



A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros

Luís Poças¹

Os desgostos me vão levando ao rio
Do negro esquecimento e eterno sono.

Luís de Camões, *Lusíadas*, X, 9, 5-6

I – Introdução

A recentemente publicada Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro², que 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, constitui a terceira peça de um *puzzle* que teve o seu início com a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, e que promete não se ficar por aqui³.

¹ Doutor em Direito (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); General Counsel da Una Seguros; Vice-Presidente da AIDA Portugal (Associação Internacional de Direito dos Seguros); Coordenador do grupo de trabalho *Compliance* da Associação Portuguesa de Seguradores; Investigador Doutorado Integrado do DINÂMIA'CET (ISCTE-IUL).

² Também doravante referenciada como *lei do esquecimento*.

³ Tivemos oportunidade de abordar a problemática em Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 731 ss. e, em especial, 764-781. Retomamos agora o tema à luz dos recentes desenvolvimentos legislativos.



Na senda das medidas legislativas que a precederam, é motivada por propósitos de elevada generosidade, mas – no que aos seguros respeita – prenuncia um impacto potencial cujas consequências não são ainda inteiramente antecipáveis, atendendo às vertentes do regime carecidas de clarificação e de regulamentação.

O diploma, de um modo geral, não é uma inovação do legislador português, antes procurando importar soluções com precedente em França e, mais recentemente, na Bélgica. O presente texto não constitui, porém, um exercício de Direito comparado, não procurando aferir das semelhanças e diferenças entre aqueles regimes e o que se visa agora implementar. Focar-se-á, sim, no regime que sai da pena do legislador nacional, dos seus méritos e – infelizmente – das suas muitas e graves debilidades.

Como melhor veremos – restringindo a nossa análise sempre ao contexto da atividade seguradora e do contrato de seguro –, e não obstante os referidos precedentes de Direito comparado, o tecido normativo agora publicado apresenta-se incipiente, incompleto e com incongruências lógicas, materiais e valorativas que parecem comprometer a sua operacionalidade e eficácia. Desses aspetos daremos conta ao longo deste artigo, que procurará, por via interpretativa, estabelecer o sentido útil do regime e determinar em que medida poderá o seu alcance regulador encontrar aplicação imediata.

Para tanto, será necessário, ainda que brevemente, retomar o percurso normativo que – em matéria de proibição, em seguros, da discriminação em função da deficiência ou risco agravado de saúde – conduziu ao presente diploma, detendo-nos sobre as precedentes peças do mencionado *puzzle*.



Antes, porém, importa contextualizarmos o tema objeto de análise no quadro do problema social – problema da vida corrente carecido de solução normativa – que o envolve e do enquadramento que o mesmo encontra no plano dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

II – Saúde, igualdade e não discriminação

II.1 – O problema

O tema da desigualdade em função do estado de saúde está longe de ser novo no domínio dos seguros. No passado recente, o mesmo foi suscitado no contexto da SIDA⁴ e do projeto do Genoma Humano⁵. A preocupação subjacente é a de que, sobretudo nos seguros de pessoas (e, em particular, nos de vida e saúde), assentando a seleção do risco segurável, pelo segurador, numa diferenciação em função do estado de saúde dos indivíduos – de tal forma que as situações de saúde mais graves, representando uma

⁴ Cfr., por exemplo, Carl Japhet, “L’assurance vie face au SIDA”, in Catherine Labrusse-Riou *et al.*, *Le Droit Saisi par la Biologie - Des Juristes au Laboratoire*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 39-74.

⁵ Cfr., por exemplo, Helena Pereira de Melo, *Implicações Jurídicas do Projeto do Genoma Humano: Constituirá a Discriminação Genética Uma Nova Forma de Apartheid?*, Vol. I, [S.l.], Associação Portuguesa de Bioética, 2007; Stela Barbas, *Direito do Genoma Humano*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 435 ss. e 621 ss.; Guilherme de Oliveira, “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in Guilherme de Oliveira, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, pp. 101-163; Eduardo Mangialardi, “El Proyecto Genoma Humano y el Seguro de Personas”, *Revista Española de Seguros*, n.º 105 (jan.-mar. 2001), pp. 7-19.



probabilidade de sinistro mais elevada, implicam inerentemente o pagamento de um prémio mais alto, ou mesmo a recusa da cobertura do risco – essa seleção pudesse traduzir-se numa prática discriminatória.

Nesse contexto, verificar-se-ia uma discriminação negativa, injusta por natureza, dos doentes ou deficientes, designadamente no acesso a seguros de vida e, por esta via, também no acesso a crédito bancário (quando este esteja condicionado à contratação daquele seguro), e, logo, no acesso à aquisição de habitação ou de certos bens de consumo. É este, em suma, o problema social que, assumido pelo poder público como problema jurídico, veio a suscitar a intervenção do legislador no sentido de o regular.

II.2 – A matéria à luz da Constituição

Como é sabido, o princípio da igualdade, legado pela *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1793, tem consagração, designadamente, no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP)⁶. Dispõe o n.º 1 deste artigo que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. O princípio da igualdade fundamenta-se, assim, numa *qualidade da essência humana* comum a todos os homens, constituindo um elemento base da ideia de pessoa em que assenta a personalidade

⁶ Refira-se também, na CRP: a tutela contra quaisquer formas de discriminação, prevista no artigo 26.º; a consagração dos direitos dos cidadãos portadores de deficiência, no artigo 71.º; ou a alínea d) do artigo 9.º, nos termos da qual, são tarefas fundamentais do Estado promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a *igualdade real* entre os portugueses.



física e moral dos indivíduos⁷.

Ademais, dispõe o n.º 2 do artigo 13.º da CRP que são ilícitas quaisquer *discriminações arbitrárias ou carecidas de fundamento material*, por parte de entidades públicas ou privadas, *designadamente* em função da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual⁸. Abrangem-se tanto as discriminações diretas como indiretas (as que, assentando num critério aparentemente neutro, produzem efeitos materialmente infundados e desiguais para categorias de pessoas diversas)⁹.

Por outro lado, o princípio da igualdade compreende a *igualdade de oportunidades*, ou seja, a criação pelo poder público – designadamente, por via legislativa – de fatores de discriminação positiva que colmatem uma desigualdade (de oportunidades) *de facto*, colocada no plano social, económico, cultural, etc.

⁷ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direitos da Personalidade* (Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVI, 1990), 2.ª Ed., Coimbra, 1992, p. 81; Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, p. 289.

⁸ É entendimento da doutrina que esta enumeração é meramente exemplificativa, mencionando apenas as categorias historicamente mais relevantes (que são também as que merecem do legislador uma recusa mais veemente). Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, pp. 339-340; Helena Pereira de Melo, *Jurídicas do Projeto do Genoma Humano: Constituirá a Discriminação Genética Uma Nova Forma de Apartheid?*, *cit.*, p. 369; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Ed., 2005, pp. 230-231.

⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *idem*, p. 341.



O princípio da igualdade, pilar essencial da CRP, perpassa por todo o ordenamento, aplicando-se horizontalmente às relações entre particulares, designadamente em atos ou negócios jurídicos (sancionados com a invalidade ou responsabilidade civil), e impondo, a entidades ou a particulares com estabelecimentos abertos ao público, um dever de igualdade de tratamento¹⁰.

Sem prejuízo do enquadramento constitucional, o domínio da igualdade e não discriminação em função do estado de saúde, na atividade seguradora, foi objeto, como já adiantámos¹¹, de desenvolvimentos legislativos específicos, em três etapas distintas, mas ligadas entre si. Vejamos quais.

III – As etapas anteriores do percurso legislativo

Aludimos no início do presente texto às imagens de um *trajeto normativo*, mas também de *três peças de um puzzle*¹². Na verdade, não podemos falar da *lei do esquecimento* sem referir os outros dois diplomas que, quanto à mesma matéria, a precederam historicamente, mas que com ela também convivem em regime de complementaridade. A interligação entre os três diplomas é manifesta, de tal forma que nenhum deles goza de plena autonomia face aos demais nem dispensa, na sua interpretação, o concurso dos restantes. Aliás, a própria Lei n.º 75/2021 não teve a pretensão de regular isoladamente a matéria sem introduzir alterações nos

¹⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *idem*, pp. 347-348; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, *cit.*, p. 237.

¹¹ *Supra*, I.

¹² *Supra*, I.



diplomas precedentes. Vejamos então o contributo de cada um dos diplomas para a disciplina da matéria.

III.1 – A Lei n.º 46/2006

I – A citada Lei n.º 46/2006 tem por objeto prevenir, proibir e sancionar a discriminação, direta ou indireta¹³, em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde (artigo 1.º). Com relevância no domínio dos seguros – é esta, aliás, a única referência do diploma a seguros – considera o mesmo como práticas discriminatórias, violando o princípio da igualdade, *designadamente*, a recusa ou o condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis, bem como do acesso ao crédito bancário para compra de habitação, *assim como a recusa ou penalização na celebração de contratos de seguros* (alínea c) do artigo 4.º).

II – Uma primeira questão, essencial para a compreensão do sentido e alcance normativo do diploma, assenta na noção de *risco agravado de saúde*. Ora, nos termos da alínea c) do respetivo artigo 3.º, entende-se por pessoas com risco agravado de saúde aquelas

¹³ Nos termos das alíneas a) e b) do artigo 3.º do diploma, considera-se *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, e *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.



«que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional *irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante, sem perspectiva de remissão completa* e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de *invalidéz precoce* ou de *significativa redução de esperança de vida*»¹⁴.

Como resulta da formulação literal, a noção assenta na verificação *cumulativa* (evidenciada, aliás, pelo recurso à conjunção “e”), de vários requisitos bastante exigentes. Trata-se, portanto, de uma noção de âmbito extremamente restritivo. Não está em causa uma qualquer doença com impacto duradouro na qualidade de vida da pessoa, mas terá (para além dos demais requisitos) de ser causa potencial de *invalidéz precoce* ou de *significativa redução* da esperança de vida.

Outro aspeto de grande relevância – como veremos melhor adiante¹⁵ – da noção é a tónica colocada no carácter definitivo e sem retorno da situação clínica (recurso ao adjetivo *irreversível* e à expressão *sem perspectiva de remissão completa*).

Em suma, portanto, a noção atém-se apenas às situações clínicas de tal gravidade que verifiquem cumulativamente os vários requisitos por ela exigidos. Por outro lado, o que preenche (ou não) a noção é a situação clínica objetiva da potencial pessoa segura, e não a política de seleção e avaliação do risco do segurador. Por outras palavras, o facto de a política de avaliação do risco, pelo segurador, determinar a aplicação de um sobreprémio a uma

¹⁴ Sublinhados nossos.

¹⁵ *Infra*, IV.2.1.



determinada patologia crónica não determina que a mesma seja qualificável como *risco agravado de saúde*, só o sendo se e na medida em que verifique os vários requisitos da noção legal¹⁶.

III – Outra questão de enorme relevância é a do âmbito de aplicação do próprio diploma, designadamente a de saber se o mesmo se estende a todos os ramos de seguros ou apenas aos contratos de seguro (concretamente, aos de vida) associados a contratos de crédito à habitação.

Como vimos¹⁷, a referência aos seguros (sem discriminar as modalidades contratuais em causa) surge incidentalmente a propósito da identificação de práticas discriminatórias no acesso à habitação¹⁸. Assim, o elemento sistemático da interpretação parece restringir a proibição das práticas discriminatórias apenas aos contratos de seguro que, em concreto, sejam conexos com o acesso à habitação, isto é, àqueles cuja contratação surja associada à celebração de um mútuo bancário destinado a financiar a compra de um imóvel para habitação.

¹⁶ É pacífico na doutrina que a necessidade de fundamentação da recusa ou agravamento se reporta *apenas* a situações de deficiência ou de risco agravado de saúde. Cfr., por exemplo, Francisco Luís Alves, “A discriminação e a avaliação do risco nos seguros”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 52.º, n.º 3-4 (jul.-dez. 2011), p. 250.

¹⁷ *Supra*, III.1.1.

¹⁸ Como nota João Calvão da Silva, tal decorre da prática generalizada de os bancos exigirem, como garantia do crédito concedido, a celebração de um seguro de vida – 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”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136.º, n.º 3942 (jan.-fev. 2007), p. 160.



Porém, quer o âmbito de aplicação enunciado no artigo 1.º, quer a letra do corpo do artigo 4.º (recurso ao advérbio de modo *designadamente*, a evidenciar o caráter exemplificativo da enumeração ali consagrada) permitem concluir que o alcance normativo do diploma se estende potencialmente a todas as modalidades de contratos de seguro (com particular pertinência quanto aos seguros de pessoas), e não apenas aos seguros de vida associados a crédito à habitação¹⁹.

