

**ACESSO A SEGUROS APÓS SUPERAÇÃO OU MITIGAÇÃO DE
DOENÇA GRAVE OU DEFICIÊNCIA:
UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS**

ANA RITA BRITO SANTOS GREGÓRIO

Prémio Investigação ASF
4ª Edição

março, 2025

**ACESSO A SEGUROS APÓS SUPERAÇÃO OU MITIGAÇÃO DE
DOENÇA GRAVE OU DEFICIÊNCIA:
UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS***

ANA RITA BRITO SANTOS GREGÓRIO[†]

SUMÁRIO: Resumo; 1. Introdução; 2. A Atividade Seguradora; 3. Práticas Discriminatórias na Atividade Seguradora; 4. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência; 5. Conclusão

* O presente artigo corresponde a uma edição revista e consolidada da Dissertação de Mestrado elaborada no âmbito do Mestrado em Direito e Mercados Financeiros da NOVA SCHOOL OF LAW, orientada pela Professora Doutora Margarida Lima Rego e apresentada a provas públicas para a obtenção do grau de mestre em Direito em 19 de dezembro de 2023.

[†] Mestre em Direito e Mercados Financeiros pela NOVA SCHOOL OF LAW; Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa.

MODO DE CITAR E OUTAS CONVENÇÕES

- I. As siglas e abreviaturas utilizadas ao longo do texto encontram-se catalogadas previamente.
- II. Na primeira citação de cada obra, esta indica-se por nome do autor, título da obra e páginas. Nas referências subsequentes a citação será feita apenas mediante a indicação do nome do autor, seguido da designação *op.cit.*.
- III. Quando forem citadas diversas obras do mesmo autor, a citação será feita mediante a indicação do nome do autor, do título abreviado da obra já citada, e da/s página/s em questão.
- IV. Se se verificar referências iguais à obra citada na referência imediatamente anterior, empregamos somente a expressão “*Ibidem*”. No entanto, se as referências forem iguais à obra citada anteriormente, à exceção das páginas, empregamos a expressão “*Ibidem*” seguida das páginas em causa.
- V. Na bibliografia final encontram-se as referências completas de todas as obras citadas ao longo do presente trabalho, estas referenciam-se por autor, título, tomo e/ou volume, edição (quando exista mais do que uma), local de edição e ano de publicação. Tratando-se de publicação periódica, acrescentamos a designação do periódico, número e mês/ano de publicação
- VI. A jurisprudência citada está catalogada no final do artigo pela seguinte ordem: tribunal, data, número do processo e relator.

SIGLAS E AREVIATURAS

Ac.	Ac.
ASF	Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões
At.	Atualizada
C.C.	Código Civil
Cfr.	Conferir
CNPD	Conselho Nacional de Proteção de Dados
CNSF	Conselho Nacional de Supervisores Financeiros
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DSG	Direção-Geral da Saúde
Ed.	Edição
ISP	Instituto de Seguros de Portugal
LAD	Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto
LCS	Lei do Contrato de Seguro (DL n.º 72/2008, de 16 de abril)
LPS	Livre Prestação de Serviços
N.º	Número
N.ºs	Números
P.	Página
Pp.	Páginas
Rev.	Revista
Ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vd.	Vide
Vol.	Volume

RESUMO

Os avanços contínuos na ciência, tecnologia e medicina têm melhorado significativamente a prevenção, diagnóstico e tratamento eficaz de doenças graves e outras condições de saúde. Como resultado desse progresso, temos assistido a um aumento substancial nos casos de superação de situações de risco agravado de saúde e de deficiência. Seria razoável antecipar que, após superarem condições de saúde adversas, estas pessoas experimentassem uma melhoria na sua qualidade de vida. No entanto, mesmo após a recuperação, ex-pacientes continuam a enfrentar obstáculos significativos na sua efetiva reintegração social. Um desses obstáculos está relacionado ao acesso a serviços financeiros, especialmente seguros de vida e, conseqüentemente, ao crédito à habitação. Isto sucede porque as seguradoras, no processo de aferição do risco que assumirão ao contratar, recorrem à análise estatística, socorrendo-se de dados passados que podem não refletir a realidade atual. Agravando este cenário, o progresso recente no tratamento de várias doenças e a evolução rápida no prognóstico dos pacientes dita a escassez de informações atualizadas sobre o risco de recidivas. Diante dessas dificuldades, as seguradoras adotam frequentemente um princípio de precaução, recusando cobrir riscos de ex-pacientes ou impondo-lhes condições contratuais mais rigorosas. No presente estudo procuramos dar resposta à problemática identificada, com especial enfoque no direito ao esquecimento como uma das soluções propostas. Esta foi a solução adotada, designadamente, pelo legislador português, através da aprovação da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, que analisamos profunda e detalhadamente, com o objetivo de compreender que elementos inovadores trouxe este instituto ao quadro legal anteriormente existente.

Palavras-chave: Seguros; Discriminação; Superação; Doença; Deficiência; Direito ao esquecimento.

ABSTRACT

Continuous scientific, technological, and medical developments have substantially enhanced the prevention, diagnosis, and effective treatment of major illnesses and other health disorders. As a result of this advancement, there has been a significant increase in the number of examples of people overcoming health risks and disabilities. It would be realistic to predict that after overcoming poor health issues, these people's quality of life would improve. However, even when they have recovered, former patients confront considerable challenges in their social reintegration. One of these barriers is a lack of access to financial services, particularly life insurance and, as a result, home loans. This is due to the fact that, in order to assess the risk that the insurer would assume when it decides to contract, it uses statistical analysis based on prior statistical data. The shortage of up-to-date information on the risk of recurrences is exacerbated by recent advances in the treatment of many diseases and the quick development of patient prognosis. Faced with these challenges, insurers frequently adopt a conservative approach, refusing to cover the risks of ex-patients or subjecting them to insurmountably stringent terms. In this dissertation, I attempt to answer the stated problem, with a particular emphasis on the right to be forgotten as one of the offered solutions. This was the option selected, in particular, by the Portuguese legislator, with the passage of Law no. 75/2021 on November 18, which we examine in depth to determine what novel components this institute introduced to the previously existing legal framework. ~

Keywords: Insurance; Discrimination; Overcoming; Illness; Disability; Right to be forgotten.

1. INTRODUÇÃO

Os contínuos avanços do conhecimento científico, tecnológico e médico têm contribuído largamente para a prevenção, diagnóstico e tratamento cada vez mais eficazes de doenças graves e de outras patologias. Assim, a par desse progresso, tem-se verificado um aumento substancial nos casos de superação de situações de risco agravado de saúde e de deficiência.

Seria razoável antecipar que, após o término de uma etapa que admitimos tão penosa, as pessoas que ultrapassaram condições de saúde adversas pudessem experienciar uma melhoria na sua qualidade de vida. No entanto, estes indivíduos continuam a enfrentar obstáculos à sua plena e eficaz reintegração na sociedade, que surgem essencialmente de uma persistente discriminação e estigmatização.

Um desses obstáculos está relacionado com o acesso a serviços financeiros, em especial à contratação de seguros do ramo vida e, em resultado disso, ao crédito à habitação. Isto ocorre porque, para a aferição do risco, as seguradoras recorrem à análise estatística que se baseia em dados passados que podem não refletir a realidade atual. No caso de situações de cura de doenças ou patologias graves, a situação torna-se ainda mais complexa, uma vez que o progresso dos tratamentos contra diversas patologias é uma conquista relativamente recente e que o prognóstico de muitos doentes está em constante evolução, sendo frequente a escassez de informações atualizadas neste âmbito. Isso, por sua vez, resulta em avaliações de risco feitas com base em dados e modelos desatualizados.

Enfrentando essas dificuldades na avaliação do risco associado à recidiva de doenças e patologias, e ainda não estando inteiramente convencidas da noção de cura na perspectiva da inexistência de acréscimo nos riscos que terão de assumir, as seguradoras adotam, numa perspectiva de garantir a sua estabilidade financeira, uma abordagem prudencial, recusando, por vezes, contratar com ex-pacientes ou agravando as condições propostas.³

Em síntese, as pessoas que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde e de deficiência, sendo obrigadas a declarar o seu historial clínico e vendo, conseqüentemente, a sua informação de saúde considerada no processo de avaliação,

³ Cfr. GRAZIA SCOCCA/FRANÇOISE MEUNIER, *Towards an EU legislation on the right to be forgotten to access to financial services for cancer survivors*, p. 134.

I. Introdução

seleção e aceitação do risco, são frequentemente sujeitas a condições contratuais penalizadoras, de que é exemplo paradigmático o agravamento intolerável dos prémios exigidos.

Os efeitos desfavoráveis que decorrem da penalização no acesso aos contratos de seguros do ramo vida resultam significativamente acentuados quando se considera o facto de, no nosso país, ter-se generalizado a prática de concessão de crédito à habitação garantido, não só pela hipoteca do imóvel, mas também por seguro de vida do mutuário ou do mutuário e seu cônjuge. Assim, estas pessoas enfrentam sérios obstáculos à aquisição de habitação e de outros bens de consumo, que desempenham um papel essencial na sua plena e efetiva reintegração na sociedade.

Uma das soluções avançadas por diversas jurisdições tem sido o estabelecimento do direito ao esquecimento, que define limites temporais após os quais as instituições financeiras, designadamente as seguradoras, já não podem obter informações relativas a uma patologia que tenha sido previamente superada.

Neste quadro, também o legislador português concedeu àqueles que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência o direito a serem esquecidos no acesso ao crédito à habitação e ao consumo, bem como a qualquer seguro obrigatório ou facultativo associado a esses créditos. Como resultado, as instituições de crédito e as empresas seguradoras foram vedadas de recolher ou tratar informação de saúde sobre essa situação de risco agravado ou de deficiência superada ou mitigada, bem como de sujeitar essas pessoas a um agravamento do prémio ou à exclusão de garantias de contratos de seguro.

Foi neste contexto que surgiu o tema do presente estudo: o acesso após superação ou mitigação de doença grave ou deficiência. Procuraremos proceder a uma análise profunda e detalhada do enquadramento legal deste direito, com especial destaque para o regime legal decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, que consagrou o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico português.

No Capítulo 2, iniciamos a abordagem ao tema com um breve enquadramento do contrato de seguro, dedicando atenção particular ao risco enquanto elemento essencial daquele. Discorreremos, também, sobre as técnicas de avaliação, seleção e aceitação do risco,

I. Introdução

indispensáveis à livre formação da vontade negocial dos seguradores, cobrindo os seus fundamentos e as consequências que podem advir da sua ausência.

Seguidamente, discutimos, no Capítulo 3, a matéria da proibição das práticas discriminatórias no setor dos seguros, que é particularmente complexa em virtude da natureza própria da atividade seguradora. À vista disso, e com o propósito de compreender em que circunstâncias um tratamento diferenciador na contratação de seguros, em particular na avaliação do risco, se encontra legitimado, analisamos alguns dos fatores que consideramos relevantes atentar no escrutínio da admissibilidade de um tratamento diferenciador por parte dos seguradores. Ainda nesse Capítulo, abordamos a discriminação na contratação de seguros em razão de deficiência ou da existência de risco agravado de saúde, enquadrando legalmente a proibição dessas práticas. Assim, examinamos, designadamente, a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto e o artigo 15.º da LCS.

Por fim, dedicamos o Capítulo 4 à temática do acesso aos seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Examinamos o direito ao esquecimento, enquanto uma das soluções que tem sido proposta para solucionar o problema identificado, em particular à luz da recentemente publicada Lei n.º 75/2021. Nesse âmbito, procuramos descortinar, essencialmente, quem são os beneficiários que podem dele usufruir, que elementos inovadores trouxe este instituto ao quadro legal que existia anteriormente e como conciliá-lo com o dever de declaração inicial risco.

Concluimos que, apesar de algumas incoerências lógicas, essencialmente de natureza sistemática, a lei do esquecimento não representou um mero reforço teórico do regime anteriormente previsto, estatuidando antes uma espécie de *dupla proteção*, introduzindo, além da proibição do agravamento do prémio e a exclusão de garantias do contrato de seguro, que decorreria já do artigo 15.º, n.º 1 da LCS, a possibilidade do proponente, protegido pela proibição de recolha e tratamento de informação saúde relativa a uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência superada ou mitigada, omitir ou mentir legitimamente no que toca a informações sobre condição. Por intermédio deste instituto, é reforçada, com ramificações preventivas de natureza prática, a proibição de práticas discriminatórias já estabelecida no artigo 15.º da LCS, sendo a sua mais-valia, precisamente, o segurador permanecer alheio à existência prévia de uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Além disso, este novo regime, permite consolidar

I. Introdução

as situações em que, de uma perspectiva científica e estatística, que esperamos real e atual, já não subiste um risco agravado de saúde em função de uma condição clínica passada.

2. A ATIVIDADE SEGURADORA

2.1. O CONTRATO DE SEGURO E O RISCO

Dispõe o artigo 1.º da Lei do Contrato de Seguro (“LCS”), aprovada pelo DL n.º 72/2008, de 16 de abril, que «(...) por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente.»

Ora, não obstante a inexistência na ordem jurídica portuguesa de uma noção expressa de contrato de seguro, facilmente se depreende do preceituado neste artigo⁴ que o risco é um elemento essencial do contrato de seguro e, por isso, primário à sua existência.⁵

Mas não só dali se infere o dito. Outro fator significativo da relevância que assume o risco no contrato de seguro prende-se com a consequência jurídica da sua não verificação, quer *ab initio*, quer durante a vigência do contrato.⁶ Neste sentido, prevê o n.º 1 do artigo 44.º da LCS que «[...] o contrato de seguro é nulo se, aquando da celebração, o segurador, o tomador do seguro ou o segurado, tiver conhecimento que o risco cessou». Já o Código da Veiga Beirão, na mesma linha, previa no seu artigo 436.º que “o seguro é nulo se [...] o segurador tinha conhecimento de haver cessado o risco [...]». Saliente-se ainda que, por um lado, conforme o estatuído no n.º 3 do artigo 44.º da LCS, o contrato de seguro é ineficaz relativamente a um risco futuro que não chegue a existir e, por outro, nos termos do n.º 1 do artigo 110.º daquela Lei, o contrato de seguro caduca em caso de extinção do risco.

Ainda que não seja propósito deste escrito retomar a discussão em torno do conceito de risco, que tem assumido uma pluralidade de aceções, mesmo no domínio da atividade

⁴ Cfr. LUÍS POÇAS, *Aproximação económica à declaração do risco no contrato de seguro*, p. 285.

⁵ Cfr. MIGUEL PATRÍCIO, *Análise Económica do Risco aplicada à Atividade Seguradora*, p.448.

⁶ FÁBIO GULPILHARES, *O dever de declaração inicial do risco: âmbito, critério de relevância (materiality test) e sistemas de declaração espontânea vs. Sistemas de questionário fechado*, p. 8.

II. A Atividade Seguradora

seguradora⁷, não poderíamos deixar de aqui incluir algumas considerações, ainda que incipientes, sobre o seu sentido.

Primeiramente, importa afirmar que, no seu uso quotidiano, a palavra risco é comumente associada a qualquer situação em que exista um certo grau de incerteza⁸ em relação ao resultado.⁹ Deste modo, o conceito de risco edifica-se sobre a noção de possibilidade, enquanto probabilidade¹⁰ de ocorrência ou não ocorrência de um resultado¹¹, não se podendo afirmar, por isso, que alguém enfrenta um risco quando o resultado está inteiramente garantido.

Todavia, o conceito de risco não se esvazia na ideia de possibilidade enquanto probabilidade de verificação de um resultado. Nesta linha, aparenta ser consensual entre a literatura que se ocupa do tema que a ideia de risco pressupõe que determinado resultado seja valorado negativamente por alguém, isto é, que esse resultado seja de algum modo temido. Portanto, para que se possa afirmar a existência de um risco, decorre necessária a formulação, por determinado sujeito, de um juízo de desvalor sobre a ocorrência de um evento incerto e respetivas consequências.¹² Dessarte, a possibilidade de ocorrência desse resultado não pode ser indiferente para o sujeito que formula esse juízo de risco, ao invés, ele aparece-lhe como passível de interferir na sua vida, ou na do agente sujeito a esse risco, afetando-o negativamente. Nesse sentido pronunciaram-se BERG et al.¹³ quando afirmam que o risco não corresponde a uma função valorativamente neutra da probabilidade e da respetiva consequência, mas antes a uma função da probabilidade e da consequência *negativamente* valorada.

⁷ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, p. 58.

⁸ Num estudo amplamente divulgado, FRANK KNIGHT procedeu à distinção entre risco e incerteza. Para este autor, o risco é tido como uma probabilidade mensurável. Contrariamente, a incerteza refere-se a uma situação caracterizada por valores indeterminados e não quantificáveis, isto é, uma "*probabilidade numericamente imensurável*". Cfr. FRANK KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, p.19.

⁹ SCOTT E HARRINGTON, *Risk Management and Insurance*, p. 3.

¹⁰ Em rigor, probabilidade e risco não se confundem. A primeira refere-se à probabilidade de ocorrência a longo prazo de algum evento, ou seja, à sua frequência relativa. O risco, por outro lado, é um conceito associado a variações relativas, o que significa que só pode ser medido no contexto de um grupo suficientemente grande que permita ser analisado estatisticamente. Cfr. MARK RICHARD GREENE, *Concepts in Risks and Insurance*, p. 6.

¹¹ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro...*, p. 119.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. BERG/ERDMANN/HOFMANN/JAGGY/SCHERINGER/SEILER, *Was ist ein Schaden?* pp. 7-10 *Apud*, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p 64.

II. A Atividade Seguradora

Deste modo, o risco não se restringe à mera existência de uma ameaça objetiva, correspondendo, no seio da atividade seguradora, a um juízo de desvalor por parte daquele que procura segurá-lo, isto é, à convicção que um evento incerto ou de data incerta é passível de representar, para si ou para o beneficiário do seguro, um impacto negativo. Nesta senda, MARGARIDA LIMA REGO assevera que a existência objetiva de um risco não é *condição sine qua non* da qualificação de um contrato como seguro, sendo apenas necessário que as partes façam referência à existência de um risco no texto do contrato.¹⁴

Saliente-se ainda que aquele impacto negativo deverá ser de natureza económica.¹⁵ Diante disso, a concretização do risco coberto deve poder vir a refletir-se negativamente na esfera jurídico-patrimonial do beneficiário do seguro.¹⁶ Deste modo, no domínio dos seguros, não é qualquer evento incerto, cujo resultado é objeto de um juízo de desvalor, que nos interessa, mas tão só aqueles que podem representar uma diminuição patrimonial para quem suporta os seus efeitos. Assim é, nas palavras de MARGARIDA LIMA REGO, porque «é dessa natureza [económica] a prestação do segurador».¹⁷

Neste contexto, vale ressaltar que este interesse precípua pela proteção patrimonial do segurado¹⁸, isto é, a necessidade da materialização do risco coberto se refletir na esfera jurídico-económica do segurado ou beneficiário do seguro, não se restringe aos seguros de danos, estendendo-se também aos seguros de pessoas. A este propósito, o facto de, como bem ensina MENEZES CORDEIRO, no seguro de danos o sinistro equivaler a um dano patrimonial e, no seguro de pessoas, o sinistro decorrer de doença, de acidente pessoal ou de morte de uma pessoa, não afasta a natureza patrimonial do impacto do sinistro.¹⁹ Os sinistros no âmbito dos seguros de pessoas implicam, ainda que indiretamente, uma diminuição patrimonial para quem suporta os efeitos do risco coberto.

¹⁴ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p. 87.

¹⁵ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p. 66.

¹⁶ Neste sentido, vd. Ac. do TRP de 18.04.2017, proferido no âmbito do processo n.º 735/16.6T8AVR.P1 (Relator: Manuel Domingos Fernandes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/09F4AAEC84C1976A8025810F004BC464>.

¹⁷ MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p. 66.

¹⁸ Cfr. MAURÍCIO ANDRE VON BUCK LACERDA, *O seguro de responsabilidade civil – aspetos ferais sobre a lei portuguesa do contrato de seguro*, p. 4031.

¹⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, pp.772-774.

II. A Atividade Seguradora

Assim, no seguro de vida que cobre o risco de morte - seguro em caso de morte²⁰ - por exemplo, a morte da pessoa segura não representa, *per se*, um dano patrimonial na esfera do beneficiário, mas pode representar para aquele uma espécie de *insuficiência de meios*²¹, no caso de a pessoa segura ser alguém, de algum modo, com um papel significativo na sustentação económico-financeira do beneficiário do seguro. Por seu turno, no respeitante ao seguro de vida que cobre o risco de sobrevivência da pessoa segura - seguro em caso de vida²² -, como aduz MARGARIDA LIMA REGO²³, não obstante o risco identificado ser a incerteza sobre o momento da morte da pessoa segura, o risco que é efetivamente coberto pelo seguro é o risco de o segurado não possuir recursos financeiros suficientes para fazer face aos custos associados à sua sobrevivência após uma determinada idade. Em síntese, a autora supracitada conclui que o risco de seguro está sempre relacionado com a possibilidade de não satisfação de uma necessidade económica do segurado.

2.2. AVALIAÇÃO, SELEÇÃO E ACEITAÇÃO DO RISCO

Vimos que o contrato de seguro, cujo conteúdo típico se estabeleceu no artigo 1.º da LCS, se caracteriza pelo facto de o segurador, em troca de uma prestação certa sob a forma de pagamento de um prémio, se obrigar a entregar ao tomador do seguro ou terceiro²⁴, em

²⁰ No seguro de vida em caso de morte, o segurado obriga-se a entregar uma prestação certa sob a forma de prémio ao segurador que, em caso de morte de uma pessoa (pessoa segura) durante a vigência do contrato, se obriga a pagar uma quantia determinada a um terceiro (beneficiário).

²¹ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, pp. 65 e ss.

²² No seguro de vida em caso de vida, o segurador obriga-se a pagar ao beneficiário a prestação convencionada se a pessoa segura estiver viva no final do contrato.

²³ *Ibidem*.

²⁴ A prestação convencionada pode ser devida à pessoa ou entidade no interesse do qual o seguro é celebrado (o segurado) ou de terceiro designado pelo tomador do seguro (o beneficiário) ou ainda a uma terceira pessoa ou entidade que tenha sofrido prejuízos que o segurado deva indemnizar – o terceiro lesado. A este respeito, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS afirma que «se o contrato de seguro não se compreende sem a presença de um titular do interesse sobre o qual impende um risco, pode essa qualidade respeitar a um sujeito diferente daquele que contrata com o segurador, e até a um sujeito diferente daquele em cuja esfera pessoal se concretiza o evento aleatório em causa; e deste último, como do sujeito que é parte contratual, pode ainda diferir o destinatário da prestação do segurador». Cfr. MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, p.26.

II. A Atividade Seguradora

caso de perdas decorrentes de eventos²⁵ futuros e incertos²⁶, isto é, da materialização do risco coberto, a prestação convencionada no contrato.

Pelo exposto, não podemos deixar de aderir ao escrito por MARGARIDA LIMA REGO e RUTE CARVALHO DA SILVA: a substancial vantagem da indústria seguradora assenta na circunstância de conceder aos seus clientes a «satisfação de uma necessidade eventual a custo certo parcial».²⁷ Significa isto que, ainda que a materialização do risco coberto pelo contrato de seguro possa nunca vir a ocorrer e, portanto, ao segurador não impondrá a obrigação de indemnizar o beneficiário do seguro, certo é que, caso ele se venha a materializar, o segurador pode ter de despende um montante muito mais elevado do que o prémio pago pelo tomador do seguro.²⁸ Da nossa parte, compreendemos, na esteira de MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS, que tal conjuntura representa uma *inversão do ciclo de produção*: o preço do produto ou serviço é fixado antes de o segurador ter conhecimento do custo correspondente, que só conhecerá efetivamente após a regularização de todos os sinistros ocorridos durante o período de exercício.²⁹

Por este motivo, e porque naturalmente o capital próprio do segurador não é ilimitado, é imperativa a adoção pelas empresas seguradoras de práticas que, não só permitam assegurar o montante necessário para dar cumprimento a todas as obrigações resultantes da celebração de contratos de seguro, onde se incluem o pagamento das indemnizações devidas a segurados ou terceiros pela ocorrência de sinistros e todos os demais custos associados à celebração dos contratos, como possibilitem que a sua atividade seja lucrativa.

Com efeito, a utilização de técnicas atuariais destinadas a identificar e avaliar os riscos são essenciais para garantir que uma empresa seguradora, que para todos os efeitos

²⁵ A utilização do termo evento para referir aquilo que se teme quando se fala de risco não é consensual. Neste sentido, MARGARIDA LIMA REGO sustenta que este conceito «tem por referente algo tão indeterminado que não signific[a] propriamente coisa nenhuma». Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p. 79.

