

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Tecnologia e Direito

ANO LXIII

2022

NÚMEROS 1 E 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIII (2022) 1 e 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Outubro, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes
9-16 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Guido Alpa
19-34 On contractual power of digital platforms
Sobre o poder contratual das plataformas digitais

-
- José Barata-Moura
35-62 Dialéctica do tecnológico. Uma nótula
Dialectique du technologique. Une notule

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Ana Alves Leal
65-148 Decisões, algoritmos e interpretabilidade em ambiente negocial. Sobre o dever de explicação das decisões algorítmicas
Decisions, Algorithms and Interpretability in the Context of Negotiations. On the Duty of Explanation of Algorithmic Decisions

-
- Ana María Tobío Rivas
149-215 Nuevas tecnologías y contrato de transporte terrestre: los vehículos automatizados y autónomos y su problemática jurídica
Novas tecnologias e contrato de transporte terrestre: veículos automatizados e autónomos e seus problemas jurídicos

-
- Aquilino Paulo Antunes
217-236 Avaliação de tecnologias de saúde, acesso e sustentabilidade: desafios jurídicos presentes e futuros
Health technology assessment, access, and sustainability: present and future legal challenges

-
- Armando Sumba
237-270 *Crowdfunding* e proteção do investidor: vantagens e limites do financiamento colaborativo de empresas em Portugal
Crowdfunding and investor protection: the advantages and limits of business crowdfunding in Portugal

-
- Diogo Pereira Duarte
271-295 O Regulamento Europeu de *Crowdfunding*: risco de intermediação e conflitos de interesses
The European Crowdfunding Regulation: intermediation risk and conflicts of interests

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto
297-340 Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço
Digital Law Philosophy: thinking legally the relation between Law and Technology in the Cyberspace

-
- Francisco Rodrigues Rocha**
341-364 O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de Novembro. Breves notas
Le « droit à l'oubli » dans la loi n. 75/2021, de 18 novembre. Brèves remarques
-
- Iolanda A. S. Rodrigues de Brito**
365-406 The world of shadows of disinformation: the emerging technological caves
O mundo das sombras da desinformação: as emergentes cavernas tecnológicas
-
- João de Oliveira Geraldés**
407-485 Sobre a proteção jurídica dos segredos comerciais no espaço digital
On the Legal Protection of Trade Secrets in the Digital Space
-
- João Marques Martins**
487-506 Inteligência Artificial e Direito: Uma Brevíssima Introdução
Artificial Intelligence and Law: A Very Short Introduction
-
- Jochen Glöckner | Sarah Legner**
507-553 Driven by Technology and Controlled by Law Only? – How to Protect Competition
on Digital Platform Markets?
*Von Technologie getrieben und nur durch das Recht gebremst? – Wie kann Wettbewerbschutz auf
digitalen Plattformmärkten gelingen?*
-
- Jones Figueirêdo Alves | Alexandre Freire Pimentel**
555-577 Breves notas sobre os preconceitos decisoriais judiciais produzidos por redes neurais
artificiais
Brief notes about the judicial decisional prejudices produced by artificial neural networks
-
- José A. R. Lorenzo González**
579-605 Reconhecimento facial (FRT) e direito à imagem
Facial recognition (FRT) and image rights
-
- José Luis García-Pita y Lastres**
607-661 Consideraciones preliminares sobre los llamados *smart contracts* y su problemática
en el ámbito de los mercados bursátiles y de instrumentos financieros [Las órdenes
algorítmicas y la negociación algorítmica]
*Considerações preliminares sobre os chamados smart contracts e os seus problemas no domínio dos
mercados bolsistas e dos instrumentos financeiros [As ordens algorítmicas e a negociação
algorítmica]*
-
- Mariana Pinto Ramos**
663-727 O consentimento do titular de dados no contexto da *Internet*
The consent of the data subject in the Internet
-
- Neuza Lopes**
729-761 O (re)equilíbrio dos dois pratos da balança: A proteção dos consumidores perante
os avanços no mundo digital – Desenvolvimentos recentes no direito europeu e
nacional
*(Re)balancing the scale: Consumer protection in the face of advances in the digital world – Recent
developments in European and national law*

-
- Nuno M. Guimarães**
763-790 Sistemas normativos e tecnologias digitais: formalização, desenvolvimento e convergência
Normative systems and digital technologies: formalization, development, and convergence
-
- Paulo de Sousa Mendes**
791-813 Uma nota sobre Inteligência Artificial aplicada ao Direito e sua regulação
A Note on Artificial Intelligence in Legal Practice and Its Regulation
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes | Luís Eduardo e Silva Lessa Ferreira**
815-838 *Cyberbullying* por divulgação de dados pessoais
Cyberbullying by doxxing
-
- Rui Soares Pereira**
839-865 Sobre o uso de sistemas de identificação biométrica (e de tecnologias de reconhecimento facial) para fins de segurança pública e de aplicação coerciva da lei: reflexões a propósito da proposta de regulamento europeu sobre a inteligência artificial
On the use of biometric data systems (and facial recognition technologies) for security and law enforcement purposes: reflections on the proposal for the european regulation on artificial intelligence
-
- Rute Saraiva**
867-930 Segurança Social, Direito e Tecnologia – Entre *Rule-as-Code* e a personalização
Social Security, Law and Technology – Between rule-as-Code and personalization

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- Alfredo Calderale**
933-969 Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- A. Barreto Menezes Cordeiro**
973-981 Anotação ao Acórdão *Meta Platforms* – TJUE 28-abr.-2022, proc. C-319/20
Commentary to the Meta Platforms Judgment – CJEU 28-apr.-2022 proc. C 310/20
-
- Rui Tavares Lanceiro**
983-999 2020: um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional e o Direito da UE – Um breve comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 e n.º 711/2020
2020: A landmark year for the relationship between the Constitutional Court and EU law – A brief commentary on the Constitutional Court judgments 422/2020 and 711/2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- J. M. Sérvulo Correia**
1003-1007 Homenageando o Doutor Jorge Miranda
Homage to Professor Dr. Jorge Miranda

- **Jorge Miranda**
1009-1016 Nótula sobre os direitos políticos na Constituição portuguesa
Notice about Political Rights in the Portuguese Constitution

LIVROS & ARTIGOS

- **M. Januário da Costa Gomes**
1019-1024 Recensão à obra *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, de Guido Alpa

O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de Novembro. Breves notas

Le « droit à l'oubli » dans la loi n. 75/2021, de 18 novembre. Brèves remarques

Francisco Rodrigues Rocha*

Resumo: Discorre-se, no presente texto, sobre certos aspectos, mais polémicos, da Lei n.º 75/2021, de 18 de Novembro, que consagrou, no direito português, o chamado «direito ao esquecimento». Em particular, ocupamo-nos do seu artigo 3.º: âmbitos objectivo e subjectivo de aplicação, destinatários, relação entre os n.ºs 1 e 2 do preceito e a prova da situação que permite o exercício do «direito ao esquecimento».

Palavras-chave: direito ao esquecimento; discriminação; seguros de pessoas; seguros de vida; declaração do risco.

Résumé : Dans ce texte, nous analysons certains aspects, plus polémiques, de la Loi n.º 75/2021, de 18 novembre, qui a consacré, dans le droit portugais, ce que le législateur appelle «droit à l'oubli». Nous nous occupons, en particulier, de son article 3 : ses champs objectif et subjectif d'application, destinataires, relation entre les n.ºs 1 et 2 de cet article et la preuve qui permet l'exercice du « droit à l'oubli ».

Mots Clef : droit à l'oubli ; discrimination ; assurances de personnes ; assurances vie ; déclaration du risque.

Sumário: 1. Introdução; 2. As alterações introduzidas à Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto; 3. O «direito ao esquecimento» no (e do) artigo 3.º da Lei n.º 75/2021; 3.1. Âmbito subjectivo; 3.2. Âmbito objectivo; 3.3. A relação entre os dois números do artigo 3.º; 3.4. «Comprovação» da superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou deficiência; 4. Conclusão.**

* Professor auxiliar convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** O presente texto foi preparado por ocasião da participação do autor, no dia 10 de Março de 2022, no Colóquio sobre «Direito ao esquecimento e não discriminação», organizado pela AIDA Portugal, e concluído em Maio de 2022 para publicação na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. À data em que escrevemos, não foi ainda aprovado o acordo previsto no artigo 15.º-A do RJCS, introduzido pela Lei n.º 75/2021.

Reproduz-se, em seguida, a lista das abreviaturas mais frequentes: ASF = Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (anterior ISP = Instituto de Seguros de Portugal); CC = Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344, de 25-Nov.-1966, sucessivamente alterado; CCom

1. Introdução

I. Em 18 de Novembro, foi publicada a Lei n.º 75/2021, que, segundo sumário oficial, «[r]eforça o acesso ao crédito e 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 (...)».

