



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
ESPECIALIDADE EM DIREITO DA EMPRESA

**Direito ao Esquecimento na atividade seguradora e a proibição de
práticas discriminatórias,
em especial a Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro**

Elaborado pela aluna:

Sara Lobato Leitão

Orientador:

José Miguel de Faria Alves de Brito

Lisboa

2024

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA
ESPECIALIDADE EM DIREITO DA EMPRESA

Direito ao Esquecimento na atividade seguradora e a proibição de
práticas discriminatórias,
em especial a Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro

Dissertação de Mestrado, como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito
da Empresa pela Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa-
Mestrado em Direito e Prática Jurídica,
realizada sob a orientação do Professor José Miguel de Faria Alves de Brito

Lisboa

2024

RESUMO

Esta dissertação visa abordar o tema do Direito ao Esquecimento na atividade seguradora e a proibição de práticas discriminatórias, focando-se na Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro, que prevê expressamente o “Direito ao Esquecimento”.

Nos dois capítulos iniciais fazemos o enquadramento geral do tema, através da abordagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e de uma das suas dimensões: o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Seguidamente introduzimos a matéria da discriminação no mercado segurador, o princípio da igualdade e não discriminação, o conceito e tipos de discriminação que devem ser considerados, qual o alcance desta proibição, e uma menção ao artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

O terceiro capítulo introduz o tema do Direito ao Esquecimento, a sua origem, os instrumentos normativos que são referência para o tema, assim como os casos jurisprudenciais que apresentaram contributos nesta matéria. Efectuamos também uma breve análise a outros ordenamentos jurídicos e às suas perspectivas em relação ao Direito ao Esquecimento. Tal encadeamento lógico culmina na análise da Lei 75/2021, incluindo o Projeto de Lei 691/XIV/2ª que lhe deu origem, os respetivos pareceres apresentados por diversas entidades e, seguidamente aludimos ao conteúdo do Direito ao Esquecimento que a Lei 75/2021 introduziu. Por fim, referimos as alterações legislativas introduzidas por este diploma, terminando esta dissertação algumas considerações finais.

Com esta dissertação pudemos concluir que o Direito ao Esquecimento se encontra em desenvolvimento no nosso ordenamento jurídico, possuindo uma importância vital. A Lei 75/2021, representa um esforço no sentido de dar destaque a este direito em Portugal.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento, dados pessoais, apagamento, privacidade, internet.

ABSTRACT

This dissertation intends to address the topic of the Right to be Forgotten in the insurance industry and the prohibition of discriminatory practices, focusing on Law no. 75/2021 of November 18, which expressly provides for the "Right to be Forgotten".

In the first two chapters, we provide a general framework for the subject by looking at the principle of human dignity and one of its dimensions: the right to privacy. We then introduce the subject of discrimination in the insurance market, the principle of equality and non-discrimination, the concept and types of discrimination that should be considered, the scope of this prohibition, and a mention of Article 15 of the Legal Framework of Insurance Contracts.

The third chapter introduces the subject of the Right to be Forgotten, its origins, the normative instruments that are a reference for the subject, as well as the jurisprudential cases that have made contributions in this area. We also briefly analyze other legal systems and their perspectives on the Right to be Forgotten. This logical chain culminates in the analysis of Law 75/2021, including Bill 691/XIV/2^a which gave rise to it, the respective opinions presented by various entities and then we allude to the content of the Right to be Forgotten that Law 75/2021 introduced. Finally, we refer to the legislative changes introduced by this law, and conclude this dissertation with some final considerations.

With this dissertation we have been able to conclude that the Right to be Forgotten is developing in our legal system, being of vital importance. Law 75/2021 represents an effort to give prominence to this right in Portugal.

Keywords: Right to be Forgotten, personal data, erasure, privacy, internet.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AEPD- Agência Espanhola de Proteção de Dados

AERAS- s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé

ANACS- Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros

APB- Associação Portuguesa de Bancos

APS- Associação Portuguesa de Seguradores

ASF- Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

BdP- Banco de Portugal

CAAD- Centro de Arbitragem

CC- Código Civil

CCJ- Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CNIL- Comissão Nacional de Informática e Liberdade

CNIL- Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

CNPD - Comissão Nacional de Proteção de Dados

CNPD- Comissão Nacional de Proteção de Dados

CRP- Constituição da República Portuguesa

HIV- Vírus da imunodeficiência humana

IRN- Instituto Nacional para a Reabilitação

LNE- Lei Nacional de Execução do RGPD

Pág./Pp.- Página/Páginas

RGPD- Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

RJCS- Regime Jurídico do Contrato de Seguro

SNRIPD- Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	4
Capítulo 1	7
PRINCÍPIO ORIENTADOR DO TEMA	7
1.1. Introdução	7
1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana	8
1.2.1. Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana	10
1.2.2. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada	11
Capítulo 2	16
CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO E A SUA DELIMITAÇÃO NO SECTOR SEGURADOR	16
2.1. Introdução	16
2.2. O princípio da igualdade e não discriminação	17
2.3.1. Discriminação negativa	21
2.3.2. Discriminação positiva	22
2.4. Proibição de práticas discriminatórias na atividade seguradora	23
2.4.1. O alcance desta proibição	23
2.4.2. Referência ao artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro	25
2.5. Diplomas e preceitos legais relativos às praticas discriminatórias no mercado segurador	31
2.5.1. Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro	32
2.5.2. Lei 46/2006, de 28 de agosto	32
2.5.3. Lei n.º 14/2008, de 12 de março	34
2.5.4. O Decreto-Lei n.º 131/2014, de 29 de agosto	35
2.5.5. Lei 9/2015, de 11 de fevereiro	36
Capítulo 3	37
O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LEI N.º 75/2021 DE 18 DE NOVEMBRO	37
3.1. Introdução	37
3.2. A origem da necessidade de “ser esquecido”	38
3.3. Instrumentos normativos	39
3.3.1. A Constituição da República Portuguesa	39
3.3.2. Em particular, actos legislativos e legislação relevante no âmbito do Direito ao Esquecimento	42
A. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995	42
B. Regulamento 216/679, de 27 de abril de 2016- Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados Pessoais (o designado RGPD)	45
i. Direito ao Apagamento - artigo 17.º n.º 1	48
ii. Direito ao Esquecimento - artigo 17.º n.º 2	48
C. Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto	50
3.4. Alguns casos jurisprudenciais de referência	52

3.4.1. O processo Lebach-1969 _____	53
3.4.2. O processo do massacre da Candelária-1993 _____	53
3.4.3. O processo Mario Costeja González de 2014 e o Acórdão do Tribunal da Justiça de 13/05/2014 _____	54
3.5. Abordagem ao Direito ao Esquecimento em alguns ordenamentos jurídicos _____	59
3.5.1. Ordenamento jurídico francês _____	60
3.5.2. Ordenamento jurídico brasileiro _____	65
3.5.3. Ordenamento jurídico americano _____	67
3.5.4. Breve conclusão recapitulativa _____	70
3.6. Em particular, a Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro _____	71
3.6.1. Projeto de Lei 691/XIV/2ª DE 2021 _____	73
3.6.2. Pareceres de entidades do sector _____	74
3.7. O Direito ao Esquecimento na Lei n.º 75/2021 _____	85
3.8. Pontos de destaque na Lei n.º 75/2021 _____	87
3.7. Algumas considerações finais _____	99
3.7.1. Subversão da lógica do risco _____	99
3.7.2. Descaracterização do típico contrato de seguro _____	103
3.7.3. Imposição de conduta aos seguradores em benefício das instituições de crédito _____	104
3.7.4 Ausência de uma definição de “Direito ao Esquecimento” _____	106
3.7.5. Risco de desrespeito pelo princípio da igualdade _____	107
3.7.6. Âmbito objetivo limitado aos seguros de vida que observem o conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro _____	108
3.7.7. Âmbito subjetivo da Lei n.º 75/2021 _____	110
3.7.8. Protocolo terapêutico e tratamentos _____	110
3.7.9. O artigo 3.º da Lei 75/2021 e a articulação dos seus n.ºs 1 e 2 _____	111
3.7.10. Ausência do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros e da grelha de referência _____	112
CONCLUSÃO _____	114
BIBLIOGRAFIA _____	117

Capítulo 1

PRINCÍPIO ORIENTADOR DO TEMA

1.1. Introdução

O princípio da dignidade da pessoa humana¹ é um dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, sendo fundamento de diversos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português, tais como o direito à liberdade e à segurança², o direito à integridade física e moral³, o direito à propriedade privada⁴, o direito de liberdade de expressão e informação⁵, o direito de constituir família, casamento e filiação⁶, entre outros. Como tal, podemos afirmar que para estes, se apresenta como uma base constitucional.

Intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando a esfera pessoal dos titulares contra intervenções indevidas, temos o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Este direito prevê que cada indivíduo possui um valor intrínseco e inalienável, merecendo ser tratado com respeito e consideração em todas as esferas da vida privada que lhe dizem respeito.

Será nestes valores basilares que se irá fundar a proibição das práticas discriminatórias no âmbito segurador, que conseqüentemente conduzirá ao designado “Direito ao Esquecimento”. Na atividade seguradora, tal como adiante teremos oportunidade de verificar, a discriminação pode ocorrer quando informações consideradas privadas e sensíveis são utilizadas inadequadamente para avaliar riscos e determinar condições contratuais. Por exemplo, se o segurador utiliza informações sobre a saúde, orientação sexual, histórico familiar ou genético de um segurado, de forma discriminatória, isso viola não apenas a privacidade, mas também a dignidade do titular. É assim que o Direito ao Esquecimento demonstra ser especialmente relevante no contexto de discriminação no

¹ Presente na redação do artigo 1.º da CRP que estipula que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

² Previsto no artigo 27.º da CRP.

³ Presente no artigo 25.º da CRP.

⁴ Que se encontra previsto no artigo 62.º da CRP

⁵ Tal como previsto no artigo 37.º da CRP.

⁶ À luz do previsto no artigo 36.º da CRP.

âmbito segurador, onde determinadas informações privadas podem ser utilizadas de forma prejudicial.

Verifica-se assim que a discriminação em seguros muitas vezes está associada a práticas que utilizam dados pessoais para categorizar os segurados de acordo com critérios que não são diretamente relevantes para avaliar o risco. Isso pode resultar em recusas de cobertura, fixação de prémios mais altos ou imposição de condições contratuais mais rigorosas para certos grupos de pessoas. Quando essas práticas são baseadas em informações sensíveis e irrelevantes para a avaliação do risco, elas não apenas violam apenas o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada do titular, mas também incorrem num desrespeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Pretendemos, deste modo, demonstrar que a proteção da intimidade da vida privada e o direito ao esquecimento desempenham papéis fundamentais na prevenção da discriminação no âmbito segurador. Eles procuram equilibrar a necessidade de avaliar riscos e estabelecer condições contratuais equitativas, tomando em consideração o respeito pelos direitos fundamentais, promovendo uma abordagem mais ética e imparcial no setor segurador.

1.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Importa iniciar o nosso estudo com este princípio fundamental, dado que é dele que todos os outros derivam, pertencendo-lhe a si a paternidade da grande maioria dos princípios constitucionais, tais como o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, entre outros. Tal como afirma JORGE REIS NOVAIS “(...) em última análise, é a dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo”⁷. Recorrendo às palavras de PAULO OTERO quando afirma que “a verdadeira democracia pressupõe e exige sempre, sob pena de degeneração em totalitarismo, um

⁷ NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit. pág. 53.

Estado alicerçado na dignidade da pessoa humana; são a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dela decorrentes que justificam o Estado e a Democracia, e não o Estado ou a democracia que justificam a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do homem”.⁸, querendo assim significar que, é a própria dignidade da pessoa humana o fundamento da existência de um Estado de Direito Democrático.

O texto da atual constituição foi aprovado em 1976, e ao conceito de dignidade da pessoa humana é concedida autonomia, tornando-se este como um dos princípios basilares da nossa república. Logo no artigo 1.º desta Constituição se estabelece que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Em outros artigos se vislumbram preceitos legais atinentes à dignidade da pessoa humana, como o artigo 26.º n.º 2 da CRP, onde se dispõe que “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.” Também na alínea e) do n.º 2 do artigo 67.º se estabelece que compete ao Estado “Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; (...)”.

A pessoa humana passou então a ser o fundamento e a base de um sistema de direitos fundamentais. Passou a ser este o berço de outros princípios da nossa República Portuguesa, princípio axiológico fundamental e limite último do poder instituído. Actualmente apresenta-se, não apenas como um direito, mas sim como o fundamento de todos os direitos. De valor absoluto, *erga homines* e que não admite ponderação em contraposição com qualquer outro valor, direito ou interesse.

A dignidade da pessoa humana como princípio basilar, comporta diversas dimensões. A saber, algumas delas:

- Direito à imagem;
- Direito à palavra e à reserva de intimidade de intimidade da vida privada e familiar;

⁸ OTERO, PAULO, *A Democracia Totalitária*, Principia, S. João do Estoril, 2001, pág. 174.

- Direito nas garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias;
- Direito dos cidadãos de acesso aos dados informatizados que contenham dados pessoais;
- Direito a conhecer o fim para que são usadas as suas informações;
- Direito à Proteção dos dados pessoais;
- Proibição de acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos expressamente autorizados por lei;
- Outras.

1.2.1. Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana

Seguidamente identificamos a existência de concepções que se comprometem a apurar o sentido autónomo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Menciona JORGE REIS NOVAIS uma visão ampliativa do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. Segundo este ponto de vista, a ideia será a de incluir no conceito de dignidade da pessoa humana, tudo o que a esta estiver associado. Segundo este, considera-se a grande maioria das atuações estatais lesivas para os direitos fundamentais. Daqui facilmente se conclui que, perante tal fragilidade dos direitos fundamentais, são necessárias maiores cautelas.

Sucessivamente, apresenta-nos uma visão restritiva do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, pretendendo-se delimitar o conceito apenas considerando o que exclusivamente estiver estreitamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

De seguida temos, a aplicação a título excepcional do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta tese defende que o princípio tem de desenvolver um conteúdo normativo autónomo sob pena de se esvaziar o seu conteúdo. O primeiro obstáculo que esta tese enfrenta é a de identificar e delimitar do bem que se encontra aqui em causa, que seja exclusiva e especificamente garantido pela dignidade. A indefinição do conceito, contudo, a relevância basilar deste princípio, não facilitam a tarefa.

Originadas nesta necessidade de autonomização do princípio, nascem duas formas de aplicação deste princípio:

- a) aplicação subsidiária: esta aplicação tem lugar quando não existem outros princípios adequados à situação, portanto apenas a dignidade da pessoa humana oferece uma proteção forte o suficiente;
- b) aplicação incremental: quando a proteção conferida por outros direitos não é a suficiente, recorre-se à dignidade da pessoa humana para garantir que a situação é totalmente sanada⁹.

Nestes casos, o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado única e exclusivamente a situações extremas que pela sua gravidade necessitem de uma fundamentação imbatível e esmagadora. Exemplo desta aplicação título excepcional temos o caso do canibal de Rotenburg¹⁰. A única maneira de resolver o caso segundo um sentido unânime de justiça, seria recorrer ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Recorrer a outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, o direito à integridade física, devido à gravidade da situação não resolveria a situação de forma adequada.

1.2.2. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

O legislador português tomou medidas para proteger os direitos de personalidade, dedicando uma seção específica a essa finalidade. Essa ação foi de suma importância, pois permitiu o reconhecimento da proteção abrangente dos direitos de personalidade por meio de uma cláusula geral de alcance considerável. Dessa forma, de acordo com o que está estabelecido no artigo 70.º n.º 1 do Código Civil, garantiu-se aos indivíduos uma defesa contra qualquer violação ilícita ou ameaça de lesão à sua integridade pessoal, tanto no aspeto físico quanto no moral. Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o artigo 70.º estabelece um reconhecimento amplo da proteção à personalidade, abrangendo todos os atributos que a compõem. No entanto, o artigo 70.º

⁹ REIS NOVAIS, JORGE, *A dignidade da Pessoa Humana, volume II, Dignidade e inconstitucionalidade*, Almedina, 2016, pp. 70-87.

¹⁰ Caso do canibal alemão Armin Meiwes, que em 2001, entrou numa relação amorosa em que segundo acordo entre as partes, uma delas deveria de matar a outra e de seguida alimentar-se do seu corpo. Armin foi condenado inicialmente em 2004 a oito anos de prisão por homicídio a pedido da vítima, tendo posteriormente sido condenado a prisão perpétua e profanação de cadáver.

como tutela geral da personalidade engloba especificamente os direitos de personalidade que são inerentes e essenciais. Um exemplo notável disso é o direito à vida e o direito à honra, que, devido à sua natureza abrangente, são aplicáveis a diversas situações. É importante destacar que essas figuras são consideradas como extensões subsequentes do artigo 70.¹¹. De inspiração suíça, a atual cláusula geral de proteção presente neste artigo prevê medidas destinadas a fazer cessar a ofensa, ou a não permitir que esta se repita, e a atenuar as consequências da ameaça, caso esta já tenha sido cometida. A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais veio reforçar a responsabilidade civil e garantir uma reparação mais eficaz dos danos provocados. O juiz tem uma ampla margem de manobra neste caso, sendo os únicos critérios usados para determinar a reparação em caso de dano os seguintes:

- A ideia de desrespeito pela personalidade física e moral (um conceito excessivamente vago);
- O coeficiente que decorre da exigência de prejuízos que possam considerar-se graves (no campo da indemnização).