IV – Para além de visar prevenir e proibir a discriminação em razão da deficiência ou risco agravado de saúde, o diploma em apreço visa igualmente sancionar as práticas discriminatórias. Para o efeito, estão previstas, como medidas de tutela das pessoas afetadas, o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais (artigo 7.º); a punição, como prática contraordenacional, mediante a aplicação das coimas previstas no artigo 9.º, e a aplicação das sanções acessórias previstas no artigo 10.º²⁰.

V – Aquando da sua publicação, o diploma em análise suscitou, no setor segurador, grande perplexidade. Com efeito, a interpretação do regime ali consagrado parecia levar à conclusão de que o segurador não poderia aplicar, relativamente a pessoa deficiente ou com risco agravado de saúde, condições tarifárias (ou

¹⁹ Também neste sentido, Leonor Cunha Torres, “Artigo 15.º - Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 73; e Francisco Luís Alves, “O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – Presente e futuro”, *Fórum*, Ano XVI, n.º 31 (fev. 2012), pp. 34 e 36.

²⁰ Sobre as consequências do incumprimento do regime, cfr. Francisco Luís Alves, “A discriminação e a avaliação do risco nos seguros”, *cit.*, pp. 227 ss.



outras) mais gravosas do que as aplicáveis a uma pessoa saudável, mormente, que não poderia recusar a cobertura do risco²¹.

Ora, como é sabido, o objeto do contrato de seguro consiste na cobertura de um risco pelo segurador (artigo 1.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 26 de abril – Lei do Contrato de Seguro, doravante, LCS). Tratando-se de um contrato aleatório, o equilíbrio das posições das partes resulta de uma congruência entre o risco coberto pelo segurador (probabilidade de ocorrência do sinistro e grandeza previsível do mesmo, tal como resulta de avaliação do segurador) e o prémio, ou outras condições tarifárias, suportados pelo tomador do seguro. O prémio corresponde, portanto, à contrapartida da cobertura acordada (n.º 1 do artigo 51.º da LCS), devendo ser adequado e proporcionado aos riscos a cobrir pelo segurador e calculado no respeito dos princípios da técnica seguradora (n.º 2 do artigo 52.º da LCS).

Ora, nos seguros de pessoas (em especial nos ramos vida e doença), o risco incorrido pelo segurador assenta, em grande medida, no estado de saúde da pessoa segura. Devendo existir uma equiparação entre o risco coberto e o prémio pago, naturalmente que a seleção dos riscos e a sua correspondente tarifação não pode deixar de atender ao estado de saúde das pessoas seguras. Noutros casos, a deficiência poderá ser também um critério relevante de aferição do risco.

Por outro lado, a não diferenciação do prémio (ou das condições de aceitação do risco) em função da situação clínica – isto é, a

²¹ É este o entendimento acolhido, por exemplo, no Ac. TRP de 12/10/2010 – Proc. n.º 3376/09.OTBPRD.P1 (Ramos Lopes).



aplicação do mesmo prémio independentemente do risco clínico incorrido – para além de afetar o equilíbrio contratual entre as partes, comporta o perigo de ocorrência da chamada seleção adversa. Este fenómeno, que resulta da ausência da seleção dos riscos e de tarifação em função da classe de risco representada, leva à progressiva degradação da massa de riscos seguros, pelo progressivo afastamento dos melhores riscos (os de menor probabilidade e intensidade de ocorrência) e pela progressiva concentração dos piores riscos (os de maior probabilidade e intensidade)²².

Creemos que sem necessidade de maior desenvolvimento²³, a estupefação à data suscitada pelo diploma no setor segurador traduzia-se no seguinte: ou o âmbito de aplicação da Lei n.º 46/2006 se reportava aos seguros em que o risco é alheio ao estado de saúde da pessoa segura (por exemplo, seguros de coisas), caso em que o regime era inteiramente incontroverso e até desnecessário; ou visava os seguros assentes numa diferenciação de condições (tarifárias ou outras) em função, designadamente, do risco clínico, caso em que essa aplicação se revelava inexequível, na medida em que era incompatível com as bases de funcionamento técnico da atividade seguradora.

O diploma revelava, em suma, um desconhecimento ou incompreensão das especificidades dos seguros – confundindo a discriminação discricionária (intolerável à luz dos princípios

²² Desenvolvidamente, Luís Poças, “Aproximação económica à declaração do risco no contrato de seguro”, in Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direitos dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 52-58.

²³ Retomaremos o tema adiante (*infra*, IV.5).



constitucionais) com uma diferenciação justificada pelas bases técnicas e pela própria lógica económica em que assenta a atividade seguradora –, suscitando mesmo questões de constitucionalidade²⁴.

A estas perplexidades não dava o diploma resposta, mesmo lançando mão de toda a generosidade e bom senso interpretativo. O aprofundamento e a clarificação normativa que se impunham teriam de aguardar pela etapa legislativa seguinte, pouco depois consubstanciada na LCS.

III.2 – O artigo 15.º da LCS

I – Com a maior relevância para a matéria que nos ocupa, o n.º 1 do artigo 15.º da LCS, proclama a proibição de quaisquer práticas discriminatórias em violação do princípio da igualdade, nos termos previstos no artigo 13.º da CRP²⁵.

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 15.º considera práticas

²⁴ Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 141, n. 288.

²⁵ Segundo Leonor Cunha Torres, a solução consagrada terá ponderado, não apenas o artigo 13.º da CRP, mas igualmente o direito da livre iniciativa privada (artigo 61.º da CRP) e o funcionamento eficiente dos mercados (alínea f) do n.º 1 do artigo 81.º da CRP), direitos económicos equiparados aos direitos fundamentais (artigos 17.º e 18.º da CRP). Leonor Cunha Torres, “Artigo 15.º - Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada, cit.*, p. 72. Sobre a discriminação em seguros, nas suas diversas vertentes, cfr. Thiago Junqueira, *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*, São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2020, pp. 80 ss.



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*, ressaltando o n.º 3 a licitude, para efeito de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, das 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.

Numa formulação mais tarde introduzida pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, dispõe o n.º 4 do preceito que, em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro ou de agravamento do respetivo prémio²⁶ em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, o segurador deve, com base nos dados obtidos nos termos do número precedente, prestar ao proponente, sem dependência de pedido nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores

²⁶ O preceito não prevê que o segurador assuma outras alternativas para além da aceitação, recusa ou agravamento (por exemplo, a opção por uma exclusão parcial de cobertura). O propósito da lei não terá sido o de espartilhar o segurador entre uma decisão de recusa pura e simples ou uma de agravamento, o que, na ausência de alternativas, sempre poderia induzir à recusa, mais gravosa para o proponente. Do nosso ponto de vista, será de efetuar interpretação extensiva, no sentido de a referência ao agravamento do prémio abranger também outras situações de reequilíbrio entre o risco e o prémio, designadamente a restrição do âmbito da cobertura. No mesmo sentido Arnaldo 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”, *O Direito*, Ano 146.º (2014), n.º 1, p. 249.



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 em que deve ser prestada informação sobre exames médicos realizados (n.ºs 3 a 6 do artigo 178.º da LCS²⁷).

II – O preceito previa ainda, inicialmente, uma disciplina para as situações em que o proponente não se conformasse com a decisão do segurador de recusa ou agravamento do prémio. Nesse caso, podia o mesmo solicitar a uma comissão tripartida – composta por um representante do Instituto Nacional para a Reabilitação, I. P., um representante do segurador e um representante do Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P. – que emitisse um *parecer não vinculativo* sobre o rácio entre os seus 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.

Na sua redação atual, prevê-se (n.º 6 do artigo 15.º) que, quando comunica a decisão de recusa ou de agravamento, o segurador deve informar o proponente da possibilidade de reclamar junto da ASF, a qual, em caso de incumprimento do dever de informação nos termos previstos no n.º 4, ou de discordância ou insatisfação em relação à decisão de recusa ou de agravamento, afere da

²⁷ Será de entender que a prestação desta informação à pessoa segura não requer a intervenção de um médico, ainda que a pedido da pessoa segura, já que – diversamente da solução do n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, e da *ratio* subjacente à mesma – na solução especial do n.º 4 do artigo 15.º da LCS a informação comunicada não será de molde a surpreender a pessoa segura. Neste sentido, Arnaldo Oliveira - “Artigo 15.º - Comentários complementares”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, *cit.*, p. 74.



observância do regime aplicável por parte do segurador (n.º 5).

Vejamos, então, as questões mais relevantes sobre esta segunda peça do *puzzle*.

III – Sobre o âmbito de aplicação do artigo 15.º da LCS não se colocam já as dúvidas que resultavam da Lei n.º 46/2006. Trata-se agora, inquestionavelmente, de uma disposição de aplicação transversal a todos os ramos de seguros, como resulta da sua letra, da sua inserção sistemática e do próprio âmbito do diploma em que se insere.

Quanto à articulação entre a alínea c) do artigo 4.º do Lei n.º 46/2006 e o artigo 15.º da LCS, não parecem suscitar-se também dúvidas significativas. Por um lado, o artigo 15.º constitui um desenvolvimento do regime da Lei n.º 46/2006, colmatando dúvidas e perplexidades que deste resultavam²⁸, pelo que o mesmo deverá ser completado e interpretado à luz do artigo 15.º, de âmbito amplo e de publicação posterior.

Mas a complementaridade entre as duas peças legislativas é ambivalente. Com efeito, o artigo 15.º, ao recorrer à expressão *risco agravado de saúde* sem a definir, impõe – no quadro da unidade e a coerência do sistema jurídico – uma remissão para a definição

²⁸ Arnaldo Oliveira e Eduarda Ribeiro, “Novo regime jurídico do contrato de seguro – Aspetos mais relevantes da perspectiva do seu confronto com o regime vigente”, *Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, Ano XII, n.º 25 (jun. 2008), p. 19; Francisco Luís Alves, “O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – Presente e futuro”, *cit.*, pp. 49 e 51; e Margarida Torres Gama, “Proibição de práticas discriminatórias”, in Margarida Lima Rego (Coord.), *Temas de Direito dos Seguros – A Propósito da Nova Lei do Contrato de Seguro*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 137.



consagrada na alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, com os limites restritivos que acima referenciámos.

IV – Uma das noções-chave para a interpretação do artigo 15.º é a de *pessoa em situação comparável*. Já a alínea a) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006 recorria a esta expressão ao definir *discriminação direta* como aquela «que ocorre sempre que uma pessoa com deficiência [ou risco agravado de saúde] seja objeto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra *pessoa em situação comparável*».

A expressão remete-nos para o próprio sentido do *princípio da igualdade*, que veio a evoluir historicamente²⁹. Assim, de início, o mesmo era entendido como sinónimo do princípio da prevalência da lei, sobre tudo e sobre todos, de forma igual (lógica aritmética de *igualdade formal*). Mais tarde, o princípio da igualdade passou a assumir já um sentido relativo, segundo o qual *o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente, na exata medida dessa diferença*, de acordo com uma fórmula ainda desprovida de conteúdo material (não identificando critérios concretos de comparação entre as situações, no sentido de determinar a respetiva igualdade ou desigualdade, nem o tratamento a dar às mesmas). O princípio da igualdade comportou progressivamente um conteúdo material mais marcado, assentando na proibição de discriminações materialmente desrazoáveis ou arbitrárias. A evolução conduziu a uma fase em que o princípio da igualdade

²⁹ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, *cit.*, pp. 337 ss.; Maria da Glória Ferreira Pinto, “Princípio da igualdade - Fórmula vazia ou fórmula ‘carregada’ de sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358 (jul. 1986), pp. 25 ss.



assume o sentido material da própria realização da justiça, deslocando-se do critério de qualificação da igualdade ou desigualdade para o tratamento jurídico visado. Este carrega uma intencionalidade normativa que visa corrigir desigualdades de facto, dando cumprimento a um programa de realização da igualdade social (igualdade jurídico-material, com apelo aos valores dominantes em cada contexto social)³⁰.

Neste quadro, e como é sublinhado pela doutrina, o princípio consagrado no artigo 13.º da CRP configura uma igualdade em sentido material ou substancial, assente, portanto, num substrato de justiça material. Isso mesmo implica o tratamento igual do que é igual, segundo o critério dessa igualdade, e o tratamento desigual do que é desigual, de acordo com o critério dessa desigualdade³¹. Por outras palavras, o princípio da igualdade não só traduz uma proscrição da arbitrariedade e da discriminação injusta (porque carecida de uma base objetiva de justiça material) – sentido negativo – mas encerra também um sentido positivo, de realização da igualdade pelo tratamento material, igual ou desigual, a dar às situações³².

Ora, regressando à expressão *pessoa em situação comparável*, reencontramo-la nos n.ºs 2 e 4 do artigo 15.º da LCS. Da conjugação dos dois preceitos, mas também com apelo ao n.º 3 do mesmo

³⁰ Como refere Glória Pinto, no plano da igualdade de oportunidades, «há que discriminar para igualar» - *idem*, p. 54.