²⁶ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO refere-se ao risco como o *dano eventual* ou o *evento futuro e incerto*. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual*, p. 725 e 772.

²⁷ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO E RUTE CARVALHO DA SILVA, *Catástrofes Naturais e Seguros*, p. 166

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Cfr. MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS, *Da incerteza ao Risco. As técnicas seguradoras e o seu referente, num diálogo com Knight*, p. 2144. Também assim em DAVID A. CATHER, *Reconsidering insurance discrimination and adverse selection in an era of data analytics*, p. 429.

II. A Atividade Seguradora

desenvolve uma atividade comercial com fins lucrativos, mantenha um negócio rentável ou, quando menos, solvente. Assim, as técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos, que têm como principal objetivo classificar e selecionar os riscos que serão cobertos pelo segurador, bem como fixar o respetivo prémio que será devido pelo tomador do seguro, representam o cerne de qualquer sistema de seguros.³⁰

A técnica tradicional de avaliação do risco consiste na mensuração estatística para, através da lei dos grandes números, antecipar as perdas que serão incorridas pelo segurador³¹, utilizando variáveis de preços correlacionadas com essas perdas, por forma a assegurar que os prémios coletados são suficientes para cobrir os custos das perdas seguradas. A lei dos grandes números, um dos princípios elementares das *teorias da probabilidade e estatística*, estabelece que a frequência de determinados resultados tende a estabilizar à medida que o número de unidades de exposição ao risco, isto é, o número de casos observados, aumenta, aproximando-se progressivamente dos valores previstos.³²

No domínio dos seguros, esta técnica permite, de modo sumário, que o segurador, reunindo um amplo conjunto de situações individuais de exposição que possuem características semelhantes, mas que não estão causalmente relacionadas, aproveite a probabilidade real de concretização do risco, previamente estimada com base em dados do passado, para calcular com razoável precisão o número de indivíduos afetados e o valor total da perda. O segurador consegue, assim, prever o número de situações de exposição ao risco que serão afetadas pelo sinistro. Do mesmo modo, se para todas as situações de exposição ao risco resultarem perdas relativamente análogas, ele logra determinar o valor das perdas que sofrerá em relação a um determinado tipo de risco. Consequentemente, pode distribuir esse valor entre os segurados que integram esse conjunto, repartindo o valor total das perdas esperadas pelo número de segurados considerados. Esse valor representa a base para o cálculo do prémio que será cobrado a cada tomador do seguro – o designado prémio puro.³³

³⁰ Cfr. KENNETH S. ABRAHAM, *Efficiency and Fairness in Insurance Risk Classification*, p. 403.

³¹ Cfr. MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS, *Da incerteza*, p. 2148.

³² Cfr. MARK R. GREENE; JAMES S TRIECHMANN; SANDRA G GUSTAVSON, *Risk Management & Insurance*, p. 35

³³ Cfr. MARIA INÊS OLIVEIRA MARTINS, *Da incerteza*, p. 2148.

II. A Atividade Seguradora

Desta feita, o segurador identifica riscos independentes, mas igualmente valorizados, agrupando-os em categorias homogêneas para reduzir o risco total desse grupo ou população. Uma vez agrupados, por, hipoteticamente, representarem uma probabilidade de perda semelhante, as condições de acesso e os termos contratuais do seguro, de que o montante do prêmio é exemplo paradigmático, serão idênticos para os indivíduos pertencentes à mesma categoria. À vista disso, no mercado segurador, praticam-se prêmios diferentes para coberturas análogas quando, por representarem níveis de risco diferentes, os respectivos segurados integrem categorias distintas.

Neste contexto, certos autores³⁴ argumentam que esta diferenciação entre segurados torna o seguro mais atrativo para indivíduos que representam um risco relativamente baixo dado que, agrupados com outros com características semelhantes, o prêmio fixado é, pelo que se disse, de menor valor. Correlativamente, a doutrina tem amplamente defendido que a inexistência desta distinção no tratamento de segurados e potenciais segurados, em particular no respeitante ao montante do prêmio, pode conduzir à perversão de toda a lógica em que assenta a indústria seguradora. Nesta linha, se as condições de acesso ao seguro e os seus termos contratuais forem igualmente estabelecidos para todos os segurados, independentemente do risco associado, aqueles mais expostos ao risco procurarão segurar-se mais. Este fenómeno é habitualmente designado por seleção adversa.

Ora, dado que o típico sistema de fixação de prêmios da indústria seguradora é projetado para utilizar variáveis de preços que diferenciam entre as potenciais perdas previstas para distintas categoriais de risco, a exclusão dessas variáveis pode resultar na combinação, na mesma categoria, de segurados com diferentes níveis de risco. Assim, se para os segurados dessa mesma categoria os prêmios forem calculados em função da média das perdas estimadas, que podem diferir significativamente entre os segurados que a integram, aquela média poderá ser consideravelmente superior às perdas concretamente estimadas para os segurados que representam um nível risco menor.

Como resultado, por um lado, os candidatos de baixo risco optarão por não celebrar contratos de seguro devido ao aumento do prêmio fixado para aquela categoria, que

³⁴ Neste sentido, vd. IRENE LUPERTO E DONATELLA PORRINI, *Dynamic risk classification in a law and economics perspective: the Italian experience*.

II. A Atividade Seguradora

combina segurados de baixo e alto risco, e, por outro, os considerados de risco elevado conseguem um *prémio uniforme*³⁵ que joga a seu favor.³⁶ O sucedido poderá redundar numa cabulosa espiral de eventos: a seguradora retém um número desproporcional de unidades de alta exposição ao risco na sua carteira e, de modo a garantir a manutenção da sua solvência, vê-se forçada a aumentar, sucessivamente, os prémios praticados.³⁷

2.3. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO E O DEVER DE DECLARAÇÃO INICIAL DO RISCO

O fenómeno da seleção adversa, que acabámos de abordar, decorre, essencialmente, da assimetria de informação entre o tomador do seguro e o segurador.³⁸

Vimos que não é condição *sine qua non* para a qualificação jurídica de um contrato de seguro que exista um risco objetivo, mas apenas que as partes façam, expressamente, referência à sua existência no texto contratual. Enfatizamos também, que o risco considerado no ramo dos seguros deriva da formulação, por parte do tomador, de um juízo de valor *ex ante* acerca da ocorrência de determinado resultado, que lhe aparece, de algum modo, como prejudicial para si ou para o segurado. Por conseguinte, temendo esse resultado, ele procura segurar-se.

Ora, este juízo de risco resulta de uma construção racional alicerçada na informação que esse sujeito possui sobre certos aspetos da realidade que o rodeia.³⁹ Decerto se compreenderá que, incidindo o risco sobre o próprio segurado, o tomador do seguro é, em regra, o seu conhecedor por excelência⁴⁰, detendo a informação relevante para individualizar e delimitar o risco a segurar.⁴¹ A este respeito, recordamos a posição de ANGELA SOLIMANDO, para quem o segurado é o *gestor do risco*, uma vez que conhece as circunstâncias relevantes (*maxime* os perigos e ameaças a que estão expostos a sua vida

³⁵ Cfr. KATRIEN ANTONIO E EMILIANO A. VALDEZ, *Statistical concepts of a priori and a posteriori risk classification in insurance*, p. 2 e ss.

³⁶ Cfr. DAVID A CATHER, *op.cit.*, p. 442.

³⁷ Cfr. KATRIEN ANTONIO E EMILIANO A. VALDEZ, *op.cit.*, pp. 2 e ss.. Também GEORGE A. AKERLOF demonstrou como a seleção adversa pode ameaçar a subsistência de uma indústria seguradora sólida, podendo mesmo pôr em causa a sua existência, cfr. GEORGE A. AKERLOF, *The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism*".

³⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros: Apontamentos*, pp. 57-58.

³⁹ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro*, p.72.

⁴⁰ Cfr. FÁBIO GULPILHARES, *op.cit.*, p. 11.

⁴¹ JÚLIO GOMES, *O Dever de Informação do (Candidato A) Tomador de Seguro na Fase Pré-Contratual, À Luz do Decreto-Lei N° 72/2008*, pp. 388-389.

II. A Atividade Seguradora

ou património) e, especialmente, em virtude de possuir um interesse superior ao do segurador no tocante à não materialização do risco em dano.⁴²

Embora não possamos subscrever a premissa de que o segurado detém necessariamente um interesse superior ao do segurador quanto à não concretização do risco, concordamos com a conclusão exposta pela autora: ele é, certamente, o maior conhecedor do risco coberto pois que é a ele que aquele lhe diz respeito. Logo, o tomador do seguro pode servir-se deste conjunto de informações que possui, e que podem ser desconhecidas da seguradora, para maximizar os seus interesses individuais. Tal como ensina CARLOS LOPES DO NASCIMENTO, as assimetrias informativas podem, como, aliás, geralmente se verifica, alterar *intuitiva e volitivamente* o comportamento dos agentes económicos, que aproveitam a informação para obter benefícios e maximizar os seus interesses próprios e individuais.⁴³

O caso mais figurativo deste fenómeno sucede no contexto dos seguros de vida: indivíduos com comportamentos de risco para a saúde, *i.e* fumadores, conhecendo as suas próprias circunstâncias e antecipando que recorrerão com mais frequência a cuidados de saúde, terão mais propensão para subscrever aquele tipo de seguro. Sendo este um fator de risco desconhecido pela seguradora, a apólice e prémio ofertados coincidirão com aqueles propostos a candidatos com um perfil de baixo ou médio risco, desencadeado a dinâmica de seleção perversa que retratámos anteriormente.

É precisamente a discrepância no grau de informação entre o proponente e o segurador que justifica a consagração legal do *dever pré-contratual de declaração inicial do risco*, lapidado, na ordem jurídica nacional, no artigo 24.º da LCS. Este dever impõe ao proponente declarar com exatidão, antes da celebração do contrato, todas as circunstâncias que conheça e que razoavelmente deve ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador (n.º 1). Isto permitirá a este último formar livremente a sua vontade negocial, decidindo, por exemplo, se deseja cobrir o risco, qual a extensão dessa cobertura e qual o prémio correspondente.

⁴² *Apud*, JÚLIO GOMES, *O Dever*, pp. 389.

⁴³ CARLOS B. LOPES DO NASCIMENTO, *A Problemática da Informação Imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável*, p. 384 e ss.

II. A Atividade Seguradora

Com relevância para o nosso objeto de estudo, importa salientar que, nos domínios dos seguros do ramo vida, é essencial a recolha e tratamento de informação sobre o estado de saúde, atual ou passado, do proponente.

A execução deste dever é geralmente feita por meio de resposta a um questionário formulado pelo segurador, que serve de orientação ao proponente, fornecendo-lhe indicadores daquela que é a informação pertinentes à avaliação do risco. Todavia, é igualmente obrigatória a revelação de informação de que conheça o proponente que, não sendo abordada no questionário, é também significativa para a apreciação do risco (n.º 2).

3. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NA ATIVIDADE SEGURADORA

3.1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

No capítulo anterior procurámos clarificar a essencialidade da aferição do risco por parte do segurador na viabilidade operacional e na manutenção da solvência de toda a atividade seguradora. Adicionalmente, discorremos sobre a relevância da recolha e tratamento de informação respeitante ao potencial segurado ou pessoa segura, nomeadamente, de dados de saúde, nesse processo de aferição do risco, que justifica mesmo a consagração legal do *dever pré-contratual de declaração inicial do risco*.

Em síntese, vimos que o segurador, através das ciências atuariais, avalia os riscos tendo em conta os traços particulares que incidem sobre os bens ou fatores humanos a segurar, e que, mediante essa avaliação, seleciona os seus clientes e fixa os termos contratuais correspondentes.⁴⁴

Assim, toda a indústria seguradora é baseada na capacidade de diferenciar (ou *discriminar*) entre os potenciais tomadores ou pessoas seguras através da análise e segmentação dos respetivos perfis de risco. É por isso frequente ler-se que o termo discriminação é utilizado no domínio dos seguros de forma inteiramente neutra, tomado no sentido de tratar diferentes grupos, a que equivalem distintos perfis de risco, de forma desigual.⁴⁵ Este tratamento desigual pode consubstanciar-se, entre outros, na recusa de contratar e no agravamento do prémio tarifariamente calculado.

O tratamento desigual por parte do segurador não levanta, geralmente, questões substanciais quando o fator que origina a diferenciação recai sobre características atinentes a coisas. Porém, o mesmo não se dirá quando essas características consideradas respeitam a particularidades ou atributos pessoais, isto é, próprios do ser humano.

Nessa conjuntura, surgem questões fáctica e juridicamente sensíveis que colocam em confronto o direito do segurador a avaliar os riscos dos potenciais tomadores, que naturalmente se reflete na formação da sua vontade negocial e na delimitação do objeto

⁴⁴ Cfr. LEONARDO QUINTANILHA DE OLIVEIRA, *Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos*, p. 37.

⁴⁵ Cfr. EDWARD. W. FREES e FEI HUANG, *The Discriminating (Pricing) Actuary*, p. 2 e ss.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

do contrato de seguro, e o direito à igualdade e não discriminação da respetiva contraparte.

Tendo em conta o exposto, conduziremos em seguida uma análise contrastante entre o postulado do princípio da livre iniciativa económica privada e o direito à igualdade e não discriminação, a fim de compreender se e em que termos a avaliação do risco efetuada pelas seguradoras, ainda que intrínseca à sua operacionalidade, pode ser sujeita a restrições.

3.2. TENSÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA E O DIREITO À IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

A avaliação do risco dos seus potenciais tomadores ou pessoas seguras por parte do segurador, juntamente com a subsequente possibilidade de eleger as suas contrapartes e dispor sobre o conteúdo contratual do seguro, encontra amparo legal, desde logo, no princípio da livre iniciativa económica privada, constitucionalmente consagrado no artigo 61.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (“CRP” ou “Constituição”).

Com efeito, dispõe o n.º 1 do artigo referido que «[a] iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral». Este preceito constitucional, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, trata «de reconhecer e garantir a liberdade económica dos agentes privados perante o Estado».⁴⁶ É amplamente consensual, quer na doutrina como na jurisprudência, que o princípio da livre iniciativa económica privada tem um *duplo sentido*, englobando, por um lado, a liberdade de iniciar uma atividade económica e, por outro, a liberdade de gestão e atividade da empresa.⁴⁷

Ora, como ensinam os autores suprarreferidos, embora o legislador constitucional não o tenha incluindo entre os Direitos, Liberdade e Garantias, ao reconhecê-lo na constituição considerou a liberdade de iniciativa económica privada como um direito fundamental. Contudo, o facto de ter sido reconhecido, constitucionalmente, nos «quadros (...) definidos pela lei e tendo em conta o interesse geral», implica que sempre existirá espaço

⁴⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada, Volume I*, pp. 333 e ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

para limitações legais. Com efeito, ambas as vertentes mencionadas podem ser sujeitas a restrições, de diferentes graus, proporcionando uma margem substancial para a configuração legislativa. No entanto, sendo a regra a liberdade de iniciativa privada («exerce-se livremente»), estas restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade, limitando-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.⁴⁸

No plano infraconstitucional, é oportuno aludir ao princípio da liberdade contratual, pelo qual se rege, conforme se extrai do preceituado no artigo 11.º da LCS, o contrato de seguro. Como é sabido, este princípio geral encontra-se expressamente incluído, na ordem jurídica, no artigo 405.º do Código Civil (“CC”). Como explica ANTUNES VARELA, a liberdade contratual, corolário da autonomia privada, abarca a liberdade na decisão de contratar, na determinação da pessoa com quem optem por celebrar contrato e na criação do próprio contrato, podendo as partes determinar e ajustar o seu conteúdo, que valerá, perante a lei, como instrumento jurídico vinculativo para ambas as partes.⁴⁹

Por outro lado, os proponentes a tomadores ou a pessoas seguras, beneficiam, em virtude da sua natureza própria de ser humano, do amparo conferido pelo princípio da igualdade e não discriminação, consagrado constitucionalmente sob a égide da igual dignidade de todas as pessoas.

O artigo 13.º, n.º 1 da Constituição dispõe que «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». Adita o n.º 2 que «ninguém pode ser beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA esclarecem que o conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade abrange 3 vertentes: (i) a proibição do arbítrio, não sendo aceitáveis diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, nem o tratamento idêntico para situações manifestamente desiguais; (ii) a proibição de discriminação, não sendo legítimas diferenciações em razão de categorias meramente

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I., pp. 211-213.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

subjetivas, mencionadas, a título exemplificativo, no n.º 3 do artigo 13.º da CRP e (iii) a obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades.⁵⁰

Deste modo, o princípio da igualdade atua como limite objetivo às distinções discricionárias, proibindo desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objetiva e racional. Mas é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que ele não pode ser entendido de forma absoluta.⁵¹

Assim, a proibição de discriminações não proíbe *diferenciações* de tratamento. O que este preceito constitucional exige é que as «medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio».⁵²

Este entendimento reúne amplo consenso também na jurisprudência, que tem constantemente afirmado que o princípio da igualdade obriga a que *se trate igual o que é igual e diferente o que for essencialmente diferente*. Assim, o TC assinalou que «[o] princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, é um princípio estruturante do Estado de direito democrático e postula, tal como o TC tem repetidamente afirmado, que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade não veda à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável objetiva e racional».⁵³

A relevância deste princípio no contexto deste estudo resulta, em particular, de ele não ser dirigido unicamente ao legislador e aos órgãos estatais responsáveis pela aplicação da

⁵⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, p. 339.

⁵¹ Assim, vd. Ac. do STJ de 19.09.1991, proferido no âmbito do processo n.º 080498 (Relator: Cura Mariano), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/8802AF93D23220EB802568FC0039C0FB>.

⁵² Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, p. 340.

⁵³ Cfr. Ac. do TC n.º 563/96, de 10.04.1996 (Relator: Tavares da Costa), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960563.html>.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

lei, mas de valer também nas relações entre particulares.^{54/55} Nesta perspetiva, GOMES CANOTILHO endossa a eficácia horizontal através da mediação do legislador de Direito Privado, afirmando que este se encontra, na elaboração de novas normas de natureza jurídico-privada, invariavelmente vinculado aos direitos fundamentais.

Adicionalmente, o legislador deverá garantir que «a lei, ao regulamentar normativamente relações jurídicas privadas, não pode nem deve estabelecer regimes jurídicos discriminatórios, a não ser que haja fundamento material para um tratamento desigual».⁵⁶ Assim, o Estado, enquanto destinatário do princípio da igualdade, deve eliminar, através da elaboração da lei ou da sua aplicação, a ilicitude e possibilidade de discriminações no domínio do jurídico.⁵⁷

Em síntese, podemos constatar que o princípio da iniciativa económica privada se encontra constitucionalmente consagrado nos quadros definidos pela lei e tendo em conta o interesse geral. Consequentemente, este princípio está sujeito à configuração do legislador, podendo ser sujeito a limitações que se destinem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Vimos, também, que o princípio da igualdade não tem uma assunção absoluta, proibindo apenas tratamentos desiguais que não encontrem fundamento objetivo, isto é, tratamentos discriminatórios. É incumbência do Estado, enquanto destinatário do princípio da igualdade, garantir, na elaboração de novas normas de natureza jurídico-privada, a eliminação da possibilidade de discriminações no domínio jurídico.

Dessa forma, transportando a nossa análise para o contexto dos seguros, concluímos que é prerrogativa do Estado elaborar leis que se destinem a proibir tratamentos discriminatórios, que não encontrem justificação material, no âmbito da contratação seguradora.

⁵⁴ Neste sentido, ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 98.

⁵⁵ Para uma análise mais abrangente e aprofundada sobre este tema, vd. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Do dever de proteção à proibição do défice*.

⁵⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 1291.

⁵⁷ Cfr. ANA PRATA, *op.cit.*, p. 98.

3.3. CRITÉRIOS PARA A DELIMITAÇÃO DA JUSTA AVALIAÇÃO E SELEÇÃO DE RISCOS NA ATIVIDADE SEGURADORA

Com base em todas as considerações expostas, e levando em conta que, mesmo no respeito pelo princípio da igualdade, não estão absolutamente vedados tratamentos desiguais, fica evidente que, também no contexto da contratação de seguros, são permitidos, desde que materialmente justificados, tratamentos diferenciadores.

Como bem ensina ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, o processo de justificação dos tratamentos diferenciados forma uma espécie de legitimação que transforma comportamentos proibidos (“*discriminadores*”) em comportamentos admitidos (meramente “*diferenciadores*”).⁵⁸ O que não se permite, e aliás se repudia, é qualquer tratamento diferenciador arbitrário ou, nas palavras de MARGARIDA LIMA REGO, fundado «em preconceitos desprovidos de base científica».⁵⁹

À vista disso, urge compreender em que circunstâncias um tratamento diferenciador na contratação de seguros, em particular na avaliação do risco, se encontra legitimado. Assim, trazemos à colação alguns fatores ou critérios que consideramos demandar especial atenção na tarefa de aferição da admissibilidade de tratamentos desiguais no setor segurador: (i) o fundamento atuarial; (ii) a suspeição da categoria (iii) a controlabilidade do fator de risco; (iv) a essencialidade do seguro; e, por fim, (v) a natureza da informação que serve de base à avaliação do risco.

Em primeiro lugar, e valendo-nos das palavras de MENEZES CORDEIRO, «[a] diferenciação deve ser fundada em cálculos objetivos de risco».⁶⁰ Deste modo, o primeiro critério corresponde ao fundamento atuarial. Como já discutimos anteriormente, a máxima aristotélica segundo a qual *devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade* apresenta especial acuidade no setor dos seguros, em virtude da extrema relevância que os atributos particulares do risco representam na adequada delimitação dos termos contratuais do seguro.

⁵⁸ Cfr. ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, *Contrato de seguro: Proibição de discriminação em razão de deficiência e de risco agravado de saúde – o voto por empréstimo do STJ no sentido da continuação da evolução*, p. 246.

⁵⁹ MARGARIDA LIMA REGO, *Da inconstitucionalidade das normas permissivas de «discriminação racional»*, p. 3.

⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, p. 523.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

Neste sentido, o tratamento desfavorável deverá sempre encontrar alicerce no incremento do risco que o destinatário dessa diferenciação representa face aos demais proponentes em condições semelhantes, objetivamente comprovado por cálculos objetivos, típicos das ciências atuárias, sustentados por dados estatísticos. É comum encontrarmos a divisão deste critério (*mais amplo*) em dois subcritérios. Nesta senda, LEAH WORTHAM sugere a adoção de dois critérios que caem sob a alçada do fundamento atuarial: a capacidade substancial de previsão de sinistro da característica relevante e o facto de a relação da característica com o sinistro poder ser apoiada por uma *explicação causal persuasiva*.⁶¹

Da nossa parte, não podemos deixar de subscrever a pertinência destes *subcritérios* referidos: não basta que certa característica esteja correlacionada estatisticamente com uma maior probabilidade de ocorrência de sinistro. É necessário que exista um nexo de causalidade entre a característica relevante e essa probabilidade.⁶² Nem sempre resulta evidente, todavia, o que significa a existência de uma relação causal entre a característica relevante e o risco. A solução mais clara, parece-nos, é apresentada por RONEN AVRAHAM et al.: existe nexo de causalidade quando, estabilizados os restantes fatores de risco, uma alteração na característica relevante produziria necessariamente uma alteração no valor das perdas estimadas.

O fundamento atuarial não é, contudo, suficiente para concluir pela admissibilidade de qualquer forma de diferenciação por parte do segurador, funcionando somente como crivo que tem por finalidade afastar qualquer tentativa de tratamento diferenciador arbitrário. Em primeiro lugar, porque se vislumbram elementos de subjetividade em qualquer juízo de probabilidade.⁶³ Com efeito, como destacámos no Capítulo II, não obstante a existência de riscos objetivos, o que sabemos sobre o risco decorre essencialmente de um *juízo* sobre a ocorrência de um evento incerto e respetivas consequências. Por isso se diz que o risco nada mais é que o resultado de *percepções*.⁶⁴ Esse juízo, onde se insinua uma

⁶¹ Cfr. LEAH WORTHAM, *Insurance Classification: Too Important to be Left to the Actuaries*, pp. 416-420.