O artigo 80.º que prevê o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, constitui uma das concretizações da mencionada cláusula geral do artigo 70.º e é uma das dimensões da dignidade da pessoa humana que pressupõe que a designada pessoa humana beneficie de um espaço de privacidade, quer no âmbito da vida doméstica, familiar, sexual ou afetiva, cabendo também neste artigo a proteção do segredo médico.

Localizando-se o fundamento da construção dogmática e jurisprudencial deste direito nos EUA em meados do ano 1890 no âmbito de um artigo publicado na Harvard Law Review cujos autores foram os advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, onde se abordou o direito à privacidade. O artigo em questão debruçava-se sobre uma publicação da autoria de um jornal de Boston, tratando-se de uma crónica social que divulgava a lista de convidados e outros pormenores sobre a cerimónia de casamento da filha de um dos advogados, e nele os autores defendiam que a *common law* evoluiu da proteção da personalidade física, para uma tutela mais psicológica de “pensamento, emoções e sensações”.

¹¹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil IV, Parte geral pessoas*, Almedina, 2019, pág. 108.

Só em 1902, no caso *Roberson vs Rochester Folding Box Co.*¹² se voltou a tratar o tema, provocando este caso duras críticas no seio da opinião pública, uma vez que o tribunal de Nova York indeferiu o pedido de indemnização da autora. Este foi o espolto da construção deste princípio, sendo que subsequentemente surgiu uma lei em Nova York que proibia a utilização não autorizada e para fins publicitários do nome ou imagem de alguém.

O direito à privacidade só foi reconhecido mais tarde, no caso *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, em que o estado da Geórgia reconheceu o direito à privacidade. Neste caso, uma companhia de seguros foi obrigada a indemnizar o autor, cuja imagem foi publicada juntamente com depoimento falso relativamente a celebração de contrato de seguro com a companhia de seguros. A tese dos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis tinha finalmente prevalecido.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada como concepção juridicamente essencial encontra-se previsto no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³, e no Pacto das Nações Unidas relativo aos Direitos Civis e Políticos do Homem.¹⁴

Em Portugal, o nascimento deste direito datou de meados de 1966, embora anteriormente já existissem formas indiretas de proteção da intimidade da vida privada, como por exemplo a consagração do direito ao segredo profissional e ao sigilo da correspondência. Posteriormente, foi no ano de 1976, que na constituição portuguesa foi introduzido o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar no artigo 31.º, sendo no artigo

¹² Franklin Mills Co., uma das rés, dedicava-se à atividade de moagem, fabrico e venda de farinha. Fizeram circular cerca de 25.000 impressões litográficas, fotografias e imagens da queixosa Abigail M. Roberson, sem o seu consentimento. Estas impressões foram visivelmente afixadas e exibidas em locais públicos. Estas imagens foram reconhecidas por amigos da queixosa. Como resultado, a queixosa foi muito humilhada pelo escárnio das pessoas que reconheceram o seu rosto neste anúncio e o seu bom nome foi atacado, causando-lhe grande sofrimento. Afirmou também ter ficado doente em consequência disso. A queixosa solicitou então o auxílio dos tribunais para impedir a continuação da circulação das impressões litográficas que continham o seu retrato e, como incidente, para a indemnizar pela sua doença e pelos danos causados aos seus sentimentos.

¹³ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.” in artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁴ “Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito a protecção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.” in artigo 17.º do Pacto das Nações Unidas relativo aos Direitos Civis e Políticos do Homem.

35.º proibida a utilização da informática no tratamento de dados relativos à esfera da vida privada.

O direito à intimidade da vida privada reparte-se em diversos “sub-direitos”, de entre os quais, o direito de impedir o acesso de terceiros a informações sobre a vida privada e familiar, e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem, sendo esta uma verdadeira proibição de ingerência na vida particular por terceiros, quer por acesso, quer por divulgação de informação, à luz do disposto no artigo 80.º do CC, entre outros.

Para autores como PAULO MOTA PINTO, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não deve ser confundido com o direito à proteção da vida privada (que inclui a liberdade e o segredo sob a vida privada), nem com “the right to privacy”¹⁵. Na verdade, o direito à reserva sob a intimidade da vida privada tem por objeto o controlo da informação sobre a vida privada. O interesse que lhe está subjacente será a divulgação, a manutenção ou circulação de informações relativas ao círculo da vida privada de alguém. Também o interesse no anonimato e o interesse na solidão podem estar aqui incluídos. Tudo o que esteja ligado à administração da vida privada de alguém, é antes albergado pelo o direito à proteção da vida privada. Esta perspetiva do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada centra-se, portanto, na autodeterminação da informação, ou se quisermos, num verdadeiro direito à autodeterminação informativa, como indica o autor.

Uma das características deste direito, é o seu alcance é determinável, ou seja, dá-se em função do indivíduo. Isto significa que para este direito existe uma conformação do objeto, dado que, o próprio titular pode modelar o objeto de proteção do direito à reserva, conforme as circunstâncias envolventes. Aliás, o artigo 80.º n.º 2 do CC indica que se deve definir a extensão da reserva devida “conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

Também o consentimento na limitação, se identifica como uma característica deste direito. Apresenta-se como um direito disponível na medida em que permite diversas

¹⁵ Segundo o autor, no direito americano, o designado “right to privacy” apresenta uma amplitude tal, que o aproxima do direito geral de personalidade. - PINTO, PAULO MOTA, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada” em *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra Editora, 2001, pp. 528-529.

limitações voluntárias, do próprio titular. Atentemos que este consentimento não exclui a ilicitude, como previsto no artigo 340.º n.º 1, não se trata de ser lícito desde que consentido, mas sim da exclusão da existência de lesão. Este consentimento é limitativo do direito, mas não deve ser considerado como fundamento para a sua violação.

Uma discussão doutrinária relativa a este consentimento, centra-se em saber se este se apresenta como um simples ato jurídico integrado por uma declaração que produziria os efeitos previstos na lei, ou como um negócio jurídico, unilateral ou bilateral. Parte da doutrina defende que esta autorização é um verdadeiro negócio jurídico, no caso esta limitação resultaria imediatamente da declaração unilateral do titular do direito, defendendo a doutrina que estamos perante a figura do *contrato de autorização*, que serviria como limite ao surgimento de possíveis violações deste direito, e inclusivamente permitiria a transmissibilidade do mesmo.

A primeira posição não é defensável desde logo porque neste caso o titular do direito age no âmbito da sua autonomia privada, e por outro lado, pode configurar tal autorização como bem entender, adequando-se assim os efeitos jurídicos produzidos.

A declaração de limitação voluntária do direito à reserva, deve ser então entendida como uma declaração negocial, que estará sujeita ao regime civilista. Ser-lhe-á, portanto, aplicável o regime previsto no CC, nomeadamente os princípios da liberdade declarativa (artigo 217.º n.º 1) e princípio da liberdade de forma (artigo 219.º), podendo esta declaração ser expressa ou tácita. Logicamente, se tais preceitos se aplicam, também se aplica o regime das nulidades do artigo 285.º e seguintes do CC, significando que esta declaração pode ser anulada quer com fundamento nas regras sobre incapacidade ou falta de vício da vontade.

Esta declaração de limitação apresenta limites, tais como contrariedade a disposição legal imperativa, contrariedade aos princípios da ordem pública.

Pode ser condicionada ou limitada de diversas formas, por exemplo caso o seu titular entenda introduzir uma limitação temporal na mesma, e à verificação da integridade do consentimento que pode ser condicionada por factores de diversa ordem.

Questão delicada é o consentimento dos incapazes, menores e interditos (uma vez que relativamente aos inabilitados, estabelece o artigo 153.º do CC que estes possuem capacidade geral para a prática de atos pessoais). Existem duas situações que carecem de ser distinguidas:

- Defesa dos direitos incapazes: recorre-se à figura da representação à luz do estabelecido no 1881 do CC;
- Limitação voluntária de direitos de personalidade: dependerá da capacidade natural do titular relativamente ao alcance das consequências para o seu direito de personalidade. Esta situação pode apresentar algumas variantes, nomeadamente quando a limitação voluntária tenha consequências nos poderes/deveres dos seus representantes legais, neste caso também estes terão de apresentar o seu consentimento para que esta limitação seja possível.

Capítulo 2

CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO E A SUA DELIMITAÇÃO NO SECTOR SEGURADOR

2.1. Introdução

Desde a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concluída em Roma em 4 de novembro de 1950, que o princípio da igualdade e não discriminação, se tornou um tema de crescente preocupação, não apenas no âmbito segurador.

Especificamente neste âmbito, as práticas discriminatórias podem assumir várias formas, tais como: recusa de cobertura, que se verifica quando o segurador recusa contratar um seguro com base em características pessoais irrelevantes para a avaliação do risco tais como a orientação sexual; diferenciação de prémios, ou seja, a imposição de valores de prémio mais elevados para determinados grupos sem uma justificação atuarial adequada. Efectivamente, cobrar prémios mais elevado com fundamentação no género de um segurado, sem existir uma correlação real com o risco coberto, pode ser considerado uma prática discriminatória.

No sentido de evitar que se verifiquem tais condições desfavoráveis para os segurados, a proibição de práticas discriminatórias, o respeito pelo princípio da igualdade, e a consideração pelo papel ético e de responsabilidade social desempenhado pelos seguradores, apresenta-se como crucial na construção de práticas seguradoras justas e confiáveis. Assim, a implementação de práticas anti-discriminatórias é essencial para promover a equidade e a integridade no setor segurador, tal como se tem gradualmente verificado a nível mundial, e em específico, no ordenamento jurídico português, que nos propomos a analisar.

2.2. O princípio da igualdade e não discriminação

Nascido da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e previsto no seu artigo 7.º, encontra-se o princípio da igualdade. Mantendo intacta até aos dias de hoje uma íntima ligação às ideias “de justiça, luta contra os privilégios e à dignidade da pessoa humana”¹⁶, este princípio foi ganhando contornos evolutivos diversos e abriu-se a novas discussões relativas a diversos pontos.

Segundo DWORKIN, o princípio da igualdade não garante a um sujeito o mesmo tratamento que outros sujeitos tiveram, mas sim um tratamento como igual. O que em última análise significa que só se admitem as diferenciações fundamentais e em critérios que não coloquem em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas. Sempre que as diferenciações se basearem em atributos segundo os quais as pessoas não possuem qualquer controlo e que atentem sobre a sua dignidade, são absolutamente ilegítimas à luz da Constituição de Estado de Direito¹⁷.

Contudo, não podemos esquecer as situações em que é a própria Constituição que autoriza ou impõe as diferenciações ou tratamentos privilegiados relativamente a algumas categorias, como por exemplo o artigo 109.º da CRP que promove a igualdade política entre os sexos. Esta questão acarreta certas dificuldades pois não é possível determinar quais os critérios de diferenciação admissíveis, e até onde podem chegar. É neste ponto

¹⁶ NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit. pág.101.

¹⁷ NOVAIS, JORGE REIS, *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, Almedina, 2019, pág. 45.

que o princípio da igualdade se identifica com o princípio da proibição do arbítrio, na medida em que são proibidas as diferenciações arbitrárias, aquelas que o legislador não pode apresentar qualquer fundamentação, ou uma fundamentação onde não haja o mínimo de coerência entre objetivos prosseguidos e resultados e respetivos resultados. Tal como defende JORGE REIS NOVAIS, “esta identificação prática do princípio da igualdade com a proibição do arbítrio surge como marcadamente insuficiente”.¹⁸

Um primeiro reparo quanto a esta matéria: há certos tipos de diferenciação que são tão frequentemente identificados com discriminação proibida, que se presumem desde logo como arbitrários, tais como a discriminação em função do sexo ou da raça. Levado ao extremo podemos concluir que esta presunção só poderá ser ilidida, caso o legislador possa demonstrar que a diferenciação se baseou em razões justificadas por necessidades de compensação ou promoção de uma igualdade real.

A jurisprudência norte americana concebeu uma fórmula que tem em conta a ponderação dos interesses em questão. Baseiam-se em dois métodos: (i) a sliding scale: uma escala móvel da densidade do controlo que se irá basear na ponderação de interesses presentes na situação concreta e a (ii) three-tier: onde consoante uma maior ou menor gravidade da diferenciação e domínio (que se classifica como “suspeito”, “quase suspeito” e “não suspeito”) assim se exige um determinado grau de fundamentação: ou uma fundamentação meramente razoável, ou um interesse importante, ou um nexo de causalidade entre fins prosseguidos e meios utilizados. Este será o caminho a seguir, uma avaliação e ponderação dos interesses presentes, de forma a respeitar o princípio da igualdade e todas as suas diferenciações permitidas e que contribuem para a sua eficaz aplicação.

Apresenta-se indubitável a relação que existe entre o princípio da igualdade e a proibição da discriminação, o que se encontra vertido no espírito de diversos diplomas. A razão do surgimento da Lei n.º 46/2006, foi a correção de desigualdades, sendo o fim que este diploma legal pretendia prosseguir o da igualdade em si, através de medidas de discriminação positiva. A Lei n.º 75/2021, pretende seguir a mesma linha de pensamento,

¹⁸ REIS NOVAIS, JORGE, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, cit. pág. 112.

corrigindo desigualdades e honrando a máxima aristotélica “tratar o igual como igual e o desigual como desigual”, à luz do princípio da igualdade.

Este princípio foi sendo construído, tal como defende LÚCIA AMARAL, gradualmente por camadas, até aos dias de hoje¹⁹. Sendo numa primeira fase esta igualdade meramente formal, que convivia com certos graus de discriminação, nomeadamente no que toca a determinadas categorias de pessoas (negros, mulheres, quem profetizasse religião diferente do catolicismo), evoluindo para uma igualdade fáctica, a que hoje vivenciamos, e que obriga a ter em conta as diferenças entre as pessoas, tratando igual o que é igual, desigual o que é desigual, concentrando-se nos efetivos resultados da lei.

Neste sentido, uma questão que se mostra pertinente é saber se podemos encarar a proibição da discriminação como um princípio independente em relação ao princípio da igualdade. A doutrina divide-se nesse sentido. Por um lado, alguns autores acreditam que a não discriminação é simplesmente a negação do princípio da igualdade, enquanto outros consideram que ela possui um grau de autonomia próprio. Independentemente da posição adotada, é inegável que o princípio da não discriminação desempenha um papel fundamental, pois faculta critérios que auxiliam o processo decisório, e que facilitam a construção de conclusões relativamente à distinção entre diferenciações lícitas e ilícitas.

Segundo JORGE MIRANDA, o princípio da igualdade apresenta duas vertentes:

A) negativa: proíbe tanto as vantagens infundadas como as desvantagens, ou seja, proibidas a concessão de privilégios e as discriminações²⁰;

B) positiva, que por sua vez, abrange três dimensões:

- i. que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;

¹⁹AMARAL, LÚCIA, “O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 40-42.

²⁰ Privilégios são situações de vantagens não fundadas e discriminações situações de desvantagem” sendo que, “privilegiadas são pessoas com direitos não atribuídos às demais pessoas ou às pessoas na mesma situação. Discriminadas são as pessoas a quem não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ónus, encargos não impostos às outras pessoas” em MIRANDA, JORGE, “O Princípio da Igualdade no Direito Português” em *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 132 (nov. 2015), pág.27.

- ii. que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça;
- iii. que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da constituição material”.²¹

Por sua vez, GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA²², atentam às três dimensões que constituem o princípio da igualdade:

- 1) Proibição do arbítrio: na imposição de tratar como igual o que é igual e tratar como diferente o que é diferente;
- 2) Proibição da discriminação: prevista no n.º 2 do artigo 13.º;
- 3) Obrigação de diferenciação: introdução de discriminações ou medidas positivas que pretendem compensar desigualdades de oportunidades existentes.

Trata-se da operacionalização do princípio da igualdade, ou seja, em como irá este ser respeitado, na prática. As leis cujo fim seja com este coincidente, devem estar dentro dos parâmetros acima descritos, garantindo que se tem em conta o caso concreto e as variáveis em jogo. De tal depende a eficiência dos diplomas legislativos que pretendem prosseguir tal fim. Tal como defende MENEZES CORDEIRO, a área dos seguros é sensível, dada a sua massificação e, muitas vezes, a sua obrigatoriedade²³. Faz todo o sentido que o Estado defenda a igualdade de substância: qualquer diferenciação deve ser fundada em cálculos objetivos de risco, ou a pretendida eficiência e defesa do princípio da igualdade pode ser colocada em causa. Como tal, a Lei n.º 75/2021 cujo objetivo é corrigir uma desigualdade que se verificava no mercado segurador, deve acautelar-se baseando-se em dados atuariais e estatísticos atualizados, assim como em cálculos objetivo do risco. Desta forma propicia transparência, o que se apresenta como fundamental para uma aplicação adequada deste diploma, que conseqüentemente contribuirá para a redução de desigualdades e uma promoção da confiança dos segurados.

²¹ MIRANDA, JORGE, “O Princípio da Igualdade no Direito Português” em *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 132 (nov. 2015), cit., pág. 26.

²² CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa- Anotada- Volume I- Artigos 1º a 107º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 340- 350.

²³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, cit. pág. 523.