³¹ Helena Pereira de Melo, *Implicações Jurídicas do Projeto do Genoma Humano: Constituirá a Discriminação Genética Uma Nova Forma de Apartheid?*, cit., p. 366; Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., p. 293.

³² Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, cit., pp. 222-223.



artigo, resulta que, quando a diferenciação de tratamento (tratamento *menos favorável*) de pessoa deficiente ou em situação de risco agravado de saúde resultar de critérios objetivos e fundamentados com base em dados estatísticos e atuariais rigorosos e relevantes, nos termos dos princípios da técnica seguradora, encontramos-nos perante uma diferenciação justificada de tratamento (uma pessoa sem deficiência ou risco agravado de saúde não estará, nestes casos, em situação comparável).

Diversamente, quando o tratamento *menos favorável* de pessoa deficiente ou em situação de risco agravado de saúde não tiver por base os referidos critérios objetivos e fundamentados conformes aos princípios da técnica seguradora, encontramos-nos então perante uma discriminação arbitrária, injusta e inaceitável (uma pessoa sem deficiência ou risco agravado de saúde estará, nestes casos, em situação comparável).

V – Como acabamos de ver, o artigo 15.º da LCS resolveu, de forma pragmática, o problema normativo criado pela Lei n.º 46/2006: o de que a diferenciação em função do risco é precisamente a essência da técnica seguradora.

Para tanto, deslocou a problemática do campo da discriminação para o da prova da ausência de discriminação, impondo ao segurador que, relativamente aos portadores de deficiência ou de risco agravado de saúde, avalie o risco antes de tomar qualquer decisão e que fundamente o eventual agravamento de prémio ou recusa³³.

³³ Francisco Luís Alves, “O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – Presente e futuro”, *cit.*, pp. 51, 53 e 56. Como refere Leonor Cunha Torres, a



A solução passa, portanto, como referimos, pela fundamentação objetiva, assente em dados estatísticos e atuariais rigorosos e relevantes. Ora, em universos de reduzida dimensão, como o português, não existem bases estatísticas representativas, relativamente a determinados riscos de morte ou acidente. E se as mesmas não existem para o ramo vida, menos ainda são configuráveis para o ramo doença, de expansão mais recente e onde os riscos e coberturas são mais heterogêneos e requerem a articulação, não só com uma probabilidade de ocorrência, mas também com valores médios de sinistros.

A solução evidente será o recurso, pelos seguradores, a bases de dados disponibilizadas pelos resseguradores internacionais com quem tenham contratado tratados de resseguro, os quais, desenvolvendo uma atividade de âmbito muito mais alargado, dispõem também de bases de dados mais robustas e representativas. Ainda assim, essas bases, constituindo uma solução no ramo vida, não são suficientemente consistentes noutros ramos, como doença.

Note-se que o facto de o segurador poder estimar – de acordo com a sua experiência, o conhecimento médico disponível, e as técnicas próprias da atividade seguradora –, que uma determinada situação de *risco agravado de saúde* representa um acréscimo do risco por si incorrido, para o qual considera adequada a aplicação

solução segue, ao nível do Direito comparado, a *Disability Discrimination Act*, de 1995 (alterada em 2004 e 2005), do Reino Unido, e a *Antidiscrimination Act* eslovaca (Act 365/2004, de 20 de maio), que igualmente exigem a fundamentação de recusa ou agravamento em dados estatísticos relevantes para o risco a cobrir – Leonor Cunha Torres, “Artigo 15.º - Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada, cit.*, p. 72.



de um sobreprêmio de 50%, essa avaliação não deveria ser qualificável, por inexistência de bases estatísticas sólidas, como uma prática discriminatória discricionária e intolerável.

A pedra de toque – mas, também, o calcanhar de Aquiles – da solução gizada no artigo 15.º consiste, portanto, na fundamentação estatística e atuarial. Inexistindo esta, a solução normativa dependerá, pois, de uma condição impossível.

VI – O regime do artigo 15.º da LCS encerra um paradoxo relativamente às situações de risco agravado de saúde (conceito que, como referimos³⁴, encontra a sua definição na alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006).

Com efeito, e como atrás vimos³⁵, atendendo aos contornos muito restritivos de tal conceito, será do domínio do senso comum – e dispensando, portanto, a necessidade de evidência estatística – que as situações de risco agravado de saúde, como a própria designação sugere, não haverão de ser indiferentes em termos de avaliação do risco incorrido pelo segurador em seguros de pessoas (sobretudo, nos ramos vida e doença) e que, conseqüentemente, lhes haverão de corresponder condições tarifárias mais severas ou serão mesmo insuscetíveis de cobertura por contrato de seguro. Ora, é precisamente para estes casos que o artigo 15.º requer fundamentação estatística e atuarial.

Já outras situações de menor gravidade clínica – que não chegam a preencher a noção restritiva de risco agravado de saúde –, em que a decisão do segurador é menos previsível e, logo, está sujeita a

³⁴ *Supra*, III.2.III.

³⁵ *Supra*, III.1.II.



maior discricionariedade, o artigo 15.º não requer para as mesmas a necessidade de fundamentação objetiva da recusa ou do agravamento tarifário (como não requer, aliás, para recusas ou agravamentos decorrentes de outras circunstâncias, alheias à saúde, que tornam o sinistro mais provável ou de consequências potencialmente mais graves).

Em suma, portanto, exige-se a fundamentação para os casos em que a decisão é, por si mesma, evidente, mas não para aqueles em que a decisão está longe de ser óbvia e, logo, está mais sujeita à discricionariedade do segurador.

VII – Abstraindo das dificuldades de fundamentação (por ausência de bases estatísticas apropriadas) que referenciamos, a solução que resulta do artigo 15.º assume, portanto, um alcance bastante trivial e pacífico: à semelhança de qualquer outra atividade económica, está vedada à atividade seguradora – como, aliás, sempre decorreria da CRP – a discriminação discricionária (e, logo, intolerável) de pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde, como, aliás, de qualquer outra categoria de pessoas.

Seria o caso, num seguro de incêndio, da aplicação de um sobreprémio a uma pessoa nessas circunstâncias. Não correspondendo a uma prática referenciada da atividade seguradora, não se afigura estar em causa um problema social que carecesse de tão sofisticado e persistente empenho legislativo.

IV – A “lei do esquecimento”

A terceira etapa do percurso legislativo no tema em apreço – e que constitui o mote para o presente texto – é a citada Lei n.º



75/2021 (*lei do esquecimento*). Trata-se de um diploma que, com uma agenda relativamente extensa, vem, na verdade, acentuar a complementaridade entre as três peças do *puzzle* em matéria de igualdade e não discriminação, em seguros, em função do risco agravado de saúde ou de deficiência.

IV.1 – Âmbito do diploma

IV.1.1 – Generalidades

A preocupação subjacente à apelidada *lei do esquecimento* é a de que pessoas que tenham superado ou mitigado situações clínicas graves (risco agravado de saúde) ou de deficiência possam vir a ser desfavorecidas no acesso a contratos de crédito à habitação ou crédito ao consumo. Para prevenir essa possibilidade, e no que respeita aos seguros associados aos referidos contratos, o diploma consagra o “direito ao esquecimento”, proibindo o segurador: (i) de recolher informações sobre a situação clínica pretérita; e (ii) de recusar garantias ou agravar o prémio em função dessa situação.

Embora, no que é o plano central da sua ação reguladora, o diploma encerre um âmbito limitado ao crédito à habitação e ao crédito ao consumo (e aos seguros a eles associados), assume, em aspetos instrumentais ou secundários (plano periférico da sua intervenção normativa), um âmbito e um impacto mais alargados.

Com efeito, sendo obrigado a alargar a definição de *risco agravado de saúde*, prevista na Lei n.º 46/2006 (que, como



referimos³⁶, não admitia a possibilidade de superação da situação clínica), o diploma acaba por ter um impacto generalizado nos seguros de pessoas, porquanto, como vimos³⁷, o artigo 15.º da LCS é tributário daquela definição. Adicionalmente, e em aspetos que nada têm a ver com o seu enfoque central – a consagração do “direito ao esquecimento” e o inerente reforço da tutela das pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, contra práticas discriminatórias no acesso ao crédito à habitação ou ao consumo e aos seguros associados a esse crédito – a Lei n.º 75/2021 veio igualmente disciplinar, a despropósito, outras matérias (por exemplo, os seguros de saúde).

Vejamos em maior detalhe quais as vertentes de intervenção disciplinadora da Lei n.º 75/2021, a sua interpretação e implicações.

IV.1.2 – O perímetro da intervenção reguladora central

I – Como acima referimos³⁸, importa distinguir, no escopo regulador da Lei n.º 75/2021, um plano *central* de um outro, *periférico*. Relativamente ao plano central (que encerra o móbil principal deste ato legislativo), quer o sumário do diploma, quer o artigo 1.º, parecem sugerir um âmbito de aplicação transversal a todos os seguros (pelo menos, aos de pessoas).

Assim, lê-se no sumário que o diploma reforça o acesso ao crédito e *contratos de seguros* por pessoas que tenham superado

³⁶ *Supra*, III.1.II.

³⁷ *Supra*, III.2.III.

³⁸ *Supra*, IV.1.1.



ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o direito ao esquecimento, alterando a Lei n.º 46/2006 e a LCS. Por seu turno, dispõe o n.º 1 do artigo 1.º que a lei «consagra o direito ao esquecimento a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, melhorando o seu acesso ao crédito e a *contratos de seguro*»³⁹. Portanto, o intuito de reforçar ou melhorar o acesso a contratos de seguros parece autonomizado e independente do acesso ao crédito. Será assim?

II – Esta aparência não resiste a uma leitura mais atenta. Assim, o n.º 1 do artigo 3.º da lei – disposição-chave que consagra o “direito ao esquecimento” – logo nos diz 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*»⁴⁰.

Também o artigo 15.º-A, aditado pelo artigo 6.º da Lei n.º 75/2021 à LCS, no seu n.º 3, dispõe que «qualquer pessoa que tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência tem [...] direito a beneficiar do acordo previsto no n.º 1 na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, *bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos*»⁴¹.

³⁹ Sublinhado nosso.

⁴⁰ Sublinhado nosso.

⁴¹ Sublinhado nosso.



Em suma, portanto, diversamente de alguma ambiguidade que rodeava o âmbito de aplicação da Lei n.º 46/2006, o domínio central de intervenção legislativa da *lei do esquecimento* tem por âmbito, no que aos seguros diz respeito, *apenas os associados, a título obrigatório ou facultativo, a crédito à habitação ou ao consumo*.

IV.1.3 – Cont.: consumidores

Embora algo redundantemente – na medida em que, por natureza, o crédito à habitação e o crédito ao consumo se destinam em exclusivo a consumidores – são várias as referências (n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, e n.ºs 3 e 6 do artigo 15.º-A, aditado à LCS) que reiteram que o regime *apenas tutela a posição de pessoas que assumem a qualidade de consumidores*.

Nos termos da alínea d) do artigo 2.º da Lei n.º 75/2021, *consumidor* é definido por remissão para a noção da alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de junho, e da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho, correspondendo à pessoa singular que, nos contratos visados (crédito à habitação ou crédito a consumidores), atua com objetivos alheios à sua atividade comercial ou profissional.

IV.1.4 – Cont.: seguros abrangidos

I – Como acima referimos, a vertente central de intervenção da Lei n.º 75/2021 apenas visa os seguros associados, a título obrigatório ou facultativo, ao crédito à habitação ou ao consumo, sem identificar os subtipos ou modalidades de seguro abrangidos.



Em causa estarão, genericamente, contratos de seguro destinados a acautelar a posição da instituição de crédito no caso de um sinistro vir a afetar a capacidade de o consumidor satisfazer a dívida incorrida.

Quanto ao caráter *obrigatório* ou *facultativo* do seguro, o mesmo não se reporta propriamente a uma obrigatoriedade legal, mas à circunstância de a instituição de crédito estabelecer (ou não) a contratação de um seguro como condição indispensável à celebração do contrato de concessão de crédito.

II – Em tese, o espectro das modalidades de seguro potencialmente visadas estende-se aos casos em que o contrato cobre os danos que afetem o valor de um bem dado em garantia – tipicamente, o seguro multirriscos sobre o imóvel hipotecado, objeto do crédito à habitação –, ou em que cobre a perda de rendimentos do consumidor por efeito de desemprego (seguro de desemprego).

