

# INFLUÊNCIA DA REGULAÇÃO INSTITUCIONAL NA CONTRATAÇÃO DE SEGUROS: O IMPACTO DO NOVO REGIME DA DISTRIBUIÇÃO NA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO DISTRIBUIDOR

MARGARIDA LIMA REGO

**Resumo:** uma das principais forças motrizes da Diretiva de Distribuição de Seguros (DDS) é o combate à venda inadequada de produtos de seguros. Este combate esteve na origem de um conjunto de novas imposições, entre as quais se destacam a exigência de criação e implementação de uma política de conceção e aprovação de produtos de seguros e, dentro desta, o novo teste às necessidades e exigências dos clientes de seguros — exigência que surge no contexto da regulação institucional da atividade da distribuição de seguros, mas com implicações óbvias no direito dos contratos. Na sua missão de regular a conduta de mercado dos distribuidores de seguros, a DDS centra-se no estabelecimento de deveres legais, permanecendo os direitos individuais dos clientes de seguros, correlativos jurídicos de tais deveres, na penumbra. Este texto visa lançar alguma luz sobre esses novos direitos, nas relações entre as partes num contrato de seguro, bem como nas consequências da sua violação.

**Palavras-chave:** distribuição de seguros; distribuidor de seguros; venda inadequada; supervisão e governação de produtos; exigências e necessidades dos clientes de seguros; proteção dos consumidores de seguros; responsabilidade pré-contratual; *culpa in contrahendo*.

## 1. ENQUADRAMENTO

A Diretiva (UE) 2016/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de janeiro de 2016, sobre distribuição de seguros («DDS»), sucedeu à Diretiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros («DMS»).

A primeira destinava-se a harmonizar os regimes nacionais relativos à distribuição de seguros e resseguros em toda a União Europeia. No entanto, regulava apenas a atividade de mediação de seguros. A DDS viria a alargar o alcance da desejada harmonização a toda a distribuição de seguros, «[a] fim de garantir que seja aplicado um mesmo nível de proteção independentemente do canal através do qual os clientes adquirem um produto de seguros, diretamente junto de uma empresa de seguros ou indiretamente, através de um mediador»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Considerando 8 da DDS.

A DDS visa «garantir a aplicação do mesmo nível de proteção dos consumidores e a possibilidade de todos os consumidores beneficiarem de normas comparáveis», bem como «promover a igualdade de condições e a concorrência entre os mediadores, quer estejam ligados a uma empresa de seguros quer não», no pressuposto de que «[é] vantajoso para os consumidores que os produtos de seguros sejam distribuídos através de diferentes canais e de mediadores com diferentes formas de cooperação com empresas de seguros, desde que apliquem regras semelhantes em matéria de proteção dos consumidores»<sup>2</sup>.

A DDS aplica-se a todos e quaisquer canais de distribuição de seguros, i.e., a todas e quaisquer entidades, pessoas singulares ou coletivas, que estejam ou pretendam estabelecer-se num Estado-membro da União Europeia para acedem e exercerem a atividade de distribuição de seguros ou resseguros, incluindo seguradoras que comercializem diretamente os seus próprios produtos, e toda uma variedade de mediadores de seguros: agentes e corretores de seguros, operadores de *bancassurance*, mediadores de seguros a título acessório, tais como agências de viagens e empresas de aluguer de automóveis, e até *websites* de comparação de produtos<sup>3</sup>.

Em suma, a DDS tem como propósito unificar regimes anteriormente distintos, no pressuposto de que a manutenção de níveis distintos de proteção dos clientes de seguros seria fonte de distorções, afetando, designadamente, a livre concorrência, sempre que não se descortinem motivos de substância que justifiquem essa distinção. Embora se ressalve a importância de «ter em conta as diferenças existentes segundo os tipos de canais de distribuição» para «estabelecer condições apropriadas e proporcionadas aplicáveis aos diferentes tipos de distribuição»<sup>4</sup>.

Fixou-se, pois, o objetivo de proporcionar aos clientes de seguros um único standard de proteção, independente da sua via de acesso aos produtos de seguro.

Na sua grande maioria, as disposições constantes da DDS transitaram, no ordenamento jurídico português, para o novo regime da distribuição de seguros constante do Anexo I à Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro (Lei da Distribuição de Seguros: «LDS»). Tal como a DDS substituíra a DMS, também este regime veio substituir o anterior regime português da mediação de seguros e resseguros constante do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho.

A atividade seguradora e resseguradora já tinha o seu regime próprio, recente e também fortemente condicionado por normativos europeus vigentes, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro (Lei da Atividade Seguradora e Resseguradora: «LASR»). Esse regime manteve-se, com pequenos retoques. Já o regime da atividade de mediação de seguros e resseguros desapareceu por completo, sendo integralmente substituído pelo novo regime da distribuição de seguros.

<sup>2</sup> Considerando 16 da DDS.

<sup>3</sup> Considerandos 8, 11, 12 e 16 e arts. 1.º, n.º 2, e 2.º, n.º 1/1 e n.º 2 da DDS.

<sup>4</sup> Considerando 17 da DDS.

Houve, contudo, um importante aspeto das novas regras europeias em que isso não sucedeu: precisamente a exigência de criação e implementação de uma política de conceção e aprovação de produtos de seguros, que viria a transitar do art. 25.º da DDS para o art. 153.º da LASR, por efeito do disposto no art. 3.º da Lei n.º 7/2019, de 16 de janeiro. A nova exigência também se aplica aos mediadores de seguros, «quando conceba[m] produtos de seguros para venda a clientes» (alínea m) do art. 24.º da LDS).

## 2. A VENDA INADEQUADA DE PRODUTOS DE SEGUROS: CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA

A nova exigência de criação e implementação de uma política de conceção e aprovação de produtos de seguros insere-se num conjunto mais vasto de medidas tendentes a prevenir situações de venda inadequada de produtos de seguros (em inglês: *misselling*). Os termos «venda» e «produto» são aqui usados em sentido amplo, não técnico-jurídico. Em sentido técnico-jurídico, o contrato de seguro distingue-se muito claramente de uma compra e venda. Poderia recorrer nesta sede ao termo comercialização, porque é disso que se trata, mas prefiro manter a terminologia usada na DDS<sup>5</sup>.

Subjacente à nova exigência está o princípio geral de que «[o]s contratos propostos devem respeitar as exigências e as necessidades dos clientes em matéria de seguros»<sup>6</sup>.

A venda inadequada de um seguro tem lugar em duas espécies de circunstâncias: há venda inadequada sempre que é comercializado um seguro sem qualidade, aferindo-se esta pela insuscetibilidade de satisfação de necessidades de clientes de seguros, quaisquer que eles sejam (inadequação absoluta); e sempre que é comercializado um seguro que, independentemente da sua qualidade intrínseca, em abstrato, não satisfaça as necessidades do cliente a quem concretamente é fornecido (inadequação relativa).

Numa perspetiva algo distinta, embora próxima desta, no contexto dos produtos de investimento, houve já quem decompusesse o problema da venda inadequada em duas modalidades: a venda inadequada de base coletiva e a venda inadequada de base individual. A primeira foi caracterizada como «a venda de um produto de investimento com base na comunicação de expectativas inadequadas de retorno do investimento»<sup>7</sup>. Sempre que um vendedor fornece uma previsão irrealista quanto ao futuro desempenho de um produto, qualquer que seja o produto, todos os clientes são igualmente maltratados: o problema reside no fornecimento de informações inexatas sobre o produto. No mercado

<sup>5</sup> Considerando 44 da DDS.

<sup>6</sup> Art. 20.º, n.º 1, da DDS.

<sup>7</sup> LEECE, D. (2000). «Inappropriate sales in the financial services industry: the limits of the rational calculus?», *The Behavioural Economics of Consumption*, 21, 133-144, a p. 134.

segurador, este problema é particularmente acutilante no domínio dos seguros e operações de capitalização, embora haja nos demais ramos dos seguros dificuldades de outra natureza suscetíveis de originar produtos sem qualidade: designadamente, a conceção de produtos com coberturas que constituem autênticos rendilhados peçados de lacunas, verdadeiras peneiras que tudo deixam passar, verificando-se que, a final, quase nada cobrem, frustrando as expectativas legítimas de quem os procure.

