, encontram-se importantes indicações acerca da possibilidade de coligação do contrato de agência com o contrato de mandato.

¹¹ www.dgsi.pt



certos e determinados negócios, cessando logo que os mesmos se concluem”.

Com isto, estamos em condições de pensar o problema da eventual qualificação dos mediadores de seguros como agentes.

Mesmo antes da transposição da DDS, a nossa jurisprudência considerava, embora de forma não unânime, que ao contrato de mediação de seguros se aplicava, subsidiariamente, o regime do contrato de agência. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 2016 (Processo nº1138/15.5T8CTB.C1), de que foi relator o Conselheiro Luís Cravo¹², pode ler-se que se aplicam “os princípios e regras gerais dos contratos, sendo que, na medida em que a subespécie dos contratos de mediação de seguros, tal como a dos contratos de agência, integra a categoria dos denominados contratos de distribuição, deve funcionar o regime jurídico do contrato de agência, previsto no DL nº178/86, de 3/7, como regime modelo, por aplicação analógica”¹³. Isto permitiria que, em muitas situações, se pudesse mobilizar para o âmbito do ajuizamento de um conflito emergente a propósito de um contrato de mediação de seguros o artigo 23º da Lei do Contrato de Agência, tutelando-se positivamente a eventual confiança gerada no consumidor que tivesse celebrado um contrato, por via das figuras da procuração aparente e da procuração tolerada, solução que, aliás, viria a ser acolhida pelo artigo 30º DL nº72/2008 especificamente para o

¹² www.dgsi.pt

¹³ No mesmo sentido, cf. Ac. TRC 15-12-2016 (processo nº1138/15.5T8CTB.C1), considerando que a mediação de seguros integra a categoria dos contratos de distribuição, aplicando-se analogicamente o regime do contrato de agência previsto no DL nº178/86, de 3 de Julho.



contrato de seguro celebrado pelo mediador.

Porque, em regra, o agente não possui poderes de representação, os negócios por ele celebrados em nome do principal, quando tais poderes não lhe sejam conferidos, são ineficazes, nos termos do artigo 268º CC, para o qual somos expressamente remetidos pelo artigo 22º/1 DL nº178/86, de 3 de Julho. Porém, o nº2 do citado artigo 22º atribui valor declarativo ao silêncio do principal que, depois de ter conhecimento da celebração do negócio e do seu conteúdo essencial, não manifeste ao terceiro de boa-fé no prazo de cinco dias, a contar daquele conhecimento, a oposição ao negócio. Quer isto dizer que, depois de reproduzir a solução geral em matéria de representação sem poderes, o nosso legislador optou por introduzir o desvio ao regime geral, impondo ao principal um dever de aviso, logo que ele tenha conhecimento da celebração do negócio, de modo a evitar a sedimentação da confiança na eficácia daquele¹⁴.

Por outro lado, o artigo 23º DL nº178/86, de 3 de Julho, introduz uma outra via de proteção do terceiro que com o agente celebra um negócio, atribuindo-lhe eficácia “se tiverem existido razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa-fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro”. A mesma solução aplica-se à cobrança de créditos por agente não

¹⁴ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 106



autorizado¹⁵. Trata-se de uma situação em que, por força da boa-fé do terceiro, se dá relevância à aparência, conferindo-se eficácia ao negócio que, *a priori*, não a teria¹⁶. Tal solução, segundo a doutrina majoritária, não é específica do contrato de agência. Ou seja, embora a tutela da aparência esteja positivada a propósito do tipo contratual em questão, o preceito encerraria um princípio mais geral, mobilizável para todos os contratos de colaboração¹⁷.

Um domínio onde seria chamada a depor a tutela da

¹⁵ Sobre o ponto, cf. Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 107 s.; C.A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2003,

¹⁶ Acerca da representação aparente, diz-nos Pinto Monteiro que “o legislador estabeleceu uma cláusula geral que, em termos prudentes, visa tutelar a boa-fé de terceiros, desde que a confiança do cliente na representatividade do agente, ou na legitimidade deste para efetuar a cobrança de créditos (por força do nº2), se funde em razões objetivas e ponderosas, associadas ao próprio comportamento (por ação ou omissão) do principal. (...) Não andar, assim, porventura, a representação aparente muito longe da representação tolerada ou consentida (mas não necessariamente, até porque, apesar do seu comportamento, que contribui para fundar a confiança do terceiro, pode faltar ao principal a consciência da declaração, caso em que, nos termos do artigo 246º do Código Civil, não poderá recorrer-se à ideia de declaração tácita, relevando autonomamente o problema da representação aparente que o artigo 23º procura solucionar). Em todo o caso, ainda assim, a norma apresenta vantagens inequívocas” – cf. Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 108 e “Contrato de agência (Anteprojecto)”, 67 s.

¹⁷ Nesse sentido, cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 109 s.; M. Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, 52 s.; .A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1993, 587 s.



confiança, nos termos do artigo 23º DL nº178/86, de 3 de Julho, seria, exatamente, o da atuação dos agentes de seguros. A solução seria, como referido anteriormente, consagrada no artigo 30º DL nº72/2008. Dispõe o nº1 do citado preceito que “o contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado”; acrescentando o nº3 da mesma norma que “o contrato de seguro que o mediador de seguros, agindo em nome do segurador, celebre sem poderes específicos para o efeito é eficaz em relação a este se tiverem existido razões ponderosas, objetivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do tomador do seguro de boa fé na legitimidade do mediador de seguros, desde que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro”.

Nem por isso, contudo, a solução de aproximação entre os dois contratos (o contrato de agência e o contrato de mediação de seguros) é aceite unanimemente. E mesmo no tocante à tutela da confiança, há clivagens na jurisprudência. Pense-se nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Março de 2016 (Processo nº432/08.6TASCR.L1.S1, relator Souto Moura), onde se pode ler que “a proteção de terceiro de boa-fé, ludibriado por mediadoras sem escrúpulos em crimes de burla, não pode ir ao ponto de fazer incorrer em responsabilidade civil a demandada Companhia de Seguros, por aplicação analógica da disposição pensada para o contrato de agência que previa aí a eficácia da representação aparente”, e da Relação de Lisboa de 13 de Dezembro de 2007 (Processo nº6576/2007-1, relator Folque Magalhães), no qual se considera que “o disposto no artigo 23º do Decreto-lei nº178/86,



de 3 de Julho, não é aplicável analogicamente ao contrato de mediação de seguros, por haver disciplina regulamentar própria da atividade seguradora”¹⁸. As soluções são incompreensíveis em face do artigo 30º DL nº72/2008, que acaba por reproduzir a solução contida naquele artigo 23º DL nº178/86.

O problema da aproximação entre a mediação de seguros e o contrato de agência deve ser considerado tendo em conta períodos temporais bem delimitados. Se, primitivamente, não obstante a jurisprudência parecer afastar a possibilidade de aplicação analógica da disciplina da agência, a doutrina se orientava no sentido da aproximação dos dois regimes¹⁹, por se considerar que os elementos típicos desta se encontram presentes no caso da atividade mediadora dos agentes de seguros, depois da entrada em vigor do DL 144/2006, as dúvidas que ainda existiam pareciam esfumar-se.

A este propósito Hígina Castelo considera que, “o DL nº144/2006 evidencia as características da representação e da estabilidade nas relações entre agentes de seguros e seguradoras”, agindo aqueles em nome e por conta destas. A atuação por conta das seguradoras e a possibilidade de, quando autorizados para o efeito, os agentes de seguros celebrarem contratos em nome delas

¹⁸ Cf., ainda, Ac. STJ 13-5-2003 (processo nº03ª1048); Ac. STJ 28-3-2006 (processo nº228/06.6); Ac. STJ 19-6-2007 (processo nº1449/07-1); e, para uma análise deles, Hígina CASTELO, *Contrato de mediação – estudo das prestações principais*, FDUNL, 2013, 31 s.