Porém, atendendo à problemática sobre a qual incide o direito ao esquecimento (risco clínico), as modalidades pertinentes serão apenas as de seguros de pessoas. Entre elas – atento o risco específico dos seguros de saúde e dos de acidentes pessoais (estes, ao cobrirem apenas sinistros resultantes de acidente, são, de resto, insuscetíveis de acautelarem eficazmente a posição da instituição de crédito) –, só os seguros de vida, com cobertura de morte e invalidez, e tendo por beneficiário irrevogável a instituição de crédito, são relevantes para o efeito visado.

III – Relativamente aos contratos de crédito aos consumidores, os mesmos são regulados pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho. Embora contendo várias alusões a *contrato de seguro*



acessório ao contrato de crédito – alínea g) do n.º 1 do artigo 4.º; n.º 6 do artigo 5.º; alínea l) do n.º 3 do artigo 6.º; alínea g) do n.º 3 do artigo 12.º e alínea a) do n.º 5 do artigo 19.º – o mesmo não explicita a respetiva natureza.

Face às considerações acima tecidas⁴², estarão em causa, para os efeitos da *lei do esquecimento*, apenas os seguros de vida associados aos referidos contratos de crédito (tendo a instituição de crédito como beneficiário irrevogável para salvaguarda do montante em dívida).

IV – Quanto aos contratos de crédito à habitação, importa considerar o Decreto-Lei n.º 74 -A/2017, de 23 de junho, expressamente referenciado na alínea d) do artigo 2.º da *lei do esquecimento*, e que aprova o regime dos contratos de crédito relativos a imóveis, estabelecendo nomeadamente as regras aplicáveis ao crédito a consumidores garantido por hipoteca ou por outro direito sobre coisa imóvel.

À semelhança do citado Decreto-Lei n.º 133/2009, o Decreto-Lei n.º 74 -A/2017 contém várias referências a seguros como contratos acessórios do de crédito. Assim, a alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º alude a «um ou mais contratos de seguro adequado, relacionado com o contrato de crédito», enquanto a alínea a) do n.º 3 do artigo 14º se refere expressamente a «seguro de vida do consumidor e de outros intervenientes no contrato de crédito e seguro sobre o imóvel, em reforço da garantia de hipoteca». Como já referimos acima⁴³, atenta a natureza do risco incorrido, a relevância apenas

⁴² *Supra*, IV.1.4.II.

⁴³ *Supra*, IV.1.4.II.



incidirá sobre os seguros de vida.

V – Relativamente ao crédito à habitação, poder-se-á, porém, questionar se o direito ao esquecimento apenas terá em vista os seguros de vida que observem o conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro (diploma que estabelece medidas de proteção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação). Ora, o referido conteúdo mínimo refere-se aos casos em que o seguro de vida acompanha rigorosamente o contrato de crédito quanto ao período de vigência e quanto à coincidência entre o capital seguro e o capital em dívida.

Ora, por várias ordens de razões, pensamos que o direito ao esquecimento não se aplica *apenas* aos seguros com o referido conteúdo mínimo. Desde logo, o Decreto-Lei n.º 222/2009 não se limita a regular os contratos com o referido conteúdo mínimo, aplicando-se, nos termos do n.º 1 do seu artigo 2.º, a todos os contratos de seguro de vida cuja contratação tenha por objetivo o reforço de garantia dos contratos de crédito à habitação, quer resultem de uma imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração destes últimos contratos, quer de uma opção do consumidor. Aliás, como verte também do n.º 3 do artigo 3.º do mesmo diploma, não deixa de se verificar uma união de contratos, entre o contrato de seguro e o de crédito, nos casos em que divirja a duração dos dois contratos e em que o seguro possa beneficiar em parte um terceiro que não o credor hipotecário. Ademais, como decorre igualmente de outras disposições (artigo 6.º, por exemplo), o Decreto-Lei n.º 222/2009 regula, portanto, quer os contratos com o conteúdo mínimo do artigo 5.º, quer outros que assumam também, *parcialmente*,



propósitos de previdência individual. Todos eles são, no quadro do Decreto-Lei n.º 222/2009, seguros de vida *associados ao crédito à habitação*.

A não ser assim – e a aplicar-se o direito ao esquecimento apenas aos seguros com o conteúdo mínimo do referido artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009 – para que um segurador se desonerasse do cumprimento da *lei do esquecimento* seria suficiente que não explorasse modalidades de seguro com aquele conteúdo.

VI – Em suma, o regime da *lei do esquecimento* aplicar-se-á a todos os seguros de vida que se destinem a salvaguardar a posição de uma instituição de crédito relativamente a um contrato de crédito ao consumo ou à habitação, no qual a referida instituição conste como beneficiário irrevogável.

Não será, para tanto, necessário que a cessação antecipada do contrato de crédito determine a extinção imediata do seguro, nem que as amortizações do capital em dívida tenham por efeito a atualização simultânea do capital seguro.

Em contrapartida – e na medida em que o regime da *lei do esquecimento* não se aplica a seguros puramente previdenciais (isto é, alheios a contratos de crédito) –, não poderá o segurador ser obrigado a aceitar seguros de vida em que, à partida, o prazo contratual seja consabidamente mais dilatado do que o do contrato de crédito, ou em que o capital seguro seja, desde o início, superior ao capital em dívida.



IV.1.5 – A amplitude da intervenção reguladora periférica

Passando agora do plano central para o periférico – instrumental e secundário – de intervenção legislativa da Lei n.º 75/2021, encontramos aí soluções com um âmbito mais amplo, que não se cinge aos seguros associados ao crédito, ou, pelo menos, diverso deste.

Assim, encontramos medidas – mais concretamente, a alteração à Lei n.º 46/2006 ou ao artigo 15.º da LCS – cujo efeito é transversal a todos os contratos de seguro, ou, pelo menos, aos seguros de pessoas. Por outro lado, deparamo-nos igualmente com uma alteração à LCS – a do respetivo artigo 217.º – que se reporta aos seguros de saúde e que nada tem a ver, portanto, com seguros associados a contratos de crédito.

IV.2 – Noções-chave

IV.2.1 – Alargamento do âmbito da definição de risco agravado de saúde

Como temos vindo a referir⁴⁴, a Lei n.º 75/2021 remete para o conceito de *risco agravado de saúde*, cuja definição constava já da alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006. Referimos também que a mencionada definição foi ali consagrada em moldes muito restritivos, colocando o acento tónico na irreversibilidade do estado clínico⁴⁵. Deste modo, a mesma comprometia o pressuposto geral

⁴⁴ *Supra*, IV.1.

⁴⁵ *Supra*, III.1.II.



da *lei do esquecimento*: o de que o referido estado clínico pudesse vir a ser superado ou mitigado.

Revelava-se, portanto, necessário rever a referida definição. Por ação do artigo 4.º da Lei n.º 75/2021, a mesma foi expurgada de duas notas de definitividade: a referência à irreversibilidade do estado orgânico ou funcional, e à *ausência de perspectivas de remissão completa*, verificando-se, portanto, um alargamento do seu âmbito.

Nos termos da nova redação da alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, consideram-se, portanto, *peçoas com risco agravado de saúde* as «peçoas 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».

O alargamento do âmbito da definição de *risco agravado de saúde*, instrumental ao propósito normativo da Lei n.º 75/2021, é, no entanto, mais impactante. Com efeito, o mesmo reflete-se, quer diretamente no âmbito de aplicação da Lei n.º 46/2006, que permanece em vigor, quer, indiretamente, no do artigo 15.º da LCS, que remete para o mesmo conceito.

IV.2.2 – Novas noções: a superação e mitigação da deficiência ou estado clínico

I – Como já aflorámos, o direito ao esquecimento joga ainda com outras noções-chave – das quais depende a sua operacionalidade e



aplicação prática – e que se encontram definidas no artigo 2.º da Lei n.º 75/2021.

Assim, define-se na alínea a) do artigo 2.º a noção de *peças que tenham superado situações de risco agravado de saúde* como «peças 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 agosto, e que já não se encontram nesta situação, após a realização de protocolo terapêutico que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos».

Creemos que a definição encerra uma contradição. Por um lado, a superação do estado clínico pareceria bastar-se com o trecho «e que já não se encontram nesta situação». Porém, o trecho final – «após a realização de protocolo terapêutico *que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos*» – revela-se desconcertante: se o protocolo terapêutico apenas é *capaz de limitar* (ainda que significativa e duradouramente) os efeitos do risco agravado de saúde, então como pode considerar-se que a pessoa em causa já não se encontra em situação de risco agravado de saúde?

Pensamos que o critério decisivo que verte do preceito é precisamente o de que a pessoa *já não se encontre na referida situação*, caso em que cabe questionar qual a relevância, afinal, da referência ao protocolo terapêutico. Se, objetivamente, se verifica que as peças em causa *já não se encontram na referida situação*, pouco importará que a superação tenha decorrido de 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 deficiência, então não terá superado estas situações (caso em que também pouco relevará o protocolo terapêutico).

II – Mais linear parece ser a definição, consagrada na alínea b) do artigo 2.º, *de pessoas que tenham superado situação de deficiência*, correspondendo às «pessoas 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».

Note-se que a noção de deficiência é associada à de incapacidade. Ora, havendo critérios objetivos de determinação da percentagem de deficiência ou incapacidade, de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades (TNI) – e, até, um documento apto a demonstrar essa percentagem (o Atestado Médico de Incapacidade Multiusos) – trata-se de uma noção relativamente fácil de operacionalizar e de verificar.

III – Finalmente, encontramos a noção de *pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência*, definida na alínea c) do artigo 2.º como «pessoas 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».

Desta feita, a lei não fala em protocolo terapêutico, mas em tratamentos. Cremos, neste caso, que a definição assume contornos mais amplos do que a expressão definida. Com efeito, se a pessoa em causa apenas inicia tratamentos (ainda que comprovadamente capazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua



situação) não será excessivo considerar-se que *mitigou* a situação clínica ou deficiência?

IV – Cumpre destacar, de resto, a ausência de definição de uma noção bastante relevante: a de *protocolo terapêutico*. Tratando-se de uma expressão revestida de alguma ambiguidade – não sendo claro se o seu âmbito se reporta a tratamentos, medicação ou qualquer outro tipo de intervenção clínica – impunha-se a formulação de uma definição.

IV.3 – O “direito ao esquecimento”

IV.3.1 – Aspetos gerais

I – Se abstrairmos das alterações e aditamentos efetuados à Lei n.º 46/2006 e à LCS, o conteúdo útil da Lei n.º 75/2021 fica-se pela consagração do direito ao esquecimento, no artigo 3.º, e pelas definições que lhe dão instrumentalmente suporte (artigo 2.º). Em que consiste este “direito ao esquecimento”?

Sem prejuízo de uma análise mais detida dos preceitos legais, que faremos daqui a pouco, a ideia de fundo, como já referimos, é a de que – no contexto de contratos de crédito à habitação ou ao consumo ou de seguros a eles associados –, quando uma pessoa suplante uma situação de deficiência ou risco agravado de saúde, não possa vir a ser, de algum modo, prejudicada (ou sequer questionada) relativamente a essa situação pretérita. Por outras palavras, pretende-se que a dita situação transata, ultrapassada, seja *esquecida* (como se não tivesse nunca existido).

II – A expressão *direito ao esquecimento* merece um reparo. Com



efeito, a mesma vulgarizou-se a partir do artigo 17.º do Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), que regula o direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”). A disposição define os casos em que o titular dos dados pode exercer o direito, perante o responsável pelo tratamento, a que sejam apagados os seus dados pessoais na posse deste. Nesta ótica, o titular dos dados, que era *conhecido* do responsável pelo tratamento, passa a ser por este *esquecido*.

Ora, o recurso a expressão equivalente pela Lei n.º 75/2021 – embora decalcando o *droit à l’oubli* dos ordenamentos francês e belga – tende a induzir em erro quanto ao teor do direito que consagra. Quando se dispõe, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º, que nenhuma informação de saúde (...) *pode ser recolhida* ou objeto de tratamento pelo segurador *em contexto pré-contratual*, isto implica que o segurador em causa não tinha esses dados na sua posse (de outra forma, não necessitaria de os solicitar). Se assim é, significa isso que o segurador não tinha conhecimento prévio do consumidor, pelo que falta o pressuposto indispensável para que possa *esquecê-lo*.

IV.3.2 – O n.º 1 do artigo 3.º

I – Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da *lei do esquecimento*, 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, garantindo que: (a) não podem ser sujeitas a um aumento de prêmio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro; (b) 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.

O preceito suscita, logo a uma primeira leitura, várias questões interpretativas, lógicas e valorativas de que daremos conta de seguida.

II – Uma primeira questão, de carácter valorativo, prende-se com a equiparação de tratamento entre as pessoas que tenham *superado* situações de risco agravado de saúde ou de deficiência e aquelas que apenas tenham *mitigado* essas situações. É que, como vimos⁴⁶, enquanto o primeiro caso se refere a pessoas que *já não se encontram naquela situação*, o segundo caso reporta-se apenas àquelas que *se encontram a realizar tratamentos* (independentemente da continuidade, duração e perspectivas de conclusão dos mesmos).