2.3. Conceito de discriminação

Entende-se discriminação como o ato de tratar alguém de forma desigual com base em características específicas, tais como a raça, o género, a religião, a orientação sexual, a origem étnica, a idade, a presença de uma deficiência, entre outros. Essas características são frequentemente chamadas de "categorias suspeitas" e a diferenciação de tratamento com base nestas é proibida. A discriminação pode manifestar-se de diversas formas, incluindo:

- Discriminação racial: tratar alguém de forma desigual ou injusta devido à sua raça ou origem étnica;
- Discriminação de género: tratar alguém de forma desigual devido ao seu sexo ou género;
- Discriminação religiosa: discriminar alguém com base na sua religião, crenças religiosas ou falta delas;
- Discriminação por orientação sexual: tratar alguém de forma desigual devido à sua orientação sexual;
- Discriminação por idade: discriminar alguém com base na sua idade, seja por ser jovem ou idoso;
- Discriminação por deficiência: tratar alguém de forma desigual devido a uma deficiência física ou mental;
- Discriminação socioeconómica: discriminar alguém com base no seu status económico-social, classe social ou rendimento.

2.3.1. Discriminação negativa

Entende-se como discriminação negativa a que configura uma conduta legalmente vedada e que se caracteriza pela intenção de reprimir ou segregar um determinado grupo de indivíduos no plano das suas relações sociais, com ações opressoras diretamente ligadas a um preconceito pré-existente, deste modo violando os seus direitos, com base em determinadas características como a raça, o género, a religião, a orientação sexual, entre outros.

Outros tipos de discriminação negativa são a discriminação direta²⁴ ou intencional, a discriminação indireta ou não intencional e a discriminação associativa ou por associação²⁵, conceitos previstos nas alíneas b), c) e d) do n.º1 do artigo 13.º do regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação²⁶.

2.3.2. Discriminação positiva

A discriminação positiva, também conhecida como ação afirmativa, é a política ou a prática que visa corrigir desigualdades históricas, sociais ou económicas, proporcionando oportunidades adicionais ou benefícios específicos para grupos que foram historicamente desfavorecidos, marginalizados ou discriminados. O objetivo é promover a igualdade de oportunidades e reduzir disparidades. A discriminação positiva normalmente foca-se em grupos minoritários que enfrentaram práticas discriminatórias sistemáticas ao longo do tempo, com base em características como a raça, a etnia, o género, a orientação sexual, presença de uma deficiência, entre outros.

Primeiramente observadas nos Estados Unidos da América, as *affirmative actions* configuram-se como o mecanismo cujo objetivo é reduzir a discriminação histórica e criar oportunidades iguais para grupos que foram prejudicados no passado, como deficientes físicos e negros. Tiveram como origem os movimentos pelos direitos civis das décadas de 1950 e 1960, quando ativistas lutaram contra a segregação racial e a discriminação sistémica. A Lei dos Direitos Civis de 1964 e a Lei dos Direitos de Voto de 1965 foram marcos importantes neste movimento. No entanto, foi a Ordem Executiva 11246, emitida pelo presidente Lyndon B. Johnson em 1965, que estabeleceu um marco para as ações afirmativas nos Estados Unidos. Estas ações incluem as seguintes medidas: metas e quotas, muitas vezes, as organizações são obrigadas a estabelecer metas e quotas para a contratação ou admissão de grupos historicamente sub-representados, como minorias étnicas e mulheres;

²⁴ Segundo CÉLIA PERES, a discriminação direta apresenta como traço distintivo a intencionalidade da conduta, atuando por meio de uma diferenciação com o propósito de prejudicar alguém. Menciona o designado "disparate treatment", usado nos Estados Unidos da América que se subdivide nas modalidades: facial discrimination, ou discriminação explícita; discriminatory application, ou discriminação na aplicação da legislação ou da medida; e discriminatory by design, ou discriminação na elaboração da lei ou da medida-PERES, CÉLIA MARA, *A igualdade e não discriminação*, São Paulo, 2014, pág. 188.

²⁵ As Diretivas n.º 2000/43/CE de 29 de junho de 2000 e n.º 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000 estabelecem no seu considerando 15 que "A apreciação dos factos dos quais se pode deduzir que houve discriminação directa ou indirecta é da competência dos órgãos judiciais, ou outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou a prática do direito nacional. Essas normas podem prever, em especial, que a determinação da discriminação indirecta se possa fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos."

²⁶ Que corresponde à Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto.

programas de recrutamento, as instituições podem ser obrigadas a implementar programas de recrutamento ativo para atrair candidatos de grupos sub-representados; programas de admissão na educação, em instituições educacionais, as ações afirmativas podem envolver a concessão de vantagens na admissão a estudantes de grupos minoritários, e desenvolvimento de fornecedores, em contratação pública, as empresas podem ser incentivadas ou obrigadas a contratar fornecedores de grupos minoritários²⁷.

2.4. Proibição de práticas discriminatórias na atividade seguradora

2.4.1. O alcance desta proibição

Segundo o anteriormente mencionado princípio da igualdade e não discriminação²⁸, não podemos afirmar que são proibidas medidas que estabeleçam distinções, contudo, é constitucionalmente proibido a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, tal como defendido na jurisprudência, “desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamento razoável, objetivo e racional²⁹”.

Do n.º 2 do artigo 13.º da CRP se retira que não são permitidas quaisquer diferenciações de tratamentos que sejam baseadas em critérios subjetivos, ou seja, aqueles que se referem a padrões ou medidas que dependem da opinião, interpretação ou perspetiva pessoal de um indivíduo. Em contextos diversos, critérios subjetivos podem ser aplicados para avaliar algo com base em julgamentos pessoais, preferências individuais, sentimentos, opiniões ou perceções, o que pode tornar as conclusões sujeitas a variabilidade e subjetividade. Do ponto de vista constitucional,

²⁷ FILHO, JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS, “Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2005, pp. 508-512.

²⁸ Ver página 17 e seguintes.

²⁹ No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 622/2013 de 26 de setembro, aborda-se a violação do princípio da igualdade, citando-se outro Acórdão pertinente para o tema, o Acórdão n.º 437/2006, no qual se decidiu que: “O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, é um princípio estruturante do Estado de direito democrático e postula, como o Tribunal Constitucional tem repetidamente afirmado, que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adoção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objetiva e racional. O princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se numa ideia geral de proibição do arbítrio (cfr. por todos no acórdão n.º 232/2003, publicado no Diário da República, I Série-A, de 17 de junho de 2003 e nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 56.º Vol., pp. 7 e seguintes.)”

somente são aceitáveis distinções que possam ser claramente justificadas por valores constitucionais de relevância objetiva. Tal significando que não será desprovido de sentido o apelo à racionalidade neste âmbito, embora tal se mostre insuficiente, tal como defende MARGARIDA LIMA REGO³⁰ que alude ao conceito de discriminação racional, que adiante abordaremos.

Sendo assim, importa discernir quais os critérios a que a atividade seguradora pode recorrer de forma a eficientemente distinguir quais as formas admissíveis e inadmissíveis de diferenciação, à luz do n.º 2 do artigo 13.º da CRP.

Prevê-se no artigo 15.º n.º 3 do RJCS que as diferenciações que por lei são permitidas devem “ser objetivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e atuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.”³¹ Um dos factores que diretamente não é considerado na atividade seguradora como factor de diferenciação, é o sexo. Um dos momentos decisivos neste sentido foi o Acórdão Test-Achats, no qual o sexo como factor de diferenciação não foi abolido, contudo foi limitado, ou seja, através deste acórdão concluiu-se que são admissíveis diferenciações baseadas no sexo, mas apenas, caso sejam estritamente baseadas nas diferenças fisiológicas entre homens e mulheres tais como o estado de saúde e a história familiar³²e caso tal encontre a sua justificação num objeto legítimo e os meios para atingir esse objetivo sejam adequados e necessários³³. Tal significa que circunscrito o uso do sexo enquanto factor atuarial na sequência de uma verificação empírica de que as posições de homens e mulheres são absolutamente comparáveis, não se encontra justificação para diferenças de tratamento.³⁴ De notar que o acórdão apenas se refere a uma categoria suspeita: o sexo. Quanto a outras categorias, a Comissão Europeia divulgou orientações, destacando as diferenças entre categorias³⁵.

³⁰ LIMA REGO, Margarida, *Da inconstitucionalidade das normas permissivas de "discriminação racional"* in Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício, Coimbra, 2014, pág. 887.

³¹ Na redação anterior não se previa a supervisão da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), tal foi aditado com a alteração introduzida pela Lei 75/2021.

³² OLIVEIRA, ARNALDO FILIPE DA COSTA, “Não discriminação em função do sexo no âmbito dos contratos de seguro - Nota breve sobre o pós-Acórdão «Test Achats», i.e., sobre o direito constituído vigente” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. 58, n.º 1 (2017), pág. 275.

³³ OLIVEIRA, ARNALDO FILIPE DA COSTA, “Não discriminação em função do sexo no âmbito dos contratos de seguro - Nota breve sobre o pós-Acórdão «Test Achats», i.e., sobre o direito constituído vigente” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. 58, n.º 1 (2017), pp. 266-267.

³⁴ Uma decisão que contribuiu para tal foi a decisão do Tribunal de Justiça no caso *Test-Achats*. Que mais tarde deu origem a uma Comunicação por parte da Comissão Europeia no sentido de auxiliar os Estados Membros a aplicar esta proibição, dado que era reconhecido que a grande maioria deles ainda usava o sexo como critério de diferenciação em pelo menos uma modalidade de seguros: o seguro de vida.

³⁵ Orientações sobre a aplicação ao setor dos seguros da Diretiva 2004/113/CE do Conselho, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no Processo C-236/09.

Chegados a este ponto, podemos afirmar que, recorrer a uma categoria suspeita tal como o sexo, como factor atuarial, a menos que tal factor desempenhe um papel inquestionável ou que a correlação com os eventos seja especialmente significativa, apresenta-se como inaceitável. Não se admitem meras razões de praticabilidade e conveniência que estejam envolvidas na escolha deste factor. MARGARIDA LIMA REGO³⁶ refere-se ao conceito de discriminação racial, defendendo que a exigência de racionalidade é insuficiente enquanto critério distintivo entre as formas admissíveis e inadmissíveis que tenham por base as categorias suspeitas enunciadas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição. Defende a autora que a análise estatística, frequentemente usada pelos seguradores por razões puramente funcionais, limita-se a estabelecer uma correlação entre determinado factor e a probabilidade de se vir a verificar certo acontecimento a dada pessoa, apresentando-se tal como insuficiente para servir de base que sustente a diferenciações em função de categorias suspeitas, tal como o sexo. Uma das consequências que pode decorrer da utilização de tal método por parte dos seguradores é a perpetuação de injustiças passadas incompatíveis com a promoção da igualdade, uma vez que a análise estatística utilizada recorre a dados que tiveram a sua origem no passado, e como tal a práticas discriminatórias passadas. Mesmo que esta relação com uma prática discriminatória passada não se verifique, não será tarefa fácil demonstrar que tal categoria suspeita é “a única ou sequer uma das principais características relevantes para a aferição da probabilidade de ocorrência de um dado resultado, de forma a rejeitar outros factores”³⁷.

2.4.2. Referência ao artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro

A proibição de práticas discriminatórias encontra-se prevista no artigo 15.º do RJCS. Com as alterações verificadas, este (entre outros) preceito passou a apresentar um cariz mais protetor da parte frágil, que se entende como sendo o segurado. Neste sentido o artigo 15.º proíbe as práticas entendidas como discriminatórias que não respeitem o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP. Esta proibição inclui a celebração do contrato de seguro, a execução e cessação do mesmo.

³⁶ REGO, MARGARIDA LIMA, “Da inconstitucionalidade das normas permissivas de discriminação racial” em *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, pág. 887.

³⁷ REGO, MARGARIDA LIMA, “Da inconstitucionalidade das normas permissivas de discriminação racial” em *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, cit., pág. 887.

O artigo 15.º tem como objetivo estabelecer critérios objetivos para compreender a razão pela qual, em determinados casos, a discriminação positiva é permitida. Conforme ARNALDO OLIVEIRA e EDUARDA RIBEIRO³⁸ destacam, neste artigo opera o princípio da não discriminação em conformidade com o direito comunitário, a CRP e a natureza específica do contrato de seguro. Além de proibir práticas discriminatórias, este preceito legal faz referência ao regime introduzido pela Lei 46/2006 de 28 de agosto (que abordaremos em breve) que proíbe e sanciona a discriminação com base na deficiência e risco agravado de saúde. O legislador neste caso efetuou uma remissão direta para o princípio da igualdade, expressa no n.º 1 do artigo 15.º do RJCS, não enumerando as práticas que se consideram discriminatórias, num elenco que se poderia classificar como meramente exemplificativo. Acautelou-se ao não se referir apenas a práticas discriminatórias em geral, mas especificando, no seu n.º 2, a discriminação com base na deficiência e no risco agravado de saúde.

O princípio da igualdade surge como uma forma de limitação da autonomia privada dos seguradores na celebração dos negócios jurídicos. Pode estar em causa não apenas uma liberdade de estipulação das partes, no caso, por parte do segurador em definir o conteúdo do contrato, mas também uma limitação à liberdade de celebrar ou não o contrato, uma vez que é vedada ao segurador a discricionariedade de recusar ou não a celebração de um contrato de seguro, sob pena de tal prática ser considerada discriminatória³⁹. LEONOR CUNHA TORRES defende que este princípio da igualdade “tem de ser interpretado, não como uma igualdade meramente formal, mas sim como um princípio dinâmico, em que devem ser tratadas de forma desigual as situações que são desiguais, sendo a igualdade um objecto a atingir e não um ponto de partida”⁴⁰. A autora destaca que dada a natureza dinâmica deste princípio, deve ser compatibilizado com outros princípios, tais como o direito de livre iniciativa privada previsto no artigo 61.º da CRP, e o princípio do funcionamento eficiente dos mercados, conforme estipulado no artigo 81.º da CRP, uma vez que estes são direitos económicos equiparados a direitos fundamentais, à luz do artigo 17.º e 18.º da CRP.⁴¹

³⁸ OLIVEIRA, ARNALDO/RIBEIRO, EDUARDA, “Novo regime jurídico do contrato de seguro: aspectos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente” em *Revista Fórum*, Ano XII, nº 25, Lisboa, 2008, pág.18.

³⁹ TORRES GAMA, MARGARIDA, “Proibição de práticas discriminatórias” em *Temas de Direito dos Seguros- A propósito na nova lei do contrato de seguro*, coord. Margarida Lima Rego, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 135-136.

⁴⁰ TORRES, LEONOR CUNHA, “Artigo 15.º- Proibição de Práticas Discriminatórias” em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016, cit. pág. 72.

⁴¹ TORRES, LEONOR CUNHA, “Artigo 15.º- Proibição de Práticas Discriminatórias” em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 72-73

A leitura do artigo 15.º n.º 1 do RJCS, parece indicar de forma clara que a proibição de práticas discriminatórias se estende, não apenas aos seguros de vida, mas a todos os tipos de seguros, ao contrário da Lei n.º 46/2006, que se apresenta omissa quanto a este aspeto. A ASF defende que a aplicação do artigo 15.º do RJCS se estende aos seguros de saúde.⁴² Contudo, FRANCISCO LUÍS ALVES, entende que dada a natureza singular dos seguros de saúde, esta leitura carece de maiores cautelas e clarificação legal, podendo aferir-se assertivamente, apenas nos casos de “agravamento de prémio com fundamento numa preexistência ou a aplicação de um período de carência” com informação adicional sobre o rácio aplicável. Acrescenta o autor que “Se numa situação limite, um seguro de saúde apenas se destine a cobrir despesas com uma determinada doença e a pessoa já tenha essa doença antes da contratação, sendo assim preexistente, a pessoa estará fora do mercado-alvo do produto (...). Neste situação, aplicar o artigo 15.º do RJCS poderá ser um exercício difícil e desprovido de sentido.”⁴³

O parágrafo seguinte (n.º 2) do artigo 15.º do RJCS, por sua vez, concentra-se especificamente nas práticas discriminatórias relacionadas com deficiência ou risco agravado de saúde. De acordo com a sua redação, práticas discriminatórias são definidas como "ações ou omissões, intencionais ou negligentes, que violem o princípio da igualdade". Nesse contexto, é importante lembrarmos o que se entende por discriminação direta, uma vez que é a esse tipo de discriminação que se refere esse mesmo preceito. Ao analisar o artigo em questão, compreendemos discriminação direta, tal como anteriormente exposto, como qualquer tipo de prática que resulte em um tratamento menos favorável para pessoas em tal situação em comparação com outra pessoa em situação semelhante. Apesar deste parágrafo remeter diretamente para a Lei 46/2006, dois conceitos carecem de ser clarificados. Devemos definir quem consideramos como uma pessoa em situação comparável, e seguidamente é imperioso esclarecer o que entendemos por tratamento menos favorável. FRANCISCO LUÍS ALVES⁴⁴ defende que existem duas interpretações possíveis relativamente ao que significa pessoa em situação comparável. Por um lado, podemos considerar como pessoa em situação comparável alguém que também possui uma deficiência. Por outro lado, podemos comparar o tratamento dado a uma pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde com o

⁴² Cujo entendimento divulgado a 12 de fevereiro de 2010 se encontra disponível em <https://www.asf.com.pt/>.

⁴³ ALVES, FRANCISCO LUÍS F.R, “Seguro de Saúde: Regime Legal e Novos desenvolvimentos” em *Estudos de Direito do Consumo*, volume II, Almedina, 2023, pág. 569-624.

⁴⁴ ALVES, FRANCISCO LUÍS, “A discriminação e a avaliação do Risco nos Seguros” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 52, n.º 3 e 4, julho-dez, 2011, pp. 32- 48.

tratamento dado ao indivíduo médio, ou seja, à maioria das pessoas. Seguimos esta última posição, na medida em que entendemos que o tratamento é menos favorável quando comparamos o tratamento oferecido a um indivíduo portador de deficiência com o tratamento oferecido a um indivíduo médio, sem qualquer deficiência.