¹⁹ Cf. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito dos seguros: apontamentos*, Príncipe, 2006, 55 s. Veja-se, ainda, Luís POÇAS, “Aspetos da mediação de seguros”, *Estudos de direito dos seguros*, Almeida e Leitão, Porto, 2008, 182 s.; Hígina CASTELO, *Contrato de mediação*, 23 s.



afasta os contratos em questão, irremediavelmente, da mediação em sentido estrito. Repare-se que, entre os elementos essenciais do contrato de agência, não encontramos a celebração de contratos por conta do principal, nem a atuação em nome deste. Simplesmente, estas parecem também não ser – atenta a noção de distribuição – obrigações essenciais dos mediadores de seguros. O que pretendemos significar é que a possibilidade de estas notas estarem presentes afasta o contrato em questão da mediação em sentido estrito.

Além disso, podemos descortinar no regime jurídico vigente até agora duas notas de efetiva aproximação entre as duas realidades: a previsão da possibilidade de atribuição de uma indemnização de clientela ao agente de seguros, nos termos do artigo 45º DL nº144/2006, em termos similares aos que resultam da lei do contrato de agência; a possibilidade de, em caso de atuação do agente de seguros sem poderes de representação, ser tutelada a aparência gerada, nos termos dos artigos 30º DL nº72/2008, em moldes também próximos aos que resultam do artigo 23º LCA. É certo que a previsão pontual de tais soluções pode depor no sentido da necessidade de intervenção legislativa específica, quanto ao ponto, por não ser aplicável o regime da agência; mas, por outro lado, e se nos orientarmos por uma interpretação dogmática e teleológica, que nos remeta os institutos jurídicos quer para o restante sistema jurídico, quer para a consideração dos fins que, *ab initio*, predicam a intencionalidade jurídica, poderemos chegar à conclusão de que a solução dispensada pelo legislador só faz sentido por a atividade dos agentes de seguros comungar de características que foram pensadas em geral para a agência.

A previsão das referidas soluções, em certa medida,



desonera o julgador, oferecendo-lhe um critério de solução para problemas que outrora estavam envoltos em controvérsia. Mas, nem por isso se retira importância à questão de qualificação que estamos a abordar. Desde logo, são todos os outros aspetos de regime a entrar em jogo; em segundo lugar, não sendo a categoria dos mediadores uniforme, haveremos de tentar perceber quais os exatos contornos do âmbito de relevância das soluções.

Tentemos perceber como ficam as coisas caso seja aprovado o anteprojeto de transposição da DDS. O artigo 50º Anexo Proposta de Lei nº138/XIII (52º do Anexo I do Anteprojeto de Transposição) determina que, “para efeitos do nº2 do artigo 31º do regime do contrato de seguro, aprovado pelo DL nº72/2008, de 16 de abril, considera-se que o agente de seguros e o mediador de seguros a título acessório atua em nome e com poderes de representação do segurador, independentemente de este lhe ter conferido os poderes para celebrar contratos em seu nome”. Dispõe o citado artigo 31º/2 DL nº72/2008 que, “quando o mediador de seguros atue em nome e com poderes de representação do segurador, os mesmos atos realizados pelo tomador do seguro, ou a ele dirigidos pelo mediador, produzem efeitos relativamente ao segurador como se fossem por si ou perante si diretamente realizados”. Em causa está a atribuição de poderes de representação em caso de comunicações efetuadas através do mediador de seguros, que não se confunde com a problemática da atuação em nome de outrem no tocante à celebração do contrato de seguro. Quanto a esse continua a aplicar-se o regime da tutela da aparência previsto no artigo 30º DL nº72/2008. Do mesmo modo, o artigo 55º Anexo Proposta Lei nº138/XIII (57º Anexo I do Anteprojeto de Transposição da DDS) continua a prever a possibilidade de atribuição de uma



indemnização de clientela, Ora, se isto nos mune, como sublinhado anteriormente, de um argumento sistemático suficientemente forte para a considerar que o agente de seguros é, para muitos efeitos, um agente em sentido próprio, haveremos de tentar perceber se o argumento é extensível às outras categorias de mediadores, designadamente os corretores.

É que, apesar de o contrato de corretagem se integrar no âmbito de relevância das normas em questão, haveremos de tentar perceber se, de facto, quanto a ele é possível estabelecer, para outros efeitos, a aproximação ao contrato de agência.

Tradicionalmente, a doutrina tendia a entender que, no caso da corretagem de seguros, estaríamos diante de um contrato de mediação e não de um contrato de agência. De facto, se atentarmos na noção de contrato de agência e nos seus elementos essenciais – o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes – e se tivermos em conta quem é, efetivamente, um corretor de seguros – pessoa que exerce a atividade de distribuição de seguros de forma independente face às empresas de seguros, baseando a sua atividade numa análise imparcial de um número suficiente de contratos de seguro disponíveis no mercado –, veremos que muito dificilmente se poderá reconduzir a atuação de um corretor ao âmbito de relevância de um contrato de agência. É que o corretor, pela natureza da sua função, não atua por conta da seguradora, agindo independentemente e baseando a sua atividade numa análise imparcial de um número suficiente de contratos disponíveis no mercado.



Faltar, portanto, ao exercício da função a nota da estabilidade que é requerida pelo contrato de agência. Repare-se, ademais, que, enquanto no tocante aos agentes de seguros o artigo 16/1 a) Anexo Proposta Lei n138/XIII (Anexo I do diploma de transposição da DDS) se refere expressamente ao contrato celebrado entre o agente de seguros e a seguradora como “o contrato através do qual a empresa de seguros mandata o agente para, em seu nome e por sua conta, exercer a atividade de distribuição”, no caso dos corretores de seguros nenhuma referência se faz  atuação por conta alheia, donde falharia também uma das principais notas de caracterização do contrato de agência.

Importa, no entanto, destacar alguns pontos. Em primeiro lugar, como sublinhmos, o que caracteriza a agência é a atuação por conta de outrem, que não equivale à celebração de contratos por conta de outrem. O agente de seguros é o sujeito que exerce a atividade de distribuição de seguros em nome e por conta de um ou mais empresas de seguros ou de outro mediador, nos termos do ou dos contratos que celebre com essas entidades. Por seu turno, a distribuição é definida como qualquer atividade que consista “em prestar aconselhamento, propor ou praticar outros atos preparatórios da celebração de contratos de seguro, em celebrar esses contratos ou em apoiar a gestão e a execução desses contratos, em especial em caso de sinistro, incluindo a prestação de informaoes sobre um ou mais contratos de seguro, de acordo com os critérios selecionados pelos clientes através de um sítio na Internet ou de outros meios e a compilação de uma lista de classificação de produtos de seguros, incluindo a comparação de preços e de produtos ou um desconto sobre o preço de um contrato de seguro, quando o cliente puder celebrar direta ou indiretamente



um contrato de seguro recorrendo a um sítio na Internet ou a outros meios”. Significa isto que, em rigor, é possível estarmos diante de um agente de seguros que não celebre contratos por conta (e em nome) do segurador, apenas se limitando a prestar aconselhamento ou a propor atos preparatórios da celebração desse contrato. E, quando tal não ocorra, ou seja, quando o mediador-agente seja efetivamente mandatado para a celebração de contratos por conta do segurador, que pode, inclusivamente, outorgar-lhe poderes de representação para que aja também em seu nome, nem por isso fica descaracterizado o contrato que une o agente de seguros ao segurador como um contrato que comunga as características da agência, porquanto é possível que este apresente – para além dos seus elementos típicos essenciais – elementos acessórios que lhe oferecem uma outra fisionomia.