Ora, nos termos que resultam da definição legal de *pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência* (alínea c) do artigo 2.º da Lei n.º 75/2021), o início de um processo terapêutico – realização da primeira sessão de um tratamento – corresponde já ao pressuposto (encontrar-se a realizar tratamentos) que permite a qualificação como *pessoa que mitigou situações de risco agravado de saúde ou de deficiência*.

⁴⁶ *Supra*, IV.2.2.



Assim, crendo que sem necessidade de maior desenvolvimento, serão bem distintas as situações de quem *já não se encontra* em situação de risco agravado de saúde ou deficiência e de quem *está a iniciar tratamentos* que – se vierem a ser integralmente realizados e concluídos – serão *capazes de limitar* significativa e duradouramente os efeitos da situação clínica ou de deficiência. E, sendo distintas as duas situações, distinta haveria de ser a solução que se lhes aplica.

III – As debilidades do regime do direito ao esquecimento não se quedam, porém, por aqui. Com efeito, a alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º apenas veda ao segurador o agravamento do prémio ou a exclusão de garantias, olvidando a aplicação de outras condições menos favoráveis, mormente a própria recusa da celebração do contrato.

Embora pareça impor-se uma interpretação extensiva do preceito (na medida em que a letra fica claramente aquém do alcance visado), evidencia-se a ausência de uma previsão mais abrangente, que interditasse qualquer tipo de desfavorecimento injustificado (discriminação) contra *pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*, designadamente as que a disposição refere de forma expressa.

Nota-se igualmente na formulação legal 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). Com efeito, o preceito não visa proibir todo e qualquer agravamento de prémio contra *pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*, mas apenas os agravamentos ou exclusões em *função daquela*



situação clínica. Se o consumidor em causa pratica, por exemplo, desportos radicais que agravem o risco incorrido, não há razão para afastar a aplicação de um sobreprémio ou de uma exclusão de garantia nos mesmos moldes em que o seria a qualquer outro consumidor em situação comparável (isto é, independentemente do seu passado clínico). Desta feita, impõe-se uma interpretação restritiva do preceito, já que a respetiva letra foi bem além do alcance normativo visado (a proibição de prática discriminatória).

IV.3.3 – O n.º 2 do artigo 3.º e a sua articulação com o n.º 1

I – O n.º 2 do artigo 3.º da *lei do esquecimento* dispõe 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 decorrido, 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; (c) dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

O propósito do preceito adivinha-se facilmente: trata-se de estabelecer um período de prova (*trial period*), findo o qual se considera consolidada a superação da deficiência ou risco agravado de saúde, inibindo o segurador de indagar e recolher informação sobre o mesmo. O que não se adivinha facilmente é a articulação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º.



II – Vejamos. A uma primeira leitura, o âmbito do n.º 2 do artigo 3.º parece ser parcialmente coincidente com o da alínea b) do n.º 1, não se compreendendo de imediato: (i) se o n.º 2 se aplica aos mesmos casos do n.º 1, complementando-os com a adição do período de prova, caso em que o n.º 2 não seria autónomo do n.º 1; ou (ii) se o n.º 2 se aplica a situações diferentes das do n.º 1, tendo, portanto, autonomia em relação a este.

Presumindo que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (parte final do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil), a chave para a interpretação do n.º 2 estará na comparação do teor do corpo deste n.º 2 com o da alínea b) do n.º 1, de onde se retira que são materialmente diferentes as situações relativamente às quais fica vedado ao segurador inquirir o consumidor e recolher informação de saúde. Com efeito, na alínea b) do n.º 1 essa proibição incide sobre *a situação médica que originou* o risco agravado de saúde ou a deficiência, enquanto no corpo do n.º 2 a mesma recai sobre *a própria situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*.

Assim, da articulação do n.º 1 com o n.º 2 do artigo 3.º resulta que:

- a) Ocorrendo a superação ou mitigação da situação clínica ou deficiência, nos termos acima analisados, deixa o segurador de poder: (i) agravar o prémio ou excluir a cobertura; e (ii) informar-se sobre *as causas clínicas* da situação de risco agravado de saúde ou de deficiência (mas não sobre esta mesma situação);
- b) Ocorrendo os períodos de prova previstos no n.º 2, deixa o segurador de poder informar-se sobre *a própria*



situação de risco agravado de saúde ou de deficiência (consideradas então já definitivamente superadas ou mitigadas).

III – Quer o sentido útil do n.º 2 do artigo 3.º, quer a sua articulação com o n.º 1, suscitam-nos várias perplexidades, quer lógicas, quer valorativas. Começando pela coerência interna do n.º 2, compreende-se a diferença de prazos estabelecidos entre as respetivas alíneas a) e b), supondo que essa diferença seja suportada por evidência científica relevante.

Já não se compreende a coerência da alínea c) com as alíneas a) e b). Com efeito, como vimos, a situação de *mitigação* do risco agravado de saúde ou de deficiência (bastando-se com a realização de tratamentos aptos a *limitar* os efeitos daquele estado clínico ou deficiência) é bem menos exigente do que a situação de *superação* do risco agravado de saúde ou da deficiência (em que o afetado *já não se encontra* naquele estado clínico ou de deficiência, assentando, portanto, no caráter definitivo da situação).

Assim sendo, não se compreende como pode o n.º 2 do artigo 3.º atribuir as mesmas consequências (o esquecimento): (i) ao decurso de *10 anos desde o fim do protocolo terapêutico* nos casos de *superação*, previstos na alínea a), por um lado; e (ii) ao decurso de *2 anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz* nos casos de *mitigação*, previstos na alínea c), por outro lado. Não encontramos coerência lógica nem valorativa na equiparação das duas situações.

IV – Relativamente à conjugação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º, compreende-se o escalonamento de situações em que ficam vedados ao segurador a recolha e o tratamento de informação de saúde em contexto pré-contratual (articulação entre a alínea b) do



n.º 1 e o n.º 2, nos termos que acima referimos).

O que já não se compreende é que os efeitos previstos na alínea a) do n.º 1 – a inibição do segurador em agravar o prémio ou excluir garantias – não se apliquem apenas aos casos em que tenha decorrido o período de prova previsto no n.º 2. Com efeito, se o legislador considera necessário o estabelecimento do referido período de prova (no sentido de, só então, considerar consolidada e definitivamente irreversível a situação de *superação*) é incompreensível que os efeitos previstos na alínea a) do n.º 1 não dependam do decurso daquele período.

Isto é particularmente evidente nos casos de *mitigação* do risco agravado de saúde ou da deficiência. De facto, se já se revela muito duvidoso que o decurso de dois anos de protocolo terapêutico, ainda que continuado e eficaz (alínea c) do n.º 2), seja de molde a eliminar o risco agravado de saúde que justificaria a diferenciação das condições contratuais aplicáveis, segundo os princípios técnicos da atividade seguradora, afigura-se incompreensível que – atenta a definição da alínea c) do artigo 2.º, que acima analisámos⁴⁷ – o simples início do protocolo terapêutico (sem que se requeiram sequer perspectivas de continuidade e eficácia) vede ao segurador o ajustamento das condições contratuais ao nível do risco incorrido (alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, em análise).

V – Do n.º 2 do artigo 3.º decorre também uma outra incoerência lógica de regime, cuja resolução não de adivinha. Como vimos⁴⁸, a inibição de recolha e tratamento de informação de saúde, pelo segurador, dá-se em contexto pré-contratual, pelo que, como

⁴⁷ *Supra*, IV.3.2.II.

⁴⁸ *Supra*, IV.3.1.II.



referimos também, o regime incide sobre os casos em que o segurador não tem conhecimento prévio do consumidor.

Ora, se assim é, se o segurador não sabe que o consumidor foi anteriormente afetado por uma situação de risco agravado de saúde ou por deficiência, se não sabe que essa situação foi superada ou mitigada, se não sabe que houve lugar a protocolo terapêutico nem qual a sua data de início e de fim – se nada sabe, enfim, sobre o passado ou presente clínico do consumidor – como pode identificá-lo enquanto *pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*, e como pode aferir do decurso dos prazos previstos no n.º 2 do artigo 3.º, de modo a poder agir em conformidade com o direito ao esquecimento ali previsto, e, conseqüentemente, inibir-se de questionar e recolher informação de saúde sobre a situação clínica pretérita ou atual?

Com efeito, se o segurador tenta indagar da situação clínica atual ou anterior do consumidor – de modo a poder qualificá-lo como *pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência* e, dessa forma, cumprir com o regime do direito ao esquecimento – então essa indagação, conduzindo à referida qualificação, implicará já o incumprimento do regime do direito ao esquecimento. Ou seja, a verificação da condição indispensável ao cumprimento do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 implica necessariamente a violação desse artigo.



IV.4 – Alterações às anteriores peças do *puzzle*

IV.4.1 – Lei n.º 46/2006

No âmbito da sua intervenção periférica, a Lei n.º 75/2021 introduziu alterações na Lei n.º 46/2006 e na LCS. Essas alterações consistem, em grande parte, em remissões cruzadas que reforçam a inter-relação sistémica e a coerência normativa entre os dois referidos diplomas, por um lado, e entre estes e a própria Lei n.º 75/2021. No essencial, as referidas alterações consolidam a complementaridade entre os três diplomas, como as três peças, a que já aludimos, do *puzzle* disciplinador em matéria de igualdade e não discriminação em função do risco agravado de saúde ou deficiência.

No que respeita concretamente à Lei n.º 46/2006, a alteração mais relevante verificada, a que já aludimos⁴⁹, consistiu no alargamento do âmbito da noção de risco agravado de saúde, no sentido de eliminar as referências à irreversibilidade e definitividade do estado clínico da pessoa afetada, dando margem para a introdução das noções de *superação* e *mitigação* daquele estado clínico.

A outra alteração incidiu sobre os n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º da Lei n.º 46/2006, no sentido de tornar extensível, à violação do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros – doravante, ANACS, que adiante analisaremos⁵⁰ –, o regime contraordenacional, já estabelecido nos n.ºs 1 e 2 daquele artigo 9.º (respetivamente, para

⁴⁹ *Supra*, IV.2.1.

⁵⁰ *Infra*, IV.4.3.



peças singulares e peças coletivas), e aplicável à prática de qualquer ato discriminatório referido no capítulo II da referida lei.

IV.4.2 – O artigo 15.º da LCS

I – À semelhança das alterações que incidiram sobre a Lei n.º 46/2006, também se verificaram modificações sobre o artigo 15.º da LCS no sentido do reforço expresso da complementaridade entre os três diplomas que vimos referenciando. Algumas destas alterações são mínimas e meramente cosméticas. Outras, nem tanto. Vejamos cada um dos casos.

A primeira modificação incidiu sobre o n.º 2 do artigo 15.º, cuja redação passou a ser a seguinte: «são 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*»⁵¹.

Como vemos, trata-se de uma intervenção despicienda, que, não obstante, reforça os mencionados elos entre os diplomas. Em termos de substância, falhou a pontaria do legislador, já que – como referimos – a chave para o enigma da igualdade e não discriminação em seguros (aferição do que seja uma pessoa em situação comparável) encontra-se, não na Lei n.º 46/2006, mas no próprio artigo 15.º da LCS, sobretudo nos seus n.ºs 3 e 4.

⁵¹ Itálico nosso, assinalando o trecho aditado pela Lei n.º 75/2021.



II – Outra alteração incidiu sobre o n.º 3 do artigo 15.º. Tratou-se de uma mudança da estrutura do preceito, conservando, não obstante, embora noutra ordem, o essencial do seu texto. A nova redação é a seguinte: «no 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»⁵².

Na redação anterior, clarificava-se que *não eram proibidas* as práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprias do segurador que fossem objetivamente fundamentadas com base em dados estatísticos e atuariais rigorosos e relevantes. Foi agora suprimida a referência à licitude dessas práticas e técnicas, dizendo-se apenas que as mesmas ficam sujeitas à supervisão da ASF – menção, aliás, dispensável, já que essa supervisão era e é incontroversa –, mas a licitude das mesmas continua a decorrer do teor do preceito, desde que não estejam proibidas pelo artigo 15.º-A, que adiante analisaremos⁵³. Podemos, no entanto, adiantar que a remissão para o artigo 15.º-A é extremamente infeliz, já que este artigo nada permite nem proíbe, limitando-se a prever a celebração e o objeto genérico de um Acordo (o ANACS).

III – Sobre o n.º 4 do artigo 15.º verificou-se uma alteração de

⁵² Itálico nosso, assinalando o trecho aditado pela Lei n.º 75/2021.