No que toca à questão do tratamento menos favorável, ele pode englobar não apenas a recusa de celebração ou o agravamento do prémio, mas também o aumento das franquias, limites de indemnização, períodos de carência ou exclusões, tal como esclarece ARNALDO OLIVEIRA, quando indica que “O intérprete não pode deixar de estender às franquias, descobertos obrigatórios, períodos de carência e demais acomodamentos contratuais da cobertura o regime legal de prevenção da discriminação que nomeia apenas as recusas e os agravamentos tarifários- não só por razões lógicas (...), como de garantia da proibição legal de discriminação (...).⁴⁵”

O n.º 3 deste preceito indica-nos quais são os métodos adequados para aferir esta desigualdade, que justifique um tratamento diferenciado. Importante sublinhar que estes métodos e práticas têm de ser considerados viáveis segundo a prática seguradora. Ou seja, dados estatísticos e atuariais rigorosos, cuja aplicabilidade e eficiência foi já comprovada pela atividade seguradora.

Os restantes números deste artigo (4 a 9) preveem os modos de reação de que o segurado dispõe caso se verifique uma violação da proibição de discriminação. Sendo de destacar o dever de informação por parte do segurador caso exista recusa de celebração do contrato ou agravamento do prémio.

Existem dois momentos em que o dever de informação se manifesta: antes da celebração do contrato e durante a celebração do contrato. A violação de deveres de informação pré-contratuais é uma das situações mais comuns associadas à *culpa in contrahendo*, conforme previsão no artigo 227.º do CC. Entre os casos a mencionar inclui-se, em primeiro lugar, a apresentação de afirmações sobre eventos (jurídicos ou naturais) que podem potencialmente levar uma das partes envolvida no processo de negociação a ser induzida em erro⁴⁶. O dever de informação surge da necessidade de agir com honestidade e boa fé. As partes têm a obrigação de fornecer todas as informações necessárias para a conclusão justa do contrato. Não é viável separar o fundamento do dever e, conseqüentemente, as conseqüências da sua violação, do princípio da confiança. Recorre-se à figura

⁴⁵ OLIVEIRA., ARNALDO COSTA, “Comentários Complementares, Artigo 15.º- Proibição de Práticas Discriminatórias” em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016, cit. pág. 77.

⁴⁶ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 480.

da culpa in contrahendo quando a violação do dever de informação resulta na quebra da confiança de uma das partes, considerando a conduta prévia do agente, ou quando essa violação retira às negociações o seu significado essencial na busca de um consenso capaz de alcançar o objetivo que as partes estabeleceram⁴⁷.

O dever de fornecer informações também pode surgir como uma obrigação secundária ou acessória durante a execução do contrato, em conformidade com princípios de boa fé, práticas comerciais comuns ou interpretação do contrato de seguro. As cláusulas gerais aplicáveis aos contratos de seguro frequentemente estabelecem a obrigação de comunicar circunstâncias relevantes que possam aumentar o risco, a ocorrência de um sinistro dentro de um determinado prazo ou outras circunstâncias relacionadas com a execução do contrato (como a celebração de um segundo seguro para cobrir o mesmo risco).

Uma alteração de destaque é que na redação original deste preceito, no seu n.º 5 era dada ao segurado a possibilidade de “solicitar a uma comissão tripartida que emita parecer sobre o rácio entre os seus factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde.” Actualmente este parecer da comissão foi substituído por reclamação junto da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Seguimos o entendimento de MARGARIDA TORRES GAMA quando defende que na sua redação original, o pedido de parecer à comissão representava uma demonstração da tendência de proteção da parte mais fraca, que neste caso seria o consumidor.⁴⁸ Entendemos que esta preocupação continua a ser acautelada. Relativamente à natureza da resposta à reclamação dirigida à Autoridade, parece-nos que continua a não ser vinculativa, uma vez que a ASF “não tem competência para decidir sobre os conflitos existentes entre os seguradores, os mediadores ou as sociedades gestoras de fundos de pensões e quem reclama. Não obstante, a intervenção da ASF contribui para facilitar a resolução dos conflitos”⁴⁹. A autora destaca um esforço pelo equilíbrio por parte do legislador, uma vez que não é totalmente vedada a autonomia privada dos seguradores e a disponibilização ao proponente tomador de obter uma opinião externa a qualificada. Somos da opinião que tal equilíbrio se mantém.

⁴⁷ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 268.

⁴⁸ GAMA, MARGARIDA TORRES, “Proibição de práticas discriminatórias” em *Temas de Direito dos Seguros, a propósito da nova lei do contrato de seguro*, coord. Margarida Lima Rego, Almedina, 2017, pág. 139.

⁴⁹ *Resolução de conflitos no setor segurador e fundos de pensões*, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, 2015, pág. 7.

O n.º 9 do artigo, mantém-se inalterado, assim como a sua remissão para a Lei proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.⁵⁰

Por último, notamos que a este artigo foi acrescentado o seu atual n.º 10 pela lei 75/2021, que enumera os três principais domínios que poderão ser afetados por práticas discriminatórias: o físico, o mental e o psíquico. Defendemos que tal ressalta a importância crítica de reconhecer e combater práticas discriminatórias na sociedade atual. Ao considerar os três principais domínios afetados - o físico, o mental e o psíquico - torna-se evidente que a discriminação não se limita apenas a manifestações óbvias e visíveis, mas também abrange aspetos mais profundos e subtis. A discriminação no âmbito físico pode incluir atos como violência baseada em características físicas, enquanto a discriminação mental pode se manifestar em estigmas e preconceitos que afetam a saúde mental dos indivíduos. Além disso, a discriminação no domínio psíquico pode envolver o isolamento social e a exclusão devido a crenças ou traços psicológicos. Portanto, é fundamental promover a igualdade e a justiça em todos esses níveis, garantindo que todos os indivíduos tenham a oportunidade de viver uma vida plena e digna, independentemente da condição física, mental ou psíquica.

Deste modo, conclui-se que, tal como referido por ARNALDO OLIVEIRA e EDUARDA RIBEIRO, através do artigo 15.º é “operacionalizado o princípio da não discriminação de forma consistente com o Direito Comunitário, a Constituição e a natureza específica do contrato de seguro”⁵¹

Uma questão não despreciable e que é omissa na redação deste preceito é a consequência jurídica em caso da sua violação. De cariz fundamental, uma vez que este artigo pretendeu, entre outros objetivos, reforçar a proteção da parte mais frágil, no caso, o segurado. Defende ARNALDO OLIVEIRA que apesar da omissão presente no artigo, poderíamos concluir por uma consequência em caso de violação deste preceito legal, “através da aplicação cumulativa do previsto nos artigos 15.º do RJCS e artigo 280.º n.º1 do CC, *ex vi* artigos 13.º e 18.º da CRP”⁵². Segundo o autor a ausência desta previsão resulta numa menor proteção, ao contrário do pretendido pelo escopo do

⁵⁰ Lei n.º 14/2008 que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro.

⁵¹ OLIVEIRA, ARNALDO/RIBEIRO, EDUARDA, “Novo regime jurídico do contrato de seguro: aspetos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente” em *Revista Fórum*, Ano XII, nº 25, Lisboa, 2008, cit., pág.18.

⁵² OLIVEIRA, ARNALDO FILIPE DA COSTA, “Não discriminação em função do sexo no âmbito dos contratos de seguro - Nota breve sobre o pós-Acórdão «Test Achats», i.e., sobre o direito constituído vigente” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. 58, n.º 1 (2017), cit. pág. 253.

artigo 15.º do RJCS. Tal conclusão foi construída pelo autor através da análise do Acórdão do STJ de 11 de abril de 2013⁵³, pelo que o autor concluiu que uma das utilidades para o tema que se poderia retirar da leitura do Acórdão seria precisamente a da sanção pela via constitucional na presença de violação do artigo 15.º do RJCS e, conseqüentemente do artigo 13.º da CRP onde se exige uma justificação que não se apresente como meramente arbitrária, mas que seja também razoável, na presença de diferenciação em caso de risco agravado de saúde ou deficiência. Assim, recorreríamos ao artigo 280.º do CC por força do disposto no artigo 18.º da CRP, o que iria resultar na nulidade da prática discriminatória em causa. Seguimos o entendimento deste autor, uma vez que os atos nulos são considerados inválidos desde o início, independentemente da vontade das partes. Remetemos para os efeitos jurídicos da nulidade que se encontra prevista no artigo 286.º e seguintes do CC, onde se estipula que esta pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado ou ainda declarada oficiosamente pelo tribunal, apresentando-se como insanável, ao contrário da anulabilidade que apenas pode ser invocada pelos interessados e dentro do prazo de um ano após cessação do vício que a fundamenta e sendo possível a sua sanção mediante confirmação (artigo 287.º n.º 1 e artigo 288.º n.º 1 do CC).

2.5. Diplomas e preceitos legais relativos às praticas discriminatórias no mercado segurador

Os diplomas legais relativos a esta matéria, e cuja análise será útil para a elaboração do nosso estudo, são os seguintes: Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro; Lei 46/2006, de 28 de agosto; Lei 14/2008, de 12 de março; Decreto-Lei n.º 131/2014, de 29 de agosto; e Lei 9/2015, de 11 de fevereiro.

⁵³ Este acórdão embora seja predecessor ao artigo 15.º do RJCS é útil para o tema na medida em que o STJ considerou nula por contrariedade da lei a cláusula de um contrato de seguro de vida de grupo não contributivo cujo capital em caso morte foi reduzido, quando a causa desta fosse suicídio ou SIDA. Esta alteração contratual foi efetuada já após celebração do contrato, pelo que constitui uma alteração contratual sem que tenha sido apresentada justificação atendível, pelo que é plausível a aplicação do regime da nulidade. Tal como defende o autor, também seguimos o entendimento que esta solução deve estender a sua aplicação aos seguros de grupo contributivos e aos seguros individuais. - OLIVEIRA, ARNALDO FILIPE DA COSTA, “Não discriminação em função do sexo no âmbito dos contratos de seguro - Nota breve sobre o pós-Acórdão «Test Achats», i.e., sobre o direito constituído vigente” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. 58, n.º 1 (2017), cit. pág. 258.

2.5.1. Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro

Neste diploma prevê-se a informação genética pessoal e informação de saúde, sendo a sua versão mais recente a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto. Nele se prevê o conceito de informação de saúde e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação, à luz do disposto no seu artigo 1.º.

Para o nosso estudo iremos fazer uma breve citação aos artigos 11.º e 12.º. O primeiro artigo prevê expressamente um princípio da não discriminação, particularmente nos seguintes casos: “presença de doença genética ou em função do seu património genético.” “função dos resultados de um teste genético diagnóstico, de heterozigotia, pré-sintomático ou preditivo, incluindo para efeitos de obtenção ou manutenção de emprego, obtenção de seguros de vida e de saúde, acesso ao ensino e, para efeitos de adopção, no que respeita quer aos adoptantes quer aos adoptandos.”, “no seu direito a seguimento médico e psicossocial e a aconselhamento genético, por se recusar a efectuar um teste genético.”

O artigo seguinte estabelece os limites que os seguradores têm de respeitar no que toca ao tratamento de informação de saúde e de informação genética, estabelecendo nomeadamente a proibição de recusa de um seguro de vida ou cobrança de prémios mais elevados.

2.5.2. Lei 46/2006, de 28 de agosto

Este precursor regime jurídico tem como escopo de aplicação “prevenir e proibir a discriminação, directa ou indirecta, em razão da deficiência, sob todas as suas formas, e sancionar a prática de actos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de uma qualquer deficiência”, à luz do artigo 1.º e estende o seu escopo de aplicação à discriminação de pessoas com risco agravado de saúde. Respeita, portanto, a atos de

discriminação de pessoas portadoras de qualquer tipo de deficiência⁵⁴ e pessoas que apresentam um risco agravado de saúde, definição que se encontra prevista na alínea c) do artigo 3.º: “c) 'Pessoas com risco agravado de saúde' 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 práticas que se consideram discriminatórias encontram-se previstas nas alíneas a) a m) do artigo 4.º, onde se estabelece um elenco não taxativo mas meramente exemplificativo.

Caso se verifique efetiva prática discriminatória, há lugar a indemnização nos termos do artigo 483.º do CC, por danos patrimoniais e não patrimoniais (previstos no artigo 496.º do CC).

O órgão competente para fiscalizar a aplicação desta lei é o Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (SNRIPD).⁵⁵

O ónus da prova relativa a práticas discriminatórias cabe à vítima, sendo responsabilidade da contraparte provar que as diferenças de tratamento não se enquadram nas práticas discriminatórias previstas no artigo 4.º ou no artigo 5.º desta Lei.

Existe lugar a contraordenação graduada entre 5 e 10 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida, aplicação das respetivas sanções acessórias, elencadas nas alíneas a) a i) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei 46/2006.

⁵⁴ Segundo World Report on Disability, publicado pela OMS em 2011, o conceito de deficiência é o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatómica. Refere-se, portanto, à biologia do ser humano, embora considerando ser este “um conceito em evolução”, segundo o Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Este reconhece que deficiência se apresenta como a “interação entre pessoas com deficiência e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e eficaz na sociedade de forma igualitária.”

⁵⁵ Previsto pelo Decreto Regulamentar 56/97 de 31 de dezembro, apresentava-se como um organismo dotado de autonomia administrativa e património próprio, e estava sob a tutela do Ministério da Solidariedade e Segurança Social, possuía como órgão um conselho diretivo composto por um secretário nacional e dois secretários nacionais-adjuntos. Foi em 2006 reestruturado, e deu lugar ao atual Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P (sob a sigla de INR).

O concurso de infrações encontra-se previsto no artigo 13.º deste diploma.

2.5.3. Lei n.º 14/2008, de 12 de março

Proíbe a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. A Lei 14/2008 transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/113/CE⁵⁶ e pretende impedir ambos os tipos de discriminação: a direta e a indireta, cujas definições se encontram presentes nas alíneas a) e b) do artigo 3.º deste diploma e que se encontram alinhadas com os conceitos previstos na anterior Lei 46/2006:

“a) «Discriminação directa» todas as situações em que, em função do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

b) «Discriminação indirecta» sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de um dado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática objectivamente se justifique por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários; (...)”.

Esta Lei aplica-se às entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso. A sua aplicação à atividade seguradora retira-se do artigo 2.º, onde se prevê que a mesma se aplica às “entidades privadas”, daqui se depreendendo que se aplica a todas as empresas de seguros e sociedades gestoras de fundos de pensões, como “serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso.” De notar um traço marcante desta lei será o seu artigo 6.º onde se prevê de forma autónoma a matéria relativa aos seguros.

Foi no designado Acórdão Test-Achats do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁷, que adiante será de novo mencionado, que a Diretiva n.º 2004/113/CE⁵⁸ foi alvo de apreciação. Entendeu o Tribunal que o n.º 2 do artigo 5.º colocava em causa a própria

⁵⁶A Diretiva 2004/113/CE de 13 de dezembro de 2004 aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

⁵⁷ Proc. C-236/09, de 01-03-2011.

⁵⁸ A Diretiva 2004/113/CE de 13 de dezembro de 2004 aplica o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

Diretiva pois não se encontrava previsto qualquer limite temporal, considerando-se inválida uma derrogação à regra dos prémios de seguro e prestação sem um necessário limite temporal, tal como se encontrava previsto na Diretiva 2004/113/CE.

Resumidamente as questões prejudiciais eram duas:

- a compatibilidade do artigo 5.º n.º 2 da Diretiva com o princípio da igualdade e da não discriminação;
- caso efetivamente se verifique incompatibilidade, este artigo 5.º n.º 2 da diretiva também é incompatível com o artigo 6.º n.º 2 da se a sua aplicação se limitar aos contratos de seguro de vida?

Após as respetivas considerações, concluiu o tribunal que o mencionado artigo 5.º n.º 2 da Diretiva era inválido por violação ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

Regressando à Lei que aqui se encontra a ser analisada, nela encontram-se previsto um sistema de sanções para a prática de qualquer ato discriminatório, por ação ou omissão, facultando-se ao lesado o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, a título de responsabilidade civil extracontratual, nos termos civis, à luz do previsto no artigo 10.º da referida lei. Conferindo-se também ao contraente lesado o direito à alteração do contrato de modo que os direitos e obrigações contratuais sejam equivalentes aos do sexo mais beneficiado, não excluindo direito a indemnização por responsabilidade extracontratual.

No subsequente artigo 11.º são conferidos às associações e organizações não governamentais direitos processuais, na medida em que o seu “objecto estatutário se destine essencialmente à promoção dos valores da cidadania, da defesa dos direitos humanos, dos direitos das mulheres, da igualdade de género e de defesa dos direitos dos consumidores legitimidade processual para a defesa dos direitos e interesses colectivos e para a defesa colectiva dos direitos e interesses individuais legalmente protegidos dos seus associados, bem como para a defesa dos valores protegidos pela presente lei.”

2.5.4. O Decreto-Lei n.º 131/2014, de 29 de agosto

O presente Decreto-Lei regulamenta a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, e prevê a proteção e confidencialidade da informação genética.

Para o nosso estudo é de relevante referência o artigo 17.º deste diploma, onde se prevê um “direito à não discriminação “(especificamente no n.º 2 do preceito), no qual se prevê que “A interconexão de informação genética deve ser adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias e dos interesses legítimos dos responsáveis dos tratamentos, implicando a não discriminação ou diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados e a adoção das medidas de segurança necessárias ao tipo de dados objeto de interconexão.” A violação de tal direito constitui contraordenação prevista e punida na alínea g) do n.º 1 do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 131/2014.