A lei em apreço teve origem no Projecto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, datado de 19 de Fevereiro do mesmo ano, da autoria do grupo parlamentar do Partido Socialista, largamente inspirado na experiência jurídica francesa¹ e, então, apenas com 4 artigos. Seguidos os trâmites normais do processo legislativo, o Projecto, depois de votação na generalidade, foi submetido a pareceres de entidades várias do sector² e foi ainda sujeito a duas propostas de alteração³. A votação final global ocorreu a 22 de Outubro de 2021, aprovado por quase todos os partidos, com

= Código Comercial, aprovado por Carta de Lei de 28-Jun.-1888, sucessivamente alterado; LA = *Loi relative aux assurances/Wet betreffende de verzekeringen*, de 4-Abr.-2014 (Bélgica); LCA = *Loi sur le contrat d'assurance*, de 27-Jul.-1997 (Luxemburgo); LCAT = *Loi sur le contrat d'assurance terrestre*, de 25-Jun.-1992 (Bélgica); LCC = Lei do Crédito ao Consumo, constante do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2-Jun., sucessivamente alterada, por último pela Lei n.º 57/2020, de 28-Ag.; LPCD = Lei das Práticas Comerciais Desleais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26-Mar., em transposição da Directriz n.º 2005/29/CE, de 11-Mai., com as alterações constantes do Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23-Set.; RJASR 2015 = Regime Jurídico de Acesso e Exercício da Actividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9-Set.; RJCS (ou LCS) = Regime Jurídico do Contrato de Seguro, também dito Lei do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16-Abr., objecto da Declaração de Rectificação n.º 32-A/2008, 12-Jun., e alterado pela Lei n.º 147/2015, de 9-Set.; RJDSR (ou LDS) = Regime Jurídico da Distribuição de Seguros e de Resseguros, também dito Lei da Distribuição de Seguros, aprovado pela Lei n.º 7/2019, de 16-Jan.; *RLJ* = *Revista de Legislação e Jurisprudência*; *ROA* = *Revista da Ordem dos Advogados*.

¹ Assim, o respectivo preâmbulo: «O acesso ao crédito por parte de pessoas com risco agravado de saúde tem sido motivo de acordos e legislação em vários países há vários anos. É disso exemplo a França, que estabeleceu um primeiro acordo a este efeito em 1991, para doentes seropositivos, e em 2001, para demais doentes com risco agravado de saúde. Foi sob a presidência de François Hollande que, em fevereiro 2014, foi primeiro proposto o direito ao esquecimento por parte de pessoas que tenham vencido um cancro, tendo sido posteriormente integrada na Lei da Modernização do Sistema de Saúde (Lei n.º 2016-41 de 26 de janeiro)». A influência dos direitos luxemburguês, belga e holandês, sequazes do francês, parece ter sido menor: serviram, sobretudo, como móbil para que Portugal também seguisse uma orientação que se entendeu generalizável e em generalização (o preâmbulo do Projecto refere-se, aliás, curiosamente a: «portabilidade deste preceito»).

² Designadamente da APS, APB, CNPD, BdP, ASF, OM, INReab e CAD-VIH/LPCC. A outras entidades foram realizadas audições: Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, Acreditar – Associação de Pais e Amigos de Crianças com Cancro e à DECO.

³ Do PS (na base do texto final) e do PAN.

apenas uma abstenção⁴, a promulgação em 11 de Novembro, a referenda a 15 e a publicação em *Diário da República* 3 dias depois.

O preâmbulo do Projecto de Lei justifica a iniciativa pelo facto de, apesar do artigo 13.º da CRP, «persisti[rem] ainda discriminações graves e injustas para vários grupos da nossa população. Entre estes grupos encontram-se as pessoas com risco agravado de saúde e, ainda, aquelas que[,] tendo vencido essa situação de doença, em vez de celebradas, vê[e]m-se marcadas por certas práticas contratuais de natureza discriminatória. Estas práticas são particularmente visíveis no acesso ao crédito, em especial ao crédito à habitação, e a contratos de seguros, com implicações especialmente relevantes no desenvolvimento pessoal e na efetivação de direitos como o direito à habitação por parte destes cidadãos». Apesar das generalizações, que, também por isso, não parecem ter sido antecedidas de estudos promovidos pelos órgãos legislativos nacionais, noutros países, de facto, têm sido divulgadas estatísticas sobre sobrevivência a cancro: nos países «ocidentais», o número de sobreviventes após um diagnóstico de cancro tem crescido anualmente cerca de 3%, representando cerca de 5% da população «em vários países»⁵; cerca de um terço dos sobreviventes de cancro está em idade activa⁶; a deterioração da qualidade de vida dos sobreviventes está «fortemente ligada a situações precárias», por ex. baixos rendimentos, desemprego e «outras posições socialmente desvantajosas»⁷. Esperam-se mais e melhores estudos,

⁴ Da Iniciativa Liberal.

⁵ Luigino Dal Maso *et al.*, *Cancer Cure for 32 Cancer Types: Results from the Eurocare-5 Study*, no *International Journal of Epidemiology* 49 (2020) 5, 1517-1525. A afirmação destes autores – que encontramos repetida, por ex., em Grazia Scocca/Françoise Meunier, *Towards an EU Legislation on the Right to Be Forgotten to Access to Financial Services for Cancer Survivors*, *European Journal of Cancer* 162 (2022), 134 – é baseada essencialmente em 4 estudos (cits. a nts. 7 a 10), três dos quais referentes ao Reino Unido, França e Itália (J. Maddams/M. Utley/H. Møller, *Projections of Cancer Prevalence in the United Kingdom, 2010-2040*, *British Journal of Cancer* 107 (2012), 1192-1202, M. Colonna *et al.*, *Time Trends and Short Term Projections of Cancer Prevalence in France*, em *Cancer Epidemiology* 56 (2018), 97-105, *iid.*, Erratum, *Cancer Epidemiology* 57 (2018), 158-159, Stefano Guzzinati, *Characteristics of People Living in Italy after a Cancer Diagnosis in 2010 and Projections to 2020*, *BMC Cancer* 18 (2018), 1-13), e o último, embora sem referência expressa no título, aos Estados Unidos da América (Kimberly D. Miller *et al.*, *Cancer Treatment and Survivorship Statistics, 2019*, em *CA: A Cancer Journal for Clinicians* 69 (2019) 5, 363-385).

⁶ Assim, G. Scocca/F. Meunier, *Towards an EU Legislation* cit., 134, baseadas em Joacques Ferlay *et al.*, *Cancer Incidence and Mortality Worldwide: Sources, Methods and Major Patterns in Globocan 2012*, no *International Journal of Cancer* 136 (2014) 5, 359-386.

⁷ A afirmação é de G. Scocca/F. Meunier, *Towards an EU Legislation* cit., 134, baseadas em Tit Albrecht *et al.*, *EU Policy Recommendations for Quality Improvement in Cancer After-Care at the Community Level*, em *European Guide on Quality Improvement in Comprehensive Cancer Control*, National Institute of Public Health, Liubliana, 2017, 135-164.

mas os existentes apresentam já tendências relevantes. Em causa parecem estar cancros menos nocivos, com possibilidade de cura, e muitas vezes em idade jovem.

Com uma relativamente curta *vacatio legis* (44 dias⁸), correspondente a cerca de um terço da inicialmente prevista (120 dias: artigo 4.º do Projecto de Lei), a entrada em vigor desta lei foi estabelecida a 1 de Janeiro de 2022 (artigo 8.º). Trata-se, portanto, de um diploma cuja entrada em vigor se não quis procrastinar, talvez pela relativa projecção pública que tinha ou teria o tema em questão, talvez pelo período que mediou desde que deu entrada o projecto até à sua efectiva aprovação, talvez por se aproximar novo ano civil e ser oportuna a vigência em data certa no início do mesmo, ou possivelmente até pelo termo da legislatura determinada pela dissolução da Assembleia da República⁹.

Certo é que a aprovação e a entrada em vigor da lei, aplaudida, no entanto, por vários, causaram especial celeuma no sector segurador. Um dos pontos levantados foi a possível reacção do mercado segurador com um aumento generalizado dos prémios de seguro, com vista a diluir pela mole de tomadores e segurados os riscos acrescidos na cobertura de pessoas nas condições previstas na lei. Argumentou-se que a lei em apreço, ao permitir o silêncio para efeito do exercício do direito ao esquecimento, poderia dar cobro a que o segurado não respondesse a perguntas relevantes formuladas nos questionários, distorcendo, assim, uma mais correcta avaliação do risco por parte do segurador. Mais: o «direito ao esquecimento» seria, nos dizeres da lei, mais um direito a não fazer saber ao segurador informação sobre a situação de risco agravado de saúde ou deficiência, do que um direito a esquecer (aquilo de que se não soube nem pôde saber). Isto poderia levar a casos caricatos em que o segurador tivesse celebrado um contrato com tomador segurado com cancro que o superasse ou mitigasse durante a vigência do contrato: neste caso, o segurador conheceria a situação de risco agravado de saúde ou doença e, para desagrar eventuais condições contratuais, teria de lhe ser comunicada a superação ou mitigação. Também o risco de os tomadores fazerem cessar os contratos com determinado segurador e celebrar novos contratos com outros, omitindo a informação respeitante à situação de risco agravado de saúde ou deficiência esteve no espectro de preocupações. A celebração ou, melhor, a dificuldade

⁸ Parte dos quais em período festivo natalício, além dos feriados entre 18 de Novembro e 1 de Janeiro.