A venda inadequada de base individual foi definida como «o desajustamento das características de um produto de investimento e das características pessoais e/ou domésticas»<sup>8</sup>. A inadequação diz respeito a cada cliente individual de forma diferente, porque o problema não reside no produto ou na informação nele contida, mas sim na sua adequação a esse cliente em particular. A desadequação pode ser um problema grave em praticamente todos os ramos de seguros.

Tanto é venda inadequada a comercialização dolosa quanto negligente de produtos impróprios para consumo (inadequação absoluta) ou desajustados ao cliente (inadequação relativa). Há quem recorra a definições mais restritas de venda inadequada (*misselling*), sendo a mais restrita a que requer uma intenção fraudulenta por parte do distribuidor<sup>9</sup>. Embora a venda deliberada de produtos impróprios a clientes insuspeitos, com vista à obtenção de lucro à custa da sua confiança, esteja no cerne do problema, entendo que uma definição mais ampla, como a acima apresentada, é a que melhor descreve toda a multiplicidade de comportamentos que podem resultar na aquisição, pelos clientes, de produtos inadequados.

Embora os casos mais graves de venda inadequada sejam os de inadequação absoluta, que ocorrem quando se comercializam produtos que são inadequados por serem insuscetíveis de satisfazer quaisquer necessidades de seguros, são muito mais frequentes — e por conseguinte muito mais preocupantes — os casos de comercialização de produtos que embora em abstrato possam servir as necessidades de uma qualquer categoria de clientes, em concreto estão a ser comercializados fora dessa categoria de clientes — que são casos de inadequação relativa.

Quanto maior for a complexidade do produto, mais difícil será, para o cliente médio, analisar toda a oferta no mercado para selecionar apenas os produtos que se adequam às suas necessidades e circunstâncias. Quanto maior for a complexidade do produto, maior a probabilidade de o cliente não ter outra hipótese que não seja confiar nos conselhos do distribuidor. E aqui reside a dificuldade: há cada vez mais estudos a assinalarem a fraca qualidade do aconselhamento financeiro como uma das grandes fontes de prejuízo para os clientes dos mercados financeiros<sup>10</sup>. Nestes se inclui, naturalmente, o mercado de

<sup>8</sup> Leece, 2000, p. 134.

<sup>9</sup> Cfr. GEORGOSOULI, A. (2014). «Payment protection insurance (PPI) misselling: some lessons from the UK», *Connecticut Insurance Law Journal*, 21, 261-288, a p. 261.

<sup>10</sup> Cfr. Leece (2000); WARREN, E. (2007). «Unsafe at any rate. If it's good enough for microwaves, it's good enough for mortgages. Why we need a Financial Product Safety Commission», *Democracy*:

seguros<sup>11</sup>. Daí que o problema da venda inadequada de seguros tenha sido identificado pela Comissão Europeia como uma das perturbações mais relevantes no mercado de seguros, assim se tornando o alvo de um conjunto de medidas consagradas na DDS<sup>12</sup>.

### 3. SUPERVISÃO E GOVERNAÇÃO DOS PRODUTOS DE SEGURO E AS EXIGÊNCIAS E NECESSIDADES DOS CLIENTES: O COMBATE À VENDA INADEQUADA DE SEGUROS NA DDS E NA LASR

Na sua guerra contra a venda inadequada de seguros, a primeira linha de ataque da DDS incide sobre os requisitos profissionais e organizacionais dos distribuidores: porque ninguém pode distribuir adequadamente um produto a menos que tenha um conhecimento mínimo do produto e de como funciona, a DDS exige que todos os envolvidos na distribuição de seguros «possuam os conhecimentos e aptidões adequados» e se submetam a «formação e aperfeiçoamento profissional contínuo de modo a manterem um nível adequado de desempenho»<sup>13</sup>. Esta primeira linha de ataque não é uma novidade: a este respeito, a DDS apenas dá continuidade ao trabalho em terreno nalguma medida já desbravado pela DMS<sup>14</sup>.

Tão importante como garantir que os distribuidores compreendem os produtos que distribuem é garantir o acesso dos clientes a informação que lhes permita compreender o produto e decidir de forma independente, se assim o desejarem, sobre a aquisição ou não do produto. Os distribuidores são obrigados a transmitir ao cliente «informações objetivas sobre o produto de seguros de forma compreensível que lhe permita tomar uma decisão informada»<sup>15</sup>. Assim, a DDS também aborda indiretamente a questão das vendas inadequadas ao promover níveis adequados de divulgação de informação pelos distribuidores de seguros aos seus clientes ou potenciais clientes. Mas o peso dado aos deveres de informação também não é exclusivo da DDS: uma das principais preocupações da DMS era o estabelecimento dos deveres de informação dos mediadores para com os seus clientes<sup>16</sup>. É esse o tradicional fluxo de informação: do distribuidor de seguros para o cliente de seguros (D → C).

---

*A Journal of Ideas*, Verão de 2007, n.º 5 (disponível em <http://democracyjournal.org/magazine/5/unsafe-at-any-rate/>); e ERICSON, R.V./ FUENTES, N. L. (2009). «Defrauding the American dream: predatory lending in Latino communities and reform of California's Lending Law», *California Law Review*, 97, 1279-1335.

<sup>11</sup> Cfr. DOYLE, A. (2006). «The institutionalization of deceptive sales in life insurance: five sources of moral risk», *British Journal of Criminology*, 46, 993-1010; Georgosouli, 2014; e TURNER, J. A. (2016). «The pension mis-selling scandal, the SEC, and the fiduciary standard», *Connecticut Insurance Law Journal*, 23, 263-290.

<sup>12</sup> Cfr. o Considerando 44 da DDS.

<sup>13</sup> Cfr. o art. 10.º, n.ºs 1 e 2, da DDS.

<sup>14</sup> Cfr. o art. 4.º da DMS.

<sup>15</sup> Art. 20.º da DDS.

<sup>16</sup> Cfr. os arts. 12.º e 13.º da DMS.

Ainda no âmbito dos deveres de informação, a DDS também aborda a questão muito relevante da prestação de informação sobre os próprios distribuidores. Os distribuidores devem revelar aos seus clientes se prestam aconselhamento sobre os produtos que distribuem<sup>17</sup>.

É essencial que os clientes saibam se o mediador com o qual contactam os aconselha com base numa análise imparcial e pessoal<sup>18</sup>. Os intermediários devem também revelar se estão a representar o cliente ou se estão a agir em nome e por conta de uma ou mais seguradoras<sup>19</sup>. E todos os distribuidores devem divulgar qualquer informação relevante sobre a existência de conflitos de interesses<sup>20</sup>. A transparência é fundamental a este respeito, porque em vez de tentar compreender o produto em questão, ou em complemento, é vital que os clientes saibam com quem estão a lidar: devem estar em posição de tomar uma decisão informada sobre se podem ou não depositar com segurança a sua confiança no distribuidor de seguros escolhido.

«O aconselhamento imparcial representa um dos serviços financeiros mais importantes que os consumidores podem receber»<sup>21</sup>.

Vários estudos empíricos concluíram já que algumas espécies de distribuidores, ou de acordos de distribuição, funcionam melhor do que outros, sendo maior a probabilidade de ajustarem adequadamente os produtos que distribuem às exigências e necessidades dos seus clientes<sup>22</sup>.

«[E]mbora os mediadores de seguros contribuam para aumentar a transparência nos mercados de seguros, o mercado de mediadores de seguros em si mesmo considerado caracteriza-se pela existência de lacu-

<sup>17</sup> Art. 18.º/a)/ii) e b)/ii) da DDS.

<sup>18</sup> Considerando 47 da DDS.

<sup>19</sup> Art. 18.º/a)/v) da DDS.

<sup>20</sup> Art. 19.º da DDS.

<sup>21</sup> U.S. Department of the Treasury (2009), «Financial regulatory reform: a new foundation: rebuilding financial supervision and regulation». Disponível em <http://online.wsj.com/public/resources/documents/finregfinal06172009.pdf>, p. 68.