⁵³ *Infra*, IV.4.3.



pormenor, também dispensável e sem valor acrescentado (porquanto já decorrente do sentido do texto), que consistiu na introdução, no início do preceito, da expressão «sem prejuízo do disposto no número anterior».

IV – Tendo desperdiçado a oportunidade de renumerar o artigo 15.º (na medida em que os n.ºs 7 e 8 foram revogados pela já citada Lei n.º 147/2015), a Lei n.º 75/2021 introduziu-lhe um n.º 10, com o seguinte teor: «na celebração, execução e cessação do contrato de seguro são proibidas as práticas que discriminem entre a saúde física e mental ou psíquica».

O sentido do preceito não é inteiramente claro. Com efeito, no contexto da técnica seguradora, a aferição do risco incorrido determina, como atrás referimos⁵⁴, a adaptação das condições (designadamente, tarifárias) adequadas. À saúde física, qualquer que seja a situação desta, corresponderá um determinado patamar de risco incorrido pelo segurador, o mesmo sucedendo quanto à saúde mental ou psíquica. Na medida em que a saúde física e a saúde mental assumem natureza distinta, não se anteveem, portanto, situações em que possam estar num plano de comparabilidade, de modo a permitir identificar uma prática discriminatória de uma em relação a outra.

Trata-se, portanto, de um preceito bem intencionado, para o qual não se antevê um sentido útil e uma margem de aplicação prática significativos, mas que, em qualquer caso, se afigura também relativamente inócuo.

⁵⁴ *Supra*, III.1.V.



IV.4.3 – O Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS)

I – O artigo 6.º da Lei n.º 75/2021 adita dois artigos à LCS: o 15.º-A e o 15.º-B. O primeiro deles é um artigo bastante extenso que, como já atrás adiantámos, prevê a celebração e o objeto genérico do ANACS.

Sem prejuízo da análise que, daqui a pouco, faremos sobre o teor do artigo, cumpre, desde já, sublinhar o carácter, a nosso ver, totalmente despropositado da inserção sistemática do preceito. E afirmamo-lo por duas ordens de razões.

Desde logo, porque o ANACS, como a própria designação indica (e melhor veremos) é um instrumento de operacionalização do direito ao esquecimento previsto na Lei n.º 75/2021, tendo, portanto, por âmbito, em matéria de seguros, apenas os associados a contratos de crédito à habitação ou ao consumo. Por outras palavras, o seu âmbito material de regulação é precisamente o da Lei n.º 75/2021, e não o da LCS, que disciplina transversalmente o contrato de seguro no seu tronco comum e nas suas diversas modalidades relevantes. No plano material, portanto, a celebração do ANACS haveria de estar prevista numa disposição própria da Lei n.º 75/2021, e não na LCS, onde está completamente desfasada.

Um segundo argumento prende-se com o escopo da disposição legal. Ora, como melhor veremos, o artigo não visa regular direta e imediatamente qualquer matéria, como é a vocação própria das disposições da LCS. Diversamente, trata-se de uma disposição programática, que requer do Estado a celebração de um acordo (o ANACS), o qual – esse sim – será apto a disciplinar diretamente as



matérias visadas. Desta forma, quer seja efetivamente celebrado o ANACS, quer não, o artigo sempre ficará deslocado e excedentário na LCS.

II – O ANACS visa reproduzir, em grande parte, em Portugal, a solução do modelo francês, que é uma referência importante neste domínio: a *Convention AERAS (S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé)*, de 23 de junho de 2006, que entrou em vigor em 2007 e que sucedeu à *Convention Belorgey* (de 19 de setembro de 2001).

A *Convention AERAS* visa alargar o acesso, para pessoas com problemas graves de saúde, a seguros de vida e a crédito profissional, imobiliário ou ao consumo. Vigorando desde janeiro de 2007, trata-se de uma convenção assinada entre o Estado e representantes do setor bancário, segurador, bem como associações de doentes e consumidores, que cria um mecanismo mutualista de solidariedade. Nos termos da convenção, os respetivos beneficiários podem ficar, em determinadas condições de risco, prazo e capital seguro, protegidos por seguros de vida com garantias de morte e invalidez. Por outro lado, as entidades credoras flexibilizam a concessão de crédito mediante a aceitação de garantias alternativas ao seguro de vida quando este não seja aceite.

A solução tem enquadramento legal nos artigos L1141-2 a L1141-6 do *Code de la Santé Publique* francês, prevendo, desde 2016, um direito ao esquecimento (*droit à l'oubli*), especialmente quanto a patologias do foro oncológico.

Não cumprindo comparar o regime francês com o visado pela Lei n.º 75/2021, sempre se dirá que este último corresponde a um



decalque incipiente e apressado daquele, importando alguns dos elementos caracterizadores do mesmo, mas sem o rigor e detalhe necessários para garantir a respetiva coerência. Há ainda a notar a introdução de inovações nacionais (em torno da noção de *mitigação* da deficiência ou risco agravado de saúde) que comprometem a congruência global da solução.

III – Vejamos, então, paulatinamente, as diferentes vertentes do ANACS, como resultam dos vários números do artigo 15.º-A. O n.º 1 dispõe que o Estado celebra e mantém um 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, entre este e 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.

A primeira questão que se suscita é a da *natureza jurídica* deste acordo, matéria sobre a qual o artigo 15.º-A não é clarificador. O citado n.º 1 diz-nos quais as categorias de intervenientes, mas não, em concreto, quais as *associações setoriais* e *organizações nacionais* representativas que serão chamadas a intervir. Também nada é dito sobre o processo de elaboração do ANACS ou, sequer, sobre o papel conferido a cada interveniente.

Aparentemente, a formulação final do ANACS haverá de resultar do acordo consensual dos intervenientes, já que, como resulta do n.º 12 do citado artigo, na falta de *acordo* (concurso unânime, segundo cremos, da vontade de *todos* os intervenientes) ou na



circunstância da sua *renúncia, resolução, não prorrogação* ou *não renovação*⁵⁵, as matérias que o acordo deveria abranger são definidas por decreto-lei.

Apesar de assentar no concurso da vontade consensual dos intervenientes (cada um deles podendo, portanto, obstar à unanimidade do acordo), o ANACS produz efeitos normativos fora da esfera dos intervenientes e das entidades por eles representadas, vinculando, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, *todas* as instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros que exerçam atividade em território português (mesmo, portanto, que não estejam filiadas nas associações setoriais intervenientes), ficando a fiscalização do respetivo cumprimento a cargo do Banco de Portugal ou da ASF, consoante o caso (n.º 13).

Adicionalmente, esclarece-se no n.º 11 que o ANACS é obrigatoriamente sujeito a parecer preliminar da Comissão Nacional de Proteção de Dados e da Direção-Geral da Saúde e publicado no Diário da República e nos sítios da Internet dos seus signatários. Nos termos do n.º 12, também no caso de a solução passar por um decreto-lei são consultadas as mesmas entidades, para além do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) - n.º 12⁵⁶.

⁵⁵ Propositadamente ou não, são omitidas outras formas de cessação do acordo, como a caducidade, a denúncia ou a revogação.

⁵⁶ Compete, aliás, a esta entidade, nos termos do n.º 14, apresentar ao Ministério das Finanças e à Assembleia da República um relatório bienal de



Qual, então a natureza jurídica do ANACS? Face às características referenciadas, estaremos perante um ato *sui generis*. Com efeito, apesar de o Estado intervir como parte e como *pivot* na formação do acordo, este não constitui um contrato nem os seus efeitos se produzem apenas *inter partes* (e entidades nelas representadas). Ora, produzindo efeitos normativos perante terceiros não intervenientes nem representados, a sua força jurídica haveria de assentar no poder público do Estado, devendo, portanto, assumir a forma de instrumento do poder legislativo ou, com o devido enquadramento, administrativo⁵⁷. Por outras palavras, a força jurídica do ANACS não poderia resultar do seu processo de formação nem da qualidade dos signatários, mas necessitaria de homologação legal ou de incorporação num diploma legislativo. Estamos, portanto, perante um ato com uma natureza algo insólita e, cremos, sem anterior paralelo.

IV – Quanto ao conteúdo do ANACS, dispõe o n.º 2 do artigo 15.º-A que o mesmo tem como objeto: (a) assegurar o acesso sem discriminação ao crédito à habitação e ao crédito aos consumidores por parte de pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência⁵⁸; (b) assegurar que as

acompanhamento da execução do acordo (ou do decreto-lei substitutivo do mesmo).

⁵⁷ Julgamos ser forçado entender-se que a juridicidade do ANACS lhe advém do artigo 15.º-A da LCS, introduzido pela Lei n.º 75/2021. Com efeito, a previsão legal do acordo é feita em moldes muito genéricos, deixando aos intervenientes uma margem de discricionariedade e de inovação substanciais. Portanto, o ANACS não é um simples ato regulamentar ou de execução. Porém, ainda que o fosse, a sua natureza sempre seria controversa.

⁵⁸ Como já referimos, estamos no âmago do objeto restrito e específico da *lei do esquecimento*, e fora da transversalidade que caracteriza a LCS.



instituições de crédito ou sociedades financeiras tenham em conta os direitos, liberdades e garantias das pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência; (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) 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.

Ainda relativamente ao objeto do ANACS, acrescenta o n.º 6 do artigo 15.º-A que, em qualquer caso, o acordo deve garantir o cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, sem prejuízo de poder determinar termos e prazos mais favoráveis ao consumidor para além dos quais as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm direito ao esquecimento.

Por seu turno, estabelece o n.º 7 que o acordo define um procedimento de fixação de uma grelha de referência que permita definir os termos e prazos referidos no número anterior para cada patologia ou incapacidade⁵⁹, em linha com o progresso terapêutico,

⁵⁹ Assinale-se o caráter contorcido e obscuro da formulação: o ANACS não define os termos e prazos para cada patologia ou incapacidade, nem sequer fixa uma grelha de referência que permita definir os referidos termos e prazos. O que está previsto é que defina *um procedimento de fixação* da dita grelha de referência (que, por seu turno, permita definir os termos e prazos referidos no número



os dados científicos e o conhecimento sobre o risco de saúde, de crédito ou segurador que cada patologia ou incapacidade represente, acrescentando o n.º 8 que essa grelha de referência deve ser atualizada a cada dois anos e é pública, devendo o Estado publicá-la nos sítios de Internet relevantes.

Finalmente, o n.º 10 do artigo 15.º-A prevê a *possibilidade* de o ANACS 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 agravado de saúde ou de deficiência, sendo este implementado e financiado exclusivamente pelas instituições privadas⁶⁰.

V – Quanto ao âmbito de aplicação do ANACS, referimos já⁶¹ que, nos termos do n.º 5 do artigo 15.º-A, o mesmo obriga todas as instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros que exerçam atividade em território português.

Reflexamente, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo, tem direito a beneficiar do acordo, na qualidade de consumidor e na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos

anterior para cada patologia ou incapacidade). Fica a dúvida sobre se o mencionado procedimento implicará a intervenção de uma qualquer outra entidade ou comissão, e se, portanto, a execução do ANACS não ficará, também ela, dependente de um qualquer mecanismo de operacionalização subsequente.

⁶⁰ Note-se que, não obstante a previsão expressa, dificilmente, em termos económicos, o custo de um mecanismo de *pooling* deixará de refletir-se sobre os consumidores.

⁶¹ *Supra*, IV.4.3.III.



associados aos referidos créditos, qualquer pessoa que tenha superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, com exceção dos 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 (para quem, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º deste diploma, não é obrigatória a contratação de seguro de vida).

Para esse efeito, esclarece-se no n.º 9 do artigo 15.º-A que os requerentes de contratos de crédito ou de seguro são informados das disposições do direito ao esquecimento e dos termos do ANACS, em formato e linguagem inteligível para não especialistas, a definir pelo CNSF em ficha de informação normalizada, devendo o requerente assinar confirmando que tomou conhecimento dessas disposições.

IV.4.4 – Situações equiparadas

I – Se se revela despropositada a inserção na LCS do artigo que prevê o ANACS (15.º-A), mais ainda o é o artigo subsequente, enxertado na LCS como 15.º-B, sob a epígrafe *situações equiparadas*.

Vejamos. Dispõe o n.º 1 do artigo 15.º-B que, para efeitos da aplicação do artigo anterior, 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.

Ora, se o preceito se refere a *pessoas que superaram situações de risco agravado de saúde*, a respetiva noção é dada, como vimos,



pela alínea a) ao artigo 2.º da Lei n.º 75/2021. Estão aí em causa, como referimos⁶², «pessoas que comprovadamente tenham estado em situação de risco agravado de saúde [...] e que já não se encontram nesta situação». Ora, se efetivamente *já não se encontram nesta situação*, será relevante que tenham (ou não) comprovadamente cessado a fase de tratamentos ativos, mas ainda tenham de realizar tratamentos coadjuvantes? Mas se ainda têm de realizar tratamentos coadjuvantes, será que efetivamente já superaram a situação de risco agravado de saúde?