⁶² A este respeito, MARGARIDA LIMA REGO avança que «a mera identificação de uma regularidade estatística, i.e de uma correlação positiva ou negativa entre determinado fator e determinado resultado, não permite retirar ilações de natureza causal sobre a relação entre ambos, tão-pouco sendo suficiente para explicá-la». Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Da inconstitucionalidade*, p. 14.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ A este respeito, vd. BARUCH FISCHHOFF, *Risk: a Guide to Controversy*, pp. 270 e 271.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

intrínseca subjetividade, enquanto algo que, como nota MARGARIDA LIMA REGO, não dispensa a interpretação humana, manifesta-se, por natureza, falível.⁶⁵

Adicionalmente, devido ao facto de que a informação de maior interesse para as seguradoras, i.e, a longevidade do proponente no caso dos seguros de vida, não ser de fácil e barato acesso, aquelas veem-se obrigadas a recorrer a dados estatísticos. Assim, selecionam determinados fatores atuariais em detrimento de outros pela identificação de correlações entre esses fatores e aquilo que realmente desejariam conhecer. Isso é feito com base em informação sobre o passado, que se encontra «prontamente disponível [...], que pode ser obtida de forma simples e barata».⁶⁶ Para além dessa correlação poder ser imperfeita, essa análise estatística a que recorrem as seguradoras, como bem observa MARGARIDA LIMA REGO, baseando-se em dados provenientes do passado para os projetar no futuro, «pode dar azo à perpetuação de injustiças passadas, de uma forma que é não compatível com o imperativo de promoção da igualdade».⁶⁷

Isso mesmo justifica que o escrutínio a que se deverá submeter a diferenciação seja mais rigoroso quando esteja em causa uma categoria suspeita.⁶⁸ As categorias suspeitas correspondem a grupos ou características que, por razões históricas e sociais, são percebidos como mais suscetíveis de serem alvo de tratamentos discriminatórios. Assim, a Constituição elenca, no n.º 2 do seu artigo 13.º, um rol de categorias, em razão das quais, *à partida*, «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever».

Conforme reiteradamente tem afirmado o TC, «[o] n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República enumera uma série de fatores que não justificam um tratamento discriminatório e assim atuam como que presuntivamente – presunção de diferenciação normativa envolvendo violação do princípio da igualdade – mas que são enunciados a título meramente exemplificativo».⁶⁹ Deste modo, o referido preceito estabelece uma espécie

⁶⁵ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Da inconstitucionalidade*, p. 15.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 2-3.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. Ac. do TC n.º 563/96, de 10.04.1996, proferido no âmbito do processo n.º 198/93 (Relator: Tavares da Costa), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960563.html>.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

de proibição *prima facie* de tratamentos diferenciadores em razão de características como o sexo, religião, raça e outras.

Nem toda a utilização de categorias suspeitas elencadas na Constituição será, necessariamente, proibida no domínio segurador. A inclusão de certa característica ou atributo no catálogo de categorias suspeitas por parte do legislador constituinte indica apenas um *indício* da ilicitude, que pode ser afastado em função do contexto e do nível de reprovação a que está sujeito.⁷⁰ A este respeito, destacamos o proposto por MARGARIDA LIMA REGO: o recurso a uma categoria suspeita como fator atuarial será considerado inaceitável, a menos que seja possível estabelecer que esse fator desempenha uma função preponderante na cadeia de eventos relevantes ou que a correlação em causa é particularmente significativa.⁷¹

Adicionalmente, e estreitamente conexo com o fator anteriormente referido, outro dos critérios que nos parece relevante atender prende-se com a controlabilidade da característica em que se baseia a diferenciação. A exigência do escrutínio deve ser mais rigorosa quando se utilizam fatores atuariais relacionados com atributos humanos sobre os quais os seus portadores não exercem qualquer controlo. Correlativamente, aqueles atributos passíveis de serem imputados à vontade pessoal do segurado fazem recair sobre si maior responsabilidade e, por isso, a restrição à autonomia do segurador deverá ser comedida.⁷²

Cumprе salientar, todavia, que identificar aqueles que são os fatores ou atributos que estão sob o domínio do seu portador pode revelar-se uma tarefa complexa. Há casos em que as condições de risco resultam de comportamentos aparentemente voluntários, mas que podem, na realidade, derivar de hábitos adquiridos desde cedo, dependências ou quaisquer outros comportamentos que, de modo geral, estejam relacionados com fatores sociais estranhos ao domínio da pessoa.⁷³ RONEN AVRAHAM et al. sustentam que, em termos gerais, é de considerar que os indivíduos têm controlo sobre uma característica

⁷⁰ Assim em LEONARDO QUINTANILHA DE OLIVEIRA, *Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos* em *Revista Jurídica de Seguros*, maio 2022.

⁷¹ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, *Da inconstitucionalidade*, p. 18.

⁷² Neste sentido, vd. LEONARDO QUINTANILHA DE OLIVEIRA, *Discriminação*, p. 62; EDWARD W. FREES e FEI HUANG, *op.cit.*, p. 27; EDWARD W. FREES e FEI HUANG, *op.cit.*, p. 27; e LEAH WORTHAM, *op.cit.*, pp. 416-420.

⁷³ A fim de aprofundar este tópico, remeto para DANIEL WIKLER, *Personal and Social Responsibility for Health* em *Ethics & International Affairs*, Vol. 16, n.º 2, 2002, pp. 47-55.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

relevante quando, *consciente e voluntariamente*, fazem escolhas que determinam o seu estatuto de alto ou baixo risco.⁷⁴

Também a essencialidade do seguro é um fator a considerar. Esta fator convoca-nos para o papel do seguro na atualidade. Neste quadro, uma parte minoritária da doutrina tem até propugnado pela existência de um direito fundamental ao seguro.⁷⁵

A esse respeito, LEONARDO QUINTANILHA DE OLIVEIRA defende que «o contrato (de qualquer espécie) pode ser ferramenta para se exercer um direito fundamental, mas não é ele mesmo um direito fundamental». Da nossa parte, subscrevemos integralmente o exposto: o contrato de seguro pode ser, ainda que não o seja necessariamente, instrumental ao exercício de direitos fundamentais e, quando assim for, a recusa contratual ou a fixação de termos contratuais mais gravosos ou desvantajosos para o tomador, devem ser objeto de escrutínio mais rigoroso, mas não é ele mesmo um direito fundamental.

Cumpramos ressaltar, todavia, que cremos que a essencialidade contratual pode resultar tanto da (i) essencialidade do bem ou serviço que se pretende com o seguro, *i.e* seguros de saúde com os quais se pretende aceder a cuidados de saúde, como da (ii) obrigatoriedade da sua contratação. Note-se que a obrigatoriedade a que nos referimos não se limita ao carácter juridicamente obrigatório do seguro (*seguros obrigatórios de direito*), de onde resulta clara a sua função de proteção social⁷⁶, devendo antes estirar-se também à obrigatoriedade *de facto ou imprópria*. Assim, ainda que os seguros de vida não sejam obrigatórios (*de direito*)⁷⁷, *facto* é que é prática generalizada que as instituições de crédito façam depender a contratação de créditos à habitação da subscrição daquele tipo de seguro pelo que, nessas situações, deve ser relevada a essencialidade contratual.

⁷⁴ Cfr. RONEN AVRAHAM / KYLE D. LOGUE/DANIEL SCHWARCZ, *Understanding insurance antidiscrimination laws*, pp. 214 e 215.

⁷⁵ Nesta linha de pensamento, vd. ERNESTO TZIRULNIK, *Direito ao seguro privado: discriminação e ação afirmativa* em JORGE MIRANDA/MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA, *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, pp. 1222-1235.

⁷⁶ Cfr. LUÍS POÇAS, *Os Seguros de Pessoas e o Tratamento de Dados Sensíveis*, p. 61, em ILAN GOLDBERG/THIAGO JUNQUEIRA, *Temas Atuais de Direito dos Seguros, Tomo I*, p. 42-75.

⁷⁷ Excetuando-se as situações em que o são no âmbito de legislação laboral e IRCT aplicável.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

Refira-se, por último, a privacidade do potencial segurado ou pessoa segura. O exame a que deverá sujeitar-se a diferenciação deverá ser tanto mais intensa quanto mais sensível for a informação pessoal que serve de base à avaliação do risco por parte do segurador.

Ora, de acordo com o artigo 4.º do RGPD é qualificável como dado pessoal qualquer «informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados)». Cabe-nos destacar, considerando o foco da nossa investigação, que de entre aqueles dados pessoais, este diploma assinala ainda certas categorias especiais, tradicionalmente designadas por dados sensíveis⁷⁸, que merecem acrescida proteção legal. Uma dessas categorias diz respeito, justamente, a dados de saúde, cuja recolha e tratamento é, como sabemos, considerada pelas seguradoras essencial à aferição do risco quando estejam em causa seguros do ramo vida.

Finalmente, importa ressaltar que os critérios que aqui mencionámos, juntamente com outros tantos que têm sido discutidos na literatura da especialidade, mas que aqui não tivemos oportunidade de analisar em detalhe, servem apenas de orientação à questão de saber dentro de que parâmetros se pode licitamente mover o legislador e os órgãos de aplicação da lei na produção e aplicação de leis que regulem as práticas seguradoras e atuariais, servindo igualmente de base à atuação dos agentes envolvidos na contratação de seguros. Não se pretende, nem cremos que seja possível, desenvolver um modelo rígido, talhado a toda e qualquer situação, a aplicar sem mais.

A complexa tarefa de aferição da admissibilidade de um tratamento diferenciador no contexto da avaliação do risco pelo segurador sempre dependerá de uma apreciação casuística, com apelo a critérios de proporcionalidade e razoabilidade, que leve em consideração, primordialmente, a dignidade intrínseca à condição humana.

3.4. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS CONTRA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E COM RISCO AGRAVADO DE SAÚDE

3.4.1 Considerações Gerais

Concretizámos já aqui uma aproximação à temática da discriminação no setor segurador. No presente subcapítulo, aprofundaremos a nossa análise, concentrando-nos, em

⁷⁸ Para uma leitura sobre esta temática vd. LUÍS POÇAS, *Os seguros de pessoas e o tratamento de dados sensíveis*, em ILAN GOLDBERG/THIAGO JUNQUEIRA, *Temas Atuais de Direito dos Seguros, Tomo I*, p. 42-75.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

particular, na discriminação em razão de deficiência ou da existência de risco agravado de saúde.

Dado o que já discorremos acerca da importância da avaliação do risco no processo de formação da vontade negocial do segurador, torna-se claro por que motivo esta questão tem suscitado preocupação: indivíduos com deficiência ou risco agravado de saúde deparam-se, frequentemente, com condições contratuais mais desvantajosas comparativamente a pessoas sem essa condição.

A problemática emerge, verdadeiramente, quando esse tratamento diferenciador carece de fundamento por meio do agravamento objetivo do risco em causa, comprovado estatística e actuarialmente. Por outras palavras, a questão reside quando a diferença de tratamento não se funda numa correlação substancial entre a sua condição e uma maior probabilidade de ocorrência de sinistros, mas antes em critérios subjetivos que perpetuam o histórico de discriminação a que estas pessoas têm vindo a ser sujeitos, restringindo assim o pleno exercício dos direitos e a sua reabilitação e integração social.

Esta é uma preocupação que tem suscitado, ao longo do tempo, intensa reflexão e que, inclusive, culminou na aprovação de um diploma legislativo dedicado à proibição e punição das práticas discriminatórias em razão de deficiência ou da existência de risco agravado de saúde (Lei n.º 46/2006, de 18 de agosto). Além disso, esta preocupação foi igualmente refletida na própria LCS, em concreto, no seu artigo 15.º.

3.4.2 Enquadramento legal da proibição da discriminação em razão de deficiência e da existência risco agravado de saúde no acesso aos seguros

A proteção conferida às pessoas com deficiência encontra-se prevista, desde logo, a nível internacional. Em 2006, foi adotada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“CDPD”). Esta Convenção, em conjunto com outros marcos normativos internacionais, regionais e domésticos, desempenhou um papel crucial no reconhecimento e promoção dos direitos das pessoas com deficiência. A CDPD, ratificada pelo nosso país em 2009, e vinculativa desde então, incumbe os Estados membros de promover e proteger os direitos das pessoas com deficiência.

O seu artigo 1.º estabelece como seu desiderato principal «promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

peças com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente». De acordo com a CDPD, as pessoas com deficiência incluem «aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros».

A CDPD detém relevância substancial na interpretação de direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente do seu artigo 26.º, que incide sobre a integração das pessoas com deficiências na sociedade, dispondo que «[a] União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade».

No âmbito do Direito Europeu é igualmente de destacar a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, que serviu como fonte substancial de inspiração para a elaboração da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que constitui objeto da nossa análise subsequente. Esta diretiva estabelece um quadro geral no que concerne à igualdade de tratamento no domínio laboral e de atividade profissional, proibindo a discriminação, *inter alia*, em razão da deficiência.

Essa Diretiva serviu de base para a elaboração da Proposta de Diretiva do Conselho de 2 de julho de 2008⁷⁹, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, num grande número de domínios, indo além do contexto laboral. Um dos domínios considerados foi, precisamente, o acesso a seguros por pessoas com deficiência.

Pode ler-se na Proposta que «a utilização dos critérios de idade ou deficiência pelas seguradoras e pelos bancos para avaliar o perfil de risco dos seus clientes não representa, necessariamente, uma forma de discriminação, dependendo, antes, do produto». Deste modo, foi reconhecido que «a idade e a deficiência podem constituir um elemento essencial na avaliação do risco de certos produtos e, por conseguinte, do preço. Se as seguradoras não puderem de todo ter em conta a idade e a deficiência, os custos adicionais terão de ser inteiramente suportados pelo grupo restante dos segurados, o que resultaria em custos gerais superiores e na disponibilização ao consumidor de uma cobertura

⁷⁹ Importa salientar que esta Proposta de Diretiva foi aprovada pelo Parlamento Europeu através da Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 2 de abril de 2009, contudo, decorridos 15 anos da apresentação desta Proposta, esta permanece bloqueada no Conselho.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

inferior», pelo que deverão ser permitidas «diferenças proporcionais de tratamento sempre que, para o produto em questão, a utilização dos critérios da idade ou da deficiência constitua um fator crucial na avaliação do risco com base em dados pertinentes e exatos de natureza atuarial ou estatística».

Assim, a Proposta não se inclinou para a proibição da utilização do fator atuarial deficiência nos processos de avaliação do risco, optando, em vez disso, por convocar o já nosso conhecido fundamento atuarial, em conjunto com critérios de necessidade e proporcionalidade. O segurador deve, portanto, ser capaz de demonstrar «a existência de riscos significativamente mais elevados, com base em princípios atuariais, dados estatísticos ou médicos», que devem ser «exatos, recentes e pertinentes».⁸⁰

No que se refere ao plano nacional, tivemos já ocasião de apresentar uma panorâmica geral do princípio da igualdade e não discriminação, ínsito no artigo 13.º da CRP. Embora aquele artigo não faça menção explícita à deficiência como um grupo de passível suspeição, a CRP alocou uma disposição para salvaguardar a proteção dos cidadãos portadores de deficiência.

Assim, o artigo 71.º da CRP consagra um *específico dever de igualdade*⁸¹, dispondo que «[o]s cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados». Adicionalmente, caberá ao Estado «assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores» (n.º 2). Por conseguinte, eventuais restrições aos direitos dos cidadãos portadores de deficiência estão condicionadas pelas exigências contidas nos n.º 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição, estando, portanto, sujeitas ao escrutínio do princípio da proporcionalidade.⁸²

Percorridos, de forma necessariamente breve, os fundamentos de direito supranacional e constitucional para a proibição da discriminação, analisaremos de seguida a legislação

⁸⁰ Cfr. Considerando 15 da Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 2 de abril de 2009, sobre a proposta de Diretiva do Conselho, de 2 de julho de 2008, disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0211_PT.html.

⁸¹ Cfr. Ac. do TC n.º 486/18, de 04.10.2018, proferido no âmbito do processo n.º 589/2017 (Relator: Conselheiro Fernando Ventura), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180486.html?impressao=1>.

⁸² *Ibidem*.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

ordinária em que se baseia a referida proibição no âmbito na contratação de seguros. Nesta sentença, é essencial olhar atentamente para a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto e para o artigo 15.º da LCS.

3.4.3 Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto

No dia 29 de agosto de 2006 entrou em vigor a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto (“LAD”), que tem por objeto a prevenção e proibição da discriminação, direta ou indireta, em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde.⁸³ De acordo com a alínea c) do artigo 3.º, *peçoas com risco agravado de saúde* são, no contexto desta lei, «peçoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida».

Conforme mencionado, esta lei foi beber da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, que estabeleceu um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego na atividade profissional, com o intuito de combater, nomeadamente, a discriminação contra peçoas com deficiência. O legislador português procurou, contudo, ir mais além. Assim, a LAD não se limitou a abordar as práticas discriminatórias contra peçoas portadoras de deficiência que podem surgir no contexto laboral e profissional. Em vez disso, procurou proibir e punir as práticas discriminatórias que podem emergir em diversos domínios da vida da peçoas com deficiência ou com risco agravado de saúde.

Um desses domínios considerados foi, justamente, a celebração de contratos de seguros. Com efeito, o artigo 4.º, alínea c) da supracitada lei estabelece que se consideram «[...] práticas discriminatórias contra peçoas com deficiência as ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade, designadamente [...] [a] recusa ou o condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis, bem como o acesso ao crédito bancário para compra de habitação, *assim como a recusa ou penalização na celebração de contratos de seguros*».⁸⁴

⁸³ Esta lei foi regulamentada pelo DL n.º 34/2007, de 15 de fevereiro.

⁸⁴ Os tratamentos desiguais na atividade seguradora materializam-se, por via de regra, na recusa da cobertura pelo segurador, na delimitação restritiva da extensão da cobertura e no agravamento do prémio

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

Em primeiro lugar, importa destacar que a LAD proíbe e pune tanto a discriminação direta em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, como a discriminação indireta. Deste modo, procede à distinção, que não é inédita no seio do estudo do princípio da igualdade, de duas vertentes de discriminação.

Com efeito, é, por um lado, discriminação direta «a que ocorre sempre que uma pessoa com deficiência seja objeto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável» (artigo 3.º, alínea a)). A discriminação direta assenta, assim, na existência de tratamento menos favorável.

O tratamento menos favorável, por sua vez, só pode ser apurado através de comparação com alguém numa situação semelhante⁸⁵, isto é, *em situação comparável*. Relativamente ao que devemos tomar como situação comparável, parece-nos que, do ponto de vista da finalidade das normas em jogo, não são de valorar como comparáveis as situações em que duas pessoas se encontram numa idêntica condição de deficiência ou risco agravado de saúde. Ao invés, o elemento de comparação adequado será uma pessoa em circunstâncias materialmente semelhantes, com a principal diferença entre ambas sendo a deficiência ou o risco agravado de saúde.

Neste sentido, recordamos o decidido pelo TRP, por Ac. de 10.12.2010: «o termo de comparação a considerar, com vista a apurar da existência de discriminação em razão da deficiência ou do risco agravado de saúde, não é a situação comparável de outra qualquer

devido. Estas situações não esgotam, contudo, a possibilidade de tratamentos desfavoráveis ao proponente ou tomador. Tendo isto presente, a interpretação do preceito empregue pelo legislador («penalização na celebração de contratos de seguros») não pode ser outra que a de incluir ali toda e qualquer cláusula contratual que coloque o proponente ou o tomador numa posição desvantajosa em relação a pessoa em situação comparável. Sobre esta matéria, vd. o entendimento do Instituto de Seguros de Portugal (ISP), atual Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), segundo o qual «encontram-se abrangidos pelo conceito prática discriminatória, para os efeitos da Lei n.º 46/2006 e do artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 abril, tanto a recusa de celebração de contrato, como a aplicação de condições diferenciadas que não se esgotam no mero agravamento do tarifário, abrangendo esta última situação a diferenciação ao nível das franquias e/ou dos escalões de indemnização, dos períodos de carência e das exclusões de coberturas específicas, bem como outros casos que impliquem uma diferenciação ou tratamento menos vantajoso face a outras pessoas em situação comparável». Cfr. *Relatório de Regulação e Supervisão de Conduta de Mercado – 2010, Lisboa, pág. 57, disponível em https://emitentes.pt/wp-content/uploads/2018/01/192_logos_11232011_ISP_Relatorio_de_Supervisao_e_conduta_Mercado.pdf*.

⁸⁵ Cfr. Manual de Legislação Europeia Antidiscriminação elaborado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa, p. 47, disponível em <http://fra.europa.eu/pt/publication/2021/manual-sobre-legislacao-europeia-antidiscriminacao-edicao-de-2018>.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

pessoa com os mesmos problemas de saúde, mas sim, com a de qualquer outra pessoa, sem tais problemas [...]».⁸⁶

Por outro lado, é discriminação indireta «a que ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar pessoas com deficiência numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários» (artigo 3.º, alínea b)). Deste modo, há que concluir, *a contrario*, que a lei não pretendeu vedar a utilização do fator atuarial deficiência ou risco agravado de saúde, nem tampouco proibir o agravamento do prémio ou a estipulação de outras condições penalizadoras em razão dessas circunstâncias. O alvo da discriminação indireta, cremos, está centrado no agravamento das condições contratuais que não seja objetivamente justificado tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos.

Tanto assim é, que o TRP, num caso de contratação de seguro de vida por indivíduo com perda de visão de 90%, decidiu que condicionar a sua aceitação ao agravamento do prémio apresenta-se claramente como uma prática discriminatória «porque despida de qualquer justificação ou de qualquer carácter objetivo que possa explicar tal agravamento», visto que «a circunstância de a autora ter ficado com uma incapacidade de 25% decorrente e da perda de 90% de visão do seu olho esquerdo não permite justificar um agravamento do risco da sua morte por aquela incapacidade não implicar uma significativa redução da sua esperança de vida».

Concluiu aquele tribunal que «o agravamento do prémio em causa, [...] inviabilizou a possibilidade da sua aceitação pela autora, *estando-se perante um caso de discriminação indireta*, por tal conduta (...), aparentemente neutra, colocar a autora com deficiência numa posição de desvantagem comparativamente a outras pessoas, (cf. artº3º, al.b) da lei

⁸⁶ Cfr. Ac. do TRP de 12.10.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1 (Relator: Ramos Lopes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/87ba19ceef91111a802577e600567f4f?OpenDocument>.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

nº46/2006). Com efeito, e conforme já se referiu, esse agravamento do prémio de seguro não resulta objetivamente justificado, adequado e necessário».⁸⁷

Logo, o que se censura não é o ajuste do prémio pelas seguradoras em função do acréscimo de risco que se verifica em razão de uma deficiência ou outra patologia, e que haveria de implicar para aqueles custos adicionais, mas antes que esse ajuste, desvantajoso para o proponente, não assente num acréscimo de risco efetivamente demonstrado e fundado em dados científicos e médicos relevantes.

Em síntese, e após examinarmos as duas vertentes de discriminação a que alude a LAD, somos da opinião que, para efeitos desta lei, e no contexto específico do ramo segurador, a discriminação direta ocorrerá sempre que pessoas com deficiência e risco agravado de saúde recebam um tratamento diferente baseado unicamente nessa condição, *i.e* quando seja recusada a contratação de um seguro sem possibilidade de negociação e sem que o proponente possa sequer ter o risco que pretende cobrir analisado. Em contrapartida, ocorrerá discriminação indireta quando a seguradora, valendo-se das práticas de avaliação do risco inerentes à sua atividade, recuse a cobertura ou agrave os termos do contrato de seguro, com base num critério que não esteja objetivamente fundamentado na análise de risco efetuada.⁸⁸

Outra questão que se faz presente prende-se com os tipos de seguros que se encontram abrangidos pela norma proibitiva do artigo 4.º, alínea c). Como nota FRANCISCO LUÍS ALVES, a referência à celebração de contratos de seguros foi aposta numa disposição com a venda, arrendamento e o acesso bancário para compra de habitação, pelo que é de questionar se a obrigação de segurar ou, em geral, de não fixar no contrato de seguro quaisquer outras previsões desvantajosas para o segurado, aparece apenas neste âmbito ou se, em contraste, se alarga a todos os contratos de seguro.⁸⁹

Sobre este ponto, CALVÃO DA SILVA postula que esta disposição não foi individualizada por o legislador reconhecer a prática generalizada dos grupos financeiros em concederem crédito bancário para compra de habitação própria com exigência de seguro de vida do

⁸⁷ Cfr. Ac. do TRP de 23.02.2016, proferido no âmbito do processo n.º 3376/09.OTBRD.P2 (Relator: Tomé Ramião), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/552BB3D2080FF10C80257F93003127A7>.

⁸⁸ Também neste sentido, vd. FRANCISCO LUÍS ALVES, *Regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – presente e futuro*, pp. 31 e 32 e MARIA INÊS OLIVEIRA, *Seguros e doença oncológica*, pp. 28-31.