<sup>22</sup> Cfr. FOCHT, U./ RICHTER, A./ SCHILLER, J. (2013). «Intermediation and (mis-)matching in insurance markets — who should pay the insurance broker?», *Journal of Risk and Insurance*, 80, 329-350, para uma demonstração empírica da asserção de que em média os agentes e corretores independentes desempenham melhor a tarefa de adequar o produto ao cliente do que os agentes exclusivos ou semi-exclusivos. Para estudos anteriores que apoiam esta descoberta, cfr. REGAN, L./ TENNYSON, S. (1996). «Agent discretion and the choice of insurance marketing system», *Journal of Law and Economics*, 39, 637-666; e REGAN, L. (1997). «Vertical integration in the property-liability insurance industry: a transaction cost approach», *Journal of Risk and Insurance*, 64, 41-62. Cfr. também INDERST, R./ OTTAVIANI, M. (2009). «Misselling through agents», *American Economic Review*, 99, 883-908; e INDERST, R. (2011). «Consumer protection and the role of advice in the market for retail financial services», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 167, 4-21. Os autores procuram demonstrar que a venda inadequada «depende das características do mediador, tais como a organização interna do processo de vendas, a transparência da sua estrutura de comissões e o tipo de incentivos de produtividade dos seus trabalhadores» (p. 883).

nas de informação, uma vez que os consumidores atuam com base em informação assimétrica quanto à qualidade da informação e dos serviços de aconselhamento prestados pelos mediadores»<sup>23</sup>.

A prestação de informação sobre os distribuidores é crucial para permitir aos clientes avaliar a probabilidade de um distribuidor fornecer conselhos imparciais sobre o produto que melhor se adequa às suas necessidades, particularmente num domínio como o dos seguros, em que muitas vezes os clientes só conseguem avaliar a qualidade dos conselhos que lhes são dados muito tempo depois, geralmente após a ocorrência de um sinistro<sup>24</sup>. No entanto, como é sempre melhor prevenir do que remediar, a DDS também determina que nem os distribuidores nem os seus trabalhadores devem ser remunerados ou avaliados de forma que contrarie o seu dever de agir de acordo com os melhores interesses dos seus clientes<sup>25</sup>.

«Muito embora a divulgação de conflitos de interesses específicos seja exigida nos termos da Diretiva (UE) 2016/97, esta deve constituir uma medida de último recurso a utilizar apenas no caso de os mecanismos organizacionais e administrativos não serem suficientes para garantir, com um grau de certeza razoável, que serão evitados os riscos de prejudicar os interesses do cliente, uma vez que o recurso excessivo à divulgação pode levar a uma insuficiente proteção efetiva dos interesses do cliente»<sup>26</sup>.

Passando dos deveres de informação aos deveres que são o objeto principal da presente análise: antes mesmo de ter início o tradicional fluxo de informação dos distribuidores para os clientes de seguros, aqueles devem agora começar por determinar as exigências e as necessidades (potenciais e reais) dos seus clientes, testando se os produtos que distribuem se lhes adequam<sup>27</sup>. Embora houvesse uma breve referência à especificação pelo mediador de seguros das exigências e necessidades do cliente no artigo 12.º, n.º 3, da DMS, esta componente específica da luta contra a venda inadequada de seguros foi positivamente catapultada para a linha da frente na DDS.

Em primeiro lugar, as seguradoras devem manter, aplicar e rever um procedimento de aprovação dos seus produtos que identifique o respetivo mercado-alvo, garantindo que todos os riscos relevantes desse mercado-alvo são devidamente avaliados e que, enquanto permanecer ativo, o produto continua apto a satisfazer as necessidades desse mercado-alvo<sup>28</sup>. Assim, mesmo antes de um produto ser comercializado, os grupos-alvos devem ser identificados e

<sup>23</sup> ECKARDT, M./ RÄTHKE-DÖPPNER, S. (2010). «The quality of insurance intermediary services-empirical evidence for Germany», *Journal of Risk and Insurance*, 77, 667-701, a p. 667.

<sup>24</sup> Eckardt/ Rätke-Döppner, 2010, p. 667.

<sup>25</sup> Art. 17.º, n.º 3, da DDS.

<sup>26</sup> Considerando 5 do Regulamento Delegado (UE) 2017/2359 da Comissão, de 21 de setembro de 2017, que complementa a DDS.

<sup>27</sup> Art. 20.º da DDS.

<sup>28</sup> Art. 25.º da DDS. Esta disposição não se aplica aos seguros de grandes riscos (n.º 4).

as suas exigências e necessidades típicas devem ser avaliadas, para que a conceção do produto corresponda a essas exigências e necessidades típicas<sup>29</sup>. O objetivo deste requisito é, portanto, «evitar e reduzir desde a fase inicial os riscos de não cumprimento das regras de proteção do cliente»<sup>30</sup>. Porque os contratos de seguro, tal como quaisquer outros produtos, devem ser adequados ao fim a que se destinam.

A mensagem primordial, neste novo passo que ora se impõe na fase de conceção e aprovação de produtos de seguro, é a de que os seguradores devem procurar proporcionar aos clientes conjuntos coerentes de coberturas que deem resposta às reais necessidades e exigências de grupos identificáveis de potenciais destinatários, evitando a distribuição de produtos que, por obra de intrincadíssimas delimitações de coberturas, entre riscos cobertos e riscos excluídos, proporcionem aos clientes os tais rendilhados peçados de lacunas suscetíveis de frustrar as legítimas expectativas de quem os procure.

Estas medidas de supervisão e governação de produtos «devem ser escolhidas e aplicadas, de forma proporcionada e adequada, em função da complexidade do produto e da medida em que possam ser obtidas informações publicamente disponíveis, tendo em conta a natureza do produto de seguros e o risco inerente de prejuízos para o consumidor, as características do mercado-alvo e a natureza, a escala e a complexidade das atividades pertinentes do produtor ou distribuidor»<sup>31</sup>.

Assim, no direito português, para prevenir a distribuição de produtos absolutamente inadequados, determinou-se, transpondo esta exigência, que, na conceção de novos produtos de seguro, os seguradores devem identificar, em abstrato, o perfil dos seus potenciais destinatários — o seu mercado-alvo — e garantir que todos os riscos relevantes para esse mercado são avaliados<sup>32</sup>.

Estas políticas de conceção e aprovação dos produtos devem ser periodicamente revistas, técnica e juridicamente, com vista a assegurar que continuam atualizadas em face de quaisquer novos desenvolvimentos, independentemente da sua natureza<sup>33</sup>.

Esta linha de ataque tem na sua mira, como se viu, os produtos totalmente impróprios: tais produtos são agora proibidos. As seguradoras só devem distribuir produtos que sejam úteis a alguém.

<sup>29</sup> Cfr. também o Considerando 55 da DDS e os Regulamentos Delegados (UE) 2017/2358 e 2359 da Comissão, de 21 de setembro de 2017, que complementam a DDS. Para mais informações, cfr. Orientações Preparatórias relativas a requisitos de supervisão e de governação dos produtos por empresas de seguros e distribuidores de seguros, de 06.04.2016 (EIOPA-BoS-16-071); o Parecer Técnico da EIOPA sobre possíveis atos delegados relativos à DDS, de 01.02.2017 (EIOPA\_17/049); as Diretrizes da EIOPA ao abrigo da DDS sobre produtos de investimento baseados em seguros que incorporam uma estrutura que torna difícil para o cliente compreender os riscos envolvidos, de 04.10.2017 (EIOPA-17/651); e o respetivo Relatório Final, de 11.10.2017 (EIOPA\_BoS\_17/204).

<sup>30</sup> Secção 1 da Exposição de Motivos do Regulamento Delegado (UE) 2017/2358.

<sup>31</sup> Considerando 2 do Regulamento Delegado (UE) 2017/2358. Cfr. também o seu artigo 4.º.

<sup>32</sup> Alíneas b) e c) do n.º 3 do art. 153.º da LASR.

<sup>33</sup> N.º 4 do art. 153.º da LASR.



Em segundo lugar, quando comercializam os seus produtos, todos os distribuidores devem direcionar os seus esforços apenas para os potenciais clientes que integrem o mercado-alvo. Ou seja, devem abster-se de comercializar ativamente tais produtos a pessoas que se situem de fora do grupo de pessoas a quem, comprovadamente, tais produtos possam ser úteis. A estratégia de distribuição das seguradoras deve ser coerente com as conclusões da primeira fase deste processo, em que o mercado-alvo foi identificado, e devendo ser tomadas «medidas razoáveis para garantir que o produto de seguros seja distribuído no mercado-alvo identificado»<sup>34</sup>.