⁹ Saliente-se ainda que, conforme consta da *Nota de admissibilidade* do Projecto, à pergunta «A iniciativa pode envolver, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas previstas no Orçamento do Estado (n.º 2 do art. 120.º do Regimento e n.º 2 do art. 167.º da Constituição?» se respondeu: «Não. É previsto um acordo a celebrar entre o Estado e diversas organizações, mas sem menção há [*recte*: à] existência de contrapartidas financeiras ou de qualquer prazo para a respetiva celebração».

em celebrar o «acordo» previsto no diploma tem sido outro ponto candente, justamente sublinhado pela apreciação ao projecto da autoria da APS¹⁰.

II. Não é propósito do presente escrito retomar toda a discussão, que é hoje muita e variada¹¹, em torno da discriminação nos seguros ou, talvez melhor, dos vários tipos que esta pode assumir¹². Pretendemos focar-nos nas soluções trazidas pela Lei n.º 75/2021, em especial, no seu artigo 3.º

Não podemos também analisar, neste escrito, o acordo previsto no agora artigo 15.º-A do RJCS, que, mais de seis meses decorridos e apesar de negociações várias entre as entidades envolvidas, ainda não foi celebrado¹³. Em todo o caso, consideraremos

¹⁰ Assim, a *Análise ao Projeto de Lei n.º 691/XIV/2.ª*, de Mai.-2021, da autoria da APS, p. 1: «O Artigo 4.º-A aditado pelo Projeto tem uma técnica legislativa confusa, misturando princípios, objetivos e termos de um suposto “Acordo”. Aplica-se, nos termos do n.º 6, “a todas as instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros”, mas é naturalmente mais relevante para as empresas de seguros e de resseguros porque são estas que avaliam os riscos de saúde para efeitos da contratação dos seguros de vida. O Acordo aplica-se a cont[r]atos celebrados a partir da sua entrada em vigor?». E ainda p. 4: «De uma perspectiva prática diremos que um Acordo que abranja todos os seguradores e instituições de crédito será difícil, e nada se refere quanto ao “Acordo” apenas abranger alguns seguradores ou instituições de crédito. Neste cenário, deveria definir-se em que termos é que o “Acordo” produziria efeitos e como deveriam agir as entidades que estivessem fora do “Acordo”».

¹¹ Sobre o tema, e.g. Luís Poças, *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, 731 ss., max. 764-781, Margarida Lima Rego, *A segmentação do mercado para avaliação dos riscos: Que futuro?, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, org. António Menezes Cordeiro et al., Almedina, Coimbra, 2016, 703-729, Margarida Torres Gama, *Proibição de práticas discriminatórias, Temas de Direito dos Seguros*, 2.ª ed., Almedina/MLGTS, Coimbra, 2020 (reimpr.), 135-149, Arnaldo Costa Oliveira, *Contrato de seguro: proibição de discriminação em razão de deficiência e risco agravado de saúde*, *O Direito* 146 (2014) 1, 245-273, Francisco Luís Alves, *O regime jurídico da discriminação aplicável aos seguros – presente e futuro*, *Forum XIV/31* (2012), 28-59, id., *A discriminação e a avaliação do risco nos seguros*, *RDES* 52 (2011) 3/4, 213-309, 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*, *RLJ* 136/3942 (2007) 158-170, ou Maria Inês de Oliveira Martins, *Sobre a discriminação dos portadores de VIH/SIDA na contratação de seguros de vida*, *BFD* 89 (2013), 749-800.

¹² A este respeito, por referência à Lei n.º 75/2021, vd. L. Poças, *A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros*, *RDCom* (2022), 127 ss.

¹³ Não estando celebrado o “acordo”, a questão que se suscita é se *interim* a não aplicação e implementação das medidas legais é sancionada por lei. A resposta não é clara em face da Lei n.º 75/2021. O quadro sancionatório vem estabelecido na Lei n.º 46/2006, em especial no seu artigo 9.º conforme alterado pela Lei n.º 75/2021. Este artigo prevê sanções contra-ordenacionais para os seguradores que violem o acordo do 15.º-A do RJCS. Enquanto ele não existir, estas sanções não podem aplicar-se. E, se não vier a existir e tiver de ser substituído por decreto-lei – como o próprio 15.º-A do RJCS prevê como último recurso –, a redacção do artigo 9.º terá de ser legislativamente alterada. Existe, no entanto, o risco de que o artigo 9.º da Lei n.º 46/2006, ainda assim, se aplique à violação do artigo 3.º da Lei

o citado artigo 15.º-A do RJCS na interpretação do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, dada a ligação estreita entre ambos.

Começaremos, assim, por analisar as alterações que a Lei n.º 75/2021 introduziu na Lei n.º 46/2006 (2.), para depois passar ao direito ao esquecimento como consagrado no artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 (3.), em particular o seu âmbito de aplicação (3.1. e 3.2.), a relação entre os seus dois números (3.3.) e o problema da prova da superação ou mitigação do risco grave.

2. As alterações introduzidas à Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto

I. A Lei n.º 46/2006, embora não fosse a ponto de consagrar um «direito ao esquecimento», proibia e proíbe a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde.

A sua aplicação ao contrato de seguro resultava e resulta ainda do seu artigo 4.º c):

Consideram-se práticas discriminatórias contra pessoas com deficiência as acções ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade, designadamente:

(...)

c) A recusa ou o condicionamento (...) [d]o acesso ao crédito bancário para compra e habitação, assim como a recusa ou penalização na celebração de contratos de seguros.

A redacção do texto legal não é talvez a melhor e, por isso, suscitaram-se dúvidas sobre o seu campo de aplicação.

Maioritário tem sido o entendimento de que o preceito proíbe a discriminação em razão de risco agravado de saúde não apenas em seguros ligados ao «crédito bancário

n.º 75/2021, uma vez que ele comina sanções genericamente para a discriminação, também no âmbito dos seguros, e a nova redacção do artigo 3.º c) da Lei n.º 46/2006 foi adaptada em função das definições de pessoa que tenha superado ou mitigado situação de risco agravado de saúde e deficiência que valem para efeito do «direito ao esquecimento». Ou seja, não é claro se o artigo 9.º do DL 46/2006 não se aplique à violação do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, independentemente do acordo do 15.º-A do RJCS. Esta interpretação, que nos parece possível, pode encontrar alguma resistência, de uma perspectiva contra-ordenacional, no princípio da legalidade estrita, que manda que a previsão legal para efeito de uma contra-ordenação seja certa. Ora, esta “teia” de remissões e interconexões entre diversas leis, com previsões numa lei (a Lei n.º 75/2021) e cominações noutra (Decreto-Lei n.º 46/2006), dificilmente se compaginaria com uma interpretação rigorosa do princípio da legalidade estrita. Mas o argumento não é incontornável, pois há quem, na doutrina e nos tribunais, defenda que este princípio vale com menos intensidade no direito contra-ordenacional do que no penal.

para compra e habitação»¹⁴. Parece-nos de perfilhar esta solução, porque o elenco de práticas discriminatórias do artigo 4.º da Lei n.º 46/2006 é exemplificativo («designadamente»), em razão do carácter aberto do princípio da igualdade (artigos 13.º/1 e 2 da CRP e 15.º/1 do RJCS), porque a mesma alínea do artigo 4.º da Lei n.º 46/2006 alude também a venda de imóveis e arrendamento que não têm de relacionar-se com seguro ou crédito à habitação e por causa do artigo 15.º/2 a 6 do RJCS cujo regime não distingue em função do tipo de seguro¹⁵; menos relevante, mas assumindo relevo, quando conjugado com os anteriores, é o argumento segundo o qual os dois substantivos da locução «contratos de seguros» se encontrarem no plural.

Outra questão respeita à determinação do termo de comparação ou, noutros termos, quem sejam as pessoas «em situação comparável» (artigos 3.º *a*) da Lei n.º 46/2006 e 15.º/2 do RJCS; ou «comparativamente com outras pessoas»: artigo 3.º *b*) da Lei n.º 46/2006). Interroga-se, com efeito, se o sejam as pessoas *sem* deficiência ou risco agravado de saúde *ou* aquelas *com* (aquela) deficiência ou risco agravado de saúde. O propósito do legislador foi, na prática, nivelar o acesso das pessoas com deficiência a seguros da mesma forma que ocorria para pessoas sem deficiência, estabelecendo, desta forma, uma fundamentada discriminação positiva¹⁶; ou seja, a deficiência não pode funcionar como motivo para a recusa de contratar um seguro ou para outro tipo de discriminação neste particular com reflexo no programa contratual. O que não significa que, quanto a outros factores de risco ou, noutros termos, «em razão de diferentes aléas seguráveis», que não a deficiência ou risco agravado de saúde, não possa o segurador proceder a «discriminações» objectivamente fundadas seja entre pessoas com deficiência ou risco agravado, seja entre estas e outras sem tais patologias¹⁷.

Para circunscrição do âmbito de aplicação do artigo 4.º *c*) da Lei n.º 46/2006, há também que atentar no conceito de *pessoas com risco agravado de saúde* (artigo 3.º *c*):

¹⁴ Também, por ex., em seguros obrigatórios de responsabilidade civil automóvel, seguros de saúde ou seguros de acidentes pessoais.