⁸⁹ *Ibidem*.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

mutuário, pelo que teria sido este o tipo de seguro abrangido pelo artigo 4.º.⁹⁰ Por outro viés, FRANCISCO LUÍS ALVES argumenta que não havendo especificação, e levando em consideração o princípio da igualdade, a alínea c) do artigo 4.º abrange todos os contratos de seguros.

Comungamos da posição deste último autor, não apenas pelos motivos por este enunciado, mas porque o legislador, ao expressamente fazer preceder o conjunto de práticas que se consideram discriminatórias do advérbio *designadamente*, conferiu àquele elenco um sentido exemplificativo, pretendendo especificar algo de entre uma série de componentes indiscriminados de um conjunto.^{91/92}

E, mesmo que assim não fosse, o legislador, ao contrário do que fez com o exemplo-padrão de discriminação no acesso ao crédito bancário, em que expressamente refere o «crédito bancário para compra de habitação», no que toca à contratação seguradora apenas menciona, de forma genérica, a «celebração de contratos de seguros». Deste modo, e presumindo, como dita o n.º 3 do artigo 9.º do CC, que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, cremos que, se o mesmo tivesse intenção de limitar a norma proibitiva aos seguros de vida exigidos no âmbito da concessão de crédito bancário para compra de habitação, tê-lo-ia feito explicitamente como fez, imediatamente antes, para a hipótese de acesso ao crédito para compra de habitação.

⁹⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Apólice “Vida Risco – Crédito Habitação”*: as pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006, p. 159 e ss.

⁹¹ Sobre a utilização do advérbio “*designadamente*”, vd. o Ac. do STA de 05.15.2003, proferido no âmbito do processo n.º 01802/02 (Relator: Cândido de Pinho), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c8b62e8b652da5ff80256d3500348ebc?OpenDocument&ExpandSection=1>.

⁹² Em consonância, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA afirma que é de perfilhar a solução segundo a qual «o preceito proíbe a discriminação em razão de risco agravado de saúde não apenas em seguros ligados ao “crédito bancário para compra de habitação”» porque «o elenco de práticas discriminatórias do artigo 4.º da Lei n.º 46/2006 é exemplificativo («designadamente»), em razão do carácter aberto do princípio da igualdade (artigo 13.º/1 e 2 da CRP e 15.º/1 do RJCS), porque a mesma alínea do artigo 4.º da Lei n.º 46/2006 alude também à venda de imóveis e arrendamento que não têm de relacionar-se seguro ou crédito à habitação, (...) por causa do artigo 15.º/2 a 6 do RJCS cujo regime não distingue em função do tipo de seguro» e, finalmente, devido aos «dois substantivos da locução “contratos de seguros” se encontrarem no plural.» Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *O direito ao esquecimento* na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. *Breves notas.*, pp. 344 e 345.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

Portanto, não descortinamos qualquer motivo para que o regime se aplique somente a seguros do ramo vida, muito menos que se circunscreva aos seguros de vida no âmbito do acesso ao crédito à habitação.

Esta questão mereceu especial atenção da doutrina por, de acordo com o artigo 9.º da LAD, «a prática de qualquer ato discriminatório referido no capítulo II» constituir, sem prejuízo «da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber», a prática de contraordenação.

FRANCISCO LUÍS ALVES, aduzindo argumentos assentes na tipicidade da lei penal e na inadmissibilidade desta ser objeto de interpretação extensiva, sustenta que, não obstante preconizar que a alínea c) do artigo 4.º abrange todos os contratos de seguro, para aplicação do regime sancionatório é de considerar apenas as práticas expressamente ali elencadas. Assim, este autor conclui que, no contexto da contratação de seguros, apenas poderão ser punidas, no âmbito de processo contraordenacional, «as práticas discriminatórias na contratação de seguros do ramo vida que se destinem a garantir contrato de crédito que permitam o acesso à compra ou arrendamento de habitação».⁹³

Não podemos subscrever tal interpretação. Ora, resulta dos artigos 4.º e 9.º do diploma sob análise que os factos que podem constituir a prática de contraordenação são «as ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade». Por conseguinte, uma interpretação conjunta destes preceitos com o disposto no artigo 13.º da CRP permite-nos captar que os factos que integram o tipo de ilícito contraordenacional serão as *ações ou omissões, dolosas ou negligentes que, em razão da deficiência, prejudiquem ou privem de qualquer direito (13.º, n.º 2 da CRP) a pessoa portadora dessa deficiência ou com estado de saúde agravado*.

Portanto, parece-nos que encontramos uma suficiente especificação das condutas que constituem a prática de contraordenação, que possibilita delimitar a sua definição com um mínimo de grau de certeza. Acresce que, as práticas discriminatórias elencadas imediatamente a seguir são-no, como já aqui referimos, a título meramente exemplificativo. Elas não definem, *per se*, o tipo objetivo do ilícito contraordenacional,

⁹³ FRANCISCO LUÍS ALVES, *op.cit*, p. 37.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

servindo, antes, como mera ilustração de condutas que são suscetíveis de integrar a sua prática.

De facto, a técnica legislativa do elenco exemplificativo no direito penal, ou contraordenacional, não se mostra a mais adequada, podendo levantar questões sobre a compatibilidade da norma com as exigências do princípio da legalidade. Mas entendemos que o respeito do princípio da legalidade é garantido conquanto se punam somente as situações que revelam, concretamente, uma estrutura valorativa idêntica aos exemplos catalogados.

Refira-se que este foi o entendimento do TC, que decidiu, por Ac. n.º 852/2014, que «é compatível com o princípio da legalidade a punibilidade naqueles casos em que a situação concreta revela um conteúdo de desvalor ou uma estrutura axiológica idêntica ou similar a algum dos exemplos-padrão ali consagrados».⁹⁴ Deste modo, não cremos que sejam de punir apenas as condutas que correspondam ao teor expresso dos exemplos previstos no artigo 4.º, mas sim todas aquelas condutas que se possam incluir, por via de interpretação extensiva, que, diferentemente da analogia, não está vedada no direito penal⁹⁵, no *tipo orientador de ilícito*.⁹⁶

Em suma, e para o que aqui interessa, somos da opinião que são suscetíveis de ser punidas as práticas discriminatórias na contratação de qualquer seguro, conquanto, nesse contexto, se verifiquem ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência prejudiquem ou privem de qualquer direito (13.º, n.º 2 da CRP) a pessoa portadora dessa deficiência ou estado de saúde agravado.

As práticas discriminatórias referidas no Capítulo II desta lei são ainda sancionadas ao nível da responsabilidade civil. O artigo 7.º, n.º 1 estabelece que a prática de qualquer ato

⁹⁴ Cfr. Ac. do TC n.º 852/2014, proferido no âmbito do processo n.º 1359/13 (Relator: Conselheiro João Pedro Caupers), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140852.html>.

⁹⁵ Pronunciando-se já nesse sentido, vd., nomeadamente, Ac. do STJ de 04.10.2007, proferido no âmbito do processo n.º 07P0809 (Relator: Rodrigues da Costa) e Ac. do TRL de 30.06.2008, proferido no âmbito do processo n.º 4882/2008-9 (Relator: Rui Rangel), disponíveis, respetivamente, em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3f3fae12a87ab8da80257378002edd76?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8cac11c0fbb3ec6a80257491003da99f?OpenDocument>.

⁹⁶ Cfr. Ac. do TC n.º 852/2014, proferido no âmbito do processo n.º 1359/13 (Relator: Conselheiro João Pedro Caupers), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140852.html>.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

discriminatório contra pessoa com deficiência confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais aplicáveis à responsabilidade civil extracontratual (artigo 483.º do CC).

No que diz respeito à fixação da indemnização, a LAD estabeleceu um desvio às regras gerais ínsitas no CC, estabelecendo o n.º 2 do artigo 7.º que «o tribunal deve atender ao grau de violação dos interesses em causa, ao poder económico dos autores das infrações e às condições da pessoa alvo da prática discriminatória».

O legislador estabeleceu, ainda, para as ações cíveis fundadas na discriminação em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde, regras próprias quanto ao ónus da prova. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1 cabe a quem alegar a discriminação em razão da deficiência fundamentá-la, apresentando elementos de facto suscetíveis de a indiciarem, incumbindo à outra parte provar que as diferenças de tratamento não assentam em nenhum dos fatores indicados nos artigos 4.º e 5.º».

Logo, recai sob o autor, em ação destinada à obtenção de indemnização, somente o ónus de alegação, competindo-lhe alegar, tão só, matéria de facto suscetível de indiciar a discriminação e demais pressupostos da obrigação de indemnizar (dano e nexo de causalidade). Assim, não lhe é exigível demonstrar a existência efetiva da prática discriminatória. Por outro lado, caberá ao demandado alegar e provar que o tratamento diferenciador não consubstancia, à luz da LAD, qualquer discriminação, direta ou indireta.⁹⁷

Desta feita, no caso de lhe ser imputada a prática de discriminação direta, o segurador terá de alegar e provar que esse tratamento seria o mesmo que qualquer outra pessoa, com ou sem deficiência, com ou sem risco agravado de saúde, em situação semelhante, teria. Em contraste, quando lhe seja imputada prática discriminatória indireta, caber-lhe-á alegar e demonstrar que o critério ou prática que está subjacente ao ato praticado é

⁹⁷ Neste sentido, decidiu o TRP, por Ac. de 12.10.2010, proferido no âmbito do processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1 (Relator: Ramos Lopes) e decidiu o TRG, por Ac. de 24.09.2015, proferido no âmbito do processo n.º 31/11.5TBCHV.G1 (Relator: Jorge Teixeira), disponíveis, respetivamente, em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/87ba19ceef91111a802577e600567f4f?OpenDocument> e <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1f69b7eeeedaae9380257eec0052652b?OpenDocument>.

objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar são adequados e necessários.⁹⁸

3.4.4 O artigo 15.º da Lei do Contrato de Seguro (LCS)

Também a Lei do Contrato de Seguro (LCS), aprovada em momento posterior à LAD, dedicou o seu artigo 15.º à proibição das práticas discriminatórias na contratação seguradora. Dispõe o n.º 1 daquele artigo que «[n]a celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro são proibidas as práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade nos termos previstos no artigo 13.º da Constituição».

Esta disposição estabelece assim uma proibição genérica de discriminação na celebração, execução e cessação de contratos de seguro que, recorrendo à técnica legislativa já empregue pela Lei n.º 46/2006, faz depender o preenchimento do conceito de práticas discriminatórias da violação do princípio da igualdade.

Por sua vez, o n.º 2 ocupa-se, em especial, da proibição de práticas discriminatórias em razão da deficiência e de risco agravado de saúde, dispondo que «[s]ão consideradas práticas discriminatórias, em razão da deficiência ou de risco agravado de saúde, as ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que violem o princípio da igualdade, implicando para as pessoas naquela situação um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável, nos termos da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto».

O n.º 3 do mesmo artigo estatui que, no caso de um proponente ser objeto de tratamento diferenciador em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador, que não estejam proibidas pelo artigo 15.º-A (sobre o qual nos debruçamos no capítulo seguinte), estão

⁹⁸ Naquele mesmo Ac. do TRP, de 12.10.2010. pode ler-se que «[t]orna-se assim patente que o ónus de alegação subjacente a este ónus de prova assim regulado demanda que a parte que pretenda fazer valer o seu direito com fundamento em discriminação em razão de deficiência ou risco agravado de saúde, não necessita de alegar (e provar) a existência efetiva da discriminação – basta-lhe alegar matéria de facto suscetível de a indiciar. Por contraponto, caberá ao demandado (ao qual é imputada a prática de ato discriminatório) alegar (e provar) que qualquer eventual diferença de tratamento não foi determinada por discriminação (ou seja, terá ele de alegar as razões justificativas do seu ato, suficientes para demonstrar, à luz da lei, que não se verificou qualquer discriminação direta ou indireta – isto é, que qualquer outra pessoa, com ou sem deficiência, com ou sem risco agravado de saúde, nas mesmas circunstâncias, teria exatamente o mesmo tratamento ou, noutra vertente, que o critério ou prática que está subjacente ao concreto ato praticado, suscetível de colocar pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, se mostra objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar são adequados e necessários)».

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

sujeitas a supervisão da ASF, devendo ser objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuarias rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.⁹⁹

Este preceito resulta de uma alteração operada pela Lei n.º 75/2021, que melhor contemplaremos no Capítulo IV. A sua redação original instituiu que «no caso previsto no número anterior [de tratamentos diferenciadores em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde], não são proibidas, para efeito de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora».

Este preceito, na sua versão original, mas cujo princípio subjacente ainda se mantém, confirmou a existência de uma exceção à proibição de tratamentos diferenciadores em razão da condição de saúde, que, ademais, já se depreendia, ainda que de forma menos evidente, da Lei n.º 46/2006. Isto sugere, como até aqui temos salientado, que o que se censura são os tratamentos diferenciadores que não têm por base qualquer fundamento objetivo.

Neste ponto, cumpre ainda destacar que o n.º 4 do artigo 15.º da LCS estabelece um dever de informação a observar por parte do segurador. Deste modo, em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro ou de agravamento do respetivo prémio, o segurador deve prestar ao proponente, independentemente da solicitação deste último nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, nos termos dos n.ºs 3 a 6 do artigo 178.º do mesmo diploma. Dessa forma, é obrigatório o segurador demonstrar junto do proponente «a existência objetiva de uma situação de risco agravado e a sua proporção em relação ao agravamento do prémio, ou à recusa do seguro».¹⁰⁰

⁹⁹ ARNALDO COSTA OLIVEIRA afirma que, na falta de disposição específica a fixar o que devem ter-se por «dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora» Cfr. Comentários complementares ao artigo 15.º da LCS de ARNALDO COSTA OLIVEIRA em PEDRO ROMANO MARTINEZ ET AL., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 4ª Ed., pp. 81 a 86.

¹⁰⁰ Cfr. Comentário ao artigo 15.º de LEONOR CUNHA em PEDRO ROMANO MARTINEZ ET AL., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 4ª Ed., pp. 81 a 86.

III. Práticas discriminatórias na atividade seguradora

Em caso de incumprimento do referido dever de informação, de discordância ou insatisfação relativamente à decisão de recusa ou agravamento, o proponente pode apresentar reclamação junto da ASF, a quem compete aferir da observância do regime aplicável por parte do segurador (n.º 5). Aquando da recusa de contratação ou agravamento do prémio, deve o segurador informar o proponente da possibilidade de reclamar, nos termos do n.º 5, daquela decisão (n.º 6).

Vale ressaltar que, apesar de o n.º 4 do artigo 15.º, à semelhança do que sucede no artigo 4.º, alínea c) da Lei n.º 46/2006, indicar apenas a recusa de celebração do contrato e o agravamento do prémio como os atos do segurador que originam na sua esfera o dever de informar o proponente¹⁰¹, deve entender-se, a nosso ver, que esse dever surge sempre que ocorra a aplicação de condições que, em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, resultem numa diferenciação ou tratamento menos vantajoso face a outras pessoas em situação comparável. Como afiança ARNALDO DA COSTA OLIVEIRA, tal sucede somente por serem esses «os atos mais comuns, corporizadores de tudo a que o legislador quer obstar».¹⁰²

Por conseguinte, estão abrangidas não só a recusa em contratar e o agravamento do prémio, mas também situações em que o tratamento diferenciador se materializa, por exemplo, na diferenciação ao nível das franquias e/ou dos escalões de indemnização, dos períodos de carência e das exclusões de coberturas específicas.

Por fim, concluímos que o artigo 15.º da LCS veio, no que toca à proibição de práticas discriminatórias em razão de deficiência e de risco agravado de saúde, clarificar o regime já constante na Lei n.º 46/2006¹⁰³, introduzindo preceitos de elevada importância, de como são exemplo o dever de informação do segurador (n.º 4) e a possibilidade de reclamação da decisão de recusa ou agravamento do prémio junto da ASF (n.º 5).

No entanto, é pertinente enfatizar que a LAD ainda mantém disposições singulares, não incorporadas na LCS, que são igualmente significativas, tais como as regras próprias do ónus da prova em ação destinada a indemnização por discriminação em razão de deficiência e risco agravado de saúde (artigo 6.º), a norma especial de fixação da

¹⁰¹ Como bem realça ARNALDO COSTA OLIVEIRA, tal sucede por esses serem os atos mais comuns. Cfr. Comentários complementares de ARNALDO COSTA OLIVEIRA em PEDRO ROMANO MARTINEZ ET AL., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 4ª Ed., pp. 81 a 86.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Cfr. FRANCISCO LUÍS ALVES, *op.cit.*, p. 53.

indenização (artigo 7.º, n.º 2), bem como o regime sancionatório aplicável (artigo 9.º a 12.º).

No entanto, não obstante os progressos alcançados por meio das intervenções legislativas que acabámos de examinar, as imposições de condições mais gravosas no acesso aos seguros continuaram a ser comuns para as pessoas que *ultrapassaram* uma doença grave ou uma deficiência. É sobre esta problemática que nos debruçaremos no capítulo seguinte.

4. EM CONCRETO: PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS CONTRA PESSOAS QUE SUPERARAM OU MITIGARAM UMA SITUAÇÃO DE RISCO AGRAVADO DE SAÚDE OU DE DEFICIÊNCIA

4.1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Até este ponto, ficou evidente que, não obstante a imprescindibilidade da avaliação do risco para o funcionamento da indústria seguradora e o respetivo ajuste nas condições contratuais, os seguradores não podem mover-se nesse campo de forma discricionária, nem mesmo ancorando-se na livre iniciativa económica privada e na sua liberdade contratual.

Além disso, vimos que o mero recurso ao argumento do fundamento atuarial mostra-se manifestamente insuficiente para legitimar a diferenciação de tratamento entre proponentes, uma vez que a avaliação de risco deriva de uma análise estatística que, por motivos de otimização de custos, se apoia em dados estatísticos passados que podem não refletir a realidade atual. Desta forma, a utilização de determinados fatores atuariais, em especial aqueles associados a características ou grupos com histórico de discriminação particularmente grave, e sobre os quais as pessoas não têm qualquer domínio, exige um exame mais rigoroso.

Isto levou o legislador nacional, que se antecipou mesmo às iniciativas europeias neste domínio, a proibir e punir, mediante a aprovação da Lei n.º 46/2006, a discriminação direta e indireta em razão da deficiência e da existência de risco agravado e saúde no contexto da contratação de seguros. Assim, foi expressamente proibida a recusa de contratação de um seguro para pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde sem possibilidade de negociação e sem que o proponente pudesse ter o risco que pretende

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

cobrir analisado (discriminação direta), bem como a recusa ou agravamento dos termos contratuais, com base num critério que, embora aparentemente neutro, não fosse objetivamente fundamentado na análise de risco efetuada (discriminação indireta).

Mais tarde, o artigo 15.º da LCS veio esclarecer o que já ali se estabelecia, reproduzindo no seu n.º 2 o que dispunha o artigo 4.º, alínea c) da LAD. Além disso, veio estabelecer normas de proteção complementares, como o dever de informação do segurador, obrigando-o a demonstrar junto do proponente «a existência objetiva de uma situação de risco agravado e a sua proporção em relação ao agravamento do prémio, ou à recusa do seguro», bem como a possibilidade do proponente reclamar da decisão do segurador junto da ASF.

Mesmo após os avanços alcançados nesse sentido, as imposições de condições mais gravosas continuaram a ser comuns para as pessoas que *ultrapassaram* uma doença grave ou uma deficiência.

Para além dos dados estatísticos a que recorrem a seguradoras serem, como vimos, dados passados, que podem não refletir a realidade atual e, assim, perpetuar discriminações passadas que são inadmissíveis à luz do princípio da igualdade, quando estão em causa situações de cura de doenças ou patologias graves, outro fator tende a precipitar práticas discriminatórias: uma vez que o progresso dos tratamentos contra diversas patologias é uma conquista relativamente recente e que o prognóstico de muitos doentes está a evoluir muito rapidamente, é frequente a escassez de informações atualizadas, levando a avaliações de risco feitas com base em dados e modelos desatualizados.¹⁰⁴

De outra forma, deparando-se com estas dificuldades na avaliação do risco associado à recidiva de doenças e patologias, e ainda não estando inteiramente convencidas da noção de cura na perspetiva da inexistência de acréscimo nos riscos que terão de assumir, as seguradoras adotam, para garantir a sua estabilidade financeira, uma abordagem prudente, que resulta na recusa em contratar com ex-pacientes ou no agravamento exponencial das condições propostas.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Cfr. GRAZIA SCOCCA/FRANÇOISE MEUNIER, *op.cit.*, p. 134.

¹⁰⁵ *Ibidem*

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

A acrescentar à complexidade da questão, em virtude justamente de nos referirmos a pessoas que sobreviveram a uma doença grave ou deficiência, estas pessoas encontram-se, por definição, excluídas da proteção prevista no regime estabelecido pela LAD e pelos artigos 15.º, n.ºs 2 a 6 da LCS.

Não queremos com isto dizer que se verificava uma total lacuna na proibição de práticas discriminatórias contra pessoas que ultrapassaram uma condição de saúde adversa. O artigo 15.º, n.º 1 já estipulava - e continua a estipular - uma proibição de caráter genérico em relação às práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade na celebração, execução e na cessão do contrato de seguro. Todavia, pelo menos sob uma interpretação literal dos preceitos, estas pessoas não encontravam amparo nas normas de proteção complementares dos artigos 15.º, n.º 2 a 6, cuja aplicação, *mutatis mutandis*, seria igualmente pertinente nos casos de superação de doença, designadamente no que respeita ao dever do segurador de informar sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável, mas que não tivesse sido afetada por uma deficiência ou doença.

Como mencionámos previamente, estas dificuldades surgem com maior premência na contratação de seguros do ramo vida, onde os seguradores, no contexto da avaliação do risco, procuram conhecer do estado de saúde, pretérito e atual, do proponente. São especialmente relevantes neste domínio os contratos de seguro de vida, devido à prática generalizada, no nosso país, de as instituições de crédito exigirem como condição necessária à concessão de crédito à habitação que o requerente contrate, em paralelo, um seguro de vida que garanta o pagamento das quantias devidas em caso de morte ou invalidez do devedor.

Portanto, para além das complicações associadas à contratação de seguros de vida, estas pessoas enfrentam obstáculos na obtenção de financiamento para aquisição de habitação junto das instituições financeiras, que se revela, como sabemos, fundamental ao efetivo exercício do seu direito «a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar» (artigo 65.º da CRP).

Para agravar o quadro de acesso à habitação por parte de pessoas após uma doença grave ou deficiência, deixando de deter, porque superaram ou mitigaram uma situação de

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

deficiência, uma incapacidade superior a 60%, passam a deixar de poder beneficiar do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência, aprovado pela Lei n.º 64/2014, que estabelece, no n.º 2 do seu artigo 5.º, que para os beneficiários deste regime não é obrigatória a contratação de seguro de vida.

Desta forma, estas pessoas encontram-se numa espécie de zona cinzenta: por um lado, não sendo considerados pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde, deixam de poder beneficiar das normas de proteção da LAD e das normas complementares dos artigos 15.º, n.º 2 a 6, da LCS, bem como do regime do crédito bonificado à habitação; por outro, tendo um histórico de doença ou de deficiência, e ficando rotulados como ex-doentes, enfrentam uma perpetua estigmatização que impõe sérias barreiras à contratação de seguros do ramo vida e, conseqüentemente, ao acesso ao crédito à habitação.

4.2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Uma das soluções que tem sido avançada para a problemática que enunciámos é a incorporação, nos ordenamentos jurídicos, do direito ao esquecimento. O objetivo primordial deste direito é definir limites temporais após os quais as instituições financeiras, designadamente as seguradoras, já não podem obter, no âmbito da contratação de seguros ou da concessão de crédito, informações relativas a uma patologia que tenha sido previamente superada, isto é, considerada como curada.¹⁰⁶

O artigo 17.º do RGPD consagra no seu artigo 17.º o direito ao esquecimento (ou “*right to be forgotten*”), impondo ao responsável pelo tratamento o apagamento de dados pessoais, sempre que se verifique algum dos fundamentos previstos no n.º 1, nomeadamente, quando esses dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento.

Neste sentido, o direito ao esquecimento a que nos referimos neste contexto não coincide exatamente com o direito ao esquecimento previsto pelo RGPD. Enquanto o RGPD se concentra no direito ao apagamento de dados em determinadas circunstâncias, o direito ao esquecimento que discutimos engloba o direito de certos dados pessoais de saúde, que reportam a condições de saúde pretéritas, não serem objeto de recolha e tratamento.