Significa isto que a categoria “*agente de seguro*” não se apresenta como uma categoria monolítica, invariável e fixa, mas que, pelo contrário, ela pode integrar diversos esquemas negociais, consoante a conformação da relação entre as parte estabelecida ao abrigo da sua liberdade contratual, esquemas negociais esses que se unificam no denominador comum que apresentámos. Se o agente (*stricto sensu*), atuando por conta do principal, age com autonomia, não ficando dependente das suas instruções, não cumprindo um horário de trabalho e não auferindo uma remuneração fixa²⁰, então a possível qualificação do *agente de*

²⁰ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 49 s., explicitando o requisito e considerando que, por falta dele, não podem ser considerados agentes pessoas que, apesar de ostentarem esse título, não passam de simples empregados, como os caixeiros-viajantes, os agentes de seguros, os agentes de vendas, e algumas agências bancárias.



seguros como agente em sentido estrito fica dependente da concreta relação que se estabeleça entre ele e o segurador. Se o agente for um trabalhador dependente, decairá a qualificação. Simplesmente, o artigo 2º/1, 3) DDS exclui do conceito de mediador o empregado da empresa seguradora, donde nenhum problema se levanta.

Também a categoria de “*corretor*” não é simples. O corretor de seguros pode, por exemplo, estar ou não autorizado a cobrar prêmios e a celebrar ou não contratos em nome da empresa de seguros. Simplesmente, no tocante à corretagem de seguros, faltam-nos as características típicas do contrato de agência, desde logo porque o corretor não atua por conta do segurador, mas independentemente, podendo não praticar, em relação a um dado segurador, mais do que um ato esporádico, com o que se perde a nota da estabilidade. Mas isto não significa que não se possam mobilizar as regras próprias do contrato de agência referentes à tutela da aparência. A doutrina, aliás e como sublinhado anteriormente, tem vindo a entender que o artigo 23ºLCA consagra um princípio geral de âmbito mais vasto do que o do contrato de agência, que pode ser mobilizado sempre que em causa esteja, pelo menos, uma relação de distribuição. Na verdade, a disciplina da agência – em alguns dos seus pontos – assume um caráter modelar para toda a distribuição comercial, surgindo a lei do contrato de agência como um arquétipo que pode ser invocado, num juízo de pendor analógico, para além das situações em que está em causa uma relação entre o principal e o agente. Essas regras são, aliás, importadas para o mundo da mediação de seguros por via do artigo

A este propósito, vide, igualmente, R. BALDI, *Il contratto di agenzia. La concessioni di vendita. Il franchising*, 391 s.



30º DL nº72/2008, que parece copiar a regra do artigo 23º LCA, em cujo âmbito de relevância se integram os corretores. E, no tocante à indemnização de clientela, depõe o artigo 55º do diploma que transpõe a DDS.

2.3. A responsabilidade civil da seguradora por atos dos mediadores

A consciência exata das relações que se estabelecem entre os mediadores e a seguradora, independentemente da integração do distribuidor numa determinada categoria funcional, é fundamental para se aferir – ainda que em abstrato – da eventual responsabilidade da segunda pelos atos dos primeiros.

Em causa estão três níveis de responsabilidade: a responsabilidade no sentido da *vinculação do segurador em face do contrato celebrado pelo mediador*; a *responsabilidade contratual* pelo não cumprimento (em sentido lato) do acordado; e a *responsabilidade delitual*.

a) A vinculação da seguradora ao contrato celebrado pelo mediador

No que ao primeiro nível respeita, a solução parece ser clara depois das considerações expendidas até aqui. Várias são as hipóteses a considerar: a) o mediador age com poderes de representação outorgados pelo segurador e este fica vinculado pela sua atuação em face do tomador do seguro; b) o mediador não age com poderes de representação, mas verificam-se os pressupostos



da tutela da aparência e o segurador fica também vinculado em face do tomador do seguro; c) o mediador não age com poderes de representação e, não se verificando os pressupostos da tutela da aparência, deixa de ser possível afirmar a vinculação. A opção por um dos cenários fica dependente do caso concreto, não resultando aprioristicamente da integração do mediador em um das possíveis categorias em que se cinde a função.

b) A responsabilidade contratual da seguradora

Já no que se refere ao segundo nível de responsabilidade, haveremos de considerar que o segurador poderá ser responsabilizado por via do artigo 800º CC. Necessário é que o segurador esteja adstrito ao cumprimento de uma obrigação. O que o artigo 800º vem esclarecer, de facto, é que a imputação dos danos ao devedor não se perde pelo simples facto de ele ter utilizado um terceiro, seu auxiliar²¹, no cumprimento da obrigação. A *ratio* da

²¹ Os autores têm sublinhado que estes auxiliares podem ser, indiferentemente e para efeitos da mobilização do regime do artigo 800º CC, auxiliares dependentes ou independentes. Nesse sentido, cf. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 287 s.; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 487, n.61; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 242 s.; Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 82 s.

A este propósito, *v.*, igualmente, o problema enunciado por Maria Victória ROCHA, “A imputação objectiva na responsabilidade contratual”, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, 92: até que ponto se integra a atividade de um terceiro na previsão do artigo 800º, nº1, CC? Em causa está, por exemplo, a determinação da eventual responsabilidade do devedor pela atividade dos correios ou dos caminhos-de-ferro, que utiliza para enviar a coisa objeto da prestação ao credor.



solução normativa encontra-se na necessidade de evitar que o devedor, confiando o cumprimento da obrigação a um terceiro, evite uma eventual responsabilidade. Em termos dogmáticos, tal solução explica-se pela estrutura problemática da responsabilidade contratual: o responsável é aquele sobre quem impede primariamente a obrigação em sentido técnico.

A eventual responsabilidade contratual do segurador por atos do mediador fica, deste modo, dependente da existência de uma prévia obrigação cujo cumprimento seja remetido para a atuação do terceiro, que se integra assim na esfera de influência do devedor primário.

Várias são as hipóteses em que tal pode ocorrer.

Desde logo, tenha-se em conta a possibilidade de o mediador ser chamado a cumprir determinados deveres no âmbito da execução de um contrato, como por exemplo, quando ocorre um sinistro. Mas pense-se, também, porque não é espúria a possibilidade de se integrar no âmbito de relevância do artigo 800º CC o incumprimento de deveres prévios à celebração do contrato, desencadeadores de responsabilidade pré-contratual, na hipótese de o mediador, atuando por conta do segurador, violar determinados deveres de informação e aconselhamento pré-contratual. Fundamental é que estes deveres onerem, em primeira linha, o segurador e que o mediador seja visto como um auxiliar deste – ainda que independente – na celebração do contrato²².

²² Sobre o ponto, cf. Vaz SERRA, “Erro na transmissão da declaração. Anotação ao acórdão de 22 de Junho de 1979 do STJ”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 113º, nº3660, 47 s.



c) Responsabilidade delitual

Quanto ao terceiro nível de responsabilidade, a responsabilidade extracontratual, haveremos que dizer que só pode haver responsabilidade do segurador, nos termos do artigo 500º CC. O artigo 500º/1 CC prevê que “aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”, restringindo o nº2 do citado preceito a responsabilidade para as situações em que “o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada”. Fundamental para que o comitente responda é que a responsabilidade recaia em primeira linha sobre o comissário e que os danos tenham sido causados no exercício das funções que lhe foram confiadas. Como pressuposto básico da obrigação de indemnizar está, portanto, a relação de comissão²³. Tal relação de comissão, na aceção dominante na doutrina e jurisprudência pátrias²⁴, implica uma relação de dependência ou subordinação,

²³ A relação de comissão a que aqui aludimos tem um sentido específico que não se confunde com a comissão comercial, enquanto contrato típico, previsto no artigo 266º CCom. Sobre o ponto, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 156; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, 640, n.1 Naquela estamos diante de um negócio nos termos do qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos em nome próprio e por conta da outra, falando a doutrina e a jurisprudência de um mandato sem representação. Quer isto dizer que o comissário celebra os contratos com terceiros, em seu nome. Cf. Engrácia ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Almedina, 2015, 463

²⁴ Cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, p. 157; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 640; Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por



com o comitente a dar ordens ou instruções ao comissário. Ora, embora o agente se deva conformar com as orientações recebidas e se deva adequar à política da empresa²⁵, a autonomia é uma das notas conformadoras do contrato de agência.