¹⁵ Neste sentido, L. Cunha Torres, anotação ao artigo 15.º, em P. Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro anotada*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, 80 (para seguros de saúde), M. Torres Gama, *Proibição* cit., 135-149, A. Costa Oliveira, *Contrato de seguro: proibição de discriminação* cit., 245-273, F. Luís Alves, *A discriminação* cit., 213-309, *max.* 222-225, *id.*, *O regime jurídico* cit., 28-59. Contra, J. Calvão da Silva, *Apólice “Vida Risco – Crédito Habitação”* cit., *max.* 159-160. Mais delicada, em face do princípio da legalidade estrita, parece ser a responsabilização contra-ordenacional em caso de discriminação no contexto de outros seguros além do crédito à habitação, como nota F. Luís Alves, *A discriminação* cit., 225.

¹⁶ Assim, F. Luís Alves, *O regime jurídico* cit., 30-31, e *id.*, *A discriminação* cit., 216-217.

¹⁷ Assim, J. Calvão da Silva, *Apólice “Vida Risco – Crédito Habitação”* cit., 163 ss. (com exs.).

pessoas 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 invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida.

II. A Lei n.º 75/2021, de 18 de Novembro, alterou o artigo 3.º c) da Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, passando agora a dele constar a seguinte definição de *pessoas com risco agravado de saúde* (novo artigo 3.º c)):

pessoas 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.

As alterações foram duas: (i) a patologia já não tem de ser «*irreversível*» para que uma pessoa seja considerada “com risco agravado de saúde” (a palavra foi suprimida da redacção do novo artigo 3.º c)); e (ii) a patologia já não tem de ser «*sem perspectiva de remissão completa*» (a expressão foi suprimida da redacção do novo 3.º c)).

Em suma, com a supressão destas duas expressões, o leque de pessoas consideradas «com risco agravado de saúde» aumenta: a patologia de que padeçam já não tem de ser irreversível, nem sem perspectiva de remissão completa. Noutros termos, verificados os demais requisitos, uma pessoa que padeça de uma patologia *reversível* pode agora ser considerada com risco agravado de saúde e uma pessoa com patologia *com perspectiva de remissão completa* pode também sê-lo.

III. Uma outra alteração à Lei n.º 46/2006 pela Lei n.º 75/2021 incidiu sobre o quadro sancionatório, em particular o artigo 9.º/1 e 2 do primeiro diploma.

Assim, a nova versão do artigo 9.º/1 e 2 da Lei n.º 46/2006, introduzida pela Lei n.º 75/2021, estabelece agora que:

1 – A prática de qualquer ato discriminatório referido no capítulo II da presente lei ou a violação do acordo que concretiza o disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, por pessoa singular constitui contraordenação punível com coima graduada entre 5 a 10 vezes o valor da retribuição mínima mensal, sem prejuízo do disposto no n.º 5 e da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber.

2 – A prática de qualquer acto discriminatório referido no capítulo II da presente lei ou a violação do acordo que concretiza o disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, por pessoa colectiva de direito privado ou de direito público constitui contra-ordenação punível com coima graduada entre 20 e 30 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida, sem prejuízo do disposto no n.º 5 e da eventual responsabilidade civil ou da aplicação de outra sanção que ao caso couber.¹⁸

Como pode ver-se, foi acrescentada ao artigo 9.º da Lei n.º 46/2006 a violação do acordo celebrado ao abrigo do 15.º-A do RJCS.

O valor das coimas já existentes mantém-se, com diferenciação entre pessoas singulares¹⁹ e colectivas²⁰, mas é necessário ter em conta que, sendo, desde a Lei n.º 75/2021, mais ampla a definição de «pessoas com risco agravado de saúde», há um maior leque de situações que cabe no tipo legal das normas do artigo 9.º/1 e 2 da Lei n.º 46/2006.

3. O «direito ao esquecimento» no (e do) artigo 3.º da Lei n.º 75/2021

I. O artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 estabelece hoje aquilo que, nos direitos francês (artigo 1141-1 a 6 do *Code de la santé publique*), belga (Lei de 4 de Abril de 2019) e luxemburguês, se tem chamado «*droit à l'oubli*» e, agora, entre nós, por importação, «direito ao esquecimento».

Trata-se de uma figura cuja nomenclatura é importada do direito da protecção de dados²¹, mas que, com um pano de fundo próprio, assume aqui contornos ligeiramente diferentes.

II. O artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 contém apenas dois números, cujo conteúdo normativo – incluindo a relação entre o n.º 1 e o n.º 2 – não é inteiramente claro. Problematizá-lo-emos em seguida.

¹⁸ Itálicos nossos. Nos trechos legais citados ao longo do presente texto, todos os itálicos são da nossa autoria.

¹⁹ 5 a 10 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida.

²⁰ 20 a 30 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida.

²¹ Direito ao apagamento dos dados/direito a ser esquecido: artigo 17.º do RGPD e considerandos 65 e 66 *ibid.*

3.1. Âmbito subjectivo

I. Os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 aplicam-se a *peças singulares* e, dentre estas, apenas a *consumidores*²². Estas *peças singulares* (e) *consumidores*, beneficiários ou destinatários do regime consagrado no artigo 3.º, têm de ter *superado* ou *mitigado* situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

Pode questionar-se por que foi escolhido o conceito de consumidor para circunscrever o escopo de protecção da norma do artigo 3.º/1 da Lei n.º 75/2021. Em primeiro lugar, porque é questionável que a protecção aqui em causa se situe exclusivamente dentro do estrito âmbito de preocupações ditas juriconsumentísticas. A circunscricção a peças singulares teria talvez feito mais sentido. Em segundo, porque a circunscricção do escopo de protecção do artigo 3.º a consumidores resultaria já da associação ao crédito à habitação e ao consumo²³.

II. Tais peças devem encontrar-se sob determinado circunstancialismo: terem «superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência» (artigos 1.º/1, 3.º/1 ou 15.º-A/3). O artigo 2.º a) a c) define o que signifiquem tais conceitos:

- (i) *peças que tenham superado situações de risco agravado de saúde*: «peças que comprovadamente tenham estado em situação de risco agravado de saúde, como definido pela alínea c) do artigo 3.º da L 46/2006, e que já não se encontrem nesta situação, após realização de protocolo terapêutico que seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos»;
- (ii) *peças que tenham superado situação de deficiência*: «peças 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»;
- (iii) *peças que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência*: «peças que se encontrem a realizar tratamentos comprovadamente eficazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos da sua situação de risco agravado de doença ou de deficiência».

²² Enquanto pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos por esta lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional: artigos 4.º/1 d) do Decreto-Lei n.º 74-A/2017 e 2.º d) da Lei n.º 75/2021.

²³ Assim já L. Poças, *A Lei 75/2021 cit.*, 152.

III. Destinatários das normas proibitivas encerradas no artigo 3.º são também aqueles que protagonizem a contratação de crédito à habitação e ao consumo, bem como os seguros associados a estes, ou seja, genericamente: instituições de crédito e seguradores²⁴.

3.2. Âmbito objectivo

I. Estão abrangidos pelo artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 apenas «seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos», *i.e.* a créditos à habitação e aos consumidores (regulados, respectivamente e sobretudo, no Decreto-Lei n.º 349/98, de 11-Nov., e no Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23-Jun., bem como no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2-Jun.).

A referência a «seguros obrigatórios» deste tipo não deixa de causar estranheza, já que parecem não existir: só se se tratar de *obrigatoriedade em sentido impróprio*, no sentido de a obrigação de contratar seguro ser imposta no contrato de crédito à habitação ou ao consumo²⁵. Parece ser isto o que está em causa: em todo o caso, é, para este efeito, irrelevante que seja obrigatório ou facultativo, porque igual o regime («obrigatórios ou facultativos»).

II. Trata-se no artigo 3.º/1 da Lei n.º 75/2021 essencialmente de *seguros de vida*, eventualmente com coberturas complementares (cf. o artigo 184.º do RJCS)²⁶. Não parece que os seguros aqui contemplados tenham de ser forçosamente os sujeitos ao conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2006²⁷. Para a não discriminação nos outros seguros vale a Lei n.º 46/2006 e o artigo 15.º do RJCS, que não prevêem um específico «direito ao esquecimento». O ponto

²⁴ De acordo com o artigo 15.º-A/5: instituições de crédito, sociedades financeiras creditícias, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros, que exerçam actividade em território nacional (portanto, também as que tenham sede noutros Estados-membros da UE e actuarem em Portugal sob o regime da livre prestação de serviços (LPS)).

²⁵ Assim, em face do Decreto-Lei n.º 222/2009, Arnaldo Oliveira, *Seguro de vida associado ao crédito à habitação. A “acordadíssima” jurisprudência relativa à cobertura de invalidez, seguida de ponto de situação do quadro regulatório aplicável*, RDES LVI (2015) 1/3, 236 ou 193. Recentemente, no sentido do texto, a respeito da Lei n.º 75/2021, L. Poças, *A Lei 75/2021* cit., 153.