¹⁰⁶ Cfr. PAOLA BAILOLO/FILIPPO GIBELLI/ ANNA M. CARAFFA/ GIOVANNA RICCI, *Freedom from the stigma of oncologic disease: legislative and ethical aspects of the right to be forgotten in oncology*, p. 58.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

França foi o Estado-membro pioneiro na consagração do direito ao esquecimento. Neste quadro, é possível identificar três etapas¹⁰⁷: a celebração de acordos pertinentes ao acesso a contratos de seguro por pessoas que tivessem enfrentado certa patologia; a instituição, pelo legislador, da concretização de um acordo relativo à celebração de contratos de seguro por pessoas que tenham sofrido de patologias e que apontem para um risco agravado; e finalmente, a consagração legal do direito ao esquecimento.

Desta forma, ainda em momento anterior à consagração legal do direito ao esquecimento, o legislador francês estabeleceu a celebração de uma convenção nacional – a *Convention AERAS* – a incidir sobre o acesso ao crédito de pessoas com risco agravado em face do seu estado de saúde ou deficiência, a celebrar entre o Estado e os representantes do setor bancário, segurador, bem como associações que representem doentes e consumidores.

Esta convenção tem como objeto, nomeadamente, facilitar a celebração de seguros associados a créditos por pessoas com risco agravado e garantir que as instituições de crédito consideram garantias alternativas ao seguro de vida. Deste modo, nos termos desta Convenção, os beneficiários da mesma têm a possibilidade de serem protegidos por seguros de vida com garantias de morte e invalidez, quando verificadas determinadas condições relacionadas ao risco, prazo e capital seguro, as quais são integralmente delimitadas pela própria teor da Convenção. Em contrapartida, às entidades credoras compete adotar uma abordagem mais flexível na concessão de crédito, aceitando garantias alternativas ao seguro de vida.

O direito ao esquecimento foi legalmente consagrado em 2016 com a aprovação da *LOI n.º 2016-41*, que introduziu no *Code de la Santé Publique* (“CSP”) os artigos L1141-5 e L1141-6. Consequentemente, o direito ao esquecimento passou a encontrar respaldo nos artigos L1141-2 A L1141-6 do CSP, que preveem, sumariamente o seguinte: (i) a Convenção estipula os termos e os prazos a partir dos quais indivíduos que tenham sofrido de doença oncológica não podem ser sujeito a um agravamento do prémio ou a exclusão de cobertura no âmbito do seguro que visa garantir o reembolso de crédito; (ii) as patologias e prazos a partir dos quais indivíduos que tenham sofrido de doença oncológica não podem ser sujeito a um agravamento do prémio ou a exclusão de cobertura no âmbito

¹⁰⁷ Cfr. Nota de Direito Comparado anexada à Pronúncia da ASF sobre o Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, p. 10, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=110342>.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

do seguro que visa garantir o reembolso de crédito são estabelecidos de acordo com uma grelha de referência; (iii) em qualquer caso, os seguradores estão proibidos de recolher qualquer informação de saúde relativa a doenças oncológicas quando já tenham decorrido dez anos desde o término do tratamento ou, no caso dessas doenças terem ocorrido antes dos vinte e um anos de idade¹⁰⁸, quando já tenham decorrido cinco anos desde o término do tratamento.¹⁰⁹

O direito ao esquecimento para sobreviventes de doença oncológica foi ainda consagrado no Luxemburgo, Bélgica e Países Baixos, entrando em vigor a 1 de janeiro de 2020, 1 de fevereiro 2020 e 1 de janeiro de 2021, respetivamente.

4.2.1 Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro

Também o legislador português concedeu recentemente àqueles que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência o direito a serem esquecidos no acesso ao crédito à habitação e aos consumidores, bem como a qualquer seguro obrigatório ou facultativo associado a esses créditos.

Com efeito, a 18 de novembro foi publicada a Lei n.º 75/2021 (“Lei do esquecimento”) que, de acordo com o seu sumário, «reforça o acesso ao crédito e a contratos de seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento». Esta Lei, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2022, procedeu ainda à revisão da LCS, alterando os artigos 15.º e 217.º e aditando-lhe os artigos 15.º-A e 15.º-B. Paralelamente, alterou os artigos 3.º e 9.º da Lei n.º 46/2006.

Segundo o preâmbulo do Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, de 19 de fevereiro, que esteve na génese deste diploma, a iniciativa legislativa foi impulsionada pelo facto de, apesar da CRP reconhecer, no seu artigo 13.º, a dignidade social e a igualdade de todos perante a lei, «persistir[em] ainda discriminações graves e injustas para vários grupos da nossa população», entre os quais as «pessoas com risco agravado de saúde e, ainda, aquelas que

¹⁰⁸ A idade limite para o direito ao esquecimento por cancro pediátrico sido estendido de 18 para 21 anos pela *Lei n.º 2019-180*.

¹⁰⁹ Também assim, V. Nota de Direito Comparado anexada à Pronúncia da ASF sobre o Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, p. 10, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110342>).

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

tendo vencido essa situação de doença, em vez de celebradas, vêm-se marcadas por certas práticas contratuais de natureza discriminatória. Estas práticas são particularmente visíveis no acesso ao crédito, em especial ao crédito à habitação, e a contratos de seguros, com implicações especialmente relevantes no desenvolvimento pessoal e na efetivação de direitos como o direito à habitação por parte destes cidadãos».

Consequentemente, as instituições de crédito e seguradores foram vedados, nos termos que melhor analisaremos adiante, de *(i)* na fase pré-contratual, recolher e tratar informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde e de deficiência superada ou mitigada, bem como de *(ii)* sujeitar os titulares do direito ao esquecimento a um aumento do prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro.

Ainda de acordo com o Preâmbulo do Projeto de Lei, pretendeu-se, de certo modo, replicar o modelo francês, prevendo não só a norma imperativa e geral de direito ao esquecimento como também o desenvolvimento de normas para facilitar o acesso ao crédito por parte destes cidadãos através de um acordo entre o Estado e o setor financeiro e segurador ou na ausência de acordo, por decreto-lei do Governo.

No ponto seguinte, procederemos, primeiramente, à análise do direito ao esquecimento que se encontra consagrado no artigo 3.º e, posteriormente, dedicar-nos-emos às alterações, pertinentes para a interpretação e aplicação do regime que nos propomos analisar, introduzidas pela Lei n.º 75/2021 na LCS.

4.2.1.1 Direito ao esquecimento

O núcleo central da Lei n.º 75/2021 reside no direito ao esquecimento, que encontra consagração no artigo 3.º do diploma. Refere o n.º 1 do artigo 3.º que «as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor, direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos [...]».

Para o efeito, é garantida a não sujeição dessas pessoas a um aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro (artigo 3.º, n.º 1, alínea a)), bem como a não recolha ou tratamento, pelas instituições de crédito ou seguradores, em contexto pré-

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

contratual, de informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência (artigo 3.º, n.º 1, alínea b)).

Adita o n.º 2 daquele mesmo artigo que nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores, em contexto pré-contratual, quando tenham decorrido: a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada; b) cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade; ou c) dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

a) Âmbito subjetivo

Importa, em primeiro lugar, compreender sobre quem incide esta norma jurídica, verificando, por um lado, quem pode ser titular do direito ao esquecimento e, por outro, a quem pode o titular exigir o respeito ou promoção deste direito, mediante a observância das normas proibitivas que o concretizam.

Quanto aos titulares do direito ao esquecimento, observam-se dois requisitos: (i) que a pessoa tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência e (ii) que detenha, na contratação de crédito à habitação e crédito ao consumo ou na contratação de seguros associados a esses créditos, a qualidade de consumidor.

São *peças que tenham superado situações de risco agravado de saúde*, de acordo com alínea a) do n.º 2, aquelas que «comprovadamente tenham estado em situação de risco agravado de saúde, como definido pela alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto¹¹⁰, e que já não se encontram nesta situação, após realização de protocolo terapêutico que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos».

¹¹⁰ Como anteriormente referimos, o artigo 3.º, alínea c) da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto define “pessoas com risco agravado de saúde” como aquelas que “sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida”.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Desde logo, esta definição contém, como bem salienta LUÍS POÇAS, uma contradição: se o protocolo terapêutico apenas é capaz de limitar significativamente e duradouramente os efeitos do risco agravado de saúde, não se compreende de que forma se pode considerar que esse estado foi efetivamente superado.¹¹¹ Deste modo, a utilização desta expressão no artigo 2.º, alínea a), *in fine* deixa em aberto a possibilidade de caber no conceito jurídico situações de risco agravado de saúde que não foram efetivamente superadas, mas cujos efeitos foram apenas *limitados*. Parece-nos, assim, que o legislador deveria ter reservado esta referência exclusivamente para a definição do conceito de pessoas que tenham mitigado um risco agravado de saúde.

Ademais, o conceito parece excluir do tipo legal das normas proibitivas do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, as situações de superação de risco agravado de saúde que não encontrem respaldo num protocolo terapêutico. Ora, considerando o objetivo das normas em jogo, pensamos ser irrelevante as circunstâncias que levaram à superação daquele estado clínico.

Compreende-se que, para salvaguarda dos interesses dos destinatários do direito ao esquecimento, nomeadamente das empresas seguradoras, deva ser comprovada a superação da situação de risco agravado de saúde, mas essa comprovação deve incidir, precisamente, sobre a superação objetiva daquela situação e não sobre a possibilidade de um qualquer protocolo terapêutico ser capaz de limitar significativamente os seus efeitos. Como refere LUÍS POÇAS, «[s]e, objetivamente, se verifica que as pessoas em causa já não se encontram na referida situação, pouco importará que a superação tenha decorrido do protocolo terapêutico ou de quaisquer outras causas. Inversamente, se se verificou a conclusão de protocolo terapêutico, mas a pessoa permanece em situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, então não terá superado estas situações (caso em que também pouco relevará o protocolo terapêutico)»¹¹².

Em síntese, a definição tinha espaço para ser mais clara e objetiva, bastando, para tal, que se tivesse omitido a referência a *protocolo terapêutico capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos*, para o qual, ademais, resulta incerto o significado exato.

¹¹¹ Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros*, p. 159.

¹¹² *Ibidem*.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Seguidamente, a alínea b) do mesmo artigo define *peçoas que tenham superado situação de deficiência* como «peçoas que comprovadamente tenham estado em situação de deficiência igual ou superior a 60% e que tenham recuperado as suas estruturas ou funções psicológicas, intelectuais, fisiológicas ou anatómicas, reduzindo a sua incapacidade abaixo desse limiar».

Por fim, dispõe a alínea c) que são *peçoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência* aquelas «que se encontrem a realizar tratamentos comprovadamente capazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua situação de risco agravado de saúde ou de deficiência».

À semelhança do que sucede na alínea a) do artigo, a definição dada parece não ir ao encontro daquela que seria, à partida, a significação mais lógica e adequada. *Mitigar* uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência parece pressupor a *minimização ou atenuação dos seus efeitos*. A definição legalmente estipulada não refletiu esta ideia, incluindo no seu escopo todas as peçoas que, independentemente do seu progresso clínico, se encontrem a realizar, na fase pré-contratual dos negócios jurídicos referidos pelo artigo 3.º, tratamento capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua situação de risco agravado de saúde.

Por conseguinte, e atento o facto de que as proibições estipuladas no contexto do direito ao esquecimento foram-no (*ou deveriam ter sido*) sob o pressuposto de que os seus titulares já não representam um acréscimo do risco em que incorrerá a seguradora, muitas dúvidas nos suscitam quanto à inclusão neste normativo de peçoas que apenas iniciaram a realização de tratamentos, independentemente destes serem ou não capazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos de determinada patologia ou deficiência.

Diante do exposto, é de concluir que o âmbito subjetivo de aplicação do direito ao esquecimento, especialmente no que se refere à sua esfera de beneficiários, parte de definições estabelecidas mediante referência à Lei n.º 46/2006. Noutras palavras, apenas se tornam elegíveis para beneficiar do direito ao esquecimento - independentemente de outros critérios que oportunamente abordaremos - aqueles indivíduos que, em algum momento, estiveram sujeitos a uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência, nos termos definidos na Lei n.º 46/2006, mas que atualmente não se enquadram nesse contexto, deixando de usufruir das vantagens proporcionadas por tal regime.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

No tocante ao segundo requisito – o proponente atuar, nos negócios jurídicos referidos pela lei do esquecimento, na qualidade de consumidor – releva enfatizar a alínea d) do artigo 2.º, que determina o que se deve entender por consumidores.

Serão consumidores as «pessoas na aceção da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, que transpõe parcialmente a Diretiva 2014/17/UE, relativa a contratos de crédito aos consumidores para imóveis destinados a habitação, e da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores.» De acordo com a definição dada pelos diplomas para os quais remeteu o artigo referido, os consumidores correspondem às pessoas singulares que, nos negócios jurídicos abrangidos pelos diplomas - para o que interessa ao nosso estudo, o contrato de crédito à habitação e o contrato crédito ao consumo - atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

Por fim, os destinatários das normas proibitivas estatuídas pela lei do esquecimento, e por isso obrigados à sua observância, são, em linhas gerais, e de acordo com artigo 3.º, as instituições de crédito e seguradores.

O artigo 15.º-A, n.º 5 do RJCS, disposição que será objeto de análise adiante, específica que ficam vinculados ao acordo previsto no artigo 15.º, n.º 1 – que operacionaliza e garante a efetiva aplicação do regime consagrado no artigo 3.º - «as instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedade mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros, que exerçam atividade em território nacional». Apesar disto não resultar expressamente do artigo 3.º, parece-nos que, de uma perspetiva de lógica sistemática, este postulado deverá ser estendido ao artigo 3.º.¹¹³

A referência a entidades que *exerçam atividade em território nacional* conduz a que sejam igualmente destinatárias das normas proibitivas as instituições de crédito e seguradoras que (i) tenham sede noutro Estado Membro, mas exerçam a sua atividade em território português em regime de livre prestação de serviços (LPS), nos termos do Decreto-Lei n.º

¹¹³ Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op. cit.*, p. 353.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

94-B/98, de 17 de abril ou (ii) que, tendo sede num Estado terceiro, têm sucursal em território português.

b) Âmbito objetivo

Percorrido o plano subjetivo da norma que consagra o direito ao esquecimento, cumpre analisarmos o seu âmbito de aplicação objetivo. Que condutas são vedadas pela norma? Que contratos estão abrangidos pelo artigo 3.º? Que elementos inovadores traz este instituto ao quadro legal já existente que analisamos no capítulo anterior? Procuraremos de seguida responder a estas questões.

Em primeiro lugar, o artigo 3.º estatui que os contratos sobre os quais incide o direito ao esquecimento são os *contratos de seguro, obrigatórios ou facultativos, associados ao crédito à habitação e crédito aos consumidores*. Refere-se, sobretudo e respetivamente, aos seguros associados aos contratos de crédito regulados pelo Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro, Decreto-Lei n.º 74.º-A/2017, de 23 de junho e Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho.

O preceito não especifica, todavia, os subtipos de seguros que estão ali apreendidos, nem clarifica o que se deve entender-se por *contratos associados*.

Segundo LUÍS POÇAS, em tese, integram o escopo da norma as modalidades de seguro que cobrem «os danos que afetem o valor de um bem dado em garantia». Isso incluiria, tipicamente, o seguro multirriscos sobre o imóvel hipotecado, objeto do crédito à habitação, e o seguro de desemprego, que cobre a perda de rendimentos do consumidor por efeito de desemprego. Todavia, e ainda de acordo com o autor, considerando a problemática subjacente ao direito ao esquecimento – o risco clínico – serão apenas relevantes as modalidades de seguros de pessoas.¹¹⁴ Dentre destas, e considerando as particularidades do risco dos seguros de saúde e dos de acidentes pessoais - relacionados, respetivamente, com a prestação de cuidados de saúde e com a ocorrência de lesão

¹¹⁴ A mera referência a seguros obrigatórios ou facultativos, associados aos créditos à habitação e crédito aos consumidores levantou preocupações durante o processo legislativo da lei do esquecimento, com diversas entidades que foram chamadas a dar o seu parecer a realçar que deveria ficar patente que os seguros ali abrangidos não seriam todos os seguros obrigatórios ou facultativos associados a esses créditos, mas, apenas, aqueles em que o estado de saúde da pessoa pudesse ter alguma relevância. Neste sentido, por exemplo, V. Comentário da Associação Portuguesa de Bancos (APB) ao Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.ª e Análise ao Projeto de Lei n.º 691/XIC/2.ª da Associação Portuguesa de Seguradores (APS), disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=110342>.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

corporal, incapacidade permanente ou morte da pessoa segura, em resultado de acidente¹¹⁵ - relevam, para efeitos da lei, apenas os seguros de vida.¹¹⁶

Em síntese, a lei, implicitamente por meio das condições impostas - *seguros em que releve a apreciação do estado de saúde do proponente e que sejam associados à contratação do crédito à habitação ou ao crédito aos consumidores* -, visou apenas os seguros de vida destinados a «salvaguardar a posição de uma instituição de crédito relativamente a um contrato de crédito ao consumo ou à habitação».¹¹⁷

FRANCISCO RODRIGUES ROCHA sugere que este ponto pode suscitar dúvidas quanto à adequação, de uma perspetiva político-legislativa, da opção de deixar de contemplar na aplicação do regime consagrado outros tipos de seguro, que não estejam ligados aos referidos créditos, mas para os quais seja igualmente necessária a aferição do estado clínico do proponente para efeitos de avaliação do risco.¹¹⁸

Na nossa opinião, compreendemos que o legislador tenha tido presente a prática generalizada, em Portugal, das instituições de crédito imporem, como condição *sine qua non* da concessão de crédito à habitação e ao consumo, a contratação, em simultâneo, de contrato de seguro de vida que garanta o pagamento da quantia devida pelo devedor, no caso da sua morte ou invalidez.

Não obstante, se a lei, com o propósito de assegurar a igualdade, não discriminação e dignidade social das pessoas que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou deficiência, procurou desonerá-las de, no contexto pré-contratual, declarar certas circunstâncias que à luz da técnica médica e seguradora não são consideradas relevantes para a apreciação do risco, a mesma lógica seria de aplicar a todos os contratos de seguro em que a apreciação do estado de saúde do proponente seja relevante. Em suma, se a informação de saúde que se proibiu recolher e tratar, nos termos que melhor veremos adiante, é aquela que, com base em evidências científicas, não é significativa para a avaliação do risco clínico, ela não o será independentemente do subtipo de seguro em causa.

¹¹⁵ E por isso, insuscetível de acautelar eficazmente a posição da instituição de crédito. Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, p. 153

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, p. 156.

¹¹⁸ Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.*, pp. 351 e 352.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Ainda a respeito dos seguros abrangidos, outro ponto digno de nota incide sobre o trecho “*seguros obrigatórios ou facultativos*”. Levando em conta que, no âmbito da contratação dos referidos créditos, não existe qualquer obrigação legal de contratar, em paralelo, um seguro associado, a referência a seguros obrigatórios pode parecer desconcertante.¹¹⁹

Retomamos o que já foi mencionado no capítulo III do nosso estudo a este respeito: a obrigatoriedade referida neste contexto abrange tanto o carácter juridicamente obrigatório do seguro (*seguros obrigatórios de direito*), como a obrigatoriedade *de facto ou imprópria*. Assim, o legislador, uma vez mais atento à prática consolidada das instituições de crédito requererem como condição necessária à concessão dos créditos referidos a contratação de seguro que sirva de garantia ao cumprimento das obrigações do devedor, teve em vista enfatizar que estão englobados pelo alcance da norma os seguros subscritos quer por *imposição* das instituições de crédito¹²⁰, quer por *opção* do consumidor.

Aqui chegados, resta saber quais as condutas proibidas pelo artigo 3.º da Lei n.º 75/2021. O artigo 3.º proíbe, nas circunstâncias que já mencionámos, o aumento do prémio de seguro ou a exclusão de garantias de contratos de seguro (3.º, n.º 1, alínea c)). Além disso, veda, na fase pré-contratual, a recolha e tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores de qualquer informação de saúde relativa à sua situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência possa (3.º, n.º 1, alínea b)).

A primeira questão que surge relaciona-se com o facto de terem sido vedados apenas o aumento do prémio do seguro e a exclusão de garantias de contratos de seguro. Conforme salientámos previamente a propósito da Lei n.º 46/2006, existem diversas práticas, para além do agravamento tarifário e da recusa de garantias, que podem penalizar o proponente, tal como a recusa de celebração do contrato e a diferenciação ao nível das franquias e/ou escalões de indemnização, dos períodos de carência e das exclusões de coberturas específicas.

¹¹⁹ Assim também, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.* p. 351.

¹²⁰ Na mesma linha, LUÍS POÇAS defende que não está em causa propriamente uma obrigação legal, mas sim «a circunstância de a instituição de crédito estabelecer (ou não) a contratação de seguro como condição indispensável à celebração do contrato de concessão de crédito». Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, p. 153.

Também Francisco Rodrigues Rocha afirma que parece estar em causa uma «*obrigatoriedade em sentido impróprio*, no sentido de a obrigação de contratar seguro ser imposta no contrato de crédito à habitação ou ao consumo». Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op. cit.*, p. 351.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

De acordo com LUÍS POÇAS, impõe-se uma interpretação extensiva do preceito da alínea b), de maneira a interditar todo e qualquer desfavorecimento injustificado contra pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência.^{121/122} Concordamos com o exposto pelo autor: se a lei pretendeu proibir práticas discriminatórias, devem ser considerados abrangidas pela norma todas as práticas capazes de colocar o proponente numa posição desvantajosa comparativamente a outras pessoas que não tenham estado numa situação de risco agravado de saúde ou de deficiência.

Em todo o caso, pensamos que a não fixação de termos contratuais que possam penalizar o proponente é, na realidade, garantida pela proibição da recolha e/ou tratamento da sua informação de saúde, estabelecida no artigo 3.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2. Em suma, em virtude da proibição de recusa e tratamento da informação de saúde do proponente, o segurador desconhecerá, em princípio, as circunstâncias que poderiam levá-lo a estabelecer termos contratuais penalizadores. Assim, cremos que, apesar de apenas terem sido contemplados expressamente o agravamento do prémio e a exclusão de garantias, também a proibição da aplicação de outras condições discriminatórias ficou devidamente salvaguardada.

O mesmo autor ressalta também a ausência de um *requisito de causalidade* entre a situação clínica pretérita do consumidor e as medidas de agravamento ou exclusão proibidas pela alínea a). Naturalmente, o preceito não tem como objetivo vedar todo e qualquer aumento do prémio (ou qualquer outra penalização na celebração do contrato) contra pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, mas apenas os agravamentos *em função* daquela situação. Em vista disto, comungamos da posição do autor, que sugere que o preceito seja objeto de uma interpretação restritiva.

Ora, partindo da premissa que o direito ao esquecimento foi delineado sob o pressuposto de que os seus beneficiários não acrescem ao risco assumido pela seguradora, constatamos que esta proibição de recusa em contratar e do agravamento do prémio exigido, bem como de sujeitar estas pessoas a outras condições penalizadoras, encontrava-se já contemplada pelo artigo 15.º, n.º 1 da LCS, o qual estabelece uma

¹²¹ Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, p. 164.

¹²² Em sentido semelhante, vd. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.* p. 354.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

proibição de âmbito geral de práticas discriminatórias. Logo, pelo neste domínio, o instituto do direito ao esquecimento não introduziu mudanças substanciais.

Mas, a lei do esquecimento não se contentou com essa proibição. O artigo 3.º, n.º 1, alínea b) dispõe que «nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou objeto de tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual». É esta proibição representa, em boa verdade, o direito ao esquecimento propriamente dito.

O n.º 2 daquele mesmo artigo, por sua vez, estabelece que «nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual desde que tenham ocorrido, de forma ininterrupta a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada; b) cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade; ou dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.»

Como ponto de partida, resulta essencial apreender o conceito de *informação de saúde*, que a lei do esquecimento não definiu. Para isso, e por forma a garantir uma interpretação e aplicação da lei que acautele a unidade objetiva da ordem jurídica, trazemos à discussão dois diplomas legislativos.

Ao nível do ordenamento jurídico português, a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro (“Lei n.º 12/2005”) veio proceder à definição do conceito de informação de saúde e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação (artigo 1.º da Lei n.º 12/2005); no plano comunitário, o RGDP estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (artigo 1.º do RGPD).¹²³

¹²³ Já assim, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA argumenta que «numa lógica de coerência ou “unidade” do sistema jurídico, os conceitos de informação de saúde e de dados pessoais relativos à saúde deverão ser lidos de forma conjugada.» Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.*, p. 354.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Segundo o estipulado no artigo 2.º da Lei n.º 12/2005, a informação de saúde «abrange todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar». Estão ali incluídos, nomeadamente, *dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos* (artigo 3.º, n.º 1).