Assim sendo, tanto quanto considerarmos que os mediadores de seguros são agentes no sentido próprio do termo, torna-se difícil divisar a relação de comissão que nos permitiria estabelecer as bases da imputação. Repare-se, aliás, que se excluem do conceito de mediador os empregados das empresas de seguros, nos termos do artigo 2º/1, 3) DDS. No tocante aos corretores, não sendo agentes em sentido próprio, a independência com que atuam impede, em regra, a conformação da relação de que se cura como uma relação de comissão, decaindo também em relação a eles a possibilidade de se responsabilizar, *ex via* artigo 500º CC, o segurador.

2.4. A questão da proteção de dados e a responsabilidade do *controller*

O facto de não se divisar uma relação de comissão entre o agente ou o corretor de seguros, por um lado, e o segurador, por outro lado, não significa que ela não se possa estabelecer em concreto, por referência a uma concreta atividade. Um domínio particularmente sensível, onde tal se pode verificar é o relativo à

facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, vol. XII, tomo I, 1998, 307 s.

Em sentido diverso, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, Coimbra, 2010, 601 s.

²⁵ Cf. A. Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência*, 50.



proteção de dados pessoais. Importa, por isso, perceber em que medida a seguradora pode vir a ser responsabilizada por um ato do mediador que atente contra a proteção de dados. Para tanto, importa tecer algumas considerações acerca da eventual responsabilidade do (e passe a repetição semântica) responsável pelo tratamento de dados.

a) A responsabilidade pela violação de dados pessoais em geral

O regulamento geral de proteção de dados, recentemente entrado em vigor, prevê, no artigo 82º, que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do referido regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos. Acrescenta o nº2 do preceito que qualquer responsável pelo tratamento que nele esteja envolvido é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o regulamento, sendo o subcontratante responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações impostas pelo regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. Esta responsabilidade pode ser afastada se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante provar que não é responsável pelo evento que deu origem aos danos. Havendo mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, que sejam responsáveis por danos causados pelo tratamento, cada um é responsável pela totalidade dos danos, prevendo-se no nº5 do



artigo 82º a possibilidade de exercício do direito de regresso em relação à parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com a regra estabelecida no nº2.

Torna-se, assim, inequívoco que o Regulamento 2016/679 consagra uma regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo que parece inverter o ónus da prova, a partir do momento em que se constata a violação das obrigações por ele impostas²⁶. As soluções são de aplaudir, não só pelo cunho protetivo do titular dos dados que apresentam, como porque parecem resultar do funcionamento das regras ressarcitórias, quando entendidas numa ótica personalista. De facto, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com dados alheios, assume uma esfera de risco/responsabilidade, devendo adotar as medidas de cuidado – consagradas pelo legislador – no sentido de garantir a sua incolumidade. Não o fazendo, a primitiva esfera de responsabilidade (*responsabilidade pelo outro, ou pelos dados do outro*) convola-se numa outra esfera, mais ampla, de responsabilidade, no sentido da *liability (responsabilidade perante o outro)*. A esta esfera são reconduzidos todos os danos-lesão que deveriam ser obviados pelo cumprimento do dever legal imposto, pelo que, *a priori*, cada

²⁶ A solução parecia já resultar da lei de proteção de dados nacional. O nº2 do artigo 34º prevê que “o responsável pelo tratamento pode ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é imputável”. A formulação legal peca, contudo, por não perceber que, se o evento não for imputável ao sujeito, não é possível afirmar-se a responsabilidade, não fazendo sentido falar de uma responsabilidade parcial. Teria, portanto, de se tratar de uma não imputação em termos também parciais, a obrigar a uma correção do preceito.



interveniente no tratamento dos dados responderá pela totalidade do dano verificado em face do sujeito lesado. Posteriormente, pelo confronto entre a esfera de risco/responsabilidade do lesante e outras esferas de risco, aquele primitivo nexu imputacional que se desenha concretiza-se, podendo em concreto excluir-se ou conjugar-se com outros.

Não basta, contudo, que se determine um concreto nexu de imputação para que a responsabilidade seja afirmada. A este associam-se outros requisitos de uma pretensão indemnizatória procedente: a ilicitude, a culpa e o dano. Ademais, a modelação que aquele nexu conheça, exatamente porque de um nexu de ilicitude se trata, fica dependente da concreta modalidade de ilicitude desvelada e, mais amplamente, da modalidade de responsabilidade civil em causa. Nessa medida, a análise que se possa fazer da responsabilidade de cada um dos intervenientes num procedimento de tratamento de dados fica dependente da modalidade de responsabilidade civil concretamente que se mobilize em concreto e da posição que, como responsável pelo tratamento ou como subcontratante, o sujeito assuma em relação aos mencionados dados. Importa, por isso, perceber quem é o responsável ou quem pode ser o responsável, no sentido de *controller*, e quem é ou pode ser o subcontratante, ou seja, o *processor*, por um lado, e, por outro lado, refletir sobre as suas posições à luz das diversas modalidades de responsabilidade civil.

Nos termos do artigo 4º/7 RGPD, o responsável pelo tratamento (*controller* ou *controlador*) é “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre



que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”.

O responsável pelo tratamento de dados ou *controller* é, portanto, a pessoa, singular ou coletiva, que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados, isto é, aquele que decide que meios são recolhidos e tratados, como e porque é que o são. No fundo, é a pessoa que exerce o controlo sobre os dados, razão pela qual lhe são impostos especiais deveres e lhe é imputada a responsabilidade, em caso de violação de algum deles. De acordo com a explicitação do Grupo de Trabalho do Artigo 29º sobre a Proteção de Dados, o controlo de que aqui se fala pode resultar de três vias: de uma competência legal expressa; de uma competência tácita, no âmbito de uma relação contratual; ou de uma influência de facto²⁷. Fundamental é que este controlo não seja meramente formal, pelo que, consoante se pode ler no documento europeu – embora por referência ao anterior quadro legislativo –, havendo nomeação legal do responsável pelos dados, ela deve refletir a realidade, devendo aquele que é indicado como *controller* exercer um controlo efetivo sobre os dados²⁸. Do mesmo modo, nas outras vias de controlo, é essencial ter em conta as cláusulas de um

²⁷ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 14 s.

²⁸ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 14 s.



eventual contrato, o grau de controlo efetivamente exercido, a imagem transmitida aos titulares dos dados, tendo sempre presente que releva mais o efetivo controlo material do que as eventuais classificações formais a que possamos ser conduzidos pelos negócios envolvidos na situação²⁹.

Se uma seguradora recolhe os dados dos seus clientes, quando com eles celebra um contrato de seguro, havendo, depois, uma outra entidade que armazena, digitaliza e cataloga todas as informações relevantes, de acordo com as instruções específicas fornecidas pela seguradora e para os fins que ela tenha estabelecido, então, a seguradora é, neste contexto, o *controller*, ou seja, o responsável pelo tratamento dos dados. Mas, se a seguradora X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela seguradora para promover, também, produtos de outros clientes, então, assume uma nova finalidade para o tratamento dos dados, passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato³⁰. A solução é ditada pelo artigo 28º/10 RGPD, nos termos do qual “o subcontratante que, em violação do presente regulamento,

²⁹ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 16.