A prevenção da distribuição de produtos relativamente inadequados assenta na imposição de um novo passo na fase de comercialização dos produtos: sendo os produtos concebidos para dar resposta a determinado mercado-alvo, há que garantir que os esforços de comercialização são direcionados para esse mesmo mercado-alvo. Estão agora em causa potenciais destinatários concretos, e já não abstratos, e importa que os ditos partilhem das características do mercado-alvo previamente identificado para cada um dos produtos.

Há, pois, que delinear uma estratégia de distribuição consistente com o mercado-alvo, e adotar medidas tendentes a garantir que, nos vários canais a que recorram<sup>35</sup>, os produtos são efetivamente distribuídos no mercado-alvo e apenas no mercado-alvo<sup>36</sup>.

O esforço que os seguradores deverão envidar para atingir estes objetivos dependerá dos valores em causa, mas também do grau de complexidade dos produtos, devendo a medida do esforço ser adequada e proporcional à sua natureza<sup>37</sup>. A DDS ressalva que a nova exigência «não deverá limitar a variedade e a flexibilidade das abordagens que as empresas utilizam para desenvolver novos produtos»<sup>38</sup>.

A nova exigência só se aplica aos seguros de riscos de massa e não aos seguros de grandes riscos<sup>39</sup>.

Em terceiro lugar, todos os distribuidores de seguros devem prestar atenção às exigências e necessidades individuais dos seus clientes (reais). Em vez de inundar os seus clientes com informação, quer estes tenham sido angariados por eles, quer tenham batido à sua porta por sua própria iniciativa, seguradores e mediadores devem agora tomar nota das suas exigências e necessidades, cabendo-lhes encontrar, senão o produto que mais lhes convenha, ao menos um produto que lhes convenha:

---

<sup>34</sup> Art. 25.º, n.º 1, da DDS. Cfr. também os arts. 8.º, 10.º e 11.º do Regulamento Delegado (UE) 2017/2358.

<sup>35</sup> N.º 5 do art. 153.º da LASR.

<sup>36</sup> Alíneas d) e e) do n.º 3 do art. 153.º da LASR.

<sup>37</sup> Alínea a) do n.º 3) do art. 153.º da LASR.

<sup>38</sup> Considerando 55 da DDS.

<sup>39</sup> N.º 9 do art. 153.º da LASR). As disposições relevantes, para efeitos de determinação do que sejam uns e outros, encontram-se nos n.ºs 2 a 4 do art. 5.º da LASR.

«Os contratos propostos devem respeitar as exigências e as necessidades dos clientes em matéria de seguros»<sup>40</sup>.

É aqui que a DDS aborda mais diretamente o fenómeno anteriormente referido como venda inadequada relativa ou individual: a existência de um desajustamento ou disfunção entre os produtos de seguros comercializados e os clientes de seguros (reais) que os adquirem. Os distribuidores são agora obrigados a adequar ou fazer corresponder os produtos que disponibilizam a cada cliente às respetivas exigências e necessidades.

Exigências são os requisitos que os clientes tomam a iniciativa de comunicar ao seu interlocutor. Ora o distribuidor não deve ficar-se pela anotação acrítica de exigências, devendo fazer uso dos seus conhecimentos, enquanto parte profissional na relação, com vista a identificar as reais necessidades dos seus clientes, pois só assim conseguirá ajustar os produtos a oferecer àquela concreta procura. Daí a insistência da DDS na referência às exigências e necessidades dos clientes: há que, simultaneamente, proporcionar aos clientes aquilo de que estes verdadeiramente precisam e aquilo que acham que precisam, esclarecendo-os quando houver divergência relevante entre as exigências e as necessidades dos clientes.

Este dever de adequação, dever positivo ou de prestação *de facere*, encerra em si mesmo também um dever negativo, ou de prestação de *non facere*: o dever de não oferecer, em caso de inadequação irremediável entre uns e outros. Implica, pois, uma prévia recolha e ponderação de informações sobre as circunstâncias e preocupações dos clientes<sup>41</sup>. Assim, a DDS parece encontrar um novo equilíbrio entre o tradicional e um novo e inverso fluxo de informação: do cliente de seguros para o distribuidor de seguros (C → D).

Não é fornecida qualquer outra orientação sobre as informações a pedir aos clientes, exceto no caso da distribuição de produtos de investimento com base em seguros<sup>42</sup>.

Se no domínio dos grandes riscos a liberdade contratual é rainha, nem a DDS, nem o normativo que a transpõe para o ordenamento jurídico português nos dão uma resposta clara à questão de saber se a nova exigência limita a autonomia dos clientes de seguros de riscos de massa. Se os seguradores não devem dirigir ativamente os seus esforços de comercialização a quem não integre o mercado-alvo dos seus produtos, que dizer quando um potencial cliente que não o integre se lhes dirige, solicitando a contratação do produto? Estarão os

<sup>40</sup> Art. 20.º, n.º 1, da DDS.

<sup>41</sup> Art. 20.º da DDS. Cfr. também os Considerandos 44 e 45 da DDS. Havia somente uma alusão a esta exigência aplicável aos mediadores de seguros de recolherem informação dos seus clientes e aconselharem-nos em conformidade, no art. 12.º, n.º 3, da DMS.

<sup>42</sup> A informação que os distribuidores de tais produtos devem obter dos seus clientes para efeitos de avaliação da adequação é a que consta do art. 30.º da DDS, desenvolvida nos arts. 9.º e 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2017/2359, cujas disposições se diz estarem «em grande medida alinhadas com as normas estabelecidas ao abrigo da DMIF II» (Secção 1 da Exposição de Motivos). A DMIF II é a Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (que sucedeu à DMIF I).

seguradores impedidos de aceitar propostas de seguros de potenciais clientes que não integrem o mercado-alvo dos seus produtos? Ou bastará a introdução de um aviso, em local e em letra que o evidenciem, permitindo-se que o tomador celebre o contrato, desde que declare que tomou conhecimento da sua não pertença ao mercado-alvo, à semelhança do que já sucede noutros contextos dos mercados financeiros?

É uma questão ainda largamente em aberto. O regime atual não parece dar grande apoio a uma proibição absoluta de contratação, mas os seguradores e mediadores entram, neste campo, em terreno minado, arriscando-se a uma condenação por culpa na formação dos contratos, caso facilitem a contratação de seguros por quem não integre o mercado-alvo.

Dir-se-ia que a resposta é mais clara nos casos em que a exigência do cliente se encontra equivocada, pois então há que esclarecê-lo sobre os produtos que se adequam às suas circunstâncias, em lugar de simplesmente ceder à sua exigência.

Pode, no entanto, dar-se o caso de o produto se adequar às circunstâncias do cliente, apesar de este não pertencer ao respetivo mercado-alvo, como tantas vezes sucede com os produtos inicialmente concebidos para satisfazer certa necessidade e que mais tarde se descobre que são perfeitamente aptos, por vezes até mais aptos a satisfazer necessidades diferentes das inicialmente identificadas. E pode ainda dar-se o caso de o produto, conforme está, não se adequar às circunstâncias do cliente, mas ser de fácil adaptação, mediante a introdução de algumas estipulações nas respetivas condições particulares.

Assentando a redação de contratos de seguro, tradicionalmente, na produção de condições gerais muito amplas e genéricas, mas simultaneamente muito flexíveis, suscetíveis de ser acopladas a diversas condições especiais e adaptadas às mais variadas circunstâncias nas condições particulares, há que perguntar em que medida esta sua flexibilidade terá sido posta em causa pelas novas exigências da DDS?

A impressão com que se fica é a de que o legislador se terá cansado de esperar que seguradores e mediadores fizessem o seu trabalho de adaptação. Sendo em tão grande número os problemas decorrentes da inadequação relativa, há aqui como que uma mensagem subjacente aos distribuidores de seguros: tiveram todas as oportunidades e o resultado foi o que se viu; agora perderam essa flexibilidade. Neste momento os produtos, quando nascem, nascem para grupos determinados de destinatários e ponto final. Se os distribuidores se arriscam a comercializar fora desse grupo, parece ser ponto assente que serão responsáveis por quaisquer prejuízos daí decorrentes. Resta ver em que termos.