Parece-nos que a situação introduzida pelo n.º 1 do artigo 15.º-B apelaria para um novo conceito, mais próximo do de *mitigação* do que do de *superação* do risco agravado de saúde. O lugar próprio para definir esse conceito seria, porém, o artigo 2.º da Lei n.º 75/2021, e não um artigo da LCS. Muito menos, um artigo satélite de um outro da LCS que já dela não deveria constar (pois, como vimos, o seu lugar próprio seria, por todas as razões, a Lei n.º 75/2021).

Aliás, a relevância desta nova noção haveria de produzir-se sobre o direito ao esquecimento (artigo 3.º da Lei n.º 75/2021), e não sobre o artigo que prevê a celebração do ANACS. Também não se afigura de boa técnica legislativa elaborar um artigo com 14 números sobre a celebração do ANACS, deixando de fora uma situação que se pretendia incluir ali e que fica relegada para um número insólito de um outro artigo autónomo.

II – Se é muito criticável, por todas as razões apontadas, a inserção sistemática do n.º 1 do artigo 15.º-B da LCS, cujo espaço próprio (aliás, como o artigo 15.º-A) seria a Lei n.º 75/2021, que

⁶² *Supra*, IV.2.2.1/II.



dizer do n.º 2 do artigo 15.º-B?

Nos termos desta disposição, «os prazos mencionados no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 [...], aplicam-se com as devidas adaptações à informação referida na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 17.º do Código do Trabalho»⁶³. Ora, independentemente da bondade material da solução, que não cabe aqui discutir, a mesma respeita a uma extensão do direito ao esquecimento no domínio do Direito do Trabalho, sendo inteiramente alheia e irrelevante à regulação do contrato de seguro, cuja sede própria é a LCS.

Seria, portanto, normal que o diploma que estabelece o direito ao esquecimento (a Lei n.º 75/2021) consagrasse esta solução numa disposição própria, ou que inserisse diretamente a alteração no artigo 17.º do Código do Trabalho. O que não é normal nem encontra justificação é que a solução seja inutilmente introduzida num diploma (a LCS) que nada tem a ver com o direito ao esquecimento nem – muito menos – com o Direito do Trabalho.

⁶³ Dispõe-se na alínea b) do n.º 1 do artigo 17.º do Código do Trabalho (sob a epígrafe *Proteção de Dados Pessoais*) que o empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação, acrescentando o n.º 2 que estas informações são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade.



IV.5 – Balanço geral

I – Vimos que o âmbito da Lei n.º 75/2021 se reporta à contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como à contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos. Neste quadro, o diploma só releva, em matéria de seguros, quanto àqueles que servirem instrumentalmente (ainda que a título facultativo) para salvaguardarem a posição do credor nos referidos contratos de crédito.

Portanto, o interesse que se visa salvaguardar é, em última instância, não o direito à igualdade na contratação de seguros (já assegurado, designadamente, pelo artigo 13.º da CRP e pelo artigo 15.º da LCS), mas a igualdade e não discriminação no acesso à habitação e ao consumo (e aos contratos de crédito que os possibilitam financeiramente). Ora, esta circunstância suscita críticas de vária ordem, que reprimam comentários e críticas já dirigidos, há década e meia, à Lei n.º 46/2006.

II – Antes de passarmos em revista as referidas críticas, há um ponto prémio que importa sublinhar. Assim, a relevância da *lei do esquecimento* em matéria de seguros, decorre, fundamentalmente, da consagração do direito ao esquecimento e da operacionalização deste através do regime que vier a constar do ANACS.

Ora, relativamente ao direito ao esquecimento e ao seu regime satélite, dois cenários podem verificar-se. No primeiro cenário, o legislador certificou-se, com base em evidência científica e estatística rigorosa, que nas situações de *superação* ou *mitigação* do risco agravado de saúde – qualquer que seja a natureza das



patologias na base do mesmo –, essas situações não implicam, para o segurador, uma maior probabilidade de ocorrência do sinistro e, portanto, um acréscimo de risco coberto. A ser, portanto, este o cenário – que não estamos em condições de discutir no plano clínico por falta de acesso à referida evidência – dir-se-á que o direito ao esquecimento é completamente inócuo e indiferente à atividade seguradora, não suscitando críticas nem reparos e merecendo um generalizado aplauso.

Num outro cenário, em que o conceito de *superação* (e, sobretudo, o de *mitigação*) do risco agravado de saúde decorrem da generosidade do legislador, mas carecem de sustentação científica ou de evidência estatística ou atuarial (que, a existir, haveria de ser divulgada), o panorama é bem diverso. Neste caso, as situações de *superação* ou *mitigação* do risco agravado de saúde implicam, na verdade, uma maior probabilidade de ocorrência do sinistro do que numa situação comparável de uma pessoa que não tivesse sido nunca afetada por uma situação de risco agravado de saúde. A ser assim, portanto, as referidas situações de *superação* ou, sobretudo, *mitigação*, implicam que o segurador incorra num acréscimo de risco sem que possa refletir esse acréscimo no prêmio aplicável. É neste segundo cenário que concentraremos a nossa análise.

III – Admitindo este último cenário, vejamos quais as consequências que, no domínio da atividade seguradora, se adivinham para o direito ao esquecimento (ainda que com o âmbito limitado, que a lei lhe destina, para os seguros associados ao crédito à habitação e ao consumo).



Assim, como já referimos⁶⁴, a atividade seguradora baseia-se no risco, devendo o prêmio ser proporcional à probabilidade de ocorrência do sinistro⁶⁵. Com efeito, a falta de diferenciação e de segmentação dos riscos em classes homogêneas⁶⁶ levaria à seleção adversa, tendente a gerar o colapso da atividade seguradora⁶⁷. De facto, aplicando-se o mesmo prêmio a riscos diferentes, os melhores riscos (de baixa probabilidade e/ou intensidade) seriam onerados com um prêmio superior ao do risco coberto, subsidiando os piores riscos, que estariam, por seu turno, subtarifados⁶⁸. Daí decorreria gradualmente uma espiral de seleção adversa, com progressivo afastamento dos bons riscos e concentração dos maus riscos⁶⁹. A não se verificar a referida subsidiarização dos maus riscos pelos bons, a subtarifação conduziria à insuficiente cobertura financeira da massa dos riscos e, potencialmente, à insolvência do segurador. Esta seria igualmente potenciada pela exclusão, pelos tratados de resseguro internacionais, dos riscos agravados em causa, sujeitando o segurador a uma exposição excessiva ao risco.

⁶⁴ *Supra*, III.1.V.

⁶⁵ François Ewald e Jean-Pierre Moreau, “Génétique médicale, confidentialité et assurance”, *Risques*, n.º 18 (abr.-jun. 1994), p. 113.

⁶⁶ Como refere Dubuisson, «a técnica do seguro não está fundada num princípio de justiça social mas num princípio de justiça atuarial que impõe que os seus riscos sejam reunidos em grupos homogêneos e tarifados pelo seu valor real» - Bernard Dubuisson, “Secrets, mensonges et confidences”, *Revue de Droit de l’U.L.B.*, Vol. 21, n.º 1 (2000), p. 339 (trad. nossa).

⁶⁷ Paul Samuelson e William Nordhaus, *Economics*, 16ª Ed., New York, McGraw-Hill, 1998 – trad. port., *Economia*, Lisboa, McGraw-Hill, 1999, p. 195.

⁶⁸ Herman Cousy, “The Principles of European Insurance Contract Law: the Duty of Disclosure and the Aggravation of Risk”, *ERA-Forum*, Vol. 9 (set. 2008), p. 123.

⁶⁹ Desenvolvidamente, Luís Poças, “Aproximação económica à declaração do risco no contrato de seguro”, *cit.*, pp. 52 ss.



Ora, a decretar-se uma igualdade formal de condições contratuais entre segurados, só se evitaria a seleção adversa em duas circunstâncias: (i) se a modalidade de seguro em causa fosse obrigatória para toda a população, com um capital idêntico (impedindo-se, portanto, o afastamento dos “bons riscos” e impondo-se um prémio médio, equitativamente distribuído por todos os segurados)⁷⁰; ou (ii) se o Estado assegurasse mecanismos de solidariedade social que custeassem diretamente aos seguradores o sobreprémio aplicável aos riscos agravados (por exemplo, através de uma dotação própria do Orçamento do Estado).

A proporcionalidade entre o prémio e o risco é também uma exigência do princípio da justiça comutativa, que requer o equilíbrio das prestações das partes. Ora, esse equilíbrio só violaria o princípio da igualdade se, para riscos diferentes, fosse exigido um prémio igual, ou se, para riscos de igual probabilidade, fosse exigido um

⁷⁰ Como sublinha Onora O’Neill, haverá que distinguir os seguros de base solidarística (*solidarity-based insurance*) dos seguros de base mutualista (*mutuality-based insurance*). Os primeiros correspondem aos seguros sociais, organizados pelo poder público, com uma cobertura abrangendo tendencialmente todo o universo populacional e assentando em contribuições niveladas de carácter compulsório (sem as quais os riscos de baixa probabilidade procurariam melhores condições nos seguros de base mutualista, gerando uma espiral de seleção adversa). Os segundos correspondem aos seguros privados, em que os prémios são diferenciados em função do risco transferido, caso em que os melhores riscos beneficiarão dos prémios mais baixos proporcionados pelo mercado concorrencial, enquanto os piores riscos não deixarão de segurar-se, ainda que por prémios mais elevados, nas melhores condições contratuais a que puderem aceder – Onora O’Neill, “Insurance and genetics: The current state of play”, in Roger Brownsword; W. R. Cornish e Margaret Llewelyn (Eds.), *Law and Human Genetics: Regulating a Revolution*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 124.



prémio diferente⁷¹. Neste sentido, quanto mais exato for o equilíbrio entre o prémio e o risco incorrido pelo segurador, maior será o respeito pelo princípio da igualdade⁷² e pela justiça e competitividade dos prémios, em benefício do consumidor⁷³.

De resto, o desequilíbrio entre o prémio e o risco tenderia

⁷¹ Nas palavras de Devoet, «o facto de um segurador reservar um tratamento diferente a um candidato são e a um candidato que possui uma probabilidade enorme de provocar um sinistro não aparece como uma discriminação injustificável, já que a diferenciação operada repousa sobre critérios objetivos, há muito demonstrados e largamente propalados» - Claude Devoet, *Les Assurances de Personnes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 176 (trad. nossa). Note-se, por outro lado, que a transposição de considerações de justiça social para o domínio do contrato de seguro nem sempre teria uma solução evidente: como refere Chiappori, «em que é que a justiça social requer que o excesso de risco de um quadro superior geneticamente vulnerável aos problemas cardiovasculares seja assumido pelo acréscimo de prémio de um operário?» - Pierre-André Chiappori, “Tests génétiques et assurance: une analyse économique”, *Risques*, n.º 40 (dez. 1999), p. 108 (trad. nossa).

⁷² Conforme explica Fagnart, «se todos os cidadãos, mesmo os menos favorecidos, têm direito à proteção da Segurança Social, os seguros privados são um serviço de que não se pode beneficiar senão pagando o respetivo preço: este varia em função da gravidade do risco. Logo, é preciso que o segurador possa calcular o risco tão precisamente quanto possível, sob pena de fazer pagar aos segurados que apresentam um risco fraco, um prémio mais elevado para compensar a insuficiência dos prémios pagos pelos riscos agravados» - Jean-Luc Fagnart, “Dispositions communes: Formation et exécution du contrat”, in Marcel Fontaine e Jean-Marc Binon (Eds.), *La Loi du 25 Juin 1992 sur le Contrat d’Assurance Terrestre*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1993, p. 63 (trad. nossa).

⁷³ Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 309; Herman Cousy, “The Principles of European Insurance Contract Law: the Duty of Disclosure and the Aggravation of Risk”, *cit.*, p. 123; Onora O’Neill, “Insurance and genetics: The current state of play”, *cit.*, p. 125.



igualmente a afetar os princípios que norteiam a realização de uma gestão sã e prudente da empresa de seguros, e aos quais os seguradores estão legalmente vinculados e sujeitos à supervisão da ASF⁷⁴.

IV – As linhas que antecedem dão conta dos riscos a que a *lei do esquecimento* expõe o setor segurador e dos sacrifícios a que a mesma potencialmente sujeita os consumidores (configurados como mutualidade de segurados). A questão que se suscita é se tais riscos e sacrifícios serão minimamente necessários ou sequer úteis.