³⁰ A explicitação é feita pelo Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 18, que nos apresenta um caso com uma intencionalidade e uma estrutura problemáticas em tudo idênticas ao que aqui deixamos inscrito.



determinar as finalidades e os meios de tratamento, é considerado responsável pelo tratamento no que respeita ao tratamento em questão”, e vai ao encontro do que, por referência à anterior legislação europeia na matéria, era defendido pelo grupo de trabalho do artigo 29º para a proteção de dados. No parecer 1/2010, sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, pode ler-se que “a determinação da finalidade de tratamento está reservada ao responsável pelo tratamento”, pelo que quem assumir a decisão de eleger uma nova finalidade assume, igualmente, tal estatuto³¹. O raciocínio é, aliás, estendido pelo referido grupo de trabalho às pessoas singulares que se integram na estrutura organizacional do *controller*. Se, em regra, elas agem por conta da pessoa coletiva, não se distanciando dela, para efeitos de aplicação do regulamento, se, “ultrapassando o âmbito das atividades da pessoa coletiva e escapando ao seu controlo, utilizar dados para os seus próprios fins”, deve ser tratada como responsável pelo tratamento dos dados³². Resulta do exposto que a noção de *controller* é uma noção dinâmica, que não se deixa aprisionar por determinações abstratas formuladas *a priori*, antes procurando espelhar o efetivo controlo de facto sobre as finalidades e os meios de tratamento de dados.

Além disso, há ou pode haver situações em que nos deparamos com mais do que um *controller*. Este controlo múltiplo pode ser conjunto ou paralelo. Para que haja controlo conjunto e, portanto, para que possamos falar de co-controladores

³¹ Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 19.

³² Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante, wp 169, 20.



(corresponsáveis) torna-se mister que haja efetiva partilha das finalidades e dos meios. Sempre que falhe esta conjunção, falha, também, a qualificação que se procura. Pense-se, por exemplo, na hipótese de uma seguradora que envia dados dos seus clientes a uma empresa de *rent-a-car*, sempre que seja necessário prover pela contratação de um veículo de substituição no âmbito de um seguro de responsabilidade civil automóvel. A empresa em causa recolhe dados dos clientes, assumindo-se como um *controller*. Contudo, não há conjunção, por não haver partilha de finalidades, nem partilha de meios. Mas, se a companhia de seguros decide criar, conjuntamente com um Banco, uma plataforma de gestão dos dados dos clientes comuns que, contratando com aquele um crédito à habitação, têm associado um seguro de vida, cujo contrato é celebrado com aquela seguradora, então há efetiva partilha de finalidades e de meios, a determinar que se possa falar de um controlo conjunto³³.

O controlo conjunto a que se alude pressupõe, portanto, um domínio de facto comum dos dados, o que significa que a conjunção a que se alude envolve a possibilidade de ambas as entidades cumprirem as obrigações que o regulamento prevê. No fundo, para se falar de controlo conjunto, haveremos de estar diante de uma hipótese em que os mesmos dados são partilhados por mais do que uma entidade, unidas pela prossecução de uma finalidade comum ou pela utilização de meios definidos em conjunto, de tal modo que

³³ Para um exemplo análogo, cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 23 s.



só conseguimos antever uma atividade de tratamento de dados³⁴. O controlo conjunto não se confunde, portanto, com um controlo comum de certos dados que não envolva partilha de finalidades e de meios (e, portanto, que não envolva uma única atividade de tratamento de dados). Se a seguradora recolhe e trata dados dos seus funcionários para fins de gestão de salários, seguros de saúde, entre outros, e depois os transmite à autoridade tributária, como lhe compete, apesar de haver partilha de dados, não há controlo conjunto, por não haver unicidade de finalidades e de meios³⁵.

Por seu turno, o subcontratante (*processor*) é aquele que procede ao tratamento de dados por conta do *controller*. A atuação

³⁴ Cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 27, colocando a questão de saber se o controlo conjunto envolve sempre a responsabilidade solidária e respondendo negativamente, por considerar que os diferentes responsáveis poderão ser responsáveis pelo tratamento de dados pessoais em fases diferentes e em diferentes graus. Não cremos, porém, que a posição do grupo de trabalho possa ser sufragada, mesmo descontando o facto de ela se reportar à anterior legislação comunitária na matéria. Em primeiro lugar, havendo mais do que um responsável no âmbito delitual, a regra é a da solidariedade, independentemente do grau de responsabilidade de cada um, que apenas se torna relevante no quadro das relações internas; em segundo lugar, ainda que a atuação de dois sujeitos não seja simultânea, a decisão de tratamento dos dados com base na finalidade eleita e nos meios escolhidos implica que há apenas uma atividade de tratamento de dados, embora titulada por mais do que um sujeito, e portanto reconduzível – na convolação da responsabilidade enquanto controlabilidade para a responsabilidade no sentido da *liability* – a mais do que uma esfera de responsabilidade. O controlo conjunto é incompatível com uma ideia de não solidariedade.

³⁵ Para um exemplo análogo, cf. Grupo de trabalho do artigo 29º sobre proteção de dados, *Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante*, wp 169, 24 s.



por conta de outro sujeito determina que as finalidades do tratamento não possam ser definidas pelo *processor*. Converter-se-á num *controller*, se, eventualmente, assumir uma finalidade própria (e autónoma) no tratamento dos dados. Não é, porém, a simples eleição de uma finalidade nova, mesmo que desarreigada da possibilidade de, em relação a ela, se cumprir o regulamento, que poderá determinar a qualificação, como referido anteriormente. Nessas hipóteses, o *subcontratante* deve ser, em relação aos dados na sua ligação com a nova finalidade, tratado como um terceiro, do mesmo modo que deve ser tido como terceiro se a finalidade eleita implicar uma violação dos direitos que estão na base da proteção de dados.

Havendo violação do direito à proteção de dados no quadro do tratamento conjunto que deles seja feito, avultará necessariamente a responsabilidade quer da seguradora, quer do Banco, em termos de solidariedade. Esta solução resulta dos artigos 82º/2 e 4 RGPD, estando em sintonia com o disposto no artigo 497º CC. É que o controlo conjunto a que se alude não mais representa do que uma estrutura problemática que, pela partilha de finalidade e de meios, determina que haja apenas um tratamento para o qual convergem duas esferas de responsabilidade subjetivas. Se aquele tratamento envolve a preterição de dados pessoais, então, porque o controlo de finalidades e meios é comum e determina um só tratamento, tornam-se atuantes diversas esferas de risco/responsabilidade.

No caso de controlo paralelo a ponderação há-de ser diferente. Só é responsável o *controller* que efetivamente participe na operação de tratamento de dados que gera a lesão. Há que ter, no entanto, em conta alguns dados. Em primeiro lugar, a noção de



tratamento de dados com que somos confrontados pelo regulamento é muito ampla. Nos termos do regulamento, o tratamento de dados é visto como uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição. Significa isto que a simples transmissão dos dados para uma outra empresa integra o conceito de tratamento. Se o primeiro *controller* não se assegura da fiabilidade do cumprimento do regulamento por parte do segundo *controller* poderá ser por isso responsabilizado. É claro que, sendo o regulamento imperativo para todos os agentes, se poderá chamar à colação uma ideia de confiança para afastar, a este nível, a responsabilidade do primeiro. Simplesmente, nada exclui a possibilidade de, por exemplo, a empresa estar sediada fora da União Europeia. Ora, de acordo com o Regulamento, as transferências para países terceiros (bem como para organizações internacionais) só podem ser efetuadas no pleno respeito pelo presente regulamento, ou seja, só podem ter lugar se houver garantias de cumprimento de um nível de proteção idêntico ao que o regulamento dispõe por esse novo *controller*, o que significa que, apesar de o ato diretamente violador dos dados ser perpetrado pelo último, é possível que se venha a imputar ao primeiro também a responsabilidade, operando as regras da solidariedade, nos termos do artigo 82º/4 RGPD.