#### **4. O STATUS QUO ANTE EM PORTUGAL**

A exigência que agora é feita ao distribuidor de seguros de tomar em atenção as exigências e necessidades dos clientes tem, entre nós, alguns importantes antecedentes.

No que diz respeito aos deveres de informação, a doutrina alemã já alertara para uma discreta revolução operada pela nova lei em matéria de celebração do contrato. A norma em causa é a que se retira da primeira parte do § 7 I da Lei do Contrato de Seguro alemã («VVG»),<sup>43</sup> que corresponde, no essencial, ao n.º 1 do art. 21.º da nossa Lei do Contrato de Seguro, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril («LCS»). Conclui a doutrina alemã pela inadmissibilidade, à luz da nova lei, do chamado «modelo da apólice», tradicionalmente seguido na celebração de contratos de seguro, de acordo com o qual o segurador apenas facultaria ao candidato a tomador do seguro uma súmula das condições do seguro antes de este preencher e entregar a sua proposta de seguro, e por vezes nem isso, só mais tarde, ao aceitar a proposta, remetendo a apólice ao tomador do seguro<sup>44</sup>.

Entre nós, não obstante ser prática relativamente generalizada, no mercado segurador, esse modo de celebrar o contrato, já não seria de admitir, atendendo, desde logo, às regras gerais de formação dos contratos, e em especial ao disposto nos arts. 4.º e 5.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro («LCCG»). A nova lei vem reforçar essa proibição. Embora em grande parte o n.º 1 do art. 21.º LCS venha suceder ao n.º 1 do art. 179.º do anterior Regime Geral das Empresas de Seguros, constante do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril («RGES»), que veio substituir, a verdade é que este apenas exigia o fornecimento, ao candidato a tomador do seguro, das informações no mesmo preceito enumeradas, ao passo que no n.º 1 do art. 21.º LCS se exige agora do segurador que este informe o candidato a tomador do seguro «das condições do contrato», entre as quais se contam as que o preceito, exemplificativamente, enuncia. As «condições do contrato» correspondem ao conteúdo do contrato na sua totalidade, o que aproxima a nova formulação do referido preceito da lei alemã.

Importa sublinhar que são distintos o plano da prestação de informação sobre o conteúdo do contrato, que pode satisfazer-se com uma declaração de ciência, e o da formação do contrato, em que está em causa a emissão de declarações negociais. Uma mesma declaração pode cumprir em simultâneo ambas as funções, que nesse caso se complementam. Ao exigir ao segurador que, a título meramente informativo, este faculte ao candidato a tomador, na íntegra, as condições do contrato, a lei coloca-se em linha com o que já resultava destoutro plano, que tem como corolário a necessidade de as declarações das

<sup>43</sup> «O segurador deve comunicar ao tomador do seguro, de forma escrita e com a devida antecedência em relação à emissão, por este, da sua declaração negocial, o conteúdo do contrato, incluindo as condições gerais (...)».

<sup>44</sup> PRÖLSS, J. (2010). Anotação ao § 7 em Prölls/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, 28.ª ed., Beck, p. 138, m. 2; STOCKMEIER, H. (2008). «Das Vertragsabschlussverfahren nach neuem VVG», *VersR*, 59, 717-724; RÖMER, W. (2008). «La reforma del derecho del contrato de seguro en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Mercantil*, 270, 1515-1539, a pp. 1520-1523; e GAUL, R.E. (2007). «Zum Abschluss des Versicherungsvertrags — Alternativen zum Antragsmodell?» *VersR*, 58, 21-26. Na Alemanha como em Portugal, a restrição não se aplica aos seguros de grandes riscos. Cfr. o n.º 2 do art. 13.º LCS. Na Alemanha, cfr. o § 7 V VVG. Cfr. Stockmeier, 2008, p. 723.

partes incidirem sobre o conteúdo integral do contrato, não valendo, pois, como conteúdo o que não constar dessas declarações.

O tratamento desta questão na perspectiva dos deveres de informação apresenta uma importante vantagem em comparação com o seu tratamento em sede de formação do contrato, ao permitir, pelo menos em tese, o recurso a um leque mais amplo de meios de tutela do tomador e do segurado. Não devemos esquecer-nos de que, nos contratos celebrados por via de cláusulas contratuais gerais, é frequente escassearem as estipulações das partes que foram objeto de negociação individual. Com efeito, incluem-se muitas vezes nas cláusulas contratuais gerais, não apenas as disposições favoráveis ao predisponente, mas também algumas que lhe são desfavoráveis. Nesse caso, mostra-se insuficiente a consequência da sua não inclusão no contrato, por não terem sido contempladas nas declarações negociais das partes. No entanto, a proteção que a nova lei do contrato de seguro parece oferecer ao tomador do seguro com a constituição de deveres de informação sofreu algumas investidas, mais ou menos veladas, de sentido claramente inverso, havendo que usar de cautela na interpretação e aplicação conjugada de todos estes preceitos.

A doutrina alemã identifica os modelos que passariam o crivo da lei nova, dando ênfase aos que designa por «modelo da proposta» e por «modelo do convite a contratar».<sup>45</sup> No primeiro, as minutas de toda a documentação contratual são desde logo disponibilizadas ao candidato a tomador do seguro, antes mesmo de este emitir a sua proposta. À entrega da proposta pelo tomador segue-se, como no modelo antigo, a aceitação do segurador. No segundo, o documento inicialmente preenchido e entregue pelo candidato a tomador do seguro corresponde a um convite a contratar, e não a uma proposta contratual, sendo esta emitida pelo segurador, depois de analisado o convite. A proposta do segurador inclui uma versão integral da apólice de seguro, dispondo o tomador, uma vez mais, de toda a informação relevante para decidir se aceita a proposta do segurador. Segundo a doutrina germânica, atualmente, ambos os modelos se praticam no mercado, não sendo ainda previsível qual dos dois virá a impor-se.

No nosso ordenamento jurídico, continuou a seguir-se a tradição anterior, partindo-se do princípio de que a proposta de um contrato de seguro pertence ao tomador do seguro, cabendo a sua aceitação ao segurador.<sup>46</sup>

Quanto ao estabelecimento de deveres de informação, a lei portuguesa já atingira, pois, um estágio de relativo desenvolvimento, pelo que as novas exigências não acrescentam muito, na perspectiva do direito contratual dos seguros. No entanto, a estes deveres acrescia um incipiente dever especial de esclarecimento, consagrado no art. 22.º LCS.

É neste ponto que as novas exigências provenientes da DDS representam um avanço significativo em matéria de proteção dos clientes de seguros em Portugal. Dispõe o referido preceito:

---

<sup>45</sup> Cfr. Prölss, 2010, pp. 139-140, mm. 7-10; Stockmeier, 2008, pp. 719-720; e Römer, 2008, a pp. 1520-1523.

<sup>46</sup> Cfr. o próprio art. 21.º LCS (no seu n.º 5).

### Art. 22.º LCS

#### *Dever especial de esclarecimento*

1 — *Na medida em que a complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem e, bem assim, o meio de contratação o permita, o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o tomador do seguro acerca de que modalidades de seguro, entre as que ofereça, são convenientes para a concreta cobertura pretendida.*

2 — *No cumprimento do dever referido no número anterior, cabe ao segurador não só responder a todos os pedidos de esclarecimento efetuados pelo tomador do seguro, como chamar a atenção deste para o âmbito da cobertura proposta, nomeadamente exclusões, períodos de carência e regime da cessação do contrato por vontade do segurador, e ainda, nos casos de sucessão ou modificação de contratos, para os riscos de rutura de garantia.*

3 — *No seguro em que haja proposta de cobertura de diferentes tipos de risco, o segurador deve prestar esclarecimentos pormenorizados sobre a relação entre as diferentes coberturas.*

4 — *O dever especial de esclarecimento previsto no presente artigo não é aplicável aos contratos relativos a grandes riscos ou em cuja negociação ou celebração intervenha mediador de seguros, sem prejuízo dos deveres específicos que sobre este impendem nos termos do regime jurídico de acesso e de exercício da atividade de mediação de seguros.*

À semelhança do que sucede com a DDS, também aqui se dá importância ao princípio da proporcionalidade, sendo este um dever cuja elasticidade lhe permite aumentar ou diminuir a intensidade com que se impõe às partes, em função do grau de complexidade da cobertura, mas também do volume do prémio ou do capital seguro (n.ºs 1 e 3). Similarmente, este regime também não se aplica aos seguros de grandes riscos (n.º 4).