²⁶ A possibilidade de estarem aqui em causa seguros-caução ou de crédito parece mais árdua, em face do direito positivo português. Realçando, a propósito do âmbito de aplicação da Lei n.º 75/2021, que os seguros de saúde e de acidentes pessoais, atento o risco específico coberto, não são susceptíveis de acautelar eficazmente a posição do mutuante, L. Poças, *A Lei 75/2021* cit., 153.

²⁷ Assim também, L. Poças, *A Lei 75/2021* cit., 155-156.

pode ser debatido de uma perspectiva de política legislativa²⁸, mas a redacção actual da lei não parece cobrir outros tipos de seguro (por ex. de saúde ou de acidentes pessoais que não estejam «ligados» aos referidos créditos).

A Convenção AERAS 2020 distingue e prevê regimes separados para os *assurances emprunteurs*, para os *assurances-décès des prêts à la consommation* e, ainda, para os *assurances-décès des prêts au logement et professionnels*²⁹. A Lei n.º 75/2021 não o fez³⁰, embora não seja claro se não seriam de distinguir certos aspectos de regime em função do tipo de seguro em causa e, ainda, se o “acordo” não deveria contemplar variações para estes dois tipos contratuais não coincidentes.

III. O artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 não é claro a respeito das «coberturas garantidas» ou visadas, uma vez que não lhes alude directamente.

Parecem ser aquelas tipicamente constantes dos seguros (de vida) associados aos créditos à habitação e aos consumidores, *v.g.*: (i) *morte* (artigo 183.º do RJCS), bem como as coberturas ditas «complementares dos seguros de vida» (artigo 184.º/1 *a*) do RJCS), assim como as de (ii) *incapacidade para o trabalho*; (iii) *morte* por acidente; (iv) *invalidez* em consequência de acidente ou doença³¹; (v) ou, ainda, por *desemprego*.

²⁸ Vd., por ex., a notícia *Deco defende que diploma pelo “direito ao esquecimento” abranja os seguros de saúde* publicada em jornaldenegocios.pt a 1 de Junho de 2021; na nota legislativa de Lua Mota Santos/Patrícia Assunção Soares, *Práticas discriminatórias e direito ao esquecimento no contrato de seguro: as alterações introduzidas pela Lei n.º 75/2021 de 18 de Novembro*, em novaconsumerlab.novalaw.unl.pt, é feita também a associação da *ocasio* desta lei às dificuldades sentidas por segurados no «acesso a seguros de saúde ou de vida».

²⁹ Estes últimos excluídos do âmbito da Lei n.º 75/2021. Sobre a referida tripartição para efeito da Convenção AERAS 2020, Yvonne Lambert-Faivre/Laurent Leveneur, *Droit des assurances*, 14.ª ed., Dalloz, Paris, 2017, 789 ss.

³⁰ E a proposta de «acordo» da APS fê-lo apenas a respeito dos limites de capitais.

³¹ Pode perguntar-se possa contratualmente condicionar-se a invalidez absoluta e definitiva à dependência total e definitiva de terceira pessoa. Neste sentido, o documento da APS *Proposta para as Linhas Gerais do “Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros* (à data em que escrevemos, tivemos apenas acesso à versão 1.0, datada de Dezembro de 2021 (9 pp.), do referido documento, que previsivelmente foi e estará ainda sujeita a modificações várias), que define o conceito no anexo II, 8: “O Segurado é considerado em estado de *Dependência Total e Definitiva de Terceira Pessoa para X (ou para Todos os) Atos da Vida Diária* quando, em consequência de doença ou acidente, fique total e definitivamente incapaz de exercer qualquer atividade remunerada e simultaneamente fique na necessidade de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efetuar no mínimo x dos (ou a totalidade dos) atos da vida diária”. Na mesma pág. 8, a APS explica que optou por abandonar a designação de “invalidez absoluta e definitiva”, pois o objectivo “desta cobertura [presumimos que a(s) da Lei n.º 75/2021] é (...) de proteger a pessoa segura em situação de “grande invalidez”, “situação [em que] a pessoa segura está definitivamente incapaz de exercer qualquer profissão/atividade remunerada e necessita da assistência de uma 3ª pessoa para efetuar os atos diários

A Lei n.º 75/2021 não se refere a *limites de capital*, nem mesmo a propósito do acordo do 15.º-A do RJCS.

IV. O «acordo» do novo artigo 15.º-A do RJCS não abrange beneficiários do regime de concessão de crédito previsto na Lei n.º 64/2014 para pessoas com deficiência (artigo 15.º-A/4 do RJCS alterado pela Lei n.º 75/2021). O mesmo parece valer para o artigo 3.º: isto não resulta claramente do citado artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, que nada refere a respeito, mas trata-se, a nosso ver, de um dos casos em que o artigo 15.º-A do RJCS, numa lógica sistemática, pode ajudar à interpretação do artigo 3.º³²

V. Ainda a respeito do âmbito objectivo, o artigo 3.º/1 proíbe, *na contratação de seguros*: (i) o «aumento de prémio de seguro», ou (ii) a «exclusão de garantias de contratos de seguro».

Segue, neste particular, a lei francesa (artigos L. 1141-5, pr. e § 1.º, e L. 1141-6 do CSP³³).

da vida corrente”. Segue a págs. 8 s. definição de “actos da vida diária” e sub-definições de “cuidar da higiene”, “continência”, “vestir-se e despir-se”, “mobilidade”, “comer/beber”. Ora, a lei não parece cingir-se a um tal tipo de incapacidade ou invalidez. Acresce que os tribunais têm declarado cláusulas deste género nulas à luz *i.a.* dos artigos 12.º e 15.º da LCCG, como sucedeu em STJ 7-Out.-2010, proc. n.º 1583/06.7TBPRD.L1.S1, STJ 18-Set.-2014, proc. n.º 2334/10.7TBGDM.P1.S1, STJ 27-Set.-2016, proc. n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1, REv 24-Mai.-2018, proc. n.º 212/13.7TBCUB.E1, STJ 1-Out.-2019, proc. n.º 3550/09.0TBVLG.P1.S1. Por fim, não vemos na Convenção AERAS 2020 nem na « grille de référence » tal limitação.

³² Este arrazoado parece subjazer à orientação exarada no documento intitulado *Proposta para as Linhas Gerais do “Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros*.

³³ Pelo interesse de que se reveste, reproduzimos o teor dos artigos citados. Assim, o artigo L. 1141-5 do CSP: «La convention nationale mentionnée à l'article L. 1141-2 détermine les modalités et les délais au-delà desquels les personnes ayant souffert d'une pathologie cancéreuse *ne peuvent*, de ce fait, *se voir appliquer une majoration de tarifs* ou *une exclusion de garanties* pour leurs contrats d'assurance ayant pour objet de garantir le remboursement d'un crédit relevant de ladite convention. La convention prévoit également les délais au-delà desquels aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs dans ce cadre. Sur la base des propositions établies et rendues publiques par l'institut mentionné à l'article L. 1415-2, la liste des pathologies et les délais mentionnés au premier alinéa du présent article sont fixés conformément à une grille de référence, définie par ladite convention, permettant de fixer, pour chacune des pathologies, les délais au-delà desquels *aucune majoration de tarifs* ou *d'exclusion de garantie* ne sera appliquée ou aucune information médicale ne sera recueillie pour les pathologies concernées».

Também o artigo L. 1141-6 do mesmo código: « Les personnes atteintes ou ayant été atteintes d'une pathologie pour laquelle l'existence d'un risque aggravé de santé a été établi *ne peuvent se voir appliquer conjointement* une majoration de tarifs et *une exclusion de garantie au titre de cette même*

Já no direito belga, além da aplicação de sobreprémio («surprime») ou de exclusão, contempla-se ainda a hipótese de o segurador recusar concluir o contrato em razão de tal «afecção» ou patologia («refuser de conclure le contrat en raison de cette affection»).

Em todo o caso, é pertinente indagar se outras formas de discriminação não estarão também abrangidas pelo «direito ao esquecimento», à luz do direito português. A resposta, cremos, deve ser positiva.

Com efeito, têm-se enunciado as seguintes manifestações típicas de discriminação nos seguros³⁴: (i) na *recusa de contratar*; (ii) na *avaliação de riscos* e consequente *aumento do montante do prémio*; (iii) na inserção nos clausulados³⁵ de *exclusões*; (iv) na inserção de *franquias*; (v) na inserção de somas seguras.

Certo é, ainda, que o conceito de discriminação *indirecta* da Lei n.º 46/2006 abarca aqueles tipos de discriminação e o artigo 9.º desta sanciona a prática de actos discriminatórios nos seguros de vida ligados a crédito e a violação do acordo do 15.º-A.

VI. Determinante para saber que tipo de informação é proibido é, em primeiro lugar, o conceito de *informação de saúde*.

Este, para efeito da Lei n.º 75/2021, deve ser procurado na Lei n.º 12/2005³⁶, alterada pela Lei n.º 26/2016³⁷ e complementada pelo Decreto-Lei n.º 131/2014,

pathologie pour leurs contrats d'assurance ayant pour objet de garantir le remboursement d'un crédit relevant de la convention nationale mentionnée à l'article L. 1141-2».