Por outro lado, há que ter em conta que o artigo 82º/3



dispõe que “o responsável pelo tratamento (...) fica isento de responsabilidade nos termos do nº2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos”. O que o preceito estabelece é a regra da inversão do ónus da prova da imputação (outrora dita causalidade), de tal modo que, havendo mais do que uma esfera de responsabilidade em relação a um mesmo conjunto de dados, relativamente ao qual se verifica um evento danoso, ambos são responsabilizados solidariamente³⁶, exceto se, no posterior cotejo de esferas de responsabilidade a que se processe, se perceba que a esfera de responsabilidade de um agente consome a do outro. Se deve ser assim em geral, há que sublinhar que geralmente a esfera de responsabilidade avulta unicamente a partir da constatação de um aumento do risco, ou seja, da preterição de deveres no tráfego. A especificidade que o Regulamento nos traz é, mais do que permitir que, uma vez violada uma regra por ele imposta, se presuma que a sua preterição foi culposa, considerar que o *controller* será sempre responsável pela violação dos dados, bastando que para tal esteja envolvido naquele tratamento. Se é certo que, na hipótese em análise tal não ocorre, porque o tratamento gerador da lesão é subsequente, ao considerarmos que a mera transferência de dados configura, em si mesma, um tratamento, haveremos de ter em conta que lhe cabe a si provar que não houve qualquer preterição das regras impostas em matéria de transmissão de dados.

Outras hipóteses têm que ser, ainda, consideradas ao nível do controlo paralelo. Pense-se no caso em que a seguradora X contrata a empresa Y, que presta serviços de *marketing direto* a

³⁶ A solidariedade resulta da conjugação entre o artigo 82º/3 e o artigo 82º/4 CC.



várias empresas, para difundir os seus produtos junto dos seus clientes, e Y, para além de cumprir a obrigação a que está contratualmente vinculado, decide usar a base de dados que lhe foi transmitida pela seguradora para promover, também, produtos de outros clientes, assumindo uma nova finalidade para o tratamento dos dados e passando a ser um *controller*, não obstante a eventual designação que possa surgir no contrato. Ou seja, estamos aqui a lidar com um segundo *controller* que, inicialmente, era apenas um *processor*. Ainda que o primeiro *controller* não intervenha, aparentemente, no tratamento dos dados, não se mobilizando o disposto no artigo 82º/2 RGPD, nem por isso se afasta de imediato a responsabilidade daquele. Na verdade, Y pode ser, em relação a X, qualificado como comissário, colocando-se, portanto, o problema da assimilação do âmbito de relevância do caso assimilado pelo âmbito de relevância do artigo 500º CC.

Para que a seguradora X possa ser responsabilizada a este nível não basta que exista uma efetiva relação de comissão entre ambos e que todos os pressupostos da responsabilidade civil se verifiquem em relação a Y, tornando-o responsável. É necessário, ainda, que o ato tenha sido praticado no exercício das suas funções. Segundo Menezes Cordeiro, “a ideia do legislador é a de delimitar o âmbito do risco que vai repercutir no comitente”³⁷. Mas, nem sempre se mostram coincidentes as respostas dos autores quanto à delimitação anunciada. Antunes Varela considera que há atuação no exercício das funções quando a comissão seja causa adequada ou idónea do facto ilícito perpetrado pelo comissário. Importante é que o ato seja praticado no quadro geral de competência deste

³⁷ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614.



último, uma vez que, fora dele, a lesão ocorrida deixa de ser previsível, não devendo o comitente responder por ela³⁸.

Por seu turno, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão acabam por aderir a um posicionamento mais amplo, sustentando que basta que os danos sejam causados no exercício da função e não por

³⁸ Cf. Antunes VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 536 s. No mesmo sentido, cf. Pedro Nunes de CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, 1988, 85 s. Porque “o comitente só será chamado à responsabilidade nos casos em que o ato praticado pelo comissário tenha determinado nexo causal com a comissão”, coloca-se o problema de saber como é que ele há-de ser estabelecido. Em resposta ao quesito, o autor aduz que “não basta que haja uma mera conexão temporal ou local com a função”, sendo necessário que o ato seja praticado no exercício dela. Tal conexão há-de ser suficiente e não ocasional, devendo interpretar-se a noção de acordo com o fundamento da responsabilidade do comitente, qual seja, a de se basear também no benefício que o comitente retira da atividade do comissário, não estando em debate uma mera responsabilidade pela garantia. Nessa medida, o autor sustenta que, quando o artigo 500º/2 CC aponta para “a responsabilidade do comitente por atos praticados pelo comissário ainda que intencionalmente, deve entender-se que a referência aos atos danosos praticados intencionalmente pelo comissário no exercício da sua função se reporta apenas àqueles que sejam previsíveis (...) no quadro geral da função (teoria da causalidade adequada)”. Cf., ainda, Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 321; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 17-18, sustentando o que o nexo do facto ilícito com as funções do comissário deve ser interno, direto e causal; Antunes VARELA/Pires de LIMA, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª edição, 1987, p. 509, falando de factos ilícitos praticados por ocasião do exercício das funções mas em que o exercício não constitui uma causa adequada



causa dela³⁹.

Creemos ser preferível sustentar, na esteira do entendimento mais restritivo, que a lesão deve ser vista como concretização do risco funcional, exigindo-se, por isso, a atuação no quadro geral de competência ou dos poderes conferidos ao comissário, com o que ficam excluídos os atos que não se inscrevem no esquema do exercício da função (que foi para o surgimento deles mera ocasião), embora se incluam os que se ligam àquela por um nexo meramente instrumental (designadamente nas hipóteses de abuso de funções)⁴⁰. Simplesmente, para tanto, não aderimos a qualquer critério causal, assente quer na condicionalidade, que alargaria desmedidamente a responsabilidade do comitente, para além de todos os outros problemas dogmáticos que arrastaria, quer na causalidade adequada, por ser a probabilidade a que ali se alude uma verdadeira fórmula vazia para lidar com o problema⁴¹. Do que

³⁹ Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 614; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações* I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 369

⁴⁰ A lição é de Antunes VARELA, *Das obrigações*, 642, que aqui acompanhamos de perto. Note-se, porém, que não aderimos a uma conceção de causalidade entendida em termos de causalidade adequada. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013.

⁴¹ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 407. A autora mostra-se cética da possibilidade de densificar a noção de “exercício de funções” com recurso a um critério causal. Para ela, “a principal dificuldade radica em que o uso de expressões habitualmente conotadas com um dos pressupostos da responsabilidade civil pode levar a equívocos terminológicos e conceituais”, confundindo-se o pressuposto comum da causalidade com um dos pressupostos específicos da



se trata, afinal, é de saber se a atribuição daquelas funções aumentou o risco de surgimento da lesão ou se ela poderia ter lugar de igual modo, ainda que não existisse a comissão que foi, assim, mera ocasião (como poderia haver outras) de surgimento da violação.

O dado parece, aliás, ser consentâneo com a lição da doutrina no sentido de afirmar que haverá responsabilidade, mesmo quando o ato tenha sido praticado intencionalmente ou contra as instruções do comitente, aproveitando-se da imagem de “aparência social que cria um estado de confiança do lesado na lisura do comportamento daquele”⁴², pelo que se poderá, efetivamente, aventar a pretensa responsabilidade do primeiro *controller* pelo ato do *processor* convertido em *controller*, dependendo das especificidades do caso concreto. É que, mesmo que ele tenha contrariado as instruções do primeiro *controller* e elegido uma nova finalidade para o tratamento de dados, com meios próprios, sem o que não se converteria em *controller*, não o poderia fazer sem os meios que lhe foram facultados pela seguradora.

responsabilidade do comitente. Apresentando o seu próprio critério (distinto, pois, da cisão entre *exercício das funções e por ocasião das funções*, a fazer apelo à ideia de que, neste último caso, o facto podia ter tido lugar independentemente daquelas), esclarece que a conexão causal adequada entre as funções do comissário e o facto danoso traduz-se fundamentalmente na verificação de um certo nível de probabilidade de que no decurso daquelas funções possa ocorrer um ato lesivo de terceiros, não andando por isso muito longe das soluções a que se chegam pelo denominado *Salmond Test* (o qual vem indagar se o ato se insere no âmbito dos atos autorizados pelo comitente, quer a autorização seja expressa, tácita ou mesmo aparente) – cf. pág. 342 s.