2.5.5. Lei 9/2015, de 11 de fevereiro

Primeira alteração à Lei n.º 14/2008, de 12 de março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro. Esta Lei alterou a redação do artigo 6.º da Lei 14/2008, revogando os n.ºs 2, 3 e 4 e acrescentando os n.ºs 5 e 6. Passou, portanto, a estabelecer que previsto no artigo 6.º se aplica aos seguros e pensões privados, voluntários e independentes da relação de trabalho, segundo o previsto no n.º 5 deste artigo. Prevê também que é ao ISP que compete a divulgação das categorias de práticas que, no âmbito da aceitação de riscos de vida e de saúde, são admissíveis à luz da Diretiva n.º 2004/113/CE e no âmbito do acórdão Test-Achats do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A Lei 9/2015 no artigo 3.º prevê também um regime transitório para os contratos de seguro e outros serviços financeiros celebrados até 20 de dezembro de 2012.

Capítulo 3

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LEI N.º 75/2021 DE 18 DE NOVEMBRO

3.1. Introdução

Numa era caracterizada pela digitalização e constante avanço tecnológico, o conceito do "Direito ao Esquecimento" emerge como uma peça essencial no quebra-cabeça complexo da proteção de dados pessoais e preservação da dignidade individual. A capacidade quase infinita da internet de armazenar e disseminar informações tem levantado questões cruciais sobre a privacidade e a autonomia dos indivíduos, destacando a necessidade de regulamentações que equilibrem a era digital com os direitos fundamentais dos cidadãos.

Em resposta a esse cenário desafiador, o legislador português promulgou a Lei n.º 75/2021 em 18 de novembro, estabelecendo diretrizes específicas em relação ao Direito ao Esquecimento. Esta legislação representa não apenas uma resposta à crescente preocupação com a perpetuidade das informações online, mas também uma tentativa deliberada de alinhar a legislação nacional com as transformações sociais e tecnológicas em curso. Esta lei visa proteger a privacidade, a intimidade e a reputação dos indivíduos, facultando meios legais para controlar a divulgação e o acesso a informações pessoais que já não servem o seu propósito, tornando-se assim, potencialmente prejudiciais quando utilizadas de modo inadequado e para fins prejudiciais.

A complexidade do Direito ao Esquecimento reside na interseção entre os avanços tecnológicos, a liberdade de expressão, a memória coletiva e os direitos individuais. Assim, ao abordar este tema, é imperativo analisar as implicações práticas da Lei n.º 75/2021, compreendendo como influenciará o panorama legislativo português e de que forma desempenhará o papel que lhe foi incumbido. A análise deste tema, não apenas delineará os contornos legais, mas também destacará o trilha legislativo e jurisprudencial que ao longo do tempo tem sido traçado, efectuando também uma breve abordagem ao ponto de vista de diversas entidades relevantes para o tema em questão, que emitiram pareceres relativos ao seu projecto de lei.

Brevemente abordado no capítulo anterior o tema da concretização do conceito de discriminação e a sua delimitação no sector segurador, encontram-se reunidas as

condições para se aprofundar o tema do Direito ao Esquecimento e a Lei 75/2021, que compõe o presente capítulo.

3.2. A origem da necessidade de “ser esquecido”

Como crescimento da sociedade moderna, desenvolveu-se conseqüentemente a digitalização dos meios tradicionais. As organizações, sob pena de ficarem aquém do seu tempo, passaram também a utilizar os meios digitais no seu dia-a-dia, nomeadamente para armazenar e difundir informações. A informação passou a ser difundida a uma velocidade e facilidade estonteantes, tornando-se acessível a qualquer um.

Este panorama trouxe efetivamente vantagens, tais como uma maior capacidade de armazenamento de informação, uma facilitação de acesso à informação a longa distância, uma maior rapidez na difusão da informação pelos diversos canais, facilitação na sua imediata utilização pelos serviços. Contudo, acabam por se verificar desvantagens, e alvo de enorme preocupação, principalmente quando se tratam de dados pessoais. Surgiu um novo desafio para os direitos fundamentais, que viram a sua posição ameaçada. Oferecendo uma resposta para tal, foi aprovado o Regime Geral de Proteção de Dados que entrou em vigor em 24 de maio de 2016 e passou a ser aplicável desde 25 de maio de 2018. Este diploma visa assegurar, em todos os Estados-membros que fazem parte da atual União Europeia, um nível equivalente de proteção dos cidadãos relativamente ao tratamento dos dados pessoais. Este diploma contém alguns direitos essenciais, dos quais é útil destacar os designados “direitos ARCO”: direitos básicos que garantem ao cidadão a titularidade sobre os seus próprios dados pessoais, e são os seguintes: (i) Direito ao Acesso, (ii) Direito de Retificação, (iii) Direito de Cancelamento ou Esquecimento e (iv) Direito de Oposição. O particular deve ter acesso livre aos seus dados pessoais e deve poder obter a confirmação de que existe alguma operação de tratamento dos dados pessoais em curso; deve ter o direito de corrigir e retificar os seus dados pessoais que estejam incorretos ou imprecisos; tem o direito de solicitar o cancelamento de operações de tratamento que não sigam os parâmetros estabelecidos pela lei; e tem o direito de se opor a um tratamento de dados pessoais que não autorizou previamente. Além destes direitos, o particular pode também solicitar o bloqueio do tratamento, até que seja

averiguada a sua legitimidade ou mesmo a dissociação dos seus dados pessoais, que passariam a ser dados anónimos. Estes direitos apenas podem ser invocados pelo próprio titular, ou pelo seu representante legal.

É no artigo 17.º deste Regulamento, que se encontra previsto o Direito ao Esquecimento, ou “Direito ao apagamento de dados”, que adiante será oportunamente referido.

Também a nível jurisprudencial, o Acórdão do Tribunal da Justiça de 13/05/2014 referente ao processo Mario Costeja González, configurou-se como um momento marcante, tornando-se uma referência para o tema da divulgação de dados pessoais, em particular no mundo virtual, pelo que este será analisado adiante nesta dissertação.

Estamos aptos a concluir que o que tornou tão discutível e atual este tema, foi a massiva utilização dos meios tecnológicos e o uso da Internet, que aumentou exponencialmente nas últimas décadas, apresentando-se hoje como um recurso utilizado no quotidiano, inclusivamente a nível laboral. A informação divulgada por vezes inclui conteúdo pessoal e pode ser disponibilizado de forma instantânea e perpétua, armazenando quantidades incontáveis de dados pessoais e de informação considerada sensível. Surge assim, a “necessidade de ser esquecido”, contemplada pelo designado Direito ao Esquecimento, que encontra o seu sustentáculo constitucional na reserva sobre a intimidade da vida privada, faceta do princípio da dignidade da pessoa humana, anteriormente abordado.

3.3. Instrumentos normativos

3.3.1. A Constituição da República Portuguesa

Cabe-nos identificar alguns preceitos presentes na lei fundamental, que para benefício da nossa exposição devem ser referidos. O primeiro destes preceitos é o artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa que abrange o princípio da igualdade e da não discriminação. O parágrafo inicial deste artigo prevê que "todos os cidadãos possuem a mesma dignidade social e são tratados de forma igual perante a lei". Esta é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1.º da Constituição, que orienta as relações entre os cidadãos e a atuação do setor público, sendo que a sua influência tem se tornado cada vez mais evidente também no âmbito das entidades privadas, destacando-se assim sua importância no contexto da atividade seguradora,

nomeadamente no que toca à proibição de práticas discriminatórias na celebração de contratos de seguro. O segundo número prevê a vertente de proibição de discriminação contida neste princípio. Através do texto do preceito, inferimos que no que diz respeito aos seus direitos, nenhum cidadão pode receber tratamento privilegiado ou vantajoso no seu exercício, da mesma forma que nenhum cidadão deve ser prejudicado ou privado do usufruto desses direitos. Quanto aos deveres, a situação é semelhante, enquanto ninguém pode ser favorecido, sendo exonerado ou isento das responsabilidades estabelecidas para a comunidade em geral, também ninguém deve ser prejudicado ao ser sujeito à imposição de um dever que de outra forma não lhe seria imposto. Assim sendo, compreende-se que os direitos e benefícios devem abranger todos os cidadãos, assim como os deveres e encargos. Em última análise, o objetivo é proibir tanto as vantagens quanto as desvantagens ilegítimas, estabelecendo que todos os cidadãos são titulares de direitos e deveres legalmente estabelecidos.

De suma importância para o nosso tema é o artigo 26.º da Constituição que prevê como direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e como tal classificando-se como direitos pessoais fundamentais, os “direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.” (n.º 1). No número seguinte estabelece-se que de forma a garantir estes direitos pessoais fundamentais serão previstas na lei determinadas garantias “contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias” assim como “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.” (n.º 3). Uma exceção à possibilidade de privação da cidadania e as restrições à capacidade civil é prevista no n.º 4, onde se estabelece que “só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.” Este artigo ao reconhecer o direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, estabelece uma base fundamental para proibir práticas discriminatórias na atividade seguradora. Ao garantir direitos como a igualdade, a identidade pessoal e a proteção contra discriminação, a CRP reforça a necessidade de tratamento justo e equitativo no âmbito das atividades seguradoras. Como tal, os seguradores, ao operar dentro do enquadramento constitucional, devem adotar práticas que respeitem a dignidade humana, evitando discriminações injustas e assegurando que as políticas e decisões estejam alinhadas com os princípios de igualdade e não discriminação consagrados na Constituição. Neste preceito se estabelece uma base sólida para a promoção da justiça e igualdade

na atividade seguradora, rejeitando práticas discriminatórias e promovendo a proteção dos direitos individuais.

Um outro preceito presente na CRP que se apresenta como um contributo para a garantia da proibição de práticas discriminatórias na atividade seguradora, nomeadamente no que toca à divulgação de dados pessoais, é o artigo 35.º que prevê precisamente a utilização da informática e que prevê princípios importantes relativos ao tratamento de dados pessoais. No n.º 1 estabelece o direito de acesso e controlo de dados pessoais, prevendo que todos os cidadãos têm o direito de aceder aos dados informatizados que lhes dizem respeito., assim como o direito de exigir a retificação e atualização desses dados, e por fim o direito de conhecer a finalidade para a qual esses dados são utilizados, de acordo com a lei. Nos números seguintes prevê-se a regulamentação da utilização de dados pessoais, a constituição define o conceito de dados pessoais e estabelece as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização. Garante a proteção desses dados, incluindo a possibilidade de intervenção de uma entidade administrativa independente. No n.º 3 expressamente se proíbe o tratamento de dados sensíveis, ou seja, a informática não pode ser utilizada para tratar dados relacionados a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, a menos que haja consentimento expresso do titular, autorização legal com garantias de não discriminação ou para fins de processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis, assim como a proibição de acesso a dados pessoais de terceiros, a menos em casos excecionais previstos na lei, a proibição de número nacional único. Por fim, nos n.ºs 6 e 7 são previstas duas garantias, a garantia de livre acesso às redes informáticas de uso público e a extensão desta garantia aos dados manuais, que significa que os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de proteção idêntica à prevista nos pontos anteriores, nos termos da lei. Neste sentido, verifica-se que o preceito da constituição desempenha um papel crucial na proibição de práticas discriminatórias na atividade seguradora. O reconhecimento do direito dos cidadãos ao controlo e acesso aos seus dados, juntamente com a proibição de tratamento de informações sensíveis sem consentimento explícito, visa garantir que os seguradores não utilizam a informática de maneira discriminatória. Ao assegurar que a informática não pode ser utilizada para o tratamento de dados referentes a convicções filosóficas, políticas, filiação partidária, fé religiosa, vida privada e origem étnica sem o devido consentimento, o artigo 35.º da CRP visa impedir discriminações injustas na avaliação e subscrição de apólices de seguros. A proibição do acesso a dados pessoais de terceiros, exceto em casos excecionais previstos na lei, reforça a proteção da privacidade individual, contribuindo para a

prevenção de discriminação indevida na prática seguradora. Para mais, a garantia de que a lei define o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e estabelece formas adequadas de proteção de dados pessoais reforça a preocupação com a segurança e a equidade no tratamento de informações na esfera da atividade seguradora. Deste modo, concluímos que também o artigo 35.º contribui para a constituição de um quadro jurídico robusto cujo fim é o de impedir práticas discriminatórias na atividade seguradora, promovendo a transparência, o respeito pela privacidade e a igualdade de tratamento entre os segurados.

3.3.2. Em particular, actos legislativos e legislação relevante no âmbito do Direito ao Esquecimento

A. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995

Esta diretiva representa uma referência europeia em matéria de proteção de dados pessoais e prevê dispositivos normativos que fundamentam o reconhecimento de um direito ao esquecimento. Muitos são os artigos em matéria de proteção de dados pessoais e a sua circulação pelo continente europeu previstos na respetiva diretiva, sendo para esta exposição importantes apenas os referentes ao direito em causa. Tem como objeto a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação.

É uma realidade quotidiana e comum a todos nós, que os sistemas de tratamento de dados se encontram ao nosso serviço, acompanhando-nos nas nossas atividades diárias, tanto profissionais como pessoais. Pese embora que, com a moderna circulação de informação, inclusivamente pessoal, acabamos por nos sujeitar a uma elevada exposição por partilhar informações de cariz pessoal. É por esta razão que os sistemas de tratamento de dados, que estão ao serviço da sociedade moderna devem respeitar os direitos e liberdades fundamentais, neste caso, das pessoas singulares e a sua esfera privada⁵⁹.

⁵⁹A este propósito, impõe-se trazer à colação a denominada “teoria das três esferas”, segundo a qual é possível diferenciar três dimensões da noção de privacidade: a vida íntima, que compreende os gestos e factos que, em absoluto, devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem, concernentes não apenas ao

Cabe a cada Estado Membro garantir uma legislação homogénea, de forma a eliminar os obstáculos à circulação de pessoas, no que concerne à proteção dos seus direitos e liberdades, assegurando que a circulação destes está de acordo com a lógica de mercado interno/único⁶⁰, dado que o objetivo das legislações nacionais de cada Estado-Membro é assegurar o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, em particular, e no que ao nosso tema importa, o direito à vida privada. Este direito presente na Diretiva, é ampliado e passa a abranger também a proteção das pessoas no que respeita ao tratamento automatizado de dados pessoais. Deste âmbito exclui-se o tratamento de dados efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas.

Esta diretiva aplica-se, portanto, às técnicas de captação, transmissão, manipulação, gravação, conservação ou comunicação de dados de som e de imagem relativos às pessoas singulares.

Esta diretiva estabeleceu as bases para a regulação da privacidade e proteção de dados na Europa antes da introdução do Regulamento Geral da Proteção de Dados, onde o direito ao esquecimento foi expressamente previsto. Este regulamento entrou em vigor em 25 de maio de 2018, substituindo a Diretiva 95/46/CE. Nele se incluem disposições específicas relacionadas com o Direito ao Esquecimento, fornecendo diretrizes claras sobre como os indivíduos podem solicitar a remoção de seus dados pessoais e como as organizações devem responder a essas solicitações.

estado do sujeito enquanto separado do grupo, mas, também, a certas relações sociais; a vida privada, que engloba os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas; e a vida pública que, correspondendo a eventos suscetíveis de ser conhecidos por todos, respeitam à participação de cada um na vida da coletividade. - CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES- *Tratado de Direito Civil, Tomo IV, Parte geral, Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2019, pág. 118.

GUILHERME MACHADO DRAY refere que a esfera denominada íntima ou secreta, é aquela que mais merece proteção, devendo, portanto ser absolutamente protegida, a esfera privada merece relativa proteção, podendo ceder na presença de conflito com outro direito, como por exemplo o interesse público, e por fim, a esfera pública é aquela que poder ser protegida em termos genéricos, dado que pela sua natureza deve ser divulgada e publicitada, cfr. DRAY, GUILHERME MACHADO, *Direitos de personalidade, Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006., pp. 39-41.

⁶⁰ Mercado interno e mercado único possuem o mesmo significado e podem ser considerados como conceitos sinónimos.

Portanto, embora a Diretiva 95/46/CE tenha estabelecido uma base para a proteção de dados na União Europeia, foi o Regulamento Geral da Proteção de Dados que fortaleceu e formalizou o Direito ao Esquecimento como parte das regras de proteção de dados, garantindo que os indivíduos têm mais controle sobre suas informações pessoais. Ou seja, a Diretiva 95/46/CE não mencionava explicitamente um "Direito ao Esquecimento", embora alguns princípios gerais relacionados com a privacidade e com o controle que os indivíduos têm sobre seus dados pessoais, sempre tivessem estado presentes nesta Diretiva, tais como o princípio da qualidade dos dados que estabelece que os dados pessoais devem ser adequados, relevantes e limitados ao necessário em relação aos fins para os quais são processados, ou seja, as organizações só podem reunir e processar dados pessoais que sejam estritamente necessários para a finalidade específica para a qual foram reunidos; o princípio da finalidade que prevê que dados pessoais devem ser reunidos para finalidades específicas e legítimas, e os indivíduos devem ser informados sobre essas finalidades no momento da recolha, uma vez que os dados não podem ser posteriormente processados de maneira incompatível com essas finalidades; o princípio do consentimento, em muitos casos, o consentimento do titular dos dados é necessário para o processamento de seus dados pessoais. Este consentimento deve ser informado, específico e voluntário e os indivíduos têm o direito de retirar seu consentimento a qualquer momento; o princípio da transparência que estabelece que as organizações que coletam e processam dados pessoais devem ser transparentes em relação às suas práticas de processamento, o que inclui fornecer informações claras aos indivíduos sobre como seus dados serão usados; o princípio da segurança dos dados que obriga as organizações a tomar medidas adequadas para proteger os dados pessoais contra acesso não autorizado ou divulgação; o princípio dos direitos dos titulares de dados, que prevê que os indivíduos têm direitos em relação aos seus dados pessoais, incluindo o direito de acesso, correção e exclusão de seus dados, assim como o direito de contestar o processamento de seus dados em certas circunstâncias; e por fim o princípio da transferência internacional de dados, que estabelece que a diretiva também incluiu regras relacionadas com a transferência de dados pessoais para fora da UE, garantindo que os dados transferidos para países não pertencentes à UE apresentem um nível adequado de proteção.