³⁴ Assim, o Entendimento do ISP expresso no *Relatório de Regulação e Supervisão de Conduta de Mercado – 2010*, p. 57: “Encontram-se abrangidos pelo conceito de prática discriminatória (...) tanto a *recusa da celebração* do contrato, como a aplicação de *condições diferenciadas* que não se esgotam no mero agravamento tarifário, abrangendo esta última situação a diferenciação a nível das *franquias* e/ou dos *escalões de indemnização*, dos *períodos de carência* e das *exclusões de coberturas específicas*, bem como outros casos que impliquem uma diferenciação ou tratamento menos vantajoso face a outra pessoa em situação comparável” (itálicos nossos).

³⁵ Referimo-nos a inserção, que não a estipulação ou acordo, porque os contratos de seguro são tipicamente concluídos com recurso a cláusulas contratuais gerais.

³⁶ A Lei n.º 12/2005 contém regras aplicáveis à actividade seguradora. Assim, os seguradores não podem: (i) pedir nem usar qualquer tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prémios mais elevados (artigo 12.º/1), (ii) solicitar a realização de teses genéticas aos potenciais segurados para efeitos de seguros de vida, saúde ou “outros” (artigo 12.º/2); (iii) usar a informação genética obtida de testes genéticos previamente realizados nos seus clientes actuais ou potenciais (artigo 12.º/3); (iv) exigir nem usar a informação genética resultante da colheita e registo dos antecedentes familiares para recusa de seguro, prémios aumentados ou “para outros efeitos” (artigo 12.º/4). As coimas por violação destas regras podem ir até € 30.000 (artigo 31.º do DL 131/2014) e podem estar também sujeitas ao quadro sancionatório do RGPD.

³⁷ Artigo 2.º da Lei n.º 12/2005; apesar de, à letra, apenas valer “para os efeitos desta lei”.

e ter em consideração o conceito de «dados relativos à saúde» do artigo 4.º/15) do RGPD.

O conceito em apreço tem um alcance muito amplo³⁸ (artigo 2.º da Lei n.º 12/2005):

a informação de saúde abrange *todo* o tipo de informação *directa* ou *indirectamente* ligada à saúde, *presente* ou *futura*³⁹, de pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar.

Dentro da informação de saúde, cabem, ainda:

- (i) a *médica* (5.º/1): destinada a ser usada em prestações de cuidados ou tratamentos de saúde; e
- (ii) a *genética* (6.º): respeitante às características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo.

Os dados de saúde são também protegidos enquanto *dados pessoais*, em particular enquanto *categorias especiais* de dados ou dados *sensíveis* (artigo 9.º do RGPD). No RGPD, o conceito de «dados relativos à saúde» é outrossim amplo (artigo 4.º/15 *ibid.*)⁴⁰:

dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde.⁴¹

³⁸ Diversamente, o parecer da APS (p. 3), durante o processo legislativo que levou à Lei n.º 75/2021: «Carece assim de esclarecimento como pode o Segurador evitar a recolha dessa informação. Seria pertinente que o artigo esclarecesse o que entende por “informação médica” (apenas exames e relatórios emitidos por médicos?)».

³⁹ Poderia parecer que o artigo 1.º da Lei n.º 12/2005 não abrangeria a informação *passada* de saúde, dado referir apenas a “presente ou futura”, mas a inclusão nela da “história clínica e familiar” e o facto de a informação *passada* se reflectir na *presente* esclarecem que também a *passada* é informação de saúde. Similarmente, Catarina Cunha Fernandes, *O acesso à informação de saúde*, DV 11 (2020), 595-596, ou Sérgio Deodato, *Direito da saúde. Coletânea de Legislação anotada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, 236, *id.*, *A proteção da informação de saúde*, FPD 4 (2017), 62.

⁴⁰ Sobre a concretização do conceito de “informação de saúde” na L 12/2005, há pouco escrito, mas sobre o conceito no RGPD há já muito: A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, *id.*, anotação ao artigo 4.º, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, coord. *eiusd.*, Almedina, Coimbra, 2021, 95-96, ou Alexandre Sousa Pinheiro, anotação ao artigo 4.º, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, Coimbra, 2018, 194 ss.

⁴¹ São-no, assim, por ex.: (i) dados de saúde, sejam positivos ou negativos; (ii) dados de saúde, ainda que os resultados sejam inconclusivos, elementares ou provisórios; (iii) saúde mental ou física; (iv)

Numa lógica de coerência ou «unidade» do sistema jurídico, os conceitos de *informação de saúde* e de *dados pessoais relativos à saúde* deverão ser lidos de forma conjugada⁴². Em particular, a problematização e circunscrição do conceito no RGPD pode ajudar à densificação do de informação de saúde na Lei n.º 12/2005.

VII. Apurado o conceito de informação de saúde, importa ter em conta que proibido pelo artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 não é o tratamento de *toda e qualquer* informação de saúde, mas apenas a «relativa» à: (i) «*situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência*» (artigo 3.º/1 b)); (ii) «*situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*» (artigo 3.º/2 a) a c)).

Isto significa que o segurador continua a poder tratar, nos termos gerais, do RGPD⁴³ e do RJCS designadamente, a restante informação de saúde do segurado ou pessoa segura e, mesmo, a informação de saúde relativa a risco agravado de saúde ou deficiência que não tenha sido superado ou mitigado⁴⁴.

3.3. A relação entre os dois números do artigo 3.º

I. Além das suscitadas, há ainda outras, não menos relevantes, questões que se colocam.

dados de saúde passados, presentes ou futuros; (v) informação recolhida durante inscrição para prestação de serviços de saúde ou durante realização da prestação; (vi) o próprio número de utente⁴¹; (vii) informações obtidas a partir de dados genéticos e amostras biológicas; (viii) historial clínico e familiar; (ix) processo clínico; (x) informação sobre consumo de medicamentos, tabaco, drogas, álcool ou substâncias análogas; (xi) hábitos alimentares, alergias, capacidade emocional; (xii) diagnóstico, avaliação, tratamento clínico ou estudo fisiológico ou médico, independentemente da sua fonte (por ex. médico, outro profissional de saúde, hospital, dispositivo médico, teste de diagnóstico *in vitro*); (xiii) receitas, atestados, baixas médicas; (xiv) dados recolhidos e tratados por *health apps*, *fitness apps*, *smart watches*, pedómetros, *apps* para acompanhamento de gravidez, etc.; (xv) fotografia que revele por ex. que a pessoa usa óculos. Seguimos A. Barreto Menezes Cordeiro, anotação ao artigo 4.º, *Comentário* cit., 95 s.

⁴² De resto, a *Nota Técnica* que acompanhou o Projecto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, *max.* pp. 12-13, consente ver esta ligação.

⁴³ O tema do fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais, especialmente dos sensíveis (como os de saúde: artigo 9.º/1 do RGPD), por parte de seguradores é candente e não tem, ainda, uma solução rectilínea no direito português vigente. Sobre o tema, *e.g.*, L. Poças, *Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde*, BBS 3 (2018), 217 ss.

⁴⁴ Por ex., na Convenção AERAS definem-se 5 categorias de patologias que, sob certas condições, conferem direito ao esquecimento – seio, testículo, útero e tiróide; melanoma da pele; hepatite C –, mas para outras patologias, cancro inclusive, prevêem-se outros procedimentos.

Uma primeira respeito à articulação entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º Não é, com efeito, clara a diferenciação dos âmbitos de aplicação do n.º 1 e do n.º 2⁴⁵, sendo certo que:

- (i) «situação médica que originou o risco» (3.º/1 *b*) não é o mesmo que «situação de risco» (3.º/2 *pr.*);
- (ii) o n.º 1 proíbe, em absoluto, o tratamento de informação e o n.º 2 apenas decorrido certo lapso temporal; e
- (iii) a diferença de redacção na parte em que no n.º 1 *b*) se menciona «recolhida ou objeto de tratamento» e no n.º 2 apenas «recolhida» se deve a má técnica legislativa, dado que se divide um conceito, o de tratamento (da informação ou dados), que compreende o outro, a recolha (cf. o artigo 2.º/2 do RGPD⁴⁶).

Isto apontaria no sentido de que o n.º 1 e o n.º 2 têm âmbitos distintos de aplicação. Assim:

- (i) o artigo 3.º/1 *b*) proíbe o tratamento, *v.g.* recolha, de informação de saúde *relativa à situação médica que originou o risco* agravado de saúde ou a deficiência; e o artigo 3.º/2 proíbe o tratamento, *v.g.* recolha, de informação de saúde *relativa à situação de risco* agravado de saúde ou de deficiência;
- (ii) o artigo 3.º/1 *b*) fá-lo sem limites temporais; o artigo 3.º/2 fá-lo verificados determinados limites temporais.

Colocadas as coisas nestes termos, as perguntas a fazer são: qual a diferença entre informação de saúde «relativa à situação médica que originou o risco» e a relativa à «situação de risco», e se esta diferença é relevante a ponto de justificar uma diferença de regime.