⁴² Mota PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 324.



As dúvidas em relação à responsabilidade do *controller* parecem atenuar-se no caso da violação de dados por parte do subcontratante. Em primeiro lugar, pode haver responsabilidade direta (subjéctiva) do primeiro se se provar que violou a obrigação de apenas recorrer a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas, de modo que o tratamento satisfaça os requisitos do regulamento geral de protecção de dados. O facto de o subcontratante cumprir um código de conduta aprovado ou um procedimento de certificação aprovado poderá ser utilizado como elemento para demonstrar o cumprimento das obrigações do responsável pelo tratamento, conforme explicita o próprio Regulamento, nos seus *considerandi*. Em segundo lugar, pode haver responsabilidade objectiva, por força do artigo 500º CC, nos termos explicitados anteriormente.

Em qualquer dos casos, a responsabilidade do *controller* não afasta a responsabilidade própria do *processor*.

Do ponto de vista contratual, a chamada à colação do regime da responsabilidade contratual só é possível quando a legitimação para o tratamento de dados pessoais seja negocial. Se por esta via se consegue responsabilizar o *controller*, pelos atos dos subcontratantes (e mesmo dos originários *processors* que, posteriormente, se convolvam em *controllers*), nem por isso se garante a afirmação da responsabilidade do subcontratante. Mas, se este é responsável extracontratualmente, pode sê-lo, também, contratualmente. Para tanto, haverá que se configurar o contrato celebrado entre o responsável pelo tratamento dos dados e o subcontratante como um contrato com eficácia de protecção para



terceiros⁴³. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele⁴⁴. Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, numa forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”⁴⁵. Ora, parece-nos que, destinando-se o contrato celebrado entre o responsável pelos dados e o subcontratante do tratamento de dados de terceiros, o subcontratante (*processor*) não poderá deixar de ter em conta que a sua prestação pode afetar particularmente os interesses desses terceiros, pelo que estes se devem integrar na esfera de proteção do contrato. Para tal configuração, o artigo 28º RGPD acaba por nos oferecer um importante contributo. Dispõe o preceito que “o tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, que vincule o subcontratante ao responsável pelo

⁴³ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, 2001, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535 ; e C.A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.; Carneiro da FRADA, “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 287; Mafalda Miranda BARBOSA, “Arrendamento, responsabilidade civil e terceiros”, *Estudos de Direito do Consumidor*, 12, 2017, 75 s.

⁴⁴ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

⁴⁵ Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.



tratamento, estabeleça o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento”, devendo conter referência aos elementos constantes no citado preceito.

b) A responsabilidade da seguradora pela violação de dados pessoais pelo mediador

Sendo este o quadro de entendimento da responsabilidade que pode avultar no âmbito da proteção de dados, importa tentar perceber em que medida pode o segurador ser responsável pelo ato do mediador que atente contra os dados pessoais dos clientes. Fundamental será qualificar o mediador como um *controller* ou como um *processor* e, depois disso, perceber que tipo de relação se estabelece – nesta matéria particular – entre os dois sujeitos.

A priori, o segurador deve ser considerado um *controller* tanto quanto defina os meios e as finalidades do tratamento de dados. É certo que é o mediador que, porque acede ao mercado, efetua a recolha de dados, podendo proceder ao seu preliminar tratamento. Mas, atuando por conta e em nome do segurador, o agente fá-lo de acordo com as finalidades e os meios definidos pelo segurador, donde deverá ser visto como um *processor*. E sendo-o, não obstante a atuação autónoma do agente de seguros, a impedir a desvelação de uma relação de comissão que cubra em geral a relação que estabelece com a empresa de seguros, é possível encontrarmos as notas predicativas de tal comissão no que especificamente respeita à proteção de dados. Deixará de ser assim se o segurador determinar quais os dados (o quê do tratamento de



dados), mas não nos meios desse tratamento, não existindo da parte do (*primeiro*) *controller* a emissão de instruções relativamente à operação levada a cabo. Nesta segunda hipótese, teremos dois *controllers*, cada um sendo responsável pela operação que leve a cabo.

No caso dos corretores, as dúvidas parecem aplacar-se: se a obtenção dos dados visa a seleção do produto de seguro que melhor se conforma com as características do consumidor, então aqueles dados são obtidos de acordo com finalidades que não são definidas *a priori* por um segurador em particular. Claramente, o corretor não se limita a agir de acordo com as instruções do segurador no que respeita ao tratamento de dados. Pelo contrário, ele define o que recolher, como recolher e porque recolher, ainda que se tenha de conformar com a necessária avaliação do risco que é imposta pelo segurador.

Assim sendo, se estando diante de um corretor, podemos concluir que nos deparamos com dois *controllers*; em face de um agente de seguros, coloca-se o problema de saber se a relação se estabelece entre um *controller* e um *processor*. O subcontratante recebe, da parte da empresa de seguros, a definição dos fins do tratamento de dados. Se esta definir, igualmente, os meios do tratamento, então, o agente de seguros não será mais do que um *processor*. Ora, não existindo uma relação de comissão global entre os dois sujeitos, nada impede, contudo, que – atentas as regras impostas pelo RGPD – ela não exista no tocante a este aspeto particular.



3. Mediadores de seguros a título acessório

O mediador de seguros a título acessório é qualquer pessoa singular ou coletiva, com exceção das instituições de crédito ou das empresas de investimento, que inicie ou exerça, mediante remuneração, a atividade de distribuição de seguros numa base acessória, desde que a atividade principal não consista na distribuição de seguros, os produtos de seguros sejam complementares de um bem ou serviço, não cubram o ramo vida ou de responsabilidade civil, não sejam seguros obrigações, nem produtos de investimento com base em seguros.

Com isto desaparece a categoria dos mediadores de seguros ligados⁴⁶. Mas nos termos do artigo 8º Proposta de Lei nº1387XIII (6º Anteprojeto de transposição da diretiva), as pessoas singulares ou coletivas inscritas na categoria de mediador de seguros ligado ao abrigo do DL nº144/2006, consideram-se registadas na categoria de agente de seguro ou de mediador de seguro a título acessório,

⁴⁶ Os mediadores de seguros ligados exercem/iam a sua atividade sob responsabilidade de uma ou mais empresas de seguros, não podendo receber prémios ou somas destinadas aos tomadores de seguros, aos segurados ou aos beneficiários. Sobre o ponto, cf. Hígina CASTELO, *O contrato de mediação*, 27 s., não só definindo a categoria, como explicitando as duas subcategorias que nela se incluem: a) os angariadores de que falava o DL nº388/91, de 10 de Outubro, entendidos como os “trabalhadores vinculados a uma seguradora ou a um corretor por um contrato de trabalho, embora a angariação fosse exercida no âmbito de um contrato paralelo ou acessório do contrato de trabalho, quando ainda vigente”; ou seja, “os que agem em nome e por conta de uma empresa de seguros ou de mais do que uma, com autorização desta”; b) os que “exercem a mediação de seguros em complemento da sua atividade profissional, quando o seguro é acessório do bem ou serviço fornecido no âmbito da atividade profissional”.



consoante os casos. No caso das instituições de crédito e as empresas de investimentos definidas nos pontos 1 e 2 do nº1 do artigo 4º do Regulamento (UE) nº575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, quando inscritas na categoria de mediador de seguros ligado, nos termos do artigo 8º do DL nº144/2006, devem ser considerados, uma vez entrando em vigor a nova disciplina jurídica, registados na categoria de agentes de seguros.