Tal significa que o conceito de Direito ao Esquecimento como é entendido Actualmente e as disposições específicas com este relacionadas foram desenvolvidos principalmente após a adoção do Regulamento Geral da Proteção de Dados, embora as bases para tal possam ser encontradas na Diretiva 95/46/CE.

B. Regulamento 216/679, de 27 de abril de 2016- Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados Pessoais (o designado RGPD)

Anteriormente mencionado, este regulamento revogou a Diretiva 95/46/CE. Prevê a matéria referente ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação, e é comumente conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD). Este regulamento comunitário, de acordo com o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é diretamente aplicável nos Estados-Membros da União Europeia e obrigatório em todos os seus elementos e prevalece sobre a legislação nacional, nos termos do artigo 8.º da Constituição.

Apresenta como objetivo o de “contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares.”, tal como plasmado no ponto 2 dos considerandos deste diploma.

Honrando o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o artigo 16.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, prevê o artigo 8.º do RGPD, estipulando o direito à proteção de dados pessoais e o “direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.” (n.º 2 do artigo 8.º).

Esta proteção de dados, como se compreende, convive com outros direitos e princípios com os quais tem de ser harmonizada, não constituindo, portanto, um direito absoluto.

Encarado como uma oportunidade de modernização, visa facilitar a circulação de dados pessoais entre os Estados Membros e simultaneamente garantir a defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos singulares relativamente ao tratamento de dados.

Abordado de seguida o conteúdo essencial do RGPD, este diploma faz distinções entre os dados alvo de proteção, designados como “categoria especial de dados”. Estes, organizados em categorias, encontram-se previstas no artigo 4.º e são os dados genéricos, dados biométricos, e por fim, os dados relativos à saúde, previstos nos pontos 13, 14 e 15, respetivamente.

Sucessivamente, no artigo 9.º surgem as categorias de dados pessoais sujeitas a um tratamento à luz do RGPD, sendo estas:

- Categoria I: dados pessoais referentes à origem racial, opiniões públicas, dados relativos a convicções religiosas ou filosóficas ou filiação sindical;
- Categoria II: dados relativos a tratamentos de dados genéticos, biométricos relativos à saúde, vida sexual, ou orientação sexual de alguém⁶¹.

Estas categorias, não se apresentam como perfeitamente imutáveis, e mostram-se permeáveis aos avanços científicos e sociais. Não podemos, portanto, afirmar ser este um elenco fechado, uma vez que vários conceitos podem ser reconduzidos aos tipos de dados presentes nestas categorias. Uma dificuldade que poderemos enfrentar, que é a de definir, em termos concretos, quais os dados aptos a reconduzirem-se a estas categorias e a representarem dados cujo tratamento se encontra vedado. Exemplificando o que queremos referir: que dados cujo tratamento é expressamente proibido e que revelam a origem racial ou étnica de alguém? Falamos de descrição de traços físicos como a cor da pele, formato dos olhos, ou de outros traços como o dialeto? Parece-nos que tudo dependerá do enquadramento destas informações e do circunstancialismo em questão⁶².

No artigo 5.º do RGPD encontram-se previstos os princípios que devem ser observados no tratamento de dados pessoais, e que são os seguintes: princípio da licitude, princípio da lealdade, princípio da transparência, princípio da finalidade, princípio da minimização, princípio da exatidão, princípio da limitação da conservação, princípio da integridade e da confidencialidade, e por fim, princípio da responsabilidade.

⁶¹ Artigo 9.º do RGPD.

⁶² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES BARRETO, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 132-142.

Um dos princípios que devemos destacar é o princípio da minimização dos dados. Segundo este princípio os dados a tratar devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é exigido pelas finalidades que determinam o respetivo tratamento. Os dados pessoais apenas devem ser tratados se a finalidade do tratamento não puder ser atingida através de outros meios mais razoáveis. Dele decorre a regra que só devem ser tratados os dados necessários para a finalidade pretendida e não quaisquer outros. Caso se verifique que foram solicitados dados em excesso, o tratamento passará a ser considerado ilícito, o que constitui contraordenação muito grave prevista e sancionada nos termos da alínea a) do n.º 5 do artigo 83.º do RGPD e da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 37.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (que assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do RGPD)⁶³.

Uma das categorias de dados, diremos, especialíssima, encontra-se prevista no artigo 10.º São os dados relacionados com condenações penais ou outras infrações, e as medidas de segurança que se encontrem conexas com a licitude de tratamento prevista no artigo 6.º n.º 1 deste Regulamento. Este tratamento só será efetuado sob as seguintes condições:

- Controlo de uma autoridade pública;
- Autorizado por disposições do direito da união europeia;
- Autorizado por disposições do direito nacional de Estado Membro que preveja garantias adequadas aos respetivos titulares dos dados.

Por fim, menciona-se que os registos integrais de condenações penais, apenas podem ser tratados sob a supervisão das autoridades públicas.

É na Secção 3 deste Regulamento que se prevê a “Retificação e o Apagamento dos Dados.”.

O artigo 17.º do RGPD consagra a expressão "direito a ser esquecido", cuja explicação remonta à já anteriormente mencionada decisão do Tribunal de Justiça, a que mais uma vez recorreremos para enfatizar que, tal como anteriormente mencionado, foi nesta decisão se consagrou o direito à “desindexação”, segundo o qual é permitido ao titular do direito

⁶³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES BARRETO, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, pág. 158.

requerer uma “deslistagem” nos motores de busca, ou seja, a “desassociação” ou supressão de uma hiperligação, ou remoção de determinado resultado de pesquisa online. Provavelmente por se considerar mais sonante, nasceu assim a expressão “Direito ao Esquecimento”, ao invés de “Direito à Desindexação/Deslistagem/Desassociação”, dado que quando se remove um resultado de uma pesquisa, este acaba por ser “esquecido” em relação às inúmeras outras informações que o motor de busca armazenou. Assim se explica o título do artigo 17.º deste Regulamento.

Segundo BARRETO MENEZES CORDEIRO, no n.º 1 deste artigo podemos encontrar um “direito ao apagamento de dados *strictu sensu*”, e no seu n.º 2 um direito *sui generis* ao esquecimento, que em conjugação originam o direito ao apagamento *lato sensu*.⁶⁴

i. Direito ao Apagamento - artigo 17.º n.º 1

Este direito pertence ao titular que requer o apagamento dos dados, que o pode requerer nas circunstâncias previstas nas alíneas a) a f) do n.º 1 deste preceito.

A alínea f) remete para o artigo que prevê as condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação. O vocábulo que suscita dúvidas interpretativas é a expressão “criança menor.” Considera-se menor para efeitos deste preceito, quem apresentar idade inferior a 13 anos. Assim, temos duas situações a distinguir nesta última alínea: consentimento facultado pelos representantes legais da criança e por estes também retirado caso seja caso disso se o menor ainda não tiver 13 anos; ou o consentimento que tinha sido facultado por menor de pelo menos 13 anos, poderá ser pelo próprio retirado.

Conclui-se que neste caso o apagamento de dados é visto como recurso final, ou seja, aplicar-se-á quando o tratamento de dados não seja, de todo, possível.

ii. Direito ao Esquecimento - artigo 17.º n.º 2

⁶⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020, pág. 274.

Apresentam-se neste caso diversos pressupostos que têm de estar preenchidos para que este direito efetivamente se verifique.

Ao analisarmos o preceito verificamos que este é dirigido ao responsável pelo tratamento de dados. Para se exigir deste responsável o apagamento dos referidos dados é necessário que estejam preenchidos os requisitos presentes neste n.º 2:

- Responsável pelo dito tratamento de dados pessoais ter tornado os mesmos públicos;
- Dados terem sido divulgados pelo próprio;
- Terem sido difundidos por um número indeterminado de sujeitos.

Preenchidos estes requisitos, o responsável pelo tratamento de dados é obrigado a apagá-los, ou seja, o titular do direito ao apagamento dos dados possui fundamento (que será um dos presentes nas alíneas deste n.º 1) para exercer tal direito, que tem de ser respeitado sem demora injustificada. Elaborando uma interpretação *a contrario sensu*, poderá verificar-se demora em proceder a tal apagamento de dados por parte dos responsáveis, se apresentada uma justificação para a demora. Que justificação se tomará por suficiente, o preceito não clarifica.

E quando existir uma pluralidade de responsáveis pelo tratamento de dados, será a responsabilidade solidária? Não poderemos afirmar tal, pelo facto de que a comunicação da vontade do titular dos dados pessoais em causa, não origina qualquer obrigação na esfera jurídica dos responsáveis pelo seu tratamento. O conteúdo do Direito ao Esquecimento, é composto pela intenção de eliminar/dizimar quaisquer dados pessoais que tenham sido divulgados a um indeterminado número de pessoas, contudo não faz nascer qualquer obrigação jurídica de efetivamente os apagar.

Conforme estipulado no considerando número 59 do RGPD, de modo a otimizar este procedimento, o exercício do direito ao apagamento deve ser realizado sem qualquer ónus para o titular dos dados, e o responsável pelo tratamento "deve disponibilizar os recursos essenciais para que os requerimentos possam ser submetidos eletronicamente". A resposta a essa solicitação deve ser fornecida "de forma imediata e sem justificativa indevida",

dentro de um prazo máximo de um mês, ressalvando-se que qualquer recusa ao pedido deve ser devidamente justificada.

Após o exposto, podemos concluir que no RGPD, o "Direito ao Apagamento" e o "Direito ao Esquecimento" abordam o mesmo conceito. Ambos os termos se referem ao direito dos titulares de solicitar a exclusão de seus dados pessoais por parte das organizações que os coletaram e estão processando, tal como verificámos na previsão do artigo 17.º deste Regulamento.

No entanto, a terminologia "Direito ao Esquecimento" é frequentemente associada a casos em que a informação em questão é de natureza sensível, irrelevante ou prejudicial para o indivíduo e não deve ser mais acessível ao público. Enquanto o "Direito ao Apagamento" se apresenta como uma terminologia mais geral e ampla, abrangendo todas as situações em que um indivíduo deseja que seus dados pessoais sejam excluídos, independentemente de serem informações sensíveis ou não. Portanto, a diferença entre os termos é principalmente semântica e pode variar dependendo do contexto. No RGPD, o termo usado é "Direito ao Apagamento," mas ele abrange muitas das preocupações relacionadas com o "Direito ao Esquecimento" no seu sentido mais amplo.

C. Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto

Esta lei transpõe o Regulamento Geral da Proteção de Dados para a ordem jurídica portuguesa, designa-se por Lei Nacional de Execução do RGPD (designada LNE).

Esta execução do RGPD no nosso ordenamento jurídico português, encontra-se prevista no artigo 2.º, onde se prevê o seu âmbito de aplicação “A presente lei aplica-se aos tratamentos de dados pessoais realizados no território nacional, independentemente da natureza pública ou privada do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, mesmo que o tratamento de dados pessoais seja efetuado em cumprimento de obrigações legais ou no âmbito da prossecução de missões de interesse público, aplicando-se todas as exclusões previstas no artigo 2.º do RGPD.”

A aplicação desta lei fora do território nacional, apenas em determinados casos é possível, tal encontra-se previsto no n.º 2 do artigo 2.º.

A autoridade de controle nacional para efeitos do RGPD, é a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), que se apresenta como a “entidade administrativa independente, com personalidade jurídica de direito público e poderes de autoridade, dotada de autonomia administrativa e financeira, que funciona junto da Assembleia da República.” Tem como funções fiscalizar e controlar o cumprimento do RGPD e da respetiva lei de execução, e demais disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais, de forma a defender os direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares no âmbito dos tratamentos de dados pessoais. As suas atribuições e competências, encontram-se presentes no artigo 6.º do RGPD.

O encarregado de proteção de dados encontra-se previsto nos artigos 37.º do RGPD e no artigo 9.º da lei que nos encontramos a analisar. Este não necessita de certificação profissional e é nomeado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, bem como na sua capacidade para desempenhar as funções referidas no artigo 39.º, à luz do artigo 37.º n.º 5 do RGPD.

Sucessivamente, o artigo 39.º do RGPD e o artigo 11.º da presente lei estabelecem as funções que são da responsabilidade do encarregado de proteção de dados.

O encarregado de proteção de dados assegura a realização de auditorias, quer periódicas, quer não programadas; sensibiliza os utilizadores para a importância da deteção atempada de incidentes de segurança e para a necessidade de informar imediatamente o responsável pela segurança; e assegura as relações com os titulares dos dados nas matérias abrangidas pelo RGPD e pela legislação nacional em matéria de proteção de dados.

No comentário ao artigo 29.º do RGPD, FRANCISCO RODRIGUES ROCHA defendeu que os dados só poderão ser tratados mediante instruções para isso por parte do responsável e sob sua autorização. Apresenta-se, contudo, como exceção o caso em que o tratamento de dados é necessário por imposição pelo direito da União Europeia ou de

Estado-Membro. Sendo, contudo, importante mencionar que ninguém se vê forçado a contrariar as instruções do responsável pelo tratamento de dados⁶⁵.

Por fim, cumpre fazer menção que, em caso de violação de direitos, existe lugar a queixa dirigida à CNPD, qualquer titular pode recorrer aos meios de tutela administrativa, nomeadamente de cariz petitório ou impugnatório, à luz do disposto no artigo 32.º da presente lei.

Dá-se lugar à responsabilidade civil, em caso de dano devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições do RGPD ou da lei nacional em matéria de proteção de dados pessoais, pertencendo o ónus da prova ao responsável pelo tratamento e o subcontratante, tal como previsto no artigo 33.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

Por fim, a tutela jurisdicional do artigo 34.º estabelece que “Qualquer pessoa, de acordo com as regras gerais de legitimidade processual, pode propor ações contra as decisões, nomeadamente de natureza contraordenacional, e omissões da CNPD, bem como ações de responsabilidade civil pelos danos que tais atos ou omissões possam ter causado.”

As ações neste âmbito são da competência dos tribunais administrativos.

3.4. Alguns casos jurisprudenciais de referência

O Direito ao Esquecimento tem vindo há largos anos a ser discutido nos tribunais mundiais, embora, claro está, em contornos diversos dos atuais. Não se falava ainda num verdadeiro “Direito ao Esquecimento” e muito menos num “Direito ao Apagamento de Dados”, cujas diferenças foram anteriormente abordadas. Contudo os contornos das questões prejudiciais apresentadas em tribunal constituíram os primeiros alicerces para o paradigma a que Actualmente assistimos.

⁶⁵ ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO, “Responsável pelo tratamento e subcontratante (artigo 24 e artigo 29)” em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coordenação A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2021, pág. 257.

Deste modo, passamos a apresentar três casos jurisprudências que não poderiam deixar de ser mencionados, dada a relevância que demonstraram para a gradual construção de um Direito ao Esquecimento, tal como hoje o conhecemos.

3.4.1. O processo Lebach-1969

Em 1969, em Lebach, na antiga República Federal da Alemanha, ocorreu o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, dois dos arguidos foram condenados a prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de prisão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o crime, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen - Segundo Canal Alemão), atento ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre o ocorrido. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido numa sexta-feira à noite. O terceiro arguido requereu, em juízo, uma providência cautelar para impedir a transmissão do programa, dado que o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A providência cautelar não foi deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã. Nesta instância o tribunal decidiu que a proteção constitucional da personalidade prevalecia sobre o direito à informação, dado que a imagem do arguido teria ficado lesada, e este já tinha cumprido a sua pena e necessitaria de condições para se ressocializar. Ademais, já não existia interesse na informação, uma vez que o crime já tinha sido julgado há anos.

3.4.2. O processo do massacre da Candelária-1993

Na noite de 23 de julho de 1993, um Táxi e um Chevette sem matrículas pararam em frente à Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro. Os ocupantes das viaturas dispararam contra dezenas de pessoas que ali se encontravam, a maioria adolescentes.

O caso que aqui apresentamos, passou-se com um dos supostos envolvidos.

Neste processo, o réu foi absolvido.

Anos decorridos após a sentença de absolvição do réu, a rede brasileira Globo usou o nome do ex arguido e a sua ligação ao crime num programa de televisão.

O ex arguido, indignado, indicou que a sua exposição no programa de televisão, voltou a manchar a sua imagem perante a comunidade, o que fez com que tivesse necessidade de abandonar a comunidade para preservar a sua própria segurança e dos seus familiares.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a este arguido seria concedido o direito a ser esquecido, dado que perante a legislação brasileira se garante aos arguidos condenados e que já tenham cumprido a respetiva pena, o direito ao sigilo relativamente aos seus antecedentes criminais e a exclusão dos registos da condenação da sua identificação civil. Logo, por inferência lógica, aqueles que foram absolvidos não podem ser alvos de discriminação, devendo semelhante lógica ser-lhes aplicada.

Neste caso em concreto, a rede Globo foi condenada a pagar ao ex arguido o pagamento de uma indemnização por danos morais.