Mais importante do que estas semelhanças, para o tema que nos ocupa, é a circunstância de, também conforme sucede com a DDS, termos aqui, embora em termos muito menos explícitos e desenvolvidos, um esboço ainda tímido daquela inversão de sentido informativo, alicerçada na referência às coberturas que, de entre as oferecidas por cada segurador, seriam as «*convenientes para a concreta cobertura pretendida*».

Ora o segurador só conseguiria apurar que coberturas seriam as convenientes para a concreta cobertura pretendida analisando a concreta cobertura pretendida, o que significa que já teríamos aqui presente uma versão ainda muito preliminar do dever de adequação que agora nos surge em versão fortificada na DDS e, consequentemente, no art. 153.º LASR. É um dever de adequação que, pelo menos de forma explícita, não exige tanto esforço de averiguação, já que se limita a impor ao segurador que tome conhecimento daquilo que cada cliente pretende, e não daquilo de que carece verdadeiramente. O preceito deve agora ser alvo de uma interpretação atualista, estendendo-se esta exigência em função das novas imposições constantes do art. 153.º LASR.

É esta, pois, entre nós, a sede de direito contratual desta matéria, pelo que as dúvidas quanto às consequências contratuais da violação das novas exigências devem também ser procuradas nesta sede.

## 5. IMPLICAÇÕES DAS NOVAS EXIGÊNCIAS NO DIREITO DOS CONTRATOS

A DDS tem o propósito de harmonizar as leis nacionais relativas à atividade de distribuição de seguros e resseguros em toda a União Europeia. Daí que o seu enfoque mais direto seja na atividade dos distribuidores e não tanto nos contratos que estes celebram ou cuja celebração auxiliam. O Capítulo VII, sobre sanções e outras medidas, limita o seu âmbito de aplicação ao estabelecimento de sanções mínimas de natureza administrativa para todas as infrações às disposições nacionais de transposição da DDS, e esclarece ainda que, para além dessas sanções, os Estados-Membros podem também prever e aplicar sanções penais<sup>47</sup>. Não é feita referência direta às consequências de natureza contratual ou pré-contratual do incumprimento por parte de um distribuidor dos seus deveres de conduta no mercado. A este respeito, a DDS limita-se a referir a vertente processual de potenciais conflitos, impondo aos Estados-Membros o dever de assegurarem o estabelecimento de «procedimentos adequados, eficazes, imparciais e independentes de reclamação e reparação extrajudicial para a resolução de litígios entre clientes e distribuidores de seguros no que se refere aos direitos e obrigações decorrentes da presente diretiva»<sup>48</sup>.

Não é surpreendente que assim seja, uma vez que se baseia nos artigos 53.º, n.º 1, e 62.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: o objetivo mais central da DDS é facilitar o acesso e o exercício, no seu território, de atividades não assalariadas. Este é um objetivo de direito público: regular o acesso e o exercício das atividades de distribuição de seguros e resseguros no mercado interno. Contudo, outro domínio em que existe uma competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros é o da proteção dos consumidores<sup>49</sup>. Embora as disposições relevantes do TFUE não sejam diretamente mencionadas na DDS, é óbvio que ao regular a distribuição de seguros e resseguros a DDS está também a tentar promover os interesses dos consumidores e alcançar um elevado nível de proteção dos consumidores. E bem: «As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União»<sup>50</sup>.

Embora a DDS não estabeleça diretamente quaisquer regras de direito privado sobre a relação pré-contratual e contratual entre seguradores e mediadores de seguros e os seus clientes, que continuam a ser algo a que os sistemas jurí-

<sup>47</sup> Cfr. os arts. 31.º a 36.º da DDS.

<sup>48</sup> Art. 15.º, n.º 1, da DDS.

<sup>49</sup> Art. 4.º, n.º 2, al. F), do TFUE.

<sup>50</sup> Art. 12.º do TFUE. Cfr. também o art. 169.º do TFUE.



dicos nacionais devem dar resposta, pode argumentar-se com segurança que a DDS exige implicitamente que tais regras existam, pressupõe implicitamente que haverá recurso aos meios judiciais para resolver quaisquer litígios que possam surgir entre eles e que exige mesmo de forma explícita que existam mecanismos de resolução alternativa de litígios mais rápidos e menos dispendiosos para a resolução de tais litígios<sup>51</sup>.

Os litígios em questão são os «relativos aos direitos e obrigações decorrentes da presente diretiva»<sup>52</sup>. É crucial compreender o significado exato desta referência porque é aqui que as implicações pré-contratuais e contratuais assumem uma dimensão propriamente jurídica<sup>53</sup>.

Na sua missão de regular a conduta de mercado dos distribuidores de seguros, a DDS concentra-se principalmente no estabelecimento de deveres legais. Todos esses deveres legais foram criados de modo a proteger algum interesse público. O cumprimento de tais deveres legais nem sempre tem lugar no contexto da relação direta entre os distribuidores de seguros e clientes de seguros específicos. Por exemplo, ao conceber e implementar estratégias de supervisão e governação de produtos, os distribuidores estão a agir para proteger os clientes de seguros em geral, não tendo nenhum cliente individual o direito de exigir o cumprimento de tais deveres legais. Contudo, a dada altura, esses clientes individuais entrarão em jogo e serão formadas relações individuais entre os distribuidores e os seus clientes.

Esta referência expressa a disputas relativas aos direitos e obrigações decorrentes da DDS é uma indicação clara de que chega um momento em que tais deveres se tornam os correlativos jurais de direitos individuais. Por outras palavras, no processo de regulação da atividade de distribuição de seguros e resseguros e de criação desses deveres legais, a DDS deve ter simultaneamente conferido aos clientes de seguros os correspondentes direitos-pretensões, no sentido hohfeldiano<sup>54</sup>. O modo exato como estes direitos-pretensões podem ser aplicados dependerá do direito nacional aplicável. Mas a DDS exige que o direito nacional dos Estados-Membros, de alguma forma, reconheça a existência destes direitos-pretensões e proporcione aos respetivos titulares os meios para os fazerem valer contra os distribuidores de seguros.

Este é um exemplo do fenómeno apropriadamente designado por *spillover* do direito europeu para o direito nacional: este tipo particular de *spillover* acontece quando uma diretiva harmonizadora estabelece direitos e/ou deveres,

<sup>51</sup> Cfr. também o Considerando 38 da DDS.

<sup>52</sup> Art. 15.º, n.ºs 1 e 2, da DDS.

<sup>53</sup> Como sublinhou LECZYKIEWICZ, D. (2013). «The constitutional dimension of private law liability rules in the EU» em D. Leczykiewicz/ S. Weatherill (eds.), *The involvement of EU law in private law relationships*, Hart Publishing, 199-222, a p. 199, «[é] uma ideia errada a de que o direito da UE não está interessado nas relações de direito privado».

<sup>54</sup> Cfr. HOHFELD, W. N. (1913 e 1917). «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», *Yale Law Journal*, 23, 16-59; e 26, 710-770 (traduzido para português por M. L. Rego. (2008). *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, Fundação Calouste Gulbenkian), a partir da p. 28.



mas se abstém de detalhar os recursos que devem ser aplicados à violação de tais direitos e os procedimentos que devem ser seguidos para fazer valer tais direitos, que permanecem sob a égide dos direitos nacionais<sup>55</sup>.

Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, «[e]m conformidade com uma jurisprudência constante, na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a proteção dos direitos que decorrem, para os cidadãos, do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as modalidades relativas a ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e que não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade)»<sup>56</sup>.