Por outro lado, nos termos da alínea 15) do artigo 4.º do RGPD, são dados relativos à saúde «os dados pessoais relacionais com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde.» O Considerando 35 do RGDP clarifica que «deverão ser considerados dados pessoais relativos à saúde todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro».

Apesar de a informação de saúde dizer respeito a todo e qualquer dado relativo ao estado de saúde (doenças, incapacidades, diagnósticos, tratamentos), o direito ao esquecimento não proíbe a recolha e tratamento de qualquer informação de saúde do seu titular, mas apenas da relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Deste modo, os seguradores mantêm a prerrogativa de recolher e tratar, nos termos gerais, estipulados pelo RGPD e pela LCS, a restante informação de saúde do proponente, incluindo a informação de saúde relativa a pessoa *com* risco agravado de saúde ou de deficiência.^{124/125}

Em segundo lugar, há que averiguar como se compatibilizam o n.º 1 e 2 do artigo 3.º. O problema que se impõe é, em síntese, o seguinte: é o n.º 2 do artigo 3.º autónomo do n.º 1, aplicando-se os preceitos a situações diferentes? Ou, por outro lado, o n.º 2 estabelece prazos cuja observância atesta a existência de uma situação de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência, complementando, assim, o n.º 1, cuja aplicabilidade se restringe à circunstância de estarem verificadas as condições temporais referidas?

¹²⁴ *Ibidem*, p. 356.

¹²⁵ Para uma análise mais detalhada sobre o tratamento de dados pessoais de saúde, vd. LUÍS POÇAS, *Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde*, pp. 217 e ss.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Num primeiro momento, LUÍS POÇAS¹²⁶, aduzindo argumentos embasados no artigo 9.º, n.º 3, *in fine* do Código Civil¹²⁷ e nas diferenças literais dos preceitos, sustentou que eram materialmente diferentes as situações previstas nos respetivos artigos. Deste modo, a al. b) do artigo 1.º incidiria sobre *a situação médica que originou o risco agravado de saúde ou de deficiência*, ao passo que o n.º 2 recairia sobre *a própria situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*.

Em suma, o autor defendeu a autonomia relativa dos dois preceitos. Como resultado, ocorrendo a superação ou mitigação da situação clínica ou deficiência, nos termos do artigo 2.º, alíneas a) a c), o segurador deixaria de poder agravar o prémio ou excluir a cobertura (artigo 3.º, n.º 1, alínea a)) e informar-se sobre *as causas clínicas da situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*, mas não a situação em si (artigo 3.º, n.º 1, alínea b)). Adicionalmente, ocorrendo os períodos de prova previstos no n.º 2, deixaria o segurador de poder informar-se sobre a *própria situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*, que se considerariam então já definitivamente superada ou mitigada.

Em sentido oposto, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA¹²⁸ defende, por três razões de ordem, uma interpretação integrada do n.º 1, alínea b) e do n.º 2, em que o n.º 2 representa uma especificação da alínea b) do n.º 1.

O primeiro argumento utilizado pelo autor prende-se com o facto de considerar que o termo *informação relativa à situação de risco* abrange também as suas *causas*, dado o artigo 3º, n.º 2 não referir *informação sobre o risco* ou sequer *informação relativa ao risco*, mas sim *informação relativa à situação de risco*, expressão muito mais *lata* do que as anteriormente referidas. Adicionalmente, o termo *informação de saúde* é definido na Lei n.º 12/2005 de forma tão abrangente que facilmente inclui as causas subjacentes à situação do risco. Além disso, e na nossa perspectiva um dos pontos mais substanciais levantado pelo autor, certos casos haverá em que as causas e o risco estão tão intricados que serão dificilmente dissociáveis.

¹²⁶ Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, pp. 167 e 168.

¹²⁷ Segundo o qual «o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados».

¹²⁸ Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.*, p. 355-359.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Em segundo lugar, o autor sustenta que o artigo 3.º, n.º 2 surge como mais relevante para a economia do diploma, conclusão que retira de ser este o preceito mencionado pelos artigos 15.º-A, n.º 6 e do artigo 15.º-B, n.º 2, ambos da LCS.

Por fim, o autor a que nos temos vindo a referir veio destacar um aspeto essencial. A alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º surge como continuação do seu proémio e, por isso, pressupõe-no. Por sua vez, o n.º 2 encontra-se separado do contexto introdutório do n.º 1. No entanto, isto não implica que o n.º 2 desconsidere o proémio do n.º 1. Caso assim fosse, o n.º 2 já não se aplicaria a consumidores, na contratação de crédito à habitação ou ao consumo ou a seguros a estes associados. Se o n.º 2 não está desconectado do proémio do n.º 1, também não é autónomo da alínea b) do n. 1. Portanto, esta constatação reforça que o n.º 2 do artigo 3.º é um complemento ou especificação da alínea b) do n.º 1.

Em síntese, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA advoga que o n.º 1, alínea b) o n.º 2 do artigo devem ser objeto de uma interpretação conjunta, da qual resulta que as instituições de crédito e seguradores não podem recolher ou tratar qualquer informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, em contexto pré-contratual, *apenas quando se verificarem os prazos estabelecidos no n.º 2.*

LUÍS POÇAS¹²⁹ veio, subseqüentemente, adotar esta perspetiva, reformulando a sua posição anterior. Assim, reconheceu que raramente se identificam diferenças substanciais entre a situação de risco agravado de saúde ou de deficiência e as suas cláusulas clínicas que justifiquem uma distinção de regime¹³⁰ e, portanto, uma vez ilidida a presunção do n.º 3 do artigo 9.º do CC, postula que o sentido útil do artigo, mesmo diante todas as deficiências de redação que encerra, é o de que os prazos estabelecidos no n.º 2 constituem uma extensão da alínea b) do n.º 1, sendo, inclusivamente, adequado que estivessem inseridos neste último.

Somos da opinião que, independentemente das proibições de carácter geral estabelecidas no n.º 1 do artigo 3.º, esse preceito, em bom rigor, trata de esclarecer aquilo que é

¹²⁹ Cfr. LUÍS POÇAS, *Declaração do risco seguro e direito ao esquecimento*, pp. 654-657.

¹³⁰ Já neste sentido, FRANCISCO ROCHA RODRIGUES não divisa «razão bastante para que, em termos materiais, uma cisão de género justificasse um desvio de regime a nível temporal», no sentido de no que respeita aos dados relativos à situação médica que deu origem ao risco nunca seria possível o tratamento, ao passo que para dados relativos à situação de risco só não seria possível uma vez decorridos os prazos já referidos. Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.*, pp. 358 e 359.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

garantido («garantindo que») por meio do direito ao esquecimento, cujos termos específicos de aplicação se encontram explanados no n.º 2 desse mesmo artigo. Assim, partilhamos da posição segundo a qual o n.º 1, al. b) e o 2.º são preceitos autónomos, sendo este último uma especificação decorrente daquele primeiro.

Esta proibição de recolha de dados de saúde, com implicações em sede de cumprimento do dever de declaração inicial de risco, é indubitavelmente a verdadeira inovação trazida pelo direito ao esquecimento, como passaremos a demonstrar.

c) A coexistência do dever de informação e o direito ao esquecimento

No Capítulo II percorremos, de forma necessariamente breve, os fundamentos e princípios do dever de declaração inicial do risco. Por ora, cabe-nos analisar quais as implicações do direito ao esquecimento nesse dever de informação que incide, na fase pré-contratual, sobre o proponente a tomador ou pessoa segura.

Primeiramente, é oportuno recordar que o dever de declaração inicial do risco corresponde, nos termos do n.º 1 do artigo 24.º, a um dever de informação segundo o qual «o tomador do seguro ou segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador». Vimos, também, que este dever resulta da necessidade de o segurador conhecer todas as circunstâncias relevantes sobre o risco em que incorrerá (ou não), permitindo-lhe ajustar, em conformidade, o prémio tarifariamente calculado, bem como estipular as restantes disposições contratuais.

Conforme decorre dos termos conjugados da alínea b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, uma vez verificados os pressupostos do direito ao esquecimento, o segurador fica impedido de recolher ou tratar qualquer informação de saúde relativa à situação mitigada ou superada. Isso implica que, verificados esses pressupostos, o segurador não pode questionar a pessoa sobre informação de saúde relativa à situação de risco agravado ou de deficiência que mitigou ou superou; a pessoa segura pode licitamente omitir essa informação e, mesmo que essa informação seja espontaneamente fornecida pela pessoa segura, o segurador não poderá tratá-la nem a considerar para efeitos de avaliação do risco.¹³¹

¹³¹ Cfr. LUÍS POÇAS, *Declaração*, pp. 661 e 662.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

A questão que se impõe é como podem, então, coexistir estas estruturas normativas que fixam um contraponto. De um lado, deparamo-nos com a obrigação do tomador ou segurado em revelar ao segurador todas as circunstâncias que conheça e que sejam significativas para a apreciação do risco, que se alinha com o direito do segurador estar a par de todos os aspetos relevantes acerca do risco que assumirá. Do outro, encontramos o direito ao esquecimento que, estabelecendo uma proibição de o segurador recolher e tratar informação sobre uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência que tenha sido superada ou mitigada pelo tomador ou segurado, legitima este último a omiti-la.

Ora, endossando a perspectiva de LUÍS POÇAS, parece-nos evidente que estamos diante uma configuração na qual se delineia uma regra (*dever de declaração do risco*) e uma exceção (*direito ao esquecimento*) que, em conformidade com o padrão recorrente no âmbito do Direito, resulta, quando forem atendidos os requisitos para a aplicação do direito ao esquecimento, na prevalência da exceção sobre a regra estabelecida.¹³²

Ainda sobre este ponto, o autor refere que a tensão entre os dois institutos é meramente aparente, uma vez que, mesmo na ausência de direito ao esquecimento, a aludida informação de saúde não estaria já compreendida no âmbito do dever de declaração inicial do risco. Presumindo que o legislador definiu os requisitos para acionar o direito ao esquecimento com base em evidência científica segundo a qual, após verificados esses requisitos, a situação, não representando um acréscimo de risco coberto, já não é relevante para a apreciação do risco, também a pessoa segura não teria um motivo para considerar essa informação por «significativa para a apreciação do risco pelo segurador».¹³³

Pelo exposto, poder-se-ia questionar qual a razão para consagrar o direito ao esquecimento, uma vez que, mesmo na sua ausência, essas situações não teriam relevância para a apreciação do risco e, portanto, não implicariam para os seus titulares uma penalização na contratação de seguros.

Não tendo qualquer intenção de vilipendiar as entidades seguradoras, é, contudo, imperativo evitar uma perspectiva excessivamente simplista. Não se pode perder de vista que as pessoas que lograram superar ou mitigar situações de risco agravado de saúde ou

¹³² *Ibidem*, pp. 663 e 664.

¹³³ *Ibidem*.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

de deficiência são mais vulneráveis, pela situação que os diferencia dos demais, a tratamentos desiguais, pelo que sempre existiria a possibilidade de, mesmo de forma não objetivamente fundamentada, estes indivíduos serem penalizados na contratação de seguros, isto é, objeto de um tratamento desigual injustificado. Assim, por intermédio deste instituto, é reforçada, com ramificações preventivas de natureza prática, a proibição de práticas discriminatórias já estabelecida no artigo 15.º da LCS.

Além disso, não devemos olvidar que os dados estatísticos a que recorrem a seguradoras são dados passados que podem não refletir a realidade atual e perpetuar discriminações históricas. Especialmente no contexto da avaliação do risco de pessoas que superaram doenças ou patologias graves, é importante considerar que o avanço nos tratamentos de diversas patologias é relativamente recente. Como resultado, muitas vezes falta informação atualizada, levando a avaliações de risco feitas com base em dados e modelos desatualizados.

Assim, somos da opinião que a lei do esquecimento não representou um mero reforço puramente teórico do regime já previsto no artigo 15.º. Antes, veio estatuir uma espécie de *dupla proteção*, introduzindo, além da proibição do agravamento do prémio e a exclusão de garantias do contrato de seguro, que decorreria já do artigo 15.º, n.º 1 da LCS, a possibilidade do proponente, protegido pela proibição de recolha e tratamento de informação saúde relativa a uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência superada ou mitigada, omitir ou mentir legitimamente no que toca a informações sobre condição.

A principal mais-valia do instituto do direito ao esquecimento reside, precisamente, no facto de o segurador permanecer alheio à existência prévia de uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Além disso, através do estabelecimento do estabelecimento dos prazos genéricos previstos no n.º 2, veio consolidar no setor aquelas que são as situações em que, de uma perspectiva científica e estatística, que esperamos real e atual, já não subsiste um risco a agravado de saúde em função de uma condição clínica passada.

Retomando as implicações do direito ao esquecimento no âmbito do dever pré-contratual do tomador ou segurado, cabe ressaltar que o questionário normalmente elaborado e facultado pela entidade seguradora deverá ser elaborado de forma ainda mais meticulosa,

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

abstendo-se de formular questões voltadas a obter, exclusivamente, informações sobre uma situação de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência que se encontre abrangida pelo direito ao esquecimento.¹³⁴

Ademais, no caso de o proponente revelar, espontaneamente, informação relativa a uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência superada ou mitigada, o segurador não pode, naturalmente, tratar essa informação, nomeadamente, considerá-la para efeitos de aferição do risco.

É de notar que, não obstante o segurador estar vedado a recolher e tratar informação de saúde relativa a situações clínicas pretéritas que preencham os requisitos do artigo 3.º, ele continua, como já aqui referimos, a poder tratar da restante informação de saúde do tomador ou pessoa segura. Pelo que, naturalmente, o questionário continua a poder conter questões sobre o risco clínico, conquanto não incidam sobre a esfera de atuação do direito ao esquecimento.

Mas mais, os seguradores não estão proibidos de fazer perguntas sobre situações clínicas pretéritas de saúde, dado que nem todas as pessoas que já tiveram um risco agravado de saúde ou deficiência estão abrangidas pelo direito ao esquecimento - pense-se, por exemplo, na situação em que não sejam observados os prazos estipulados no n.º 2 do artigo 3.º. Deste modo, questões sobre historial clínico do indivíduo podem continuar a integrar o questionário, desde que não tenham um propósito exclusivo de avaliar se a pessoa segura se qualifica como beneficiária do direito ao esquecimento.

Questiona-se, então, como deve reagir alguém que se encontra sob a égide do direito ao esquecimento ao deparar-se com uma pergunta do teor das que formulámos. Essa pessoa deverá responder afirmativamente, negativamente ou optar por não responder?¹³⁵

De acordo com FRANCISCO ROCHA RODRIGUES, se o proponente responder afirmativamente estará a fornecer uma informação de saúde e, ao recolhê-la ou tratá-la, o segurador estará a violar o artigo 3.º da Lei n.º 75/2021. Por outro lado, se se abster de

¹³⁴ LUÍS POÇAS fornece, a título de exemplo, questões que não podem ser inseridas nos questionários, tais como: « superou uma situação de risco agravado de saúde?»; ou, mais rigorosamente, “esteve em situação de risco agravado de saúde, como definido pela alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, e já não se encontra nesta situação, após a realização de protocolo terapêutico comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos, tendo já decorrido 10 anos após o termo de tal protocolo?»; Cfr. LUÍS POÇAS, *Declaração*, p. 671.

¹³⁵ Cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, *op.cit.*, p. 363.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

responder, estará a fazê-lo ao abrigo do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 e o segurador não estará a violar a lei do esquecimento. Contudo, para o autor, é mais incerta a adequação de uma resposta negativa (e, portanto, não verdadeira), uma vez que, *qualquer* resposta a uma pergunta dessa natureza pode, no limite, configurar uma informação relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência e, portanto, a sua recolha e tratamento pelo segurador seria ilícita.¹³⁶

Em sentido diverso, LUÍS POÇAS defende que a pessoa segura pode omitir ou mentir licitamente quanto à informação de saúde protegida pelo direito ao esquecimento.¹³⁷ Isto valerá não só para perguntas que se refiram diretamente à patologia ou deficiência superada ou mitigada, mas também para aquelas que, de algum modo, possuam uma ligação com a mesma. Um exemplo exemplificativo seriam perguntas concernentes a protocolos terapêuticos ou tratamentos previamente realizados para a recuperação dessa condição, intervenções cirúrgicas realizadas como parte desse processo e outras questões dessa natureza.

Compartilhamos da posição segundo a qual é lícito à pessoa segura omitir ou *mentir* quando questionada diretamente sobre uma eventual situação de superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou de deficiência para efeitos de aplicação da Lei n.º 75/2021, bem como perante perguntas que com esta tenham uma estreita relação.

Caso fosse apenas concedido ao titular do direito ao esquecimento a possibilidade de se abster de responder a questões dessa natureza, prontamente as companhias de seguros se aperceberiam que essa omissão é feita ao abrigo do artigo 3º da Lei n.º 75/2021 e que, por conseguinte, que o proponente em causa esteve previamente sujeito a uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. A *ratio legis* da Lei n.º 75/2021 é, precisamente, colocar em pé de igualdade estas pessoas com outras que não tenham estado numa situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, pelo que, sendo possível sinalizar esta circunstância, grande parte da natureza antidiscriminatória da norma se desvaneceria.

Isto direciona-nos a outra questão: como se compatibiliza a análise que acabámos de apreender com o facto de a lei do esquecimento exigir que a situação de mitigação ou

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Cfr. LUÍS POÇAS, *Declaração*, p. 682.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

superação do risco agravado de saúde ou de deficiência seja devidamente comprovada? Tem a pessoa segura de fazer prova da mesma junto do segurador? Em outras palavras, é lhe exigido que demonstre ao segurador a verificação dos requisitos inerentes ao direito ao esquecimento, e, por conseguinte, a sua qualidade de titular?

Na perspetiva de FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, tal comprovação poderia ser feita, *prima facie*, de dois modos: genéricos e específicos. Assim, segundo este autor, em termos genéricos, esta comprovação seria realizada mediante apresentação de uma declaração médica que confirmasse que a pessoa se encontra ao abrigo do regime contido no artigo 3.º da Lei n.º 75/2021. Por sua vez, em termos específicos, essa declaração médica especificaria as causas do risco agravado de saúde ou de deficiência, o tipo de risco ou patologia e as circunstâncias em que a mesma foi superada ou mitigada.

O autor sustenta que a segunda hipótese apresentada configura, de maneira inequívoca, informação de saúde e, por conseguinte, está vedada pelo direito ao esquecimento. Contudo, afirma que a licitude da primeira é menos evidente, uma vez que, considerando o tipo de informação recolhido por esse meio, essa hipótese não difere, de maneira substantiva, de ser o próprio segurado ou pessoa segura a informar o segurador, espontaneamente, de que se encontra ao abrigo da Lei n.º 75/2021.

Em face do exposto, o autor examina se é permitido ao segurador interrogar diretamente, no questionário geralmente por ele facultado, se o proponente se encontra comprovadamente ao abrigo da Lei n.º 75/2021. Na conclusão dos argumentos, é inferido que até a resposta a uma pergunta desse teor configura informação de saúde, pelo que não se vislumbra admissível ao segurador interrogar se o segurado, ainda que genericamente, se encontra abrangido pelo direito ao esquecimento. Encerra, por fim, afirmando que as referências a *comprovação* devem ser interpretadas no sentido de o segurador deter, na fase pré-contratual, uma comprovação médica da superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou de deficiência. Em síntese, a lei refere-se a «uma comprovação interna, não exteriorizada ao segurador».

Neste quadro, LUÍS POÇAS sustenta que ao facultar e recolher um impresso ou declaração médica que confirme que a pessoa segura superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, mesmo que sem maiores especificações, o segurador estará já a recolher e a tratar informação de saúde precisamente nos casos em que isso lhe

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

está vedado.¹³⁸ Logo, não podendo o segurador recolher ou tratar qualquer informação de saúde relativa à superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência, ele não pode aferir dos pressupostos do direito ao esquecimento, nomeadamente dos prazos previstos no n.º 2 do artigo 3.º. De acordo com o autor, esta aparente incongruência lógica¹³⁹ encontra fundamento numa opção do legislador: a averiguação daqueles pressupostos é um ónus da prova da pessoa segura que pretenda beneficiar do direito ao esquecimento.

Assim, na mesma linha das reflexões de FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, LUÍS POÇAS assevera que o recurso ao advérbio *comprovementamente* alicerça-se na «demonstrabilidade, ou suscetibilidade de prova, em caso de dúvida ou litígio, mas não na exigência de um requisito de comprovação efetiva como condição do direito ao esquecimento».¹⁴⁰ Consequentemente, para o autor, a pessoa segura que pretenda beneficiar do direito ao esquecimento não se verá obrigada a comunicar esse facto ao segurador, nem este terá a incumbência de se informar a este respeito. Será suficiente que a pessoa segura, estando convicta da verificação dos pressupostos subjacentes a este direito, *esqueça* a situação de superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou deficiência, cumprindo o dever de declaração do risco como se aquela situação nunca houvesse ocorrido.¹⁴¹

Estamos alinhados com os pontos de vista apresentados. É que, como já enfatizámos anteriormente, a principal mais-valia do instituto do direito ao esquecimento reside, precisamente, no facto de o segurador permanecer alheio à existência prévia de uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Caso contrário, este instituto, cujo enquadramento legal se apoia na ideia de que a informação que expressamente proibiu recolher e tratar é irrelevante para efeitos de aferição do risco, não teria qualquer utilidade prática. A pessoa segura, ao declarar ao segurador que cumpre os requisitos do direito ao esquecimento, seja de forma espontânea ou em resposta ao questionário, acompanhando-

¹³⁸ *Ibidem*, p. 669.

¹³⁹ Anteriormente, Luís Poças havia referido que uma das maiores incoerências lógicas do regime consagrado pela Lei n.º 75/2021 consistia no facto de, se o segurador está proibido de recolher e tratar qualquer informação de saúde sobre a situação de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência e, conseqüentemente, este não poderá identificar o proponente enquanto pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Em suma, a própria proibição a que se vê sujeito impede-o de atestar se o segurado ou pessoa segura está abrangida pelo direito ao esquecimento, sendo deste titular. Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, pp. 168 e 169.

¹⁴⁰ LUÍS POÇAS, *Declaração*, pp. 665-668.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 669.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

se de declaração médica ou não, admite ter enfrentado, previamente, uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Tendo conhecimento, ainda que de modo genérico, dessa circunstância, o segurador poderá abordar a avaliação do risco com viés prévio, minando a razão de ser da consagração do direito ao esquecimento.

Vimos que, não podendo o segurador recolher informação sobre a situação de risco agravado de saúde ou de deficiência superada ou mitigada, é a quem pretende exercer o direito ao esquecimento que compete o ónus de averiguar o cumprimento dos requisitos exigidos para beneficiar desse direito. Confrontado com os conceitos indeterminados empregues pelo enquadramento normativo aplicável, a que acrescem as diversas remissões estabelecidas entre diferentes diplomas relevantes nesta matéria, que intrinsecam a compreensão do regime, é altamente provável que um indivíduo, especialmente se dispensar a orientação de um médico, considere erradamente que tais pressupostos se verificam.¹⁴²

Quais serão as consequências caso, por exemplo, alguém que, acreditando erroneamente satisfazer os requisitos do direito ao esquecimento, omite ou fornece declarações inexatas sobre circunstâncias significativas para a apreciação do risco pelo segurador? Ou então, alguém que, consciente de que não preenche os requisitos exigidos para beneficiar do direito ao esquecimento, decide deliberadamente omitir ou prestar declarações não conformes com a realidade, sobre condições clínicas passadas que sabe serem suscetíveis de influenciar a seguradora na decisão de contratar?

Neste cenário, serão aplicáveis as disposições gerais sobre a omissão ou inexatidão no âmbito do dever de declaração inicial do risco, previstas nos artigos 25.º e 26.º da LCS. Desta forma, caso, aquando da subscrição da proposta de adesão ao contrato, o tomador ou pessoa segura, dolosamente, prestar declarações inexatas ou omitir circunstâncias significativas para a apreciação do risco pelo segurador, o contrato é anulável pelo segurador, nos termos do artigo 25.º, n.º 1 da LCS.

Caso esse incumprimento ocorra de forma negligente, o segurador pode, no prazo de três meses a contar do seu conhecimento propor uma alteração do contrato, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, alínea a) da LCS, ou fazer cessar o contrato, demonstrando que, em caso

¹⁴² *Ibidem*, p. 675.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

algum, celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexatamente, de acordo com o artigo 26.º, n.º, alínea b) da LCS.

d) Violação do direito ao esquecimento pelo segurador (responsabilidade civil por facto ilícito e ilícito de mera ordenação social)

Embora conste do seu sumário que pretende «proibir práticas discriminatórias», a lei do esquecimento não definiu, expressamente, quais as práticas discriminatórias contra pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde. Ainda assim, podemos extrair do contexto da lei que elas se traduzem «[n]o aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguros», bem como, através de interpretação extensiva, em *quaisquer outros termos contratuais que penalizem o proponente contratação de seguros, em razão de uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência já superada ou mitigada*.