Ora, como vimos reiteradamente⁷⁵, a *lei do esquecimento* tem por preocupação a proteção, no acesso ao crédito à habitação e ao consumo, das pessoas que superaram ou mitigaram situações de deficiência ou risco agravado de saúde, pelo que o respetivo impacto, em matéria de seguros, se restringe aos contratos (em rigor, como vimos⁷⁶, de seguro de vida) associados àquele crédito.

Ora, se o acesso à aquisição de habitação, ou a bens de consumo, pode depender de crédito bancário, o mesmo não depende da celebração de um seguro senão por conveniência da instituição de crédito. Com efeito, é compreensível que esta não possa prescindir de garantias para a concessão de crédito, mas, estando já garantida através de hipoteca (ou de penhor, ou outra garantia), fica a sua posição suficientemente salvaguardada sem necessidade de contratação de um seguro de vida. Com efeito, estabelece o n.º 1 do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de novembro

⁷⁴ Francisco Luís Alves, “A discriminação e a avaliação do risco nos seguros”, *cit.*, pp. 245-246.

⁷⁵ Sobretudo, *supra*, IV.1.

⁷⁶ *Supra*, IV.1.4.



(regime jurídico de concessão de crédito à habitação própria), que o empréstimo é *garantido* por hipoteca (ou outra garantia substituta, admitida pelo n.º 3), acrescentando o n.º 2 que, *em reforço* daquela garantia, *poderá ser constituído* seguro de vida.

É, portanto, por *conveniência* da instituição de crédito – para que a mesma não seja forçada a executar a hipoteca em caso de morte ou invalidez do devedor que implicasse o incumprimento – que a Lei n.º 75/2021 impõe aos seguradores as soluções nela previstas⁷⁷. Ou seja, a *lei do esquecimento* sacrifica injustamente a posição do segurador num contrato acessório para salvaguarda *desnecessária* da posição da instituição de crédito no contrato principal. Bem andou, portanto, nesta matéria, o legislador do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência (citada Lei n.º 64/2014), que dispensou, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, a contratação de seguro de vida.

Aliás, a cumulação de uma garantia principal (hipoteca ou outra) com a exigência do seguro de vida pode implicar mesmo a violação do *princípio da proibição de excessos na garantia (sobregarantia)*⁷⁸.

Em suma, portanto, afigura-se *desnecessária* (e, logo, *inútil*), para

⁷⁷ Como afirma Guilherme Oliveira, «a entidade mutuante já está defendida por força de uma garantia especial de natureza real – a hipoteca que recai sobre o imóvel – para além da garantia geral do património do devedor. Acresce a circunstância vulgar de o montante emprestado não ultrapassar uma percentagem do valor do bem – o que previne o potencial executante contra eventuais depreciações que o bem sofra» - Guilherme de Oliveira, “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, *cit.*, p. 153.

⁷⁸ 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”, *cit.*, p. 161.



o fim que se visa legalmente salvaguardar – acesso ao crédito à habitação e ao consumo por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de deficiência ou risco agravado de saúde –, a imposição ao segurador do regime do direito ao esquecimento, na medida em que essa imposição apenas serve interesses de *conveniência*, e não de necessidade de salvaguarda financeira (já assegurada por uma ou mais garantias) da instituição de crédito.

IV.6 – Seguros de saúde

I – A *lei do esquecimento* não se limita a regular o direito ao esquecimento e o ANACS, no âmbito do acesso ao crédito à habitação e ao consumo. Para além de outras disposições insólitas – como a referida incursão no Direito do Trabalho – o diploma aproveitou igualmente para (também a despropósito, face ao seu objeto central) introduzir uma alteração no regime do seguro de saúde, mais concretamente quanto à respetiva eficácia *post pactum finitum*.

Trata-se de uma alteração, introduzida pelo artigo 5.º da Lei n.º 75/2021, ao n.º 1 do artigo 217.º da LCS, o qual passa a ter a seguinte redação: «em caso de não renovação do contrato ou da cobertura e não estando o risco coberto *de forma proporcional* por um contrato de seguro posterior, o segurador não pode, nos dois anos subsequentes e até que se mostre esgotado o capital seguro no último período de vigência do contrato, recusar as prestações resultantes de doença manifestada, *de outros cuidados de saúde relacionados* ou outro facto ocorrido na vigência do contrato, desde



que cobertos pelo seguro»⁷⁹. Que dizer?

II – Os dois trechos aditados não introduzem alterações de substância. O primeiro, cujo sentido e alcance se deixa adivinhar, poderia, não obstante, ter sido redigido de forma mais clara. O que se visa dizer não é, certamente, que, *se o risco não estiver proporcionalmente coberto por um seguro posterior, o segurador não pode... recusar as prestações*, mas sim que, *se o risco não estiver coberto em igual medida por um seguro posterior, o segurador não pode... recusar as prestações correspondentes à parte não coberta pelo novo seguro*.

Creemos que a “proporcionalidade” que o trecho sugere não tem propriamente por objeto a natureza do risco ou da cobertura – aspetos já salvaguardados pela anterior redação («em caso de não renovação do contrato *ou da cobertura e não estando o risco coberto* por um contrato de seguro...») –, mas antes os limites de capital do contrato cessante e do atual. Assim, não estará em causa uma verdadeira solução de proporcionalidade – que apelaria para o regime dos n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 133.º da LCS, onerando desnecessariamente a gestão de cada processo de sinistro, e penalizando inutilmente, sem vantagem para a pessoa segura, a posição do segurador cessante em benefício do novo segurador – mas sim uma obrigação subsidiária do segurador cessante relativamente ao novo segurador. Por outras palavras, o dever de prestar do segurador cessante só se verificará se (e na medida em que) se esgotar o capital garantido pelo novo segurador.

Exemplificando: se o seguro cessante tinha um capital de internamento hospitalar de € 10.000,00 e o novo seguro um capital

⁷⁹ Itálico nosso, assinalando os trechos aditados pela Lei n.º 75/2021.



de € 5.000,00, o segurador cessante ficará obrigado, nos dois anos subsequentes e até que se mostre esgotado o capital seguro no último período de vigência do contrato, na medida em que o novo seguro não responda (ou seja, se houver um sinistro de internamento hospitalar que exceda os € 5.000,00).

Creemos, em qualquer caso, que uma redação mais cuidada sempre evitaria qualquer incerteza interpretativa.

III – Quanto ao segundo trecho, o mesmo afigura-se, não só supérfluo, mas mesmo incongruente. Com efeito, dizia a redação anterior que «o segurador não pode [...] recusar as prestações *resultantes* de doença manifestada ou outro facto ocorrido na vigência do contrato, desde que cobertos pelo seguro».

Ora, as *prestações resultantes* de doença ou outro facto (acidente) traduzem-se precisamente nos *cuidados de saúde* (atos médicos, tratamentos, medicamentos, etc.) contratualmente garantidos. Parece, portanto, descabido e sem sentido útil dizer-se que o segurador *não pode recusar os cuidados de saúde resultantes... de outros cuidados de saúde relacionados*.

IV – Em complemento das alterações que acabamos de analisar, estabelece-se no artigo 7.º da Lei n.º 75/2021, sob a epígrafe *Regulamentação*, que o Governo, no prazo de um ano após a entrada em vigor da presente lei, regulamenta a prestação de cuidados de saúde relacionados por parte do segurador cessante, nos termos do artigo 217.º da LCS.

Aguarde-se, assim, pela referida regulamentação, para vermos se trará alguma luz ou valor acrescentado à disposição que visa regulamentar.



IV.7 – Vigência e execução

I – O artigo 8.º da Lei n.º 75/2021 estabelece que esta entra em vigor no dia 1 de janeiro de 2022. A questão que o preceito suscita é a de saber, de entre as várias vertentes da sua intervenção normativa, aquelas que são passíveis de aplicação imediata e, diversamente, aquelas cuja exequibilidade depende de regulamentação ou de outra condição prévia.

II – Ora, no plano central da sua ação reguladora em matéria de seguros (proteção das pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência contra a discriminação no acesso a seguros associados a contratos de crédito à habitação ou crédito ao consumo), todo o regime estabelecido – incluindo o direito ao esquecimento, as noções instrumentais de superação e mitigação da deficiência ou risco agravado de saúde – gira em torno de um instrumento operativo fundamental, do qual depende: o ANACS ou, na falta deste, um decreto-lei substitutivo.

Caberá, com efeito, ao ANACS, entre outros aspetos, definir um procedimento de fixação de uma grelha de referência contendo os termos e prazos, para cada patologia ou incapacidade, de que depende a operacionalização do direito ao esquecimento. Sem a celebração do ANACS ou a emissão do referido decreto-lei, a execução da vertente principal da *lei do esquecimento* fica, portanto, paralisada.

III – Da celebração do ANACS depende também a execução de aspetos periféricos, instrumentais e secundários da Lei n.º 75.º/2021. Tal é o caso, por exemplo, da alteração introduzida à Lei n.º 46/2006 – no sentido de tornar o regime contraordenacional,



nela previsto, extensível à violação do próprio ANACS – ou o conteúdo útil das remissões feitas para o artigo 15.º-A da LCS.

Também insuscetível de aplicação imediata é a alteração introduzida, a propósito da eficácia pós-contratual dos seguros de saúde, no artigo 217.º da LCS, a qual, como vimos⁸⁰, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 75/2021, depende de regulamentação, a emitir pelo Governo no prazo de um ano após a entrada em vigor da mesma lei.

IV – Não obstante, o referido plano periférico da intervenção da Lei n.º 75/2021 contempla pontualmente aspetos cuja implementação e execução imediatas não obedecem a quaisquer constrangimentos nem dependem de regulamentação ou da prévia interposição de outras medidas. Tal é o caso, desde logo, da alteração operada à alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006 (perda das notas de irreversibilidade que constavam da definição de *peças com risco agravado de saúde* e, conseqüentemente, alargamento do âmbito desta noção), com impacto imediato e transversal no artigo 15.º da LCS, que remete para aquela definição.

É também o caso da inócua disposição, introduzida como n.º 10 do artigo 15.º da LCS, no sentido de proibir as práticas que discriminem entre a saúde física e mental ou psíquica.

V – Conclusões

I – O tema geral deste texto – a regulação específica da igualdade e não discriminação, em seguros, em razão de deficiência ou do

⁸⁰ *Supra*, IV.6.IV.



risco agravado de saúde – corresponde, em Portugal, a um percurso normativo marcado por três etapas: a Lei n.º 46/2006, o artigo 15.º da LCS e a Lei n.º 75/2021 (*lei do esquecimento*).

Abstraindo da CRP, o regime que disciplina especificamente a matéria resulta do concurso das três referidas fontes legais, que, por via de remissões cruzadas, expressas ou implícitas, de dependências definitórias, de subordinações interpretativas ou da simples complementaridade de disposições, estão sistematicamente interligadas e articuladas como três peças de um mesmo *puzzle* normativo.

II – Quanto à Lei n.º 75/2021, o plano central da sua intervenção normativa, tendo por epicentro o direito ao esquecimento, assume um âmbito limitado a seguros – em termos práticos, apenas os de vida – associados a contratos de crédito à habitação e ao consumo, tutelando, inerentemente, a posição das pessoas seguras na qualidade de consumidores.

Neste domínio, a *lei do esquecimento* procurou transplantar para Portugal um regime oriundo do ordenamento francês. Fê-lo, porém, de forma parcelar e inconsistente, com recurso a inovações pouco apuradas, de tal forma que a disciplina resultante é atravessada por várias ambiguidades e por incongruências valorativas e lógicas de que demos oportunamente conta. As decorrentes dúvidas e incertezas são, assim, solo fértil para o intérprete num domínio onde deveria imperar a segurança jurídica.

Quanto à materialidade das soluções visadas, potencia-se uma desnecessária exposição da atividade seguradora, no ramo vida, ao risco de seleção adversa, em benefício, não do consumidor afetado por deficiência ou risco agravado de saúde, mas de razões de



conveniência das instituições de crédito e de salvaguarda da posição das mesmas.

A ambição reguladora da *lei do esquecimento* rendeu-se, porém, à necessidade de um maior detalhe regulamentar, ficando refém, para a sua plena implementação e execução, da celebração do ANACS – ato jurídico com natureza *sui generis* – ou, pelo menos, da sua substituição por um decreto-lei.

III – Quanto ao plano periférico, instrumental e secundário de ação normativa da Lei n.º 75/2021, a mesma assume uma elevada heterogeneidade e dispersão, consubstanciando-se em alterações relativamente cosméticas e inócuas, ou de menor pertinência, mas derivando também para vertentes inteiramente alheias ao seu assumido escopo regulador, como as da eficácia pós-contratual dos seguros de saúde ou até uma insólita incursão na esfera jus-laboral. Só nalguns destes domínios secundários ou instrumentais encontra a *lei do esquecimento* exequibilidade imediata.

Luís Poças



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2022-01-18