3.4.3. O processo Mario Costeja González⁶⁶ de 2014 e o Acórdão do Tribunal da Justiça de 13/05/2014

Este processo iniciou a discussão sobre o direito ao apagamento de dados na era digital.

Mario Costeja González, um advogado espanhol, residia na Rua Montseny em Barcelona, num apartamento de 90m². Apartamento este que foi levado a hasta pública para pagamento de dívidas com a segurança social, conforme foi divulgado no jornal La Vanguardia. No entanto, Mario González havia saldado a dívida sem necessidade de

⁶⁶ Texto integral do Acórdão disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>

recorrer a venda judicial, pelo que, em 2009 entrou em contacto com o jornal, solicitando que quando se fizesse pesquisa, o seu nome não surgisse associado a esse facto. A resposta foi negativa e o argumento apresentado foi o de que a publicação foi efetuada por indicação do Ministério do Trabalho e Segurança Social. O jornal teria servido apenas como instrumento para executar uma imposição do órgão público.

Após esta resposta, em 2010 Mario González, requereu administrativamente ao à sede do Google em Espanha a remoção das publicações que contivessem o seu nome e quaisquer menções a este facto. O seu pedido foi transmitido à sucursal na Califórnia, e acabou por ser de novo recusado.

Depois do insucesso na esfera administrativa, Mario González formalizou uma reclamação dirigida à Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a editora do jornal e contra o próprio Google. Mais uma vez, no seu pedido o requerente solicitou a exclusão de tais informações ou, pelo menos, que fossem alteradas as páginas da internet responsáveis por armazenar os respetivos dados, com o intuito de restringir o acesso por parte de terceiros.

Todavia, a reclamação foi indeferida por se considerar que o jornal apenas publicou o anúncio obedecendo a ordens do Ministério do Trabalho e Segurança Social.

Paralelamente, a AEPD reconheceu a “responsabilidade do Google como promotor dos motores de busca e não mero intermediário das informações inseridas nas páginas de origem da internet [...] já que não apenas ordena informações, mas também facilita o acesso às mesmas”, reconhecendo a pretensão do réu.

Não se conformando com esta deliberação da AEPD, o Google Espanha interpôs recurso perante a Audiência Nacional (órgão judiciário da Espanha com competência sobre todo o território nacional). Ao analisar o caso, este órgão concluiu que a melhor solução seria encaminhar a matéria para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sob o fundamento de que o caso deveria ser julgado de acordo com a Diretiva 95/46 que previa as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.

Este processo acabou por desempenhar um papel pioneiro nesta matéria, enfrentando, contudo, alguns desafios. O primeiro deles foi a caracterização das atividades dos motores de busca, dado que a responsabilização do motor de busca Google passa, necessariamente, pelo papel que ele desempenha na disseminação de informações. Podemos identificar uma colisão de direitos: direito à informação *versus* direito ao esquecimento.

Perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Google apresentou duas teses. A primeira era de que não procede ao tratamento específico dos dados que surgem na internet em páginas de terceiros, assim, não haveria como ser responsabilizado por notícias que não são da sua autoria. A segunda tese foi no sentido de que “ainda que se admita que o Google realize um tratamento de dados, isso não pode torná-lo responsável juridicamente, na medida em que ele não conhece o teor desses dados e não exerce sobre eles qualquer controlo.

Contestando os argumentos expostos pelo Google, Mario Costeja González, alegou que a ação do motor de busca deve ser considerada como tratamento de dados. Precisamente desse ponto é que decorreria a responsabilidade do Google, na medida em que ele dá finalidade ao acesso dos dados e define quais os meios para seu tratamento.

Ao apreciar as alegações de ambas as partes, o tribunal europeu decidiu-se pela responsabilização do Google, uma vez que a sua atividade pode ser entendida como uma forma de tratamento de dados, sendo o operador do motor de busca quem determina quais as finalidades e os meios usados e, deste modo, do tratamento de dados pessoais que ele próprio efetua no contexto dessa atividade e que deve, conseqüentemente, ser considerado ‘responsável’ por esse tratamento.

Consequência direta, ou não, do desfecho deste caso, em 2014 a Google criou o Conselho Consultivo para o Direito a ser esquecido. Este órgão possui a missão de estabelecer critérios uniformizadores na ponderação do equilíbrio entre direitos, em obediência à sentença do TJUE de 13 de maio de 2014, que originou um relatório final com as seguintes conclusões:

- O TJUE apenas obriga à remoção de resultados de pesquisa associados ao nome de alguém, casos estes se apresentem inadequados, irrelevantes ou excessivos;
- A jurisprudência do TJUE não consagra um Direito do Esquecimento em Geral, pelo que é preferível usar a expressão “*desindexação*”;
- O operador do motor de busca deve ponderar os interesses preponderantes em causa, avaliando entre o Direito do titular, o interesse económico do operador e o interesse do público no acesso à informação.
- Direitos como o direito à vida privada, à liberdade de expressão, existem independentemente da existência de danos;
- A avaliação do dano causado ao titular deve ser efetuada segundo uma base prática, legal e ética;

O pedido de remoção de dados, denominado “delisting”, tem de seguir determinados critérios, sendo estes autónomos, ou seja, não existe qualquer hierarquia entre si, nunca prevalecendo um sob os restantes. Os critérios são os seguintes:

- Fonte da informação: este critério refere-se ao motivo pelo qual foi levada cabo a respetiva publicação, se esta foi publicada com consentimento do titular, ou publicada à revelia deste.
- Natureza da informação: este critério diferencia que tipo de informação está em causa, dados pessoais, informação relacionada com a vida íntima ou sexual, informação financeira, informação falsa, entre outras tipologias.
- Papel do titular na vida pública: dirige-se especialmente aos sujeitos que têm um papel preponderante na vida pública. Nestes casos, habitualmente prevalece o interesse público.
- Momento em que foi divulgada a informação: certa informação, perde a sua importância com o passar do tempo e alteração do contexto em que se inserem.

Por exemplo, no caso de figuras que tiveram um papel relevante na vida pública e deixaram de o ter.

A decisão do Tribunal da Justiça da União Europeia é considerada singular, pois até então o direito ao esquecimento nunca tinha sido abordado sob esta perspectiva. Nela o Tribunal reconheceu o designado “direito à desindexação⁶⁷/desassociação/deslistagem” exercido contra os motores de busca na Internet.

Quando estamos perante um tratamento de dados inicialmente lícito e regular, com o decorrer do tempo pode este tornar-se desadequado, quando os dados deixem de ser necessários e úteis quanto às finalidades para as quais foram recolhidos. O armazenamento destes dados pode passar a considerar-se excessivo, inútil e em última análise, ilícito.

A situação torna-se diferente quando existe um interesse preponderante e prevalecente que se sobrepõe a este “direito a ser esquecido”. É o caso por exemplo, quando o titular do direito desempenha um papel relevante na sociedade, de forma a que este direito acabe por ceder, perante esse papel. É o caso das figuras políticas, entre outras personalidades que desempenham um papel relevante na nossa sociedade.

Na decisão objeto de análise concluiu-se que, tomando em consideração o carácter sensível, das informações contidas nos resultados de pesquisa para a vida particular do litigante, e dado estes dados apresentarem uma antiguidade de 16 anos, existe efetivamente um direito a que estas informações sejam “esquecidas”. Neste caso tornou-se evidente que o interesse do particular prevalece sobre o interesse económico do operador do motor de busca e sobre o interesse do público em geral em aceder à informação disponibilizada pelo motor de busca.

O Tribunal considerou que a lei europeia de proteção de dados concede aos indivíduos o direito de solicitar a motores de pesquisa, como o Google, a remoção de determinados resultados de consultas relacionadas com o nome de uma pessoa. Ao decidir o que remover, os motores de pesquisa têm de considerar se as informações em questão são "incorretas, inadequadas, irrelevantes ou excessivas", bem como se existe um interesse

⁶⁷ Esta difere do “apagamento de dados”, na medida em que não retira informações da internet, apenas obriga o motor de busca a deixar de indexar/conectar o internauta aos dados pessoais do titular que o solicita, através da supressão de uma hiperligação.

público em manter as informações disponíveis nos resultados da pesquisa. Verificadas estas circunstâncias o motor de busca é obrigado a suprimir da sua lista de resultados, as ligações a outras páginas da internet que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando à partida a informação nelas contida se mostre lícita.

Deve também ter-se em conta o conflito de interesses já acima mencionado, na medida em que, tendo em consideração os direitos fundamentais presentes nos artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁸, o interessado pode requerer que a informação deixe de estar à disposição do grande público. Estes direitos irão sempre prevalecer, nomeadamente sobre o interesse económico do operador do motor de busca, mas também sobre o interesse do público em aceder à informação sobre determinada pessoa, nomeadamente pelas razões já expostas acima (papel desempenhado pela pessoa na vida pública). É assim reconhecido um direito de ação direta contra o motor de busca.

O acórdão Google Espanha é objeto de muitas críticas. A principal é que o direito a ser esquecido consagrado no acórdão Google Espanha apenas diz respeito às extensões europeias do motor de busca (google.pt, por exemplo). Trata-se, portanto, de um problema de aplicação no espaço desta decisão. Esta visão é defendida pela doutrina do livre fluxo de informação. O diretor da *Wikipedia Foundation* remete para os designados "buracos de memória" para descrever o efeito da decisão da Google Espanha, e teme que esta seja uma forma de censura na Internet.

Após esta decisão do Tribunal da Justiça, iniciou-se a discussão sobre o tratamento de dados pessoais pelos motores de busca e abriu-se as portas ao direito ao esquecimento (que corresponde à aplicação do “direito ao apagamento de dados”, fixado na diretiva que analisámos no ponto anterior).

3.5. Abordagem ao Direito ao Esquecimento em alguns ordenamentos jurídicos

⁶⁸ O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia diz respeito ao “Respeito pela vida privada e familiar.” cujo conteúdo se apresenta como o seguinte: “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.” Por sua vez, o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia cujo título se apresenta como “Proteção de dados pessoais.” estabelece que “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.”

Iremos fazer uma breve abordagem a este direito em França, no Brasil, e por fim, nos Estados Unidos da América, uma vez que consideramos relevante para a nossa exposição abordar estes três ordenamentos jurídicos pelos contributos que tal oferece para o nosso estudo, uma vez que o reconhecimento e a aplicação do "Direito ao Esquecimento" nestes ordenamentos jurídicos, difere significativamente do que observamos no ordenamento jurídico português.

3.5.1. Ordenamento jurídico francês

A Lei n.º 78-17 de 6 de janeiro de 1978⁶⁹ relativa ao processamento de dados, arquivos e liberdades, estabelece no seu artigo 38.º que os titulares têm o direito de se opor à recolha dos seus dados pessoais, bem como o direito de obter a sua eliminação se estes forem "inexatos, incompletos, ambíguos, desatualizados ou cuja recolha, utilização, comunicação ou conservação seja, proibida". O titular pode igualmente intentar uma ação direta contra o editor do website, ao abrigo da Lei de Imprensa, ou com base na responsabilidade dos responsáveis pelo website, que devem suprimir por completo os conteúdos após terem sido notificados da sua ilegalidade.

Poucos anos depois, o direito a ser esquecido, começou a ser tema discutido na jurisprudência francesa. Destaca-se uma importante decisão proferida em 1983 pelo Tribunal de última instância de Paris, a designada decisão *Mme. Filipachi Cogedipresse*, na qual se assegurou o Direito ao Esquecimento, nos seguintes termos: “(...) qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela.”

No entanto, foi a Decisão do Tribunal de Justiça Europeu (*Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos vs. Mario Costeja González*), que garantiu ao Direito ao Esquecimento algum destaque de uma forma transversal em todos

⁶⁹ Disponível para consulta em ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO, “Responsável pelo tratamento e subcontratante (artigo 24 e artigo 29)” em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coordenação A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2021.

os ordenamentos jurídicos, sendo o ponto de partida para a evolução deste direito, incluindo no ordenamento jurídico francês.

Também em França se levanta a questão do confronto entre este direito e os direitos e liberdades fundamentais, como o direito à privacidade. O receio de censura de informações publicamente importantes é bastante proeminente, sendo particularmente sensível quando se trata de dados criminais. Estes últimos beneficiam de uma proteção especial ao abrigo do artigo 9 da Lei n.º 78-17.

Surge a necessidade de encontrar um equilíbrio de interesses, desta vez entre a liberdade de imprensa e o direito à vida privada. Deste modo, não podemos ignorar a preocupação em equilibrar a liberdade de expressão, particularmente quando se trata de informações de interesse público, com o direito à privacidade, especialmente quando se refere a informações sobre crimes e casos criminais, por diversas razões, entre elas o receio relativamente à censura de informações que sejam de interesse público e importantes para a sociedade em geral.

Tal sugere que a restrição excessiva da divulgação de informações pode prejudicar a capacidade do público de conhecer eventos e questões relevantes. Os dados relacionados com crimes e processos criminais são especialmente sensíveis e protegidos por diplomas específicos. Isso significa que informações sobre crimes têm um nível mais alto de proteção de privacidade. Outra questão que poder ser suscitada é como lidar com artigos de imprensa que relatam casos criminais. Deve haver um procedimento equilibrado que permita que informações relevantes sejam divulgadas, mas que também proteja a privacidade dos envolvidos. Caso contrário tal poderia causar uma inércia no mundo real e digital, ou seja, se as informações sobre crimes não pudessem ser relatadas ou divulgadas, daí poderia resultar uma falta de transparência e responsabilidade tanto no mundo real quanto no mundo digital. Isso pode dificultar a integração de indivíduos na sociedade após terem cumprido as suas penas⁷⁰.

Concluimos assim que é de suma importância existir um equilíbrio de interesses entre a liberdade de imprensa, que envolve o direito de divulgar informações de interesse

⁷⁰ Recolhemos a informação em <https://www.berton-associes.fr/blog/droit-de-l-internet/droit-a-oubli-numerique/> e em <https://www.litige.fr/definitions/droit-a-l-oubli>.

público, e o direito à vida privada, que envolve a proteção da privacidade das pessoas, especialmente quando se trata de informações sobre crimes⁷¹.

Em 2014, o *Conseil d'État, no Colloque le Numérique et les Droits Fondamentaux*, explicou que a “desreferenciação”⁷² afeta “a liberdade de expressão do editor do website”. Este direito ao esquecimento não deve, portanto, ser entendido como “a possibilidade de fazer desaparecer os conteúdos noticiosos e mediáticos”. Estabelece-se aqui um limite, que deve ser respeitado.

O Tribunal de Cassação recordou, na decisão da Secção Cível 1 de 12/05/2016, que “a decisão de restringir o acesso a estas informações ultrapassa as restrições que podem ser impostas à liberdade de imprensa”⁷³.

Dissipar uma informação é também potencialmente prejudicial para a segurança jurídica, como nos demonstra um acórdão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 09/03/2017, processo C-398/15. Neste caso, uma das partes principais em juízo era um antigo administrador de uma empresa, que tinha apresentado falência, sendo, portanto, excluído do registo comercial em 2005. Solicitou que os dados relativos à sua falência fossem eliminados da *RCS MediaGroup* italiana⁷⁴. Questionou se qualquer pessoa poderia, sem existir um limite temporal estabelecido, aceder aos dados contidos no registo. O objetivo da publicidade das sociedades é a proteção de terceiros, especialmente para certos tipos de sociedades em que as garantias são escassas. O Tribunal de Justiça

⁷¹ No artigo 484.º do Código Civil prevê uma ilicitude especial, o ilícito por ofensa do crédito ou do bom nome que apresenta particularidades quando as ofensas dirigidas a estes direitos de personalidade são efetuadas pelos órgãos da Comunicação Social. A jurisprudência portuguesa tomou posição, que resultou na prevalência da Liberdade de Informação no âmbito do conflito entre este e os direitos à Honra e ao Bom Nome- MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, “Algumas questões em torno do ilícito por ofensa ao crédito e ao bom nome, o artigo 484.º do código civil português” em *Novos desafios da responsabilidade civil, Atas das II jornadas luso-brasileiras de responsabilidade civil*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.77-110.

⁷² A CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) define a desreferência como “o processo destinado a eliminar a associação de um resultado de pesquisa com a consulta apelido nome próprio. De facto, esta consulta através de um motor de busca oferece um instrumento técnico de caracterização.”

⁷³ Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000032532166/>.

⁷⁴ O RCS MediaGroup é um grupo editorial internacional que cujo objeto de trabalho são jornais diários, revistas e livros, rádio, novos meios de comunicação e televisão digital e por satélite. É também um dos principais operadores nos mercados de venda e distribuição de publicidade.

declarou que neste caso, a ingerência nos direitos fundamentais não é desproporcionada, na medida em que é justificada pela necessidade de segurança jurídica.

Finalmente em 2015, o Conselho de Estado Francês, no colóquio “La France dans la transformation numérique: Quelle protection des droits fondamentaux?”⁷⁵ criticou a *summa divisio* entre anfitriões e editores, uma vez que os motores de busca efectuam "um tratamento activo e aprofundado dos dados pessoais, quer os indexem, quer os referenciem ou classifiquem". Uma das propostas era a da criação de um regime de responsabilidade autónomo para as plataformas, que estariam vinculadas a um Princípio de Equidade nos seus serviços de referência ou de classificação. As obrigações dos motores de busca no procedimento de desreferenciação devem, por conseguinte, ser clarificadas.