Para L. Poças, estribado no artigo 9.º/3 *in fine* do CC, trata-se de *facti species* diferentes, de tal modo que o artigo 3.º/1 *b*) não proibiria a obtenção de informação sobre a situação de risco, mas apenas sobre “as *causas clínicas*” da situação de risco agravado de saúde ou de deficiência. A obtenção de informação sobre a situação de risco propriamente dita seria, sim, apenas proibida pelo n.º 2 do artigo 3.º⁴⁷

Com o devido respeito, temos dúvidas. Parece-nos, em primeiro lugar, que não pode afastar-se que a referência a «informação (...) relativa à situação de risco»

⁴⁵ Ou, noutros termos, como L. Poças, *A Lei 75/2021 cit.*, 166, coloca a questão, pergunta-se se o n.º 2 se aplica aos mesmos casos do n.º 2, complementando-o a nível de prazos relevantes para o efeito, ou se o n.º 2 se aplica autonomamente a casos diferentes do n.º 1.

⁴⁶ Sobre o ponto, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da proteção de dados cit.*

⁴⁷ *A Lei 75/2021 cit.*, 166.

contemple também as suas causas ou o processo causal que àquele risco levou; é que não se fala, no artigo 3.º/2, de «informação ... sobre o risco», nem de «informação ... relativa ao risco», mas de «informação ... relativa à situação de risco» e esta não tem de ser só sobre o risco, mas sobre a «situação» deste e não apenas sobre como toda a que lhe seja «relativa». Redundância (demasiado frequente nos dias que correm), gongorismo? Talvez. Mas, a levar a sério, além da regra do 9.º/3 *in fine* do CC, aquilo que foucaultianamente podemos chamar de «condições de possibilidade» de um enunciado discursivo, então «informação (...) relativa à situação de risco» não é o mesmo que «informação (...) sobre o risco» ou «informação sobre a situação de risco». Apoia esta ideia ainda a expressão «informação de saúde»: ela, nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 12/2005, é tão ampla que facilmente abrange também as causas da situação do risco. Depois, porque, a interpretar-se rectilaneamente o n.º 1 *b)* como referido às causas e o n.º 2 como ao risco, não pode excluir-se que, em certos casos, seja artificial uma tal distinção: é que, além do problema da determinação das causas juridicamente relevantes para o efeito (o que nem sempre será claro; menos ainda quando uma causa sirva a determinar mais de um risco⁴⁸), casos haverá em que as causas e o risco sejam dificilmente dissociáveis. Acresce que, na economia do diploma, mais relevante parece ser o n.º 2 do artigo 3.º (assim, o artigo 15.º-A/6 ou o 15.º-B/2). Um outro argumento milita em favor de uma interpretação «integrada» do n.º 1 *b)* e do n.º 2: é que não pode esquecer-se que a al. *b)* é continuação do proémio e pressupõe-no, ou seja, vale para tais pessoas, que são também consumidores, na contratação de crédito à habitação ou ao consumo ou seguros a estes associados; todavia, o n.º 2 está «desgarrado» deste proémio do n.º 1; significa isto que dele abstraia? Não, ele pressupõe-no (senão, seria diferente o referente da informação, o tipo de seguros envolvidos, etc.), tal como o n.º 1 *b)*; isto confirma que o n.º 2 é um complemento ou especificação do n.º 1, o que depõe em favor de que o n.º 2 especifique o n.º 1 *b)*. Não vemos obstáculo sério a esta interpretação o facto de a al. *b)* do n.º 1 do artigo 3.º se referir a «situação *médica*», mas o n.º 2 não: é que situação médica não é informação médica (no sentido do artigo 5.º/1 da Lei n.º 12/2005, excluindo a genética) e o adjectivo parece ter sido aqui empregado num sentido atécnico, como situação patológica ou situação patológica medicamente comprovada. Por último, não divisamos razão bastante para que, em termos materiais, uma cisão do género justificasse um desvio de regime a nível temporal⁴⁹.

⁴⁸ Por ex. o tabagismo; pode nesse caso perguntar-se pelos hábitos tabágicos do segurado? Pode ele recusar-se a responder?

⁴⁹ Neste sentido: para dados relativos à situação médica de origem do risco nunca seria possível o tratamento; para dados relativos à situação de risco só não seria possível verificados os prazos aí

Assim sendo, interpretando o n.º 2 pr. do artigo 3.º como referindo-se não estritamente à situação de risco como também às suas causas, tendemos a ver o n.º 2 como uma especificação do n.º 1 *b)*, que não autónomo deste. O ponto, reconhecemos, é, todavia, controverso.

II. Outra questão concerne à própria articulação do proémio ou corpo do n.º 1 do artigo 3.º com a al. *b)* do n.º 1 do mesmo artigo.

Se lermos – como deve ler-se, porque a al. *b)* do n.º 1 corporiza uma oração completa introduzida no segmento final do proémio –, de forma sequencial, o proémio e a al. *b)*, teremos e temos este repetitivo resultado:

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 ... [n]enhuma 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.

Nesta leitura de conjunto, parte do enunciado da al. *b)* é tautológico, confirmando que a técnica legislativa não foi a melhor.

III. Depois, não é claro o referente da dita informação de saúde, sobretudo no n.º 2⁵⁰. Apesar de, a uma primeira leitura, parecer ser toda e qualquer pessoa, a um segundo olhar parece estar abrangida, apenas e à imagem do n.º 1 do artigo 3.º, a pessoa que tenha superado ou mitigado o risco agravado de saúde ou de deficiência, como denotam as partes finais de cada uma das als. *a)* a *c)* do n.º 2 do artigo 3.º Esta segunda interpretação parece-nos a melhor.

constantes; mas, pergunta-se, antes destes prazos, por último mencionados, seria sempre possível o tratamento? É que casos há em que tratar dados «relativos à [ou: a uma] situação de risco» pode facilmente permitir equacionar as suas causas; mais ainda nos casos de doenças que tenham um leque circunscrito de causas.

⁵⁰ No n.º 1 *b)* a tautologia de que se falou ajuda a esclarecer que a informação é a das «pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência».

3.4. Comprovação da superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou deficiência

I. A Lei n.º 75/2021 prevê que a superação de situações de risco agravado de saúde seja «comprovada» e que os protocolos terapêuticos também sejam «comprovadamente» capazes de limitar os efeitos da doença (cf. o artigo 2.º *a*), *b*) e *c*), da Lei n.º 75/2021 e, ainda, o artigo 15.º-B do RJCS aditado pela mesma Lei n.º 75/2021).

Isto poderia levar à interpretação de que o segurado deveria fazer prova perante o segurador de que se enquadraria num dos casos previstos na Lei n.º 7/2021, *i.e.*, que já superou ou mitigou risco agravado de doença ou deficiência⁵¹.

Tal «comprovação», *rectius* prova, poderia ser feita em termos:

- (i) *genéricos*: uma declaração médica de que a pessoa se encontra ao abrigo do regime contido no artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, por superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou doença;
- (ii) *específicos*: uma declaração médica que especificasse as causas do risco agravado de doença ou deficiência, o tipo de risco/patologia, e os termos em que foi a mesma superada ou mitigada.

A segunda hipótese, que constitui claramente informação de saúde e, dentro desta, quer relativa às causas, quer sobre a situação de risco, está proibida pelo artigo 3.º/1 *b*) e 2 pr.

A licitude da primeira é menos clara, pois, da perspectiva do tipo de informação recolhido por esta via pelo segurador (não, por certo, de uma perspectiva probatória), não é substancialmente diferente de ser o próprio segurado ou pessoa segura a informar o segurador, por declaração apenas sua, desacompanhada de outra atestação, de que se encontra ao abrigo da Lei n.º 75/2021.

A pergunta, portanto, que pode colocar-se é: pode o segurador solicitar ao segurado ou pessoa segura *informação genérica* sobre se se encontra comprovadamente ao abrigo da Lei n.º 75/2021, por ter superado ou mitigado risco agravado de saúde ou deficiência (ou, mesmo não solicitando, se pode o segurador recolher, pura e simplesmente, informação genérica do segurado ou pessoa segura)?

Respondesse o segurado «sim» ou «não» a uma pergunta deste teor, ainda que genérica, estaria a fornecer uma informação de saúde (a lei abrange «*todo* o tipo de informação *directa* ou *indirectamente* ligada à saúde») «relativa» à situação de saúde de risco agravado de saúde ou deficiência, que o artigo 3.º/2 proíbe.

⁵¹ No artigo 6.º da L 46/2006 o ónus da prova cabe a quem alega a discriminação em razão de deficiência.

Assim sendo, não parece admissível ao segurador perguntar, ainda que genericamente ao segurado, se se encontra ao abrigo da Lei n.º 75/2021⁵². A ser assim também, as referências a «comprovada» e «comprovadamente» devem ser interpretadas no sentido de que o segurado deve ter consigo, no momento de preencher o questionário, uma comprovação médica da superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou de doença⁵³, sob pena de não poder ele próprio beneficiar deste regime. É uma comprovação, necessária sim, mas interna, não “exteriorizada” ao segurador⁵⁴.

⁵² Assim, em princípio, não seria possível usar cláusulas deste teor em apólices de seguros abrangidos pela Lei n.º 75/2021: «O segurado está dispensado de prestar informação de saúde ou de responder a perguntas relativas à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou deficiência e, mesmo que o faça, o segurador não tratará tais dados nem terá em conta tal informação (*v.g.* para efeito de aumento de prémio ou de exclusão de garantias), se o segurado *provar* ter superado ou mitigado tais situações de risco agravado de saúde ou de deficiência nos termos do disposto na Lei n.º 75/2021, de 18 de Setembro». Ou ainda: «O segurado está dispensado de prestar informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, desde que *demonstre* ao segurador (por ex., por declaração médica) terem decorrido, de forma ininterrupta: (1) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada; (2) 5 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade; (3) 2 anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde».