Adicionalmente, também não prevê expressamente, se a violação da proibição de o segurador estipular essas condições contratuais penalizadoras conferem ao tomador ou pessoa segura o direito a indemnização.

Consequentemente, cumpre determinar quais as consequências jurídicas do incumprimento da proibição estipulada no artigo 3.º, n.º 1 e 2, em especial as consequências jurídicas plasmadas no direito civil.

À semelhança do que tem sido decidido nos casos de práticas discriminatórias em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, proibidas pela LAD, parece-nos evidente que a responsabilidade civil que importa aferir neste contexto é a responsabilidade civil por factos ilícitos, cujo regime encontra consagração no artigo 483.º.

Neste quadro, a constituição da obrigação de indemnização pressupõe a «*existência de uma conduta do agente (facto voluntário), a qual represente a violação de um dever imposto pela ordem jurídica (ilicitude), sendo o agente censurável (culpa), a qual tenha provocado danos (dano), que sejam consequência dessa conduta (nexo de causalidade entre o facto e o dano)*».¹⁴³ Naturalmente, que certas práticas (ações ou omissões)

¹⁴³ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I: *Introdução da Constituição das Obrigações*, p. 256.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

discriminatórias podem ser compreendidas como ilícitos civis, frequentemente acarretando danos (não patrimoniais e patrimoniais) na esfera jurídica do sujeito objeto da discriminação, resultantes do facto praticado pelo agente, o qual é suscetível de um júízo de reprovação ou censura. Consequentemente, do facto discriminatório - aumento do prémio, recusa de garantia de contrato de seguro ou qualquer outro tratamento discriminatório na contratação de seguros em razão da superação ou mitigação de uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência - pode resultar um dever de indemnizar.

De acordo com o artigo 483.º, n.º 1 do CC, o dever de indemnizar pode resultar da violação ilícita de um «direito de outrem ou [da] violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios». Não obstante a impossibilidade de conduzirmos aqui uma análise aprofundada sobre este aspeto, sempre diríamos que estamos perante uma situação que é contemplada por ambas as ilicitudes ali referidas: por violação de um direito alheio e por violação de norma de proteção.

Em suma, ainda na omissão de estipulação expressa nesse sentido, a violação da proibição de agravar o prémio ou recusar garantias de contrato de seguro (ou outros) dará lugar a indemnização por responsabilidade civil por facto ilícito (*responsabilidade civil extracontratual*), nos termos gerais do 483.º do CC, conquanto verificados e provados os pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos: a existência de um facto voluntário praticado pelo agente lesante, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

No que respeita ao seu sancionamento ao nível do direito de mera ordenação social, a Lei n.º 75/2021 procedeu à alteração do artigo 9.º, n.º 1 e 2 da LAD, estirando à violação do acordo previsto no artigo 15.º-A, que analisaremos melhor adiante, o regime sancionatório já previsto para as práticas discriminatórias em razão de deficiência e da existência de risco agravado.

O artigo 15.º-A prevê a *possibilidade* daquele acordo, entre outros objetivos gerais expressamente definidos no n.º 2 desse artigo, estabelecer termos e prazos findos os quais se consolida o direito ao esquecimento na esfera do tomador ou pessoa segura, conquanto sejam mais favoráveis aos previstos no n.º 2 do artigo 3.º da lei do esquecimento.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Mas, essa é apenas uma *possibilidade*: o artigo 3.º, como já temos vindo a defender, funciona como uma espécie de norma imperativa mínima, que o acordo procurará desenvolver, pelo que questionamos se não resultaria mais adequado o regime sancionatório abarcar, também, a violação daquela norma imperativa e geral.

No mais, cremos que esta norma sancionatória foi inserida de modo desadequado do ponto vista sistemático. Ela deveria integrar a própria lei do esquecimento, ao invés de um diploma cujo objeto é a proibição e punição de práticas discriminatórias contra pessoas *com* risco agravado de saúde e deficiência e não contra pessoas que *superaram* ou *mitigaram* essas situações de risco agravado e deficiência.

4.2.1.2 Alterações à Lei do Contrato de Seguro (LCS)

Além de alterar a Lei n.º 46/2006, a lei do esquecimento também procedeu à 3.ª alteração da LCS. Para o nosso estudo, importa realçar, concretamente, a modificação ao n.º 3 do artigo 15.º e o aditamento dos artigos 15.º-A e 15.º-B.

Relativamente ao n.º 3 do artigo 15.º, dispunha a versão original do preceito que «[n]o caso previsto no número anterior, não são proibidas, para efeito de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.»

A nova redação do preceito determina, como vimos no capítulo anterior, que «[n]o caso previsto no número anterior, as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador para efeitos de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, que não estejam proibidas pelo artigo 15.º-A, estão sujeitas a supervisão da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), devendo ser objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.»

Deste modo, encontrávamos, antes, uma clara e direta referência à licitude das práticas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do setor segurador, que deu agora

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

lugar a um preceito mais nebuloso. Como devidamente assinala LUÍS POÇAS, apesar da mudança na estrutura do preceito, o seu núcleo essencial foi mantido.¹⁴⁴

No entanto, a referência a práticas de avaliação, seleção e aceitação de riscos que *não estejam proibidas pelo artigo 15.º-A* não pode deixar de causar estranheza. Concordamos quando LUÍS POÇAS afirma que a remissão para o artigo 15.º-A é extremamente infeliz, dado que “o artigo nada permite nem proíbe, limitando-se a prever a celebração e o objeto genérico de um acordo (ANACS)”.¹⁴⁵

Mas mais: o ANACS trata de questões relativas ao acesso ao crédito e a contratos de seguros por parte de pessoas que *tenham superado ou mitigado* situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, não se aplicando, portanto, a pessoas *com* risco agravado de saúde ou deficiência. Em síntese, os preceitos tratam de matérias e situações distintas, pelo que, mesmo que o artigo 15.º-A proibisse qualquer prática de avaliação, seleção e aceitação de riscos, sempre persistiriam dúvidas quanto ao propósito de estender essa proibição para além do âmbito de aplicação daquele artigo.

a) O Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS)

Conforme brevemente mencionámos, o artigo 15.º-A veio requerer a celebração, pelo Estado, de um acordo nacional relativo ao acesso ao crédito e a contratos de seguro por partes de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência (ANACS), com «as associações setoriais representativas de instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mútuos, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros, bem como organizações nacionais que representam pessoas com risco agravado de saúde, pessoas com deficiência e utentes do sistema de saúde» (n.º 1).¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cfr. LUÍS POÇAS, *A Lei 75/2021*, p. 171

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 172.

¹⁴⁶ Uma vez mais, depreendemos elementos que apontam para a considerável inspiração do legislador nacional pela solução implementada no ordenamento jurídico francês, ao estabelecer a celebração de um acordo que guarda paralelos à *Convention AERAS (S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé)*, de 23 de junho de 2006.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Segundo o n.º 2 deste artigo, o ANACS tem como objeto *a)* assegurar o acesso sem discriminação ao crédito à habitação e aos consumidores por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência; *b)* assegurar que as instituições de crédito ou sociedades financeiras tenham em conta os direitos, liberdades e garantias dessas pessoas; *c)* definir categorias específicas de dados e informações que possam ser exigidas e operações de tratamento desses dados e informações e das suas garantias de sigilo; *d)* desenvolver um mecanismo de mediação entre os seguradores e as instituições de crédito e as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência; e *e)* definir orientações gerais relativamente à informação a divulgar obrigatoriamente nos sítios da Internet das instituições de crédito, das sociedades financeiras, das sociedades mútuas, das instituições de previdência e dos seguradores.

No que respeita ao âmbito de aplicação subjetivo, estabelece o n.º 3 que qualquer pessoa que tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência tem, na qualidade de consumidor, direito a beneficiar deste acordo na contratação de crédito à habitação e ao consumo, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados a estes créditos.

Encontram-se, todavia, expressamente excluídos pelo n.º 4 os beneficiários do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência, aprovado pela Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto. Os beneficiários deste regime são as pessoas que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresentem dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, lhe limitar ou dificultar a catividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoa (artigo 2.º da Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto, *ex vi* do artigo 3.º, alínea a) do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência) e com grau de incapacidade igual ou superior a 60 %.

Os destinatários deste acordo, ficando a ele obrigatoriamente vinculados, são «todas as instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedade mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros que exerçam em território português» (n.º 5). Portanto, os termos do acordo aplicam-se não só às empresas seguradoras com sede em território nacional, mas também àquelas cuja sede esteja localizada noutro Estado

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

membro, mas que operam em território português em regime de LPS, ou sediadas em países terceiros, mas que possuam sucursais em Portugal. De notar que o ANCAS é vinculativo para todas as entidades referidas no n.º 5, mesmo aquelas que não sejam dele signatárias por, por exemplo, não se encontrarem representadas por nenhuma associação que dele seja parte integrante.

Este artigo prevê no seu n.º 8 que o acordo referido defina um procedimento de fixação de uma grelha de referência que permita definir os termos e prazos para cada patologia ou incapacidade, em linha com o progresso terapêutico, os dados científicos e o conhecimento sobre o risco de saúde, de crédito ou segurador que cada patologia ou incapacidade represente.

No entanto, esses prazos e os termos definidos pelo acordo apenas podem ser mais favoráveis ao consumidor do que aqueles previstos no artigo 3.º, n.º 2. Isto significa, portanto, que o artigo 3.º, n.º 2 da Lei n.º 75/2021 forma uma espécie de *norma de imperatividade mínima*, prevendo ali prazos genéricos que o ANACS poderá alterar, tendo em vista as singularidades da patologia ou incapacidade em causa, apenas em sentido mais vantajoso para os beneficiários do direito ao esquecimento. Por fim, a referida grelha de referência deverá ser atualizada a cada dois anos, com o propósito de adaptar as suas disposições à constante renovação dos dados e conhecimentos científicos, e publicada, pelo Estado, nos sítios da Internet relevantes.

Esta grelha revelar-se-á de suma importância, particularmente considerando a manifesta indeterminação dos conceitos utilizados pela Lei n.º 75/2021, sobretudo nas noções de superação e mitigação de risco agravado de saúde, que servem de base à delimitação do âmbito subjetivo deste direito. Assim, o desenvolvimento desta grelha e demais elementos que compoem o acordo poderão trazer maior clareza acerca das patologias e doenças contempladas, por forma a garantir a segurança jurídica e a efetiva operacionalização deste regime, evitando, assim, que ele venha a representar um vazio.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Têm sido publicadas várias notícias que dão conta que a falta de celebração deste acordo tem levado à continuação da incerteza relativamente à aplicação e operacionalização prática do direito ao esquecimento, o que tem perpetuado as práticas discriminatórias de pessoas que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou de deficiência no acesso ao crédito à habitação ou ao consumo. Neste sentido, vd., por exemplo, *Atraso na Regulamentação da Lei do Direito ao Esquecimento obriga jovens a adiar sonhos* publicada em [dnoticias.pt](https://www.dnoticias.pt) a 13 de fevereiro de 2023 disponível em (<https://www.dnoticias.pt/2023/2/13/348196-atraso-na-regulamentacao-da-lei-do-direito-ao-esquecimento-obriga-jovens-a-adiar-sonhos/>); Sobreviventes de cancro e diabéticos ainda são

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Prevê ainda, no n.º 9, um dever de informação a cargo do segurador, segundo o qual, este deverá informar os requerentes de contratos de seguro associados a crédito à habitação ou ao consumo das disposições do direito ao esquecimento e dos termos do acordo celebrado, em formato e linguagem inteligível para não especialistas, a definir pelo CNSF em ficha de informação normalizada. O requerente deve, neste quadro, assinar que tomou conhecimento das referidas disposições.

O n.º 10, por sua vez, prevê a possibilidade de o acordo convencionar um mecanismo de *pooling* dos custos adicionais decorrentes da contratação de seguros ou créditos com pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco de saúde agravado ou de deficiência, a ser implementado e financiado exclusivamente pelas instituições privadas. Uma disposição desta natureza, no contexto do regime sob análise, não pode senão instigar desconcerto e instaurar desafios interpretativos, uma vez o enquadramento legal do direito ao esquecimento foi (*ou deveria ter sido*) delimitado com base na premissa de não existir um incremento do risco e, em decorrência disso, de não existirem custos adicionais, no caso da situação de risco agravado de saúde ou de deficiência ter sido superada ou mitigada.¹⁴⁸

Mas mesmo que, de facto, se antevejam custos adicionais, o que sempre exigiria uma clarificação do então enquadramento consagrado, a imposição de tal mecanismo ser implementado e financiado exclusivamente pelas instituições privadas perpetua esse estado de desconcerto. Se é ao Estado que incumbe «realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência», estando, por isso, constitucionalmente obrigado «a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos [...]» (artigo 71.º, n.º da CRP), impõe-se que o faça valendo-se dos diversos recursos que dispõe.¹⁴⁹

discriminados no acesso a seguros de vida e créditos, seis meses após lei entrar em vigor publicada em observador.pt em 2022 (disponível em <https://observador.pt/2022/05/31/sobreviventes-de-cancro-e-diabeticos-ainda-sao-discriminados-no-acesso-a-seguros-de-vida-e-creditos-seis-meses-apos-lei-entrar-em-vigor/>); e Lei do esquecimento entrou em vigor mas não está a ser aplicada por todos publicada em publico.pt a 4 de maio de 2022 (disponível em <https://www.publico.pt/2022/05/04/sociedade/noticia/lei-direito-esquecimento-entrou-vigor-nao-aplicada-2004899>).

¹⁴⁸ Esta mesma preocupação foi manifestada pela ASF no seu Parecer relativo ao Projeto de Lei que deu origem à consagração legal do direito ao esquecimento (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110342>).

¹⁴⁹ Para maior desenvolvimento, vd. Recomendação n.º 3/B/2008 [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de abril] de 10.03.2008, dirigida ao Ministro de Estado e das Finanças, elaborada pelo então

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Cumpra ainda destacar que o ANACS deverá, obrigatoriamente, ser sujeito a parecer preliminar da CNPD e da DGS (n.º 12) e que a fiscalização do seu cumprimento ou, na sua ausência, do decreto-lei que o substitua, competirá ao BdP e à ASF, no âmbito das matérias sob a sua supervisão respetiva.

Por fim, nos termos do n.º 12, na falta de acordo ou na circunstância da sua renúncia, não prorrogação ou não renovação, as matérias que este deveria abranger devem ser definidas por Decreto-lei, após consulta à CNPD, à DGS e ao CNSF. Ora, decorridos mais de dois anos da entrada em vigor da lei do esquecimento, continua por se concretizar a celebração do ANACS, bem como a aprovação do decreto-lei que o haveria de substituir. Tal conjuntura tem gerado inquietação entre as pessoas que já superaram situações de doença ou de deficiência, os quais, alegadamente, continuam a encontrar obstáculos na celebração de contratos de seguro de vida no contexto do acesso ao crédito à habitação e ao consumo, devido à não implementação efetiva da Lei n.º 75/2021 por parte das seguradoras, supostamente decorrente das complexidades interpretativas do seu enquadramento legal.

Como resultado, foi já aprovada e publicada em Diário da República, a 19 de janeiro de 2023, a Resolução da Assembleia da República 4/2023 – que teve origem em dois Projetos de Resolução (Projeto de Resolução 244/XV/1 e 273/XV/1) – que recomenda ao Governo, «de forma a responder à necessidade de assegurar a efetiva aplicação do disposto na Lei n.º 75/2021, realizar, em articulação com as associações setoriais representativas de instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros, bem como organizações nacionais que representam pessoas com risco agravado de saúde, pessoas com deficiência e utentes do sistema de saúde, as diligências necessárias ao início do processo negocial tendente à celebração do acordo nacional de acesso ao crédito e a seguros.»¹⁵⁰

Provedor de Justiça H. Nascimento Rodrigues, disponível em <https://www.provedor-jus.pt/recomendacoes-e-outras-decisoes/recomendacoes/?ano=2008>.

¹⁵⁰ Cfr. Resolução da Assembleia da República 4/2023, publicada em Diário da República n.º 14/2023, Série I de 2023-01-19, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=33806>.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

b) Situações equiparadas

O artigo 15.º-B, sob a epígrafe *situações equiparadas*, veio estabelecer que, para efeitos de aplicação do artigo 15.º-A, consideram-se igualmente abrangidas as pessoas que superaram situações de risco agravado e que, apesar de terem comprovadamente cessado a fase de tratamentos ativos, ainda tenham de realizar tratamentos coadjuvantes (n.º 1).

Como já aqui referimos, parece-nos que não deveria relevar, no contexto do direito ao esquecimento, as circunstâncias em que determinado sujeito superou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, uma vez que o aspeto de real interesse é a constatação de que essa situação, efetiva e comprovadamente, já não subsista, independentemente dos fatores que contribuíram para a sua não continuação. Consequentemente, criticámos a necessidade de realização de *protocolo terapêutico* para a verificação de uma situação de risco agravado de saúde. Pelo exposto, não sendo relevante em que termos a pessoa ultrapassou essa situação de risco agravado, sendo sim importante que ela já não se encontre nessa situação, então, logicamente, também não relevarão os tratamentos complementares que esta terá ainda de realizar.

Mas mais, o artigo 15.º-B pretendeu equiparar às situações abrangidas pelo ANACS uma situação que estava, a montante, já ali contemplada. É que um dos elementos que pressupõe a situação equiparada - *pessoas que superaram situações de risco agravado* – subsume-se, *per se*, no âmbito de aplicação subjetivo do artigo 15.º-A, cujo n.º 3 estabelece que têm direito a dele beneficiar «qualquer pessoa que tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde, na qualidade de consumidor», independentemente dessas pessoas necessitarem, ou não, de realizar tratamentos complementares.

Se o propósito subjacente era enfatizar que também aqueles indivíduos que, não obstante já não se encontrarem numa situação de risco agravado de saúde após a realização de protocolo que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos, ainda têm de realizar tratamentos coadjuvantes¹⁵¹, estão igualmente compreendidos pela noção de *pessoas que superaram situação de risco agravado de*

¹⁵¹ De acordo com o Projeto de Resolução n.º 244/XV/1.ª, apresentado pelo PAN e aprovado em Assembleia da República, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=151953>, esta disposição teve o intuito de abranger doentes com HIV, Hepatite C e doentes com determinados cancros.

- IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

saúde, o local mais adequado para incluir tal consideração seria, naturalmente, no próprio preceito que procede à definição dessa noção – o artigo 3.º, alínea a). Em suma, o que não se mostra adequado é equiparar uma situação a algo que já estava imbuído nela.

Do mesmo modo, não fica evidente por que razão este preceito remete para o acordo do artigo 15.º-A («para efeitos da aplicação do artigo anterior»), que como vimos tratará de melhor pormenorizar os termos do exercício do direito ao esquecimento, e não para a própria norma de consagração deste direito. Nem tampouco se vislumbra motivos para o preceito, à semelhança do artigo 15.º-A, ter sido incluído na LCS, ao invés de na Lei n.º 75/2021, que é o diploma, por excelência, que rege as matérias atinentes ao direito ao esquecimento.

4.3. RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Mas e aquelas pessoas que, tendo já superado uma doença grave, não cumprem os requisitos do direito ao esquecimento e, conseqüentemente, não são passíveis de usufruir dos seus benefícios? Imagine-se, por exemplo, uma pessoa que ultrapassou com sucesso uma doença oncológica há mais de 5 anos, não estando a realizar protocolo terapêutico, não cumpre os prazos estabelecidos no artigo 3.º, n.º 2, e, conseqüentemente, não se pode valer do direito ao esquecimento. Deverão essas pessoas que superaram condições de saúde adversas, mas que ainda assim podem representar um risco acrescido de recidiva em comparação com aqueles que não enfrentaram qualquer enfermidade, permanecer à mercê dos agravamentos sobre os quais já aqui discorremos e de todas as implicações que daí decorrem?

O exame da questão, tal como enunciada, convoca-nos para o quadro do papel do estado na reabilitação das pessoas com deficiência. Como já aqui tivemos oportunidade de nos debruçar, é a própria Constituição que incumbe ao Estado «realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores» (artigo 71, n.º 1 da CRP).

Portanto, ao Estado cabe não apenas desenvolver políticas que permitam a prevenção e tratamento de doenças e deficiências, mas também de reabilitação das pessoas que superaram uma condição de saúde adversa. Referimo-nos não só à reabilitação física, mas também à reinserção social que assegure a autonomia e qualidade de vida destas pessoas.

Mas mais, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o preceito do artigo 71.º, comporta duas vertentes: «[...] por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito dos deficientes a não serem privados de direitos ou isentos de deveres, e que se analise, portanto, num específico direito de igualdade; por outro, uma vertente positiva, que consiste no direito de exigir primariamente do estado (princípio do primado da responsabilidade pública) a realização das condições de facto que permitam tanto o tratamento da deficiência como o efetivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres dos cidadãos em geral.»¹⁵²

Assim, apesar de essenciais, a solução não deve ser composta apenas por mecanismos que tentem evitar o tratamento diferenciador que não seja objetivamente fundamentado em dados estatísticos e atuariais rigorosos, seja através da proibição genérica, seja através da proibição de recolha e tratamento de dados de saúde relativos a situações em que, em consonância com um amplo consenso científico, já não refletem um acréscimo do risco em que incorrerá a seguradora. Por outro lado, não consideramos ser razoável impor às seguradoras a cobrança de prémios inferiores aos que corresponderiam ao risco que irão efetivamente suportar, uma condição que, como exposto no Capítulo II, poderia afetar negativamente a solidez de todo o setor segurador.

Deste modo, é essencial que o Estado aproveite os meios que tem à sua disposição para compensar verdadeiramente as desigualdades, não se eximindo de ser um elemento integrante e ativo nas soluções neste domínio. Torna-se fundamental avaliar alternativas de exequibilidade prática que assegurem a essas pessoas o pleno reconhecimento e exercício dos seus direitos.

¹⁵² GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, op.cit., p. 880.

IV. Em concreto: práticas discriminatórias contra pessoas que superaram ou mitigaram uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência

Assim, é imperativo considerar a implementação, por exemplo, de mecanismos que possibilitem a assunção pública da discrepância entre o valor dos prémios fixados para os portadores de deficiência ou de risco agravado de saúde (ou para as pessoas que, superando ou mitigando essas condições, continuam a representar um acréscimo do risco e dos custos em que pode incorrer a seguradora) e aqueles associados à contratação de seguros de igual natureza, mas não destinados a esse grupo de cidadãos.¹⁵³

¹⁵³ Cfr. Recomendação n.º 3/B/2008 [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de abril] de 10.03.2008, dirigida ao Ministro de Estado e das Finanças, elaborada pelo então Provedor de Justiça H. Nascimento Rodrigues, disponível em <https://www.provedor-jus.pt/recomendacoes-e-outras-decisoes/recomendacoes/?ano=2008>.

5. CONCLUSÃO

No presente estudo, analisámos os obstáculos que as pessoas que superaram ou mitigaram uma doença grave ou deficiência enfrentam no acesso aos seguros, procurando dar resposta a essas dificuldades. À luz dessa análise, resta-nos, por fim, concluir o seguinte:

- i. As técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos representam o cerne de qualquer sistema de seguros. São estas técnicas que permitem às seguradoras aferir o risco que assumirão ao contratar e, assim, selecionar os riscos que pretendem cobrir e fixar o prémio correspondente. Deste modo, toda a indústria seguradora é baseada na capacidade de diferenciar (ou *discriminar*) entre os potenciais tomadores ou pessoas seguras através da análise e segmentação dos respetivos perfis de risco. Por isso, o termo discriminação é frequentemente empregue no domínio dos seguros de forma neutra, tomado no sentido de tratar diferentes grupos, a que equivalem distintos perfis de risco, de forma desigual. Esse tratamento desigual pode consubstanciar-se, entre outros, na recusa de contratar e no agravamento do prémio calculado.
- ii. O tratamento desigual entre segurados ou pessoas seguras, assente nos diferentes níveis de risco que representam, não levanta, geralmente, grandes preocupações quando o fator de diferenciação está relacionado com características atinentes a coisas. Porém, o mesmo não se dirá quando essas características consideradas respeitam a particularidades ou atributos pessoais.
- iii. Nesta senda, tem se constatado que indivíduos com deficiência ou risco agravado de saúde muitas vezes enfrentam condições contratuais mais desvantajosas comparativamente a pessoas sem essa condição. Essa preocupação tem suscitado intensa reflexão e culminou na aprovação de um diploma legislativo dedicado à proibição e punição das práticas discriminatórias em razão de deficiência ou da existência de risco agravado de saúde: a Lei n.º 46/2006, de 18 de agosto.
- iv. A Lei n.º 46/2006, de 18 de agosto veio proibir punir a discriminação direta e indireta na contratação de seguros. Foi expressamente proibida a recusa, por parte das seguradoras, de contratação de um seguro para pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde sem possibilidade de negociação e sem que o proponente possa sequer ter o risco que pretende cobrir analisado (discriminação

V. Conclusão

direta), bem como a recusa ou agravamento dos termos contratuais, com base num critério que, embora aparentemente neutro, não fosse objetivamente fundamentado na análise de risco efetuada (discriminação indireta).