Quanto a estas instituições de crédito, há algumas especificidades a destacar, ainda que, como vimos, as tenhamos de qualificar como agentes de seguros. O artigo 26º Anexo Proposta Lei nº138/XIII (28º do Anexo I do Anteprojeto consagra que, “se o produto de seguros for acessório de um bem ou serviço que não seja um seguro, como parte de um pacote ou do mesmo acordo, o mediador de seguros oferece ao cliente a possibilidade de comprar o bem ou o serviço separadamente” e que, “se o produtor de seguros for oferecido juntamente com um produto ou um serviço acessório que não seja um seguro, como parte de um pacote ou de um mesmo acordo, o mediador de seguros informa o cliente se é possível adquirir separadamente os diferentes componentes e, caso o seja, presta uma descrição adequada dos diferentes componentes do acordo ou pacote e fornece documentação separada sobre os custos e os encargos associados a cada um dos componentes”. Em causa está a regulamentação das vendas associadas, mas as novas regras não se aplicam nas hipóteses em que o produto de seguro for acessório de um serviço ou atividade de investimento na aceção do artigo 4º/1, ponto 2, da Diretiva 2014/65/UE, um acordo de crédito, na aceção do ponto 3 do artigo 4º da Diretiva 2014/17/UE, uma conta de pagamento, na aceção do ponto 3 do artigo 2º da



Diretiva 2014/92/UE.

No que aos contratos de crédito à habitação respeita, de acordo com o artigo 11º/1 DL nº74-A/2017, “ao mutuante está vedado fazer depender a celebração [de tais contratos] da realização de vendas associadas obrigatórias”, embora possa exigir que o mutuário abra ou mantenha aberta uma conta de depósito à ordem e constitua um ou mais contratos de seguro, relacionados com o crédito, nos termos do nº2. E, é possível, ainda, que sejam propostos ao consumidor produtos financeiros de modo a reduzir determinadas comissões ou determinados custos associados ao contrato, designadamente o *spread*. Neste caso, estabelece o nº3 do artigo 11º que “o mutuante apresenta ao consumidor uma TAEG que reflita aquela redução de comissões ou outros custos, indicando clara e expressamente que a efetiva aplicação desta está condicionada à contratação dos produtos ou serviços financeiros adicionais”.

Na Carta Circular nº31/2011/DSC, de 28 de Abril de 2011, o Banco de Portugal determina que as instituições de crédito, no âmbito das práticas comerciais de vendas associadas facultativas a depósitos ou a operações de crédito contratados por consumidores, na aceção prevista no nº 1 do artigo 2º da Lei nº 24/96, de 31 de Julho, se deveriam abster de comercializar de forma conjunta produtos e serviços financeiros que não se enquadrassem num dos seguintes tipos: depósitos bancários, produtos de poupança com capital garantido a todo o tempo, contratos de seguro com capital garantido a todo o tempo, operações de crédito, serviços de domiciliação de pagamentos periódicos, cartões de crédito, de débito e outros instrumentos de pagamento.



4. As empresas de seguros e de resseguros

Uma empresa de seguro é, nos termos do artigo 5º/1 a) Lei nº147/2015, uma empresa que tenha recebido uma autorização administrativa para o exercício da atividade seguradora; uma empresa de resseguro é, nos termos do artigo 5º/1 d) Lei nº147/2015, uma empresa que recebeu uma autorização administrativa para o exercício da atividade resseguradora.

Nos termos do artigo 8º/1 c) Anexo Proposta-Lei nº138/XIII (9º /1 c) Anexo I do Anteprojeto de transposição da DDS), as empresas de seguros e de resseguros também participam na atividade de distribuição de seguros. Em rigor, não se trata de uma atividade de distribuição em sentido estrito. A sua inclusão na categoria dos distribuidores cumpre, no entanto, um propósito claro na linha do que é definido pela Diretiva: garantir que, independentemente do canal de contratação do seguro, seja dispensado ao consumidor o mesmo grau de proteção. A preocupação do legislador no que respeita a este aspeto particular percebe-se em face da inexistência de fronteiras estanques entre os diversos canais de comunicação: não raras vezes o consumidor entra em contacto com o produto de seguro com base num mediador, concluindo a celebração do contrato num balcão da própria seguradora.



5. Os requisitos de acesso à distribuição

O artigo 11º Anexo Proposta Lei nº138/XIII (12º do Anexo I do Anteprojeto de transposição da DDS) determina os requisitos de acesso à categoria de mediadores de seguros (ou de resseguros) e à categoria de mediadores de seguros (ou de resseguros) a título acessório. Por seu turno, o artigo 12º estabelece as condições de acesso à categoria de mediadores e de mediadores a título acessório por parte das pessoas coletivas. Entre estas condições conta-se o facto de os candidatos a mediadores ou a mediadores a título acessório deverem ter uma qualificação adequada às características da atividade de distribuição que pretendem exercer, qualificação que deve também existir por referência aos membros dos órgãos de administração dos mediadores de seguros e resseguros pessoa coletiva responsáveis pela distribuição e às pessoas diretamente envolvidas na distribuição dos referidos seguros e resseguros. A qualificação é considerada adequada quando preencha os requisitos do artigo 13º. No que respeita ao requisito da idoneidade, ele deve ser apreciado de acordo com o artigo 14º. Para além destas condições gerais, deverão ser cumpridas diversas condições específicas de acesso a cada uma das categorias.

O não cumprimento destas condições é causa para o cancelamento do registo, mesmo para os operadores que já se encontrem no mercado no momento da entrada em vigor da nova disciplina legal.



6. Os comparadores ou agregadores

A DDS alarga o conceito de distribuição de seguros e integra no conceito a “compilação de uma lista de classificação de produtos de seguros, incluindo a comparação de preços e de produtos ou de um desconto sobre o preço de um contrato de seguro, quando o cliente puder celebrar direta ou indiretamente um contrato de seguro, nomeadamente recorrendo a um sítio da *Internet* ou a outros meios” (artigo 5º/a), *in fine*).

Dois cenários são, então, cogitáveis.

Em causa pode estar, em primeiro lugar, uma atividade que se inscreva na atuação de uma empresa de seguros (ou resseguros), de um mediador ou de um mediador acessório de seguros, não se levantando especiais problemas no tocante ao regime que a cada um há-de ser aplicado e relevando, apenas, a utilização do meio digital para a chamada à colação, no que respeita ao contrato celebrado entre o distribuidor e o cliente, das regras próprias do comércio eletrónico e dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

Mas pode, em segundo lugar, estar em causa um esquema negocial autónomo. A plataforma digital não surge, aqui, só como um veículo de comunicação, mas é ela própria um prestador de serviço que, mediante a solicitação do cliente, procura, com base em dados de inteligência humana ou inteligência artificial, uma lista de classificação de produtos de seguro, apresentando ao consumidor o que melhor se coadune com as características e as pretensões que lhe foram comunicadas. Neste caso, a plataforma digital emerge, desde que o consumidor possa celebrar – ainda que



indiretamente – o contrato, recorrendo a um sítio da internet, como um corretor de seguros, devendo obedecer, para poder funcionar legitimamente, aos requisitos de admissão à categoria que estão previstos nos artigos 18º e 19º Anexo Proposta Lei nº138/XIII (artigos 19º e 20º Anexo I Anteprojeto de transposição da DDS). Ao mesmo tempo devem considerar-se aplicáveis as regras próprias do comércio eletrónico e dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial.

Mais problemática é a situação em que o sistema de comparação não implica a celebração de qualquer contrato com o consumidor, que apenas recorre à plataforma para aceder ao confronto entre os produtos de seguros. É que, nesta hipótese, não havendo a possibilidade de se celebrar direta ou indiretamente um contrato de seguro, haveremos de questionar se a plataforma (ou melhor, o titular dela) deve ou não ficar submetida(o) às regras previstas no novo regime. Ora, tanto quanto as informações contidas no sítio da *Internet* possam ser fundamentais para a formação da vontade do consumidor, parece-nos que, não obstante a noção de distribuição que é apresentada, a consideração da *ratio* da disciplina impõe a assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância da disciplina legal em tudo o que diga respeito aos especiais deveres de informação a prestar ao consumidor.

Mafalda Miranda Barbosa



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2018-09-21