Entre nós, as consequências da violação do dever de especial esclarecimento acima referido estão claramente enunciadas: «[o] incumprimento dos deveres de informação e de esclarecimento previstos no presente regime faz incorrer o segurador em responsabilidade civil, nos termos gerais»<sup>57</sup>. Poderá discutir-se se as demais consequências, *v.g.* o reconhecimento de um direito de resolução do contrato, são extensíveis às novas exigências decorrentes da DDS<sup>58</sup>. Agora a remissão para os termos gerais é-o, sem dúvida alguma, pois a norma remissiva neste ponto não inova, limitando-se a esclarecer que as consequências, neste domínio, são as que já decorreriam dos termos gerais. E quais são esses termos gerais? Está aqui em causa a responsabilidade civil por *culpa in contrahendo* (art. 227.º CC).

Não é evidente a extensão do dano a indemnizar ao abrigo deste regime. Todavia, os danos que o segurador pode causar com o incumprimento destes deveres manifestam-se, tipicamente, apenas aquando da ocorrência de um sinis-

<sup>55</sup> Cfr. JOHNSTON, A. (2013). «“Spillovers” from EU law into national law: (un)intended consequences for private law relationships» em D. Leczykiewicz/ S. Weatherill (eds.), *The involvement of EU law in private law relationships*, Hart Publishing, 357-394, a pp. 361-365.

<sup>56</sup> Este excerto foi retirado do Proc. C-63/01, *Samuel Sydney Evans v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions e The Motor Insurers' Bureau* (ECLI:EU:C:2003:650), § 45. No entanto, o TJUE proferiu declarações iguais ou muito semelhantes em numerosos acórdãos, tanto antes como depois de *Evans*. Cfr. o Proc. C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland* (ECLI:EU:C:1976:188); o Proc. C-45/76, *Comet BV v Produktschap voor Siergewassen* (ECLI:EU:C:1976:191); o Proc. C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord GmbH v Hauptzollamt Kiel* (ECLI:EU:C:1981:163); o Proc. C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgian State* (ECLI:EU:C:1995:437); o Proc. C-261/95, *Rosalba Palmisani v Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)* (ECLI:EU:C:1997:351); o Proc. 120/97, *Upjohn Ltd v The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 and Others* (ECLI:EU:C:1999:14); o Proc. C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan* (ECLI:EU:C:2001:465); o Proc. C-467/01, *Ministero delle Finanze v Eribrand SpA* (ECLI:EU:C:2003:364); o Proc. C-13/01, *Safalero Srl v Prefetto di Genova* (ECLI:EU:C:2003:447); o Proc. C-295/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (ECLI:EU:C:2006:461); e o Proc. C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd v Justitiekanslern* (ECLI:EU:C:2007:163).

<sup>57</sup> Art. 23.º, n.º 1, LCS.

<sup>58</sup> Art. 23.º, n.ºs 2 e 3 LCS.

tro não coberto pelo seguro em virtude da sua inadequação às suas concretas circunstâncias.

Consideremos o caso de um distribuidor que comercializou seguros de responsabilidade do produtor aos fabricantes de cortiça<sup>59</sup>. A principal preocupação desses fabricantes era o risco de as rolhas de cortiça, se defeituosas, arruinarem o vinho dos seus clientes produtores de vinho. O seguro, conforme vinha sendo comercializado, era manifestamente inadequado, pois o regime legal da responsabilidade do produtor em que os respetivos clausulados se moldavam destina-se a lidar com os danos causados pelos produtos aos consumidores, e não aos produtores de outros produtos que incorporem ou de alguma forma utilizem tais produtos no seu fabrico<sup>60</sup>. Ninguém detetou a inconsistência na fase de contratação, pelo que não foi negociada qualquer extensão que cobrisse os danos causados aos seus clientes diretos, que claramente não se enquadravam, eles próprios, no conceito de consumidores. Quando se trata de seguros, tais problemas só costumam ser identificados quando o sinistro ocorre e o segurador rejeita o pedido de indemnização por danos sofridos apresentado pelo segurado, precisamente com o argumento de que são danos não cobertos pelo contrato de seguro.

A resposta tradicional do sistema aos problemas de inadequação socorre-se do regime do erro. De uma forma ou de outra, este regime está presente tanto nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, quanto nos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-americana. A sua característica unificadora é a natureza drástica da resposta que normalmente é dada: a cessação do contrato *ab initio*<sup>61</sup>. No contexto de uma compra e venda, este remédio é frequentemente o mais apropriado: o cliente abdica dos bens inadequados, regressa ao mercado e substitui-os por bens adequados. Contudo, em matéria de seguros, a oportunidade de adquirir uma cobertura adequada está irremediavelmente perdida. Não se pode voltar atrás no tempo e também não se pode segurar hoje contra uma perda conhecida de ontem. Assim, semelhante remédio seria quase inócuo: o máximo que o fabricante de cortiça poderia obter, se recorresse a este regime, seria um reembolso do prémio do seguro.

A cortiça arruinou o vinho. O produtor do vinho sofreu danos apreciáveis. Por sua vez, este exigiu ao produtor das rolhas a devida compensação. O seguro do produtor das rolhas não cobriu os danos causados ao produtor do vinho. O produtor das rolhas não pode regressar ao mercado e substituir o seguro inadequado por um seguro adequado. Nesse momento, a menos que, por via interpretativa, consiga dar-se o sinistro como coberto, designadamente considerando inválidas ou não escritas as estipulações mais prejudiciais, não haverá

---

<sup>59</sup> Um exemplo baseado numa tendência real com que me deparei há uns anos no contexto do exercício da profissão de advogada.

<sup>60</sup> Cfr. a Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

<sup>61</sup> Cfr. MORGAN, J. (2012). *Great debates in contract law*, Palgrave Macmillan, pp. 163-184. Cfr., entre nós, o art. 251.º CC.

outro remédio que não a indemnização, pois nessa altura já será demasiado tarde para o lesado contratar o seguro adequado. Portanto, tudo o que pode fazer é intentar uma ação judicial contra o distribuidor por incumprimento do seu dever de proporcionar-lhe um seguro adequado, i.e., consistente com as suas exigências e necessidades. Que soluções judiciais estão disponíveis neste contexto? O que pode o produtor das rochas reclamar junto do distribuidor e com que fundamento? A resposta mais evidente a esta pergunta reside no instituto da responsabilidade pré-contratual: a *culpa in contrahendo*<sup>62</sup>.

O distribuidor tem o dever de fornecer um produto de seguro que seja consistente com as exigências e necessidades de seguro do cliente. Se não o fizer, é responsável pelos danos que causar. A questão que se segue é a de saber que medida aplicar ao cálculo da indemnização. Colocar o lesado simplesmente na posição em que estaria se não tivesse contratado qualquer seguro seria claramente insuficiente. Isto limitaria, mais uma vez, o seu pedido a um mero reembolso do prémio do seguro. Outra possibilidade seria a de o compensar apenas pela sua perda da oportunidade de procurar uma cobertura de seguro adequada noutro local. Tal possibilidade seria, reconhecidamente, muito difícil de medir.

Entendo, por conseguinte, que, uma vez reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual, o distribuidor responsável vê constituir na sua esfera uma obrigação de indemnizar o lesado *pelo seu interesse contratual positivo*. O mesmo é dizer que a indemnização deve deixar o lesado na posição em que estaria se o distribuidor tivesse cumprido o seu dever de propor um contrato que fosse consistente com as exigências e necessidades de seguro do cliente, se tal oferta existisse, ou o dever de se abster de propor qualquer contrato, se tal oferta não estivesse disponível, quer no mercado, quer na sua carteira, dependendo do tipo de distribuidor<sup>63</sup>. Supondo que existia uma oferta adequada às suas exigências e necessidades, a indemnização deveria colocar o lesado na posição em que estaria se o seguro adequado lhe tivesse sido comercializado, com a dedução do prémio excedente que teria sido pago ao segurador. Ou seja, a indemnização corresponde aqui ao equivalente à prestação que seria devida em cumprimento do seguro adequado. Na prática, o cliente recebe o mesmo que receberia se o sinistro estivesse coberto pelo seguro.

Embora a matéria esteja longe de reunir um consenso na doutrina ou na jurisprudência, até porque estão em causa dispositivos relativamente recentes e ainda pouco estudados, as hipóteses de *culpa in contrahendo* por violação de deveres de informação nos casos de celebração de contrato válido, mas indesejado ou não correspondente às expectativas, são aquelas em que a deter-

---

<sup>62</sup> De uma ou outra forma, este instituto ou um seu equivalente funcional estão disponíveis nos vários Estados-Membros da União Europeia. Sobre o tema, cfr. KESSLER, F./ FINE, E. (1964). «*Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*», *Harvard Law Review*, 77, 401-449.