- v. O artigo 15.º da LCS veio atestar o que já ali se estabelecia. Veio também instituir normas de proteção complementares, como o (i) dever de informação do segurador, obrigando-o a demonstrar junto do proponente a existência objetiva de uma situação de risco agravado e a sua proporção em relação ao agravamento do prémio, ou à recusa do seguro e (ii) a possibilidade do proponente reclamar da decisão do segurador junto da ASF.
- vi. Mesmo após os avanços alcançados nesse sentido, as imposições de condições mais gravosas continuaram a ser comuns para as pessoas que *ultrapassaram* uma doença grave ou uma deficiência. É que, para além dos dados estatísticos a que recorrem a seguradoras serem dados passados, que podem não refletir a realidade atual, quando estão em causa situações de cura de doenças ou patologias graves, outro problema surge: uma vez que o progresso dos tratamentos contra diversas patologias é uma conquista relativamente recente e que o prognóstico de muitos doentes está a evoluir rapidamente, é frequente a escassez de informações atualizadas, levando a avaliações de risco feitas com base em dados e modelos desatualizados.
- vii. De outra forma, deparando-se com estas dificuldades na avaliação do risco associado à recidiva de doenças e patologias, as seguradoras adotam, numa perspetiva de assegurar a sua estabilidade financeira, uma abordagem prudente, que resulta na recusa em contratar com ex-pacientes ou no agravamento das condições propostas.
- viii. Em virtude de, justamente, nos referirmos a pessoas que sobreviveram a uma doença grave ou deficiência, estas pessoas encontram-se, por definição, excluídas da proteção prevista no regime estabelecido pela Lei n.º 46/2006 e pelas normas de proteção complementares do 15.º da LCS.
- ix. Não significa isto que se verificava uma total lacuna na proibição de práticas discriminatórias contra pessoas que ultrapassaram uma condição de saúde adversa. O artigo 15.º, n.º 1 já estabelecia - e continua a estabelecer - uma proibição de caráter genérico em relação às práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade.

V. Conclusão

- x. Estas dificuldades verificam-se com maior premência na contratação de seguros do ramo vida, onde os seguradores, no contexto da avaliação do risco, procuram conhecer do estado de saúde, pretérito e atual, do proponente. São especialmente relevantes neste domínio os contratos de seguro de vida, devido à prática generalizada, no nosso país, de as instituições de crédito exigirem como condição necessária à concessão de crédito à habitação que o requerente contrate, em paralelo, um seguro de vida que garanta o pagamento das quantias devidas.
- xi. Portanto, para além das complicações associadas à contratação de seguros de vida, estas pessoas enfrentam obstáculos na obtenção de financiamento para aquisição de habitação junto das instituições financeiras, que se revela, como sabemos, fundamental ao efetivo exercício do seu direito à habitação.
- xii. Para agravar o quadro de acesso à habitação após uma doença grave ou deficiência, deixando de deter, porque superaram ou mitigaram uma situação de deficiência, uma incapacidade superior a 60%, passam a deixar de poder beneficiar do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência, que estabelece que para os beneficiários deste regime não é obrigatória a contratação de seguro de vida.
- xiii. Em síntese, por um lado, não sendo considerados pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde, deixam de poder beneficiar das normas de proteção concedidas pela Lei n.º 46/2006, das normas complementares do artigo 15.º e do regime do crédito bonificado à habitação, por outro, tendo um histórico de doença ou de deficiência, enfrentam uma perpétua estigmatização que impõe sérias barreiras à contratação de seguros do ramo vida e, conseqüentemente, ao acesso ao crédito à habitação.
- xiv. Uma das soluções avançadas é a incorporação, nos ordenamentos jurídicos, do direito ao esquecimento. O objetivo primordial deste direito é definir limites temporais após os quais as instituições financeiras, designadamente as seguradoras, já não podem obter, no âmbito da contratação de seguros ou da concessão de crédito, informações relativas a uma patologia que tenha sido previamente superada.
- xv. O legislador português concedeu recentemente àqueles que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou deficiência o direito a serem esquecidos, através da aprovação da Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2022. Esta lei proibiu, na contratação de

V. Conclusão

seguros obrigatórios ou facultativos associados a créditos à habitação ou ao consumo, o aumento do prémio de seguro ou a exclusão de garantias de contratos de seguro.

- xvi. Partindo da premissa que o direito ao esquecimento foi delineado sob o pressuposto de que os seus beneficiários não acrescem ao risco assumido pela seguradora, constatámos que a proibição de condições penalizadoras se encontrava já contemplada pelo artigo 15.º, n.º 1 da LCS, o qual estabelece uma proibição de âmbito geral de práticas discriminatórias. Logo, pelo menos neste domínio, o instituto do direito ao esquecimento não introduziu mudanças substanciais.
- xvii. Todavia, a lei do esquecimento não se contentou com essa proibição, tendo vedado, na fase pré-contratual, a recolha e tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores de qualquer informação de saúde relativa à sua situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência. É esta proibição que representa, em boa verdade, o direito ao esquecimento propriamente dito.
- xviii. Assim, verificados os pressupostos do direito ao esquecimento, o segurador não pode questionar a pessoa sobre informação de saúde relativa à situação de risco agravado ou de deficiência que mitigou ou superou; a pessoa segura pode licitamente omitir essa informação e, mesmo que essa informação seja espontaneamente fornecida pela pessoa segura, o segurador não poderá tratá-la nem a considerar para efeitos de avaliação do risco.
- xix. Por isto, somos da opinião que a lei do esquecimento, apesar das incoerências lógicas e inadequações sistemáticas, não representou um mero reforço puramente teórico do regime já previsto no artigo 15.º. Antes, veio estatuir uma espécie de *dupla proteção*, introduzindo, além da proibição do agravamento do prémio e a exclusão de garantias do contrato de seguro, que decorria já do artigo 15.º, n.º 1 da LCS, a possibilidade de o proponente omitir ou mentir legitimamente no que toca a informações sobre uma condição de risco agravado de saúde ou de deficiência superada ou mitigada.
- xx. Além disso, este novo regime, tem o potencial de consolidar as situações em que, de uma perspetiva científica e estatística, que esperamos real e atual, já não subiste um risco agravado de saúde em função de uma condição clínica passada, simplificando a posição dos potenciais tomadores ou pessoas seguras e, até, dos próprios seguradores.

V. Conclusão

- xxi. Verifica-se, contudo, que as pessoas que já superaram uma doença grave, mas que não cumprem os requisitos do direito ao esquecimento, permanecem à mercê do agravamento das condições contratuais e de todas as implicações que daí decorrem.
- xxii. Embora sejam fundamentais, a solução não deve depender exclusivamente de mecanismos que evitem tratamentos desiguais que não estejam objetivamente fundamentados em dados estatísticos e atuariais rigorosos.
- xxiii. Por outro lado, não consideramos ser razoável impor às seguradoras a cobrança de prêmios inferiores aos que corresponderiam ao risco que irão efetivamente suportar, uma condição que poderia afetar negativamente a solidez de todo o setor segurador.
- xxiv. É essencial que o Estado aproveite os meios que tem à sua disposição para compensar verdadeiramente as desigualdades, não se eximindo de ser um elemento integrante e ativo nas soluções neste domínio.
- xxv. Torna-se fundamental avaliar alternativas de exequibilidade prática que assegurem a essas pessoas, mesmo àquelas que continuam a representar um risco acrescido por possibilidade de recidiva, o pleno reconhecimento e exercício dos seus direitos, como mecanismos que possibilitem a assunção pública da discrepância entre o valor dos prêmios fixados para os portadores de deficiência ou de risco agravado de saúde ou para as pessoas que, superando ou mitigando essas condições.

BIBLIOGRAFIA

1. MONOGRAFIAS E PERIÓDICOS

ABRAHAM, KENNETH S. - EFFICIENCY AND FAIRNESS IN INSURANCE RISK CLASSIFICATION EM VIRGINIA LAW REVIEW, VOL. 71, N.º 3, ABRIL DE 1985, PP. 403-451.

AKERLOF, George A. - *The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism em The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, n.º 3, Chicago, 1970, pp-488-500.

ALVES, Francisco Luís - *Regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – presente e futuro em Forum XIV/31*, 2012.

ANTONIO, Katrien/ VALDEZ, Emiliano A. - *Statistical concepts of a priori and a posteriori risk classification in insurance em AstA Advances in Statistical Analysis*, Vol. 96, n.º 2, 2012, p. 187-224.

AVRAHAM, Ronen/LOGUE, Kyle D./SCHWARCZ, Daniel - *Understanding Insurance Antidiscrimination Laws em Southern California Law Review*, Vol. 87, 2014, pp. 195 e ss.

BAIOLO, Paola/GIBELLI, Filippo/CARAFFA, Anna M./RICCI, Giovanna - *Freedom from the stigma of oncologic disease: legislative and ethical aspects of the right to be forgotten in oncology em Minerva Forensic Medicine*, 143(2), 2023, pp. 57-63.

BERG, M./ ERDMANN, G./ HOFMANN, M./ JAGGY, M./ SCHERINGER, M./ SEILER, H. - *Was ist ein Schaden? Zur normativen Dimension des Schadensbegriffs in der Risikowissenschaft*, Zürich, 1994.

CANOTILHO, J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003.

CANOTILHO, J. Gomes/ MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, Vol. I., 4.^a Ed., Rev., Coimbra, 2007.

Bibliografia

CATHER, David A. - *Reconsidering insurance discrimination and adverse selection in an era of data analytics* em *The Genova Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, 45, 2020, pp. 426-456.

CORDEIRO, António Menezes – *Direito Comercial*, 5.^a Ed., Coimbra, 2022.

CORDEIRO, António Menezes – *Direito dos Seguros*, 2.^a Ed. rev. e at., Coimbra, 2016.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito Comercial*, I, 2.^a Ed. rev., Coimbra, 2007.

FISCHHOFF, Baruch - *Risk: a Guide to Controversy*, em *Improving risk communication*, Washington DC, 1989, pp. 270 e 271.

FREES, Edward. W./ HUANG, Fei - *The Discriminating (Pricing) Actuary*, 2021.

GOMES, Júlio - *O Dever de Informação do (Candidato A) Tomador de Seguro na Fase Pré-Contratual, À Luz do Decreto-Lei N.º 72/2008, de 16 de Abril* em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Coimbra, 2011, pp. 387-445.

GREENE, Mark Richard/ TRIESCHMANN, James S. – *Risk & Insurance*, 6.^a Ed, California, 1984.

GULPILHARES, Fábio - *O dever de declaração inicial do risco: âmbito, critério de relevância (materiality test) e sistemas de declaração espontânea vs. Sistemas de questionário fechado* em *Julgar Online*, outubro de 2020.

HARRINGTON, Scott. E/NIEHAUS, Gregory R. – *Risk Management and Insurance*, New York, 2004.

KNIGHT, Frank H. – *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, 1921.

LACERDA, Maurício Von Buck – *O seguro de responsabilidade civil. Aspectos gerais sobre a lei portuguesa do contrato de seguro* em *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 2, n.º 5, 2013, pp. 4023-4067.

Bibliografia

LEITÃO, Luís Menezes – *Direito das Obrigações, Vol. I, Introdução da Constituição das obrigações*, 14.^a Ed., Coimbra, 2016.

LUPERTO, Irene/PORRINI, Donatella - *Dynamic risk classification in a Law and Economics perspective: the Italian experience*, Kiel, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito dos Seguros: Apontamentos*, Lisboa, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano / TORRES, Leonor Cunha / OLIVEIRA, Arnaldo da Costa / RIBEIRO, Maria Eduarda / MORGADO, José Pereira / VASQUES, José / BRITO, José Alves de – *Lei do Contrato de Seguro – Anotada*, 4.^a Ed., Coimbra, 2020.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira - *Da incerteza ao Risco. As técnicas seguradoras e o seu referente, num diálogo com Knight em Boletim de Ciências económicas*, V. 57, T. 2, Coimbra, 2014, p. 2143-2210.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira - *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra, 2010.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira – *Seguro e doença oncológica em Cadernos da Lex Medicinæ*, N.º 2 - *Cancro e Direito*, Coimbra, 2018, pp. 21-38.

NASCIMENTO, Carlos B. Lopes do - *A Problemática da Informação Imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável em Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, n.º 2, 2015, pp. 3881-408.

NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: Do dever de proteção à proibição do défice*, Reimpressão 2019, Coimbra, 2018.

OLIVEIRA, Arnaldo da Costa - *Contrato de seguro: Proibição de discriminação em razão de deficiência e de risco agravado de saúde – o voto por empréstimo do STJ no sentido da continuação da evolução em O Direito*, A. 146, n.º 1, Coimbra, 2014, pp. 246-273.

OLIVEIRA, Arnaldo Da Costa / RIBEIRO, Eduarda - *Novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro: aspectos mais relevantes da perspectiva do seu confronto com o regime vigente em A. XII*, n.º 25, 2008, pp. 6-42.

Bibliografia

OLIVEIRA, Leonardo Quintanilha de – *Normas antidiscriminatórias no seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça* em *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, coord. ILAN GOLDBERG/THIAGO JUNQUEIRA, *Tomo I, 1.ª Ed.*, 2020, pp. 92-125.

OLIVEIRA, LEONARDO QUINTANILHA DE, *Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para a delimitação justa segmentação de riscos* em *Revista Jurídica de Seguros*, 2022, p. 36-72

PATRÍCIO, Miguel – *Análise económica do Risco aplicada à Atividade Seguradora* em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 61, n.º 2, 2020, p. 447-476.

POÇAS, Luís - *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros* em *Revista de Direito Comercial*, coord. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, 2022, pp. 87-157.

POÇAS, Luís – *Aproximação económica à declaração do risco no contrato de seguro* em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVV, n.ºs 1-4, 2016, a p. 285.

POÇAS, Luís - *Declaração do risco seguro e direito ao esquecimento* em *Revista de direito financeiros e dos mercados de capitais*, coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/PEDRO FRANCISCO LACERDA, Vol. 5, n.º 15, 2023, pp. 635-683.

POÇAS, Luís - *Os Seguros de Pessoas e o Tratamento de Dados Sensíveis* em coord. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, coord. ILAN GOLDBERG/THIAGO JUNQUEIRA, *Tomo I, 1.ª Ed.*, 2020, a p. 48.

POÇAS, Luís - *Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde* em *Banca Bolsa e Seguros*, n.º 3, 2018, pp. 217-302.

PRATA, Ana – *A tutela constitucional da autonomia privada*, Reimpressão da Ed. de 1982, Coimbra, 2017.

REGO, Lima Margarida – *A segmentação do mercado para avaliação dos riscos: que futuro?* em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, 2016, pp. 703-729.

Bibliografia

REGO, Lima Margarida – *Da inconstitucionalidade das normas permissivas de «discriminação racional»* em *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*, 2014, pp. 869-888.

REGO, Lima Margarida - *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010.

REGO, Lima Margarida/ SARAIVA, Rute Carvalho da - *Catástrofes Naturais e Seguros* em *Actas do Colóquio «Catástrofes naturais – uma realidade multidimensional»*, coord. Carla Amado Gomes/Rute Gil Saraiva, 2013, pp. 165-190.

ROCHA, Francisco Rocha - *O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas* em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXII, Vol. I e II, 2022, 341-364.

SCOCCA, Grazia/ MEUNIER, Françoise - *Towards an EU legislation on the right to be forgotten to access to financial services for cancer survivors* em *European journal of Cancer*, 162, Oxford, 2022, p. 133-137.

SILVA, João Calvão da - *Apólice “Vida Risco – Crédito Habitação”*: as pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde e o princípio da igualdade na Lei n.º 46/2006 em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136, nº 3942, 2007, pp. 158 a 170.

TZIRULNIK, Ernesto - *Direito ao seguro privado: discriminação e ação afirmativa* em *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, coord. JORGE MIRANDA/MARCO ANTÓNIO MARQUES DA SILVA, 2.ª Ed, São Paulo, 2009, pp. 1222-1235.

VARELA, João Antunes – *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Coimbra, 2017.

WALKER, Daniel - *Personal and Social Responsibility for Health* em *Ethics & International Affairs*, Vol. 16, N.º 2, 2002, pp. 47-55.

WORTHAM, Leah – *Insurance Classification: Too Important to be Left to the Actuaries* em *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 19, 1986, pp. 349-420.

2. ENDEREÇOS ELETRÓNICOS

Atraso na Regulamentação da Lei do Direito ao Esquecimento obriga jovens a adiar sonhos, notícia publicada em dnoticias.pt a 13 de fevereiro de 2023 [consultada a 12.04.2023], disponível em (<https://www.dnoticias.pt/2023/2/13/348196-atraso-na-regulamentacao-da-lei-do-direito-ao-esquecimento-obriga-jovens-a-adiar-sonhos/>).

Lei do esquecimento entrou em vigor mas não está a ser aplicada por todos, notícia publicada em publico.pt a 4 de maio de 2022 [consultada a 12.04.2023], disponível em <https://www.publico.pt/2022/05/04/sociedade/noticia/lei-direito-esquecimento-entrou-vigor-nao-aplicada-2004899>).

Manual de Legislação Europeia Antidiscriminação elaborado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa [consultado a 10.02.2023], disponível em <http://fra.europa.eu/pt/publication/2021/manual-sobre-legislacao-europeia-antidiscriminacao-edicao-de-2018>.

Projeto de Resolução n.º 244/XV/1.^a, apresentado pelo PAN e aprovado em Assembleia da República, que recomenda ao Governo que “assegure o direito ao esquecimento”, dando início à negociação do acordo nacional relativo ao acesso ao crédito e a contratos de seguros por parte de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, de forma a operacionalizar o direito ao esquecimento consagrado na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro [consultado a 4.08.2023], disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=151953>.

Pronúncia da ASF sobre o Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, p. 10 [consultado a 14.04.2023], disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110342>.

Recomendação n.º 3/B/2008 [artigo 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de abril] de 10.03.2008, dirigida ao Ministro de Estado e das Finanças, elaborada pelo então Provedor de Justiça H. Nascimento Rodrigues [consultada a 23.03.2023], disponível em

Bibliografia

<https://www.provedor-jus.pt/recomendacoes-e-outras-decisoes/recomendacoes/?ano=2008>.

Relatório de Regulação e Supervisão de Conduta de Mercado – 2010, Lisboa, pág. 57 [consultada a 18.02.2023], disponível em https://emitentes.pt/wp-content/uploads/2018/01/192_logos_11232011_ISP_Relatorio_de_Supervisao_e_condu ta_Mercado.pdf

Resolução da Assembleia da República 4/2023, publicada em Diário da República n.º 14/2023, Série I de 2023-01-19 [consultada a 4.8.2023], disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=33806>.

Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 2 de abril de 2009, sobre a proposta de Diretiva do Conselho, de 2 de julho de 2008 [consultada a 20.06.2023], disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0211_PT.html.

Sobreviventes de cancro e diabéticos ainda são discriminados no acesso a seguros de vida e créditos, seis meses após lei entrar em vigor, notícia publicada em observador.pt em 2022 [consultada a 12.04.2023], disponível em <https://observador.pt/2022/05/31/sobreviventes-de-cancro-e-diabeticos-ainda-sao-discriminados-no-acesso-a-seguros-de-vida-e-creditos-seis-meses-apos-lei-entrar-em-vigor/>.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do TRP de 10.12.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1 (Relator: Ramos Lopes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/87ba19ceef91111a802577e600567f4f?OpenDocument>.

Ac. do TC n.º 852/2014, de 10.12.2014, proferido no âmbito do processo n.º 1359/13 (Relator: Conselheiro João Pedro Caupers), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140852.html>.

Ac. do TC n.º 563/96, de 10.04.1996, proferido no âmbito do processo 198/93 (Relator: Tavares da Costa), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960563.html>.

Ac. do STJ de 04.10.2007, proferido no âmbito do processo n.º 07P0809 (Relator: Rodrigues da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3f3fae12a87ab8da80257378002edd76?OpenDocument>.

Ac. do TRL de 30.06.2008, proferido no âmbito do processo n.º 4882/2008-9 (Relator: Rui Rangel), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/8cac11c0fbb3ec6a80257491003da99f?OpenDocument>.

Ac. do TC n.º 852/2014, proferido no âmbito do processo n.º 1359/13 (Relator: Conselheiro João Pedro Caupers), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140852.html>.

Ac. do TRP de 12.10.2010, proferido no âmbito do processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1 (Relator: Ramos Lopes), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/87ba19ceef91111a802577e600567f4f?OpenDocument>.

Bibliografia

Ac. do TRG de 24.09.2015, proferido no âmbito do processo n.º 31/11.5TBCHV.G1 (Relator: Jorge Teixeira), disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1f69b7eeeedaae9380257eec0052652b?OpenDocument>.

Ac. do TC n.º 486/18, de 04.10.2018, proferido no âmbito do processo n.º 589/2017 (Relator: Conselheiro Fernando Ventura), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180486.html?impressao=1>.

Ac. do TRP de 23.02.2016, proferido no âmbito do processo n.º 3376/09.0TBRD.P2 (Relator: Tomé Ramião), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/552BB3D2080FF10C80257F93003127A7>.

Ac. do STA de 05.15.2003, proferido no âmbito do processo n.º 01802/02 (Relator: Cândido de Pinho), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c8b62e8b652da5ff80256d3500348ebc?OpenDocument&ExpandSection=1>.

Ac. do STJ de 11.11.2020, proferido no âmbito do Processo n.º 3471/17.2T8VNG.P1.S1 (Relator: Rosa Tching), disponível em <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/59290b8137affad180258636006d1cde?OpenDocument>.

Ac. do TRP de 08.07.2015, proferido no âmbito do processo 487/11.6TBMTS.P1 (Relator: Rui Moreira), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0b4fbe780120452880257e96003b28e2?OpenDocument>.

SUMÁRIO

MODO DE CITAR E OUTAS CONVENÇÕES	V
SIGLAS E AREVIATURAS	VI
RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
1. INTRODUÇÃO	9
2. A ATIVIDADE SEGURADORA	13
2.1. O contrato de seguro e o risco	13
2.2. Avaliação, seleção e aceitação do risco	16
2.3. Assimetria de informação e o dever de declaração inicial do risco	20
3. PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS NA ATIVIDADE SEGURADORA	23
3.1. Delimitação do problema.....	23
3.2. Tensão entre o princípio da livre iniciativa económica privada e o direito à igualdade e não discriminação	24
3.3. Critérios para a delimitação da justa avaliação e seleção de riscos na atividade seguradora	28
3.4. Práticas discriminatórias contra pessoas com deficiência e com risco agravado de saúde	33
3.4.1 Considerações Gerais	33
3.4.2 Enquadramento legal da proibição da discriminação em razão de deficiência e da existência risco agravado de saúde no acesso aos seguros	34
3.4.3 Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto	37
3.4.4 O artigo 15.º da Lei do Contrato de Seguro (LCS)	45

4. EM CONCRETO: PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS CONTRA PESSOAS QUE SUPERARAM OU MITIGARAM UMA SITUAÇÃO DE RISCO AGRAVADO DE SAÚDE OU DE DEFICIÊNCIA	48
4.1. Delimitação do problema.....	48
4.2. Direito ao esquecimento.....	51
4.2.1 Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro	53
4.2.1.1 Direito ao esquecimento	54
a) Âmbito subjetivo	55
b) Âmbito objetivo	59
c) A coexistência do dever de informação e o direito ao esquecimento	67
d) Violação do direito ao esquecimento pelo segurador (responsabilidade civil por facto ilícito e ilícito de mera ordenação social)	75
4.2.1.2 Alterações à Lei do Contrato de Seguro (LCS)	77
a) O Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS)	78
b) Situações equiparadas	83
4.3. Responsabilidade pública	84
5. CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	92
1. Monografias e Periódicos	92
2. Endereços Eletrónicos.....	97
JURISPRUDÊNCIA	99

Fim do documento.