Da mesma forma, não seria possível questionar o segurado sobre se já superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência. Por ex., não seria possível perguntar algo do género: «Superou, comprovadamente, um risco agravado de saúde ou de deficiência, tendo passado 10 anos desde o termo do protocolo terapêutico?».

Oportuno parece também que das apólices e, em específico, questionários conste uma cláusula admonitória ou de conselho, com o seguinte teor: «O segurado deve verificar junto do seu médico se se encontra numa das situações que lhe permitem beneficiar do regime previsto na Lei n.º 75/2021». Mais discutível, por não ser especificado o destinatário da atestação ou comprovação e, por isso, poder, em determinada interpretação, parecer que a comprovação ou atestação é pedida para o segurador ou tendo-o como destinatário final, é o teor da seguinte cláusula: «O segurado deve verificar junto do seu médico se se encontra numa das situações que lhe permitem beneficiar do regime previsto na Lei n.º 75/2021, o qual deverá atestar/comprovar a situação em que o segurado se encontra e indicar, se for o caso, se a patologia do segurado corresponde às condições presentes na grelha de referência» («Il est recommandé à l'emprunteur de vérifier auprès de son médecin s'il peut bénéficier des conditions d'accès à l'assurance (...) et si sa pathologie passée répond bien aux conditions du « droit à l'oubli»: Convenção AERAS 2020).

⁵³ Não sendo, ainda, claro no que deva consistir tal comprovação, *i.e.* se bastará que seja passível de se depreender de outros elementos, como uma mudança nas receitas, se bastará que seja oralmente transmitida pelo médico, se deverá ser manifestada por declaração escrita expressa de médico legalmente habilitado ao exercício da profissão.

⁵⁴ Não é, ainda, claro se, não tendo o segurado uma comprovação, mas obtendo-a *a posteriori* (por ex. no decurso de litígio), mas atestando a superação ou mitigação à data do questionário, deva

Contra esta conclusão poderia invocar-se, como o sugeriu a APS na apreciação ao Projecto de Lei n.º 691/XIV/2.^a, que o conceito de informação de saúde no artigo 3.º é menos amplo do que o da Lei n.º 12/2005, mas o elemento sistemático da interpretação, quer do prisma do artigo 2.º da Lei n.º 12/2005, quer do do artigo 4.º/15 do RGD, depõe em contrário deste entendimento. Duma perspectiva teleológica, acautela também melhor os interesses do segurado uma interpretação ampla de informação de saúde. Poderia igualmente invocar-se o disposto no artigo 15.º-A/2 c) do RJCS, segundo o qual o acordo tem como objecto «[d]efinir *categorias específicas de dados e informações* que possam ser exigidas e operações de tratamento desses dados e informações e das suas garantias de sigilo». O preceito é problemático, porque, na sua letra, consente a interpretação segundo a qual o segurador poderá exigir dados de saúde relativos à situação de risco agravado de saúde, contendendo com o disposto no artigo 3.º/1 b) e 2 da Lei n.º 75/2021. Não obstante, na alínea c) do n.º 2 do artigo 15.º-A não se especificam os dados sensíveis em questão – que podem, pois, ser outros que não os relativos à situação de risco agravado de saúde – e não se parte do pressuposto de que *podem* ser exigidos, mas considera-se apenas que *possam* ser exigidos», o que não é a mesma coisa. Ele, portanto, não se apresenta como decisivo para a resolução do problema.

III. Portanto, o resultado a que a Lei n.º 75/2021 conduz é o seguinte: sem que o segurado forneça ao segurador uma informação de saúde sobre o tal risco agravado ou as suas causas (o segurador, pois, deverá ficar sem saber se o segurado está ou não abrangido pela Lei n.º 75/2021), deve o mesmo beneficiar do mencionado «direito ao esquecimento», não sendo discriminado por ter tido um risco agravado de saúde ou deficiência que superou ou mitigou.

Por conseguinte, o segurador não deverá perguntá-lo directamente ao segurado, podendo, apenas, informá-lo de que goza do direito previsto na Lei n.º 75/2021 e adverti-lo das condições para o seu exercício⁵⁵.

considerar-se que se encontrava à data comprovadamente em superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência.

⁵⁵ Algo, por ex., deste género: «O segurado está dispensado de prestar informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou deficiência e, mesmo que o faça, o segurador não tratará tais dados nem terá em conta tal informação (v.g. para efeito de aumento de prémio ou de exclusão de garantias), se comprovadamente tiver superado ou mitigado tais situações de risco agravado de saúde ou de deficiência nos termos do disposto na Lei n.º 75/2021, de 18 de Setembro. O segurado está igualmente dispensado de prestar informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, se comprovadamente tiverem decorrido, de forma ininterrupta: 1. 10 anos desde o termo do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde

III. O problema, porém, não acaba aqui. Os seguradores não estão impedidos de continuar a formular questões sobre a saúde dos segurados (artigo 24.º do RJCS) ou, mesmo, a solicitar declaração sobre o estado de saúde e exames médicos (artigo 177.º *ibid.*), uma vez que nem todas as superações ou mitigações de riscos agravados de saúde ou deficiência fazem constituir na esfera do segurado um «direito ao esquecimento». Por isso, não é claro que deva o segurado, que goze de «direito ao esquecimento», responder no questionário a perguntas sobre a sua saúde. Por ex., perante uma questão deste género: sofre ou alguma vez sofreu de cancro? Imagine-se que a pessoa segura é uma pessoa que tenha sofrido, em idade jovem, de cancro do testículo, comprovadamente superado há mais de 10 anos⁵⁶.

Esta poderá, perante uma tal pergunta: (i) responder: (a) sim; (b) não; ou (ii) não responder. Se responder «sim», estará a fornecer uma informação de saúde e o segurador, ao recolhê-la, a violar o artigo 3.º da Lei n.º 75/2021. Se nada responder, poderá fazê-lo ao abrigo do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 e o segurador não estará a violar a Lei n.º 75/2021.

Se responder «não» (mentindo), é mais delicada a resposta a dar. Por um lado, uma interpretação literal do artigo 3.º/2 e 3 da Lei n.º 75/2021 parece levar à conclusão de que o tratamento pelo segurador de tal informação é ilícito⁵⁷. Com efeito, a informação de saúde, em rigor, abrange tanto a positiva (boa saúde), como negativa (má saúde), de maneira que a resposta a um tal tipo de questão poderia, ainda assim, no limite, ser vista como informação de saúde «relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência» ou «relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a doença». É que ser «relativa» pode não querer dizer apenas a que consista na situação de risco agravado de saúde ou de deficiente, mas aquela que estiver com ela relacionada (no bom e no mau sentido). Ou seja, o segurador estaria, ainda assim, a recolher uma informação de saúde do segurado.

Poderia argumentar-se que, se a razão de ser da lei é não discriminar, ao responder que «não», o segurado consegue um tratamento igual ao dos que não tiveram tal doença, de maneira que a *ratio legis* é preservada deste modo. Contudo,

ou deficiência superada; 2. 5 anos desde o termo do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade; 3. 2 anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde».

⁵⁶ O caso pode complicar-se se tiver sofrido mais de 1 cancro, um dos quais superado, o outro não.

⁵⁷ Ainda que ele possa não ter consciência alguma da ilicitude: caso em que o segurador não pode ser alvo de sanção se provar erro sobre as circunstâncias do facto e erro sobre a ilicitude, ao abrigo dos artigos 16.º e 17.º do CP.

é necessário notar que a Lei n.º 75/2021 vai mais longe do que a Lei n.º 46/2006: esta impunha ao segurador não discriminar mesmo em face da informação, cujo tratamento não proibia; aquela proíbe, a montante, o segurador de tratar – mesmo que passivamente – tal informação. A ser assim, também o caso em apreço, em que o segurado responde «não», contende com o artigo 3.º/1 b) e 2 da Lei n.º 75/2021.

4. Conclusão

O «direito ao esquecimento», nos termos em que se encontra verbalizado na Lei n.º 75/2021, assume uma extensão muito ampla, conferindo uma protecção superior à exarada na Lei n.º 46/2006 e, mesmo, à de experiências jurídicas próximas, que inspiraram a portuguesa, como foi o caso da francesa.

As consequências daí advenientes são difíceis de prever e criou-se, assim, uma indesejável instabilidade no mercado segurador, com prejuízo também para os segurados.

Não apenas o «acordo» do artigo 15.º-A do RJCS, que infelizmente tarda – fazendo gorar a apressada entrada em vigor da Lei n.º 75/2021 –, deveria ser o quanto antes concluído, com vista à resolução de alguns problemas colocados pela Lei n.º 75/2021 (na medida em que o acordo, limitado pelo artigo 15.º-A do RJCS e também pelo 3.º da Lei n.º 75/2021, os possa resolver), como seria também oportuno que, ainda antes disso, o legislador procedesse a uma revisão da Lei n.º 75/2021.