<sup>63</sup> Cfr. o art. 20.º, n.º 1, da DDS.

minação da indemnização em função do interesse contratual positivo reúne maior apoio<sup>64,65</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

A venda inadequada é a comercialização dolosa ou negligente de produtos impróprios para consumo (inadequação absoluta) ou desajustados ao cliente (inadequação relativa).

Embora os casos mais graves de venda inadequada sejam os de inadequação absoluta, são muito mais frequentes — e por conseguinte muito mais preocupantes — os casos de comercialização de produtos que, embora em abstrato possam servir as necessidades de uma qualquer categoria de clientes, em concreto estão a ser comercializados fora dessa categoria de clientes — que são casos de inadequação relativa.

Na sua guerra contra a venda inadequada de seguros, a DDS exige que todos os envolvidos na distribuição de seguros tenham os conhecimentos e aptidões adequados e se submetam a formação e aperfeiçoamento profissional contínuo, para manterem um desempenho adequado. A DDS exige que os dis-

---

<sup>64</sup> Neste sentido, Pinto, P.M. (2009). *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*, II, Coimbra, pp. 1134-1145. Na Alemanha, a questão também não é pacífica. Cfr. Stockmeier, 2008, p. 724, admite que a indemnização possa corresponder à satisfação, quer do interesse contratual negativo, correspondendo nesse caso ao valor integral dos prémios pagos, quer do interesse contratual positivo, calculando-se nesse caso em função do hipotético valor da prestação de um outro segurador.

<sup>65</sup> Uma outra resposta possível, *de jure condendo* e desta vez apenas contra o segurador, basear-se-ia na execução do contrato e não na responsabilidade por má conduta pré-contratual: a inadequação seria qualificada como uma venda de produtos defeituosos e, nos termos do contrato celebrado, o cliente exigiria que o segurador substituísse retroativamente a cobertura defeituosa por uma cobertura consistente com as respetivas exigências e necessidades. Esta solução adotaria soluções semelhantes às já previstas para a compra e venda de bens de consumo. Nos E.U.A., Warren, 2007, destacou, com palavras já célebres, as semelhanças entre os bens de consumo e os serviços financeiros: «Os consumidores podem entrar no mercado para comprar produtos físicos confiantes de que não serão levados a comprar torradeiras explosivas e outros produtos estupidamente perigosos. Podem concentrar os seus esforços aquisitivos noutras direções, ajudando a impulsionar um mercado competitivo que mantenha os preços baixos e encoraje a inovação em conveniência, durabilidade e estilo. Os consumidores que entrem no mercado para comprar produtos financeiros deveriam beneficiar de uma proteção semelhante». Alguns autores, juristas e economistas, aproximam-se desta linha de raciocínio quando, no contexto dos produtos distribuídos em massa, entre os quais se contam os de seguro, argumentam que os clientes adquirem na verdade um compósito de artigo-mais-clausulado, e não apenas um artigo, o que implica que se estenda o regime dos produtos defeituosos aos casos de clausulados com cláusulas inadequadas. Classificar-se-ia estas últimas como defeituosas, ou desconformes, passando a aplicar-lhes o regime da compra e venda de bens de consumo. Cfr. BAIRD, D.G. (2006). «The boilerplate puzzle», *Michigan Law Review*, 104, 933-952; e Radin, M.J. (2017). «The deformation of contract in the information society», *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 505-533, a pp. 529-531. No caso dos seguros, não há separação entre o artigo e os termos do contrato, uma vez que os termos são o produto, como foi corretamente assinalado noutra local. Cfr. Dreher, M. (1991). *Die Versicherung als Rechtprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, Mohr Siebeck.

tribuidores prestem aos seus clientes ou potenciais clientes informações sobre o produto e sobre os próprios distribuidores. Os conflitos de interesse são aqui especialmente visados. A transparência é fundamental a este respeito, porque em vez de tentar compreender o produto em questão, ou em complemento desse esforço, é vital que os clientes saibam com quem estão a lidar: devem estar em posição de tomar uma decisão informada sobre se podem ou não depositar com segurança a sua confiança no distribuidor de seguros escolhido.

É esse o fluxo de informação tradicional: dos distribuidores para os clientes de seguros (D → C). Porém, antes mesmo de ter início esse fluxo, aqueles devem agora começar por determinar as exigências e as necessidades (potenciais e reais) dos seus clientes, testando se os produtos que distribuem se lhes adequam. Devem manter, aplicar e rever um procedimento de aprovação dos seus produtos. Este requisito visa produtos totalmente inadequados: tais produtos são agora proibidos. Os seguradores só devem distribuir produtos que sejam úteis a alguém. Ao comercializar os seus produtos, os distribuidores devem dirigir os seus esforços apenas aos potenciais clientes que pertençam ao mercado-alvo previamente identificado. Finalmente, os distribuidores têm de prestar atenção às exigências e necessidades individuais dos seus clientes reais. Em vez de inundar os seus clientes com informação, devem tomar nota das suas exigências e necessidades, sendo seu trabalho encontrar um produto que lhes seja conveniente. É aqui que a DDS ataca mais diretamente a venda inadequada relativa.

Este dever de adequação, dever positivo ou de prestação *de facere*, encerra em si mesmo também um dever negativo, ou de prestação de *non facere*: o dever de não oferecer, em caso de inadequação irremediável entre uns e outros. Implica, pois uma prévia recolha e ponderação de informações sobre as circunstâncias e preocupações dos clientes. Assim, a DDS parece encontrar um novo equilíbrio entre o tradicional e um novo e inverso fluxo de informação: do cliente de seguros para o distribuidor de seguros (C → D).

O objetivo mais central da DDS é facilitar o acesso e o exercício, no seu território, de atividades não assalariadas. Contudo, ao regular a distribuição de seguros e resseguros, a DDS está também a tentar promover os interesses dos consumidores e alcançar um elevado nível de proteção dos consumidores.

Na sua missão de regular a conduta de mercado dos distribuidores de seguros, a DDS concentra-se principalmente no estabelecimento de deveres legais. No entanto, a referência expressa da DDS aos litígios relativos aos direitos e obrigações decorrentes da DDS é uma indicação clara de que chega um momento em que tais deveres se tornam os correlativos jurais de direitos individuais.

O modo exato como estes direitos-pretensões podem ser aplicados dependerá do direito nacional aplicável. Mas a DDS exige que o direito nacional dos Estados-Membros, de alguma forma, reconheça a existência destes direitos-pretensões e proporcione aos respetivos titulares os meios para os fazerem valer contra os distribuidores de seguros.

Os remédios e procedimentos estabelecidos no direito nacional devem respeitar o princípio da equivalência, uma vez que tais regras não devem ser menos favoráveis do que as que regem ações nacionais semelhantes, e o prin-

cípio da eficácia, não tornando virtualmente impossível ou excessivamente difícil para os clientes de seguros o exercício dos seus direitos individuais contra os distribuidores de seguros.

Nem todos os recursos contratuais ou pré-contratuais são igualmente eficazes na proteção dos clientes de seguros. Nos seguros, a oportunidade de adquirir uma cobertura adequada está irremediavelmente perdida após a ocorrência de um sinistro. Não se pode voltar atrás no tempo e também não se pode segurar hoje contra uma perda conhecida de ontem. Assim, as soluções que tornam o contrato nulo *ab initio* ou que colocam o cliente na posição em que estaria se não tivesse celebrado qualquer contrato são insuficientes. O remédio mais óbvio, neste contexto, passa pelo recurso ao instituto da responsabilidade pré-contratual: a *culpa in contrahendo*.

O distribuidor responsável deve, pois, indemnizar o lesado *pelo seu interesse contratual positivo*. A indemnização deve deixar o lesado na posição em que estaria se o distribuidor tivesse cumprido o seu dever de propor um contrato que fosse consistente com as exigências e necessidades de seguro do cliente, se tal oferta existisse, ou o dever de se abster de propor qualquer contrato, se tal oferta não estivesse disponível. Ou seja, a indemnização corresponde aqui ao equivalente à prestação que seria devida em cumprimento do seguro adequado.