Em 2017, o Conselho de Estado submeteu ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre quatro processos⁷⁶, o último dos quais relativo a uma fotomontagem satírica de um deputado eleito, um antigo líder da Igreja da Cientologia, alvo de uma acusação de pedofilia. Os requerentes apresentaram uma queixa à Comissão Nacional de Informática e Liberdade (CNIL) pedindo ao Google que suprimisse as hiperligações. A CNIL não deu seguimento a este pedido e os requerentes contestaram esta recusa junto do Conselho de Estado. Estes casos eram particularmente problemáticos porque se tratavam de dados pessoais ditos "sensíveis", tal como definidos no n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva de 1995⁷⁷, e a recolha destes está altamente regulamentada.

Surge a questão se esta proibição de tratamento se aplica também ao motor de busca. O que fazer quando este tipo de informação se encontra em artigos de imprensa?

Por conseguinte, o Conselho de Estado adiou a sua decisão para solicitar ao Tribunal de Justiça "instruções sobre a utilização" do direito ao esquecimento, a fim de conciliar o direito à informação com o respeito pela vida privada.

⁷⁵ Disponível em <https://www.conseil-etat.fr>.

⁷⁶ Foram estas, as decisões de 24 de fevereiro de 2017, n.º 391000, n.º 393769, n.º 399999, e n.º 401258.

⁷⁷ Uma das estatuições estabelecidos por esta Diretiva, foi a proibição do tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual.

No que se refere à Internet, a legislação estabelece a participação das partes interessadas. Por exemplo, a fim de estabelecer boas práticas com os utilizadores da Internet, permitindo-lhes gerir e apagar melhor os seus dados, em 24 de julho de 2014, o designado G29 (que agrupa a CNIL europeia) reuniu-se com representantes da Google, da Microsoft e da Yahoo em Bruxelas. Foram tomadas medidas, tais como o direito de solicitar diretamente ao motor de busca, através de um formulário, a eliminação de ligações.

Contudo, esta medida não se encontra isenta de críticas. Confiar este papel a um privado não é uma medida que se possa considerar livre de receios, uma vez que, em última instância esse importante papel, pertence ao juiz.

Posteriormente em 10/02/2017, o Tribunal de Primeira Instância de Paris clarificou o procedimento de “desreferenciação” e aumentou o poder conferido ao motor de busca. O processo dizia respeito a um médico condenado por fraude em matéria de seguro de saúde. Este solicitou, em processo sumário, a supressão de 7 ligações, das quais apenas 3 tinham sido previamente comunicadas ao Google, que recusou a desreferência. O tribunal considerou que era conveniente contactar primeiro a Google antes de agir. Este acórdão parece, por conseguinte, conferir um “papel de filtragem” à Google.

Deste modo, podemos concluir que o direito ao esquecimento é, pois, um direito consagrado pela jurisprudência francesa, tanto nas matérias relativas a dados pessoais presentes na Internet, como relativamente a pessoas que tenham ultrapassado certos diagnósticos, tais como doenças oncológicas.

O Direito ao Esquecimento foi proposto pela primeira vez em fevereiro 2014, por parte de pessoas que venceram doenças oncológicas, tendo sido posteriormente integrado na Lei da Modernização do Sistema de Saúde (Lei n.º 2016-41, de 26 de janeiro).

Também o artigo 40 da Lei para uma República Digital (*Loi pour une République numérique*)⁷⁸ prevê o "Direito ao Esquecimento". Esse artigo estabelece procedimentos e requisitos para que uma pessoa possa solicitar a exclusão de informações pessoais online, especialmente em motores de busca (como o Google). Este artigo prevê o conceito de

⁷⁸ Adotada em outubro de 2016 tem como objetivo regulamentar várias questões relacionadas à tecnologia digital e à internet, visando modernizar a legislação existente para se adequar às mudanças tecnológicas e proteger os direitos dos cidadãos em um contexto digital.

Direito ao Esquecimento e estipula o mecanismo que permite aos titulares solicitar a remoção de informações pessoais online quando determinadas condições forem atendidas.

No entanto, o direito ao esquecimento em França não foi (ainda) considerado um direito absoluto uma vez que, como já mencionado, é fonte de receios, nomeadamente devido aos riscos de censura.

3.5.2. Ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil o direito ao esquecimento encontra-se intimamente ligado à dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira. Este direito interliga-se com um pleno desenvolvimento da personalidade, o que implica que factos passados, sem qualquer interesse público (que poderia representar fundamentação contra o “esquecimento” dos dados) não apresentem qualquer utilidade.

É bem demarcada a distinção entre dois conceitos: a identidade do indivíduo e a sua privacidade, na medida em que é apenas o próprio que deve controlar as informações relativas à sua vida privada que podem e não podem circular. Esta matéria encontra regra expressa no código civil brasileiro, que no seu artigo 11.º prevê “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (designada CCJ), no seu enunciado 531⁷⁹ estabelece expressamente o seguinte:

“Enunciado

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Justificativa

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não

⁷⁹ Disponível para consulta em <https://www.cjf.jus.br/>.

atribui a ninguém o direito de apagar factos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos factos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

Este direito apresenta-se como verdadeiro direito de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A legitimidade ativa pertence ao titular que se depara com uma ameaça à sua dignidade devido à publicitação dos seus dados pessoais. Esta legitimidade pertence também aos sucessores do titular, tal como o seu cônjuge, ou sucessores até ao quarto grau da linha direta, assim como aos unidos de facto. Tal encontra-se previsto no artigo 12.º do Código Civil brasileiro⁸⁰:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

Uma questão que demonstra ser relevante na doutrina brasileira é se o direito ao esquecimento pode ser invocado pelas pessoas jurídicas (pessoas coletivas), em contraposição com a pessoa física (pessoa singular), distinção elaborada pelo direito brasileiro⁸¹.

Os autores ELIMAR SZANIAWSKI e CARLOS ALBERTO BITTAR⁸² tomam como ponto de referência o artigo 52.º do Código Civil brasileiro, que prevê “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.” Significando tal que os direitos de personalidade que estão aqui em causa serão o direito ao nome (direito ao bom nome em Portugal) e o direito à honra objetiva. Segundo esta corrente doutrinária, tal não será possível, uma vez que falta o elemento volitivo, de vontade, de querer consciente. Para mais acrescentam que este direito se encontra de mãos dadas com

⁸⁰ Disponível para consulta em <https://www.jusbrasil.com.br/>.

⁸¹ Recolhemos a informação em Antonio César Coutinho Daiha, 2006, *Desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho (ênfoque na penhora on-line)*, [Mestrado em Direito, Rio de Janeiro], pág. 30.

⁸² BITTAR, CARLOS ALBERTO, *Os Direitos de Personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, pp. 32-35.

a dignidade da pessoa humana, sem a qual o direito ao esquecimento não é reconhecido, que se aplica apenas às pessoas físicas, conceção que remonta a Immanuel Kant⁸³.

Quanto à legitimidade passiva, esta não coloca questões de maior, sendo que pertence à pessoa que exerce o controlo sobre os dados. Contudo no ordenamento jurídico brasileiro existem também limitações, muito semelhantes ao que se encontra previsto no direito português. São elas:

- o interesse público;
- a liberdade de expressão;
- a liberdade de imprensa;
- o direito à informação;
- factos criminais considerados históricos⁸⁴.

Contudo, no Direito brasileiro, não existe um preceito legal que preveja especificamente o Direito ao Esquecimento, embora vários projetos de lei o tenham tutelado.

3.5.3. Ordenamento jurídico americano

Importa salientar que em países como os EUA, a tutela da privacidade não exerce tanta influência como na Europa, uma vez que é dada prevalência a valores como a liberdade de expressão. A Constituição americana prevê que “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or

⁸³ Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste de tudo o que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto seres providos de moral: na medida em que exercem de forma autónoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos se revestem de dignidade em KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes- Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito, parte I*, Coleção Textos Filosóficos, Edições 70, 2019, pp. 50-124.

⁸⁴ Ressalva PABLO MARTINEZ que a divulgação de factos criminais, pode ser possível, se e apenas, caso encontre cabimento nos artigos 109.º e 110.º do Código Penal Brasileiro em MARTINEZ, PABLO DOMINGUEZ, *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade de informação*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pág. 58.

abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”⁸⁵

Uma das vertentes da liberdade de expressão é a liberdade de imprensa, que tem estado muito presente nos debates dos últimos anos, principalmente devido ao uso da *internet*.

Constituindo a liberdade expressão uma das traves mestras da democracia, o mundo cibernético encontra-se sob uma das suas salvaguardas. Os limites a respeitar pelos media foram um tema em constante debate, até que na jurisprudência surgiu um caso onde o Supremo Tribunal defendeu a liberdade de imprensa (*The New York Times Co. vs. Sullivan*). Durante o movimento dos Direitos Civis da década de 1960, o New York Times publicou um anúncio em que pedia donativos para defender Martin Luther King, Jr., acusado de perjúrio. O anúncio continha várias pequenas imprecisões factuais. O Comissário de Segurança Pública da cidade, L.B. Sullivan, sentiu que as críticas dos seus subordinados se refletiam nele, apesar de não ser mencionado no anúncio. Sullivan enviou um pedido por escrito ao New York Times para que se retratasse publicamente da informação, tal como exigido para que uma figura pública possa pedir uma indemnização punitiva numa acção por difamação ao abrigo da lei do Alabama.

Quando o New York Times recusou e afirmou que estava confuso com o pedido, Sullivan intentou uma acção por difamação contra o New York Times e um grupo de ministros afro-americanos mencionados no anúncio. Um júri do tribunal estadual concedeu-lhe uma indemnização de 500 000 dólares. O Supremo Tribunal do Estado confirmou a decisão e o New York Times recorreu. Num parecer unânime da autoria do juiz Brennan, o Tribunal decidiu a favor do New York Times.

Actualmente, a alternativa ao Direito ao Esquecimento que este ordenamento jurídico possui, é o designado *practical obscurity*. Tal conceito emergiu também de um caso jurisprudencial relativo a dados privados, o *U. S Department of Justice vs. Reporters Committee for Freedom of the Press*. Neste caso defendeu-se que *practical obscurity* se refere aos dados que não são facilmente acessíveis, embora sejam considerados públicos, tais como, os registos de detenção. O tribunal distinguiu entre divulgação dispersa de

⁸⁵ Traduzido significa que “O Congresso não fará nenhuma lei respeitando um estabelecimento de religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de apresentar petições ao Governo para a reparação de queixas”.

peças de informação pública encontradas em peças processuais de vários tribunais e o resumo efetuado por uma única base de dados. Tal apresenta-se como sendo bastante diferente, uma vez que um computador tem capacidade para acumular e armazenar informação que de outra forma seria eliminada, neste caso após um indivíduo completar 80 anos, uma vez que quando um indivíduo atinge essa idade, o FBI elimina os seus registos criminais.

Outra decisão relevante para o tema foi a decisão do *United States Court of Appeals for the Second Circuit* de 2010, *Lorraine Martin vs. Hearst Corporation*. Lorraine Martin e os seus dois filhos foram detidos sob acusação de tráfico de droga. Os jornais locais divulgaram a detenção e publicaram artigos em linha com pormenores específicos da detenção. Mais de um ano depois, o Estado de Connecticut decidiu não dar seguimento ao processo, uma vez que o processo penal contra Lorraine Martin foi arquivado, e o seu registo de detenção foi eliminado, nos termos do Estatuto de Apagamento.

Depois do processo ter sido arquivado, Lorraine Martin pediu que os artigos sobre a sua detenção fossem retirados dos websites dos jornais. Na sua opinião, uma vez eliminado o registo de detenção, tornou-se falso e difamatório publicar a sua detenção, uma vez que, por força do Estatuto do Apagamento, se considera que nunca foi detida.

Os jornais recusaram-se a retirar as histórias dos seus websites, pelo que Lorraine Martin intentou uma ação no Tribunal Distrital dos Estados Unidos contra o Distrito de Connecticut, invocando difamação. O Tribunal rejeitou a sua pretensão, observando que as leis de apagamento do Connecticut não alteram o facto histórico de que Lorraine Martin foi detida e que as suas pretensões não encontraram fundamento, pois não existia uma disputa genuína sobre a veracidade dos relatos da sua prisão nos artigos publicados.

A queixosa recorreu da decisão, argumentando que, apesar de ter sido detida, uma vez eliminado o seu registo de detenção, a publicação de declarações relativas a essa detenção tornou-se falsa e difamatória.

O Tribunal considerou que Lorraine Martin tinha compreendido mal as condições do Estatuto de Apagamento. O Estatuto de Apagamento apenas exige que, no contexto dos sistemas judiciais e de aplicação da lei, determinados registos oficiais sejam apagados, o que confere a um arguido o estatuto legal de alguém que não foi detido. Significando que

este Estatuto cria ficções legais, mas não desfaz e não pode desfazer factos históricos ou converter factos outrora verdadeiros em factos falsos. Não torna os relatos noticiosos historicamente exatos de uma detenção ilícitos apenas porque o arguido é mais tarde considerado, por uma questão de ficção legal, como se nunca tivesse sido detido.

O juiz defendeu que Lorraine Martin foi detida e os relatos da sua detenção eram verdadeiros na altura em que foram publicados. Por conseguinte, uma vez que os artigos publicados relatavam com exatidão a detenção de Lorraine Martin, não contendo deste modo factos falsos, os seus argumentos foram desconsiderados. O Tribunal, neste caso decidiu a favor da Hearst Corporation.

Enquanto na Europa se discutia o Direito ao Esquecimento, a doutrina americana dividia-se entre aqueles que defendiam que conceder a capacidade de interferir no discurso vai contra a liberdade de expressão, e aqueles que consideram que não confundir factos passados com o presente de um indivíduo, é uma garantia básica da justiça.

Pelo até aqui exposto, podemos concluir que no direito americano se valoriza o direito à liberdade de expressão acima de muitos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à privacidade. Claro está, que a expressão de tal dicotomia varia de Estado para Estado, uma vez que os EUA possuem 50 Estados.

3.5.4. Breve conclusão recapitulativa

Após esta análise podemos concluir que a aplicação e reconhecimento do Direito ao Esquecimento varia significativamente em França, no Brasil e nos Estados Unidos, refletindo as diferentes abordagens legais e culturais em relação à privacidade e à liberdade de expressão.

Em França, o "Direito ao Esquecimento" é reconhecido e regulamentado pela Lei para uma República Digital (*Loi pour une République numérique*), que foi adotada em 2016. Esta lei estabelece procedimentos e critérios para que as pessoas possam solicitar a remoção de resultados de pesquisa que contenham informações pessoais sobre elas, especialmente em motores de busca como o Google. No entanto, o direito não é considerado absoluto e deve ser equilibrado com o interesse público na disseminação de

informações. A remoção é possível apenas quando as informações são inadequadas, irrelevantes, desatualizadas ou excessivas. Portanto, em França, o "Direito ao Esquecimento" é reconhecido e regulamentado de forma mais específica e direta.

Por sua vez, não existe no Brasil uma legislação específica que reconheça o "Direito ao Esquecimento" da mesma forma que na União Europeia, incluindo França. No entanto, a Lei Geral de Proteção de Dados estabelece princípios e direitos relacionados à proteção de dados pessoais, como o direito de retificação, exclusão e anonimização de dados pessoais. Esses direitos podem ser aplicados em situações em que os dados pessoais são inadequados, desatualizados ou desnecessários para a finalidade para a qual foram coletados. O Brasil adota uma abordagem mais ampla em relação à proteção de dados pessoais, que pode abordar questões semelhantes às do "Direito ao Esquecimento," mas sob um enquadramento legal diferente.

Por fim, concluímos que nos Estados Unidos, o "Direito ao Esquecimento" não é reconhecido da mesma forma que na União Europeia. Os EUA têm uma forte tradição de liberdade de expressão e uma interpretação ampla da Primeira Emenda da Constituição dos EUA, que protege a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão. Portanto, os esforços para remover informações pessoais online nos EUA geralmente enfrentam desafios legais significativos, e a jurisprudência tem se inclinado para proteger a disseminação de informações de interesse público. Os Estados Unidos têm uma abordagem muito diferente em relação à regulamentação de dados pessoais em comparação com a União Europeia e países que adotaram regulamentos semelhantes ao RGPD.

3.6. Em particular, a Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro

Retomando finalmente a análise ao ordenamento jurídico português, referimos agora a Lei 75/2021 de 18 de novembro. Esta lei foi aprovada a 18/11/2021 e procedeu a alterações significativas à Lei n.º 46/2006 de 28 de agosto, ao regime jurídico anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de abril e ao Código do Trabalho. Aplica-se a quem tenha superado ou mitigado no decurso da sua vida problema grave de saúde ou deficiência, carecendo de distinção estes termos, a que procederemos adiante.

O seu âmbito material de aplicação são os contratos de crédito à habitação ou ao consumo, cujos destinatários são os consumidores, ficando deste âmbito excluídos os beneficiários do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência⁸⁶

Partindo de uma análise comparativa entre as duas leis (Lei n.º 46/2006 e Lei n.º 75/2021) podemos desde logo destacar a diferença mais evidente que é o facto de que a Lei n.º 75/2021 prevê expressamente um “direito ao esquecimento” no seu artigo 3.º, o que não se verifica na sua predecessora que apenas proíbe quaisquer práticas discriminatórias.

A Lei n.º 46/2006 visa combater quaisquer práticas discriminatórias, sejam estas diretas ou indiretas, em caso de deficiência ou risco agravado de saúde. O âmbito de aplicação material da Lei n.º 75/2021 é mais específico, uma vez que se concentra no acesso a crédito e a contratos de seguro, mantendo a sua preocupação na não discriminação de pessoas que tenham superado/mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

A Lei 75/2021 prevê que aos sujeitos acima mencionados não podem ser aplicados aumentos de prémio ou exclusão de garantias, assim como em contexto pré-contratual também não pode o segurador (ou as instituições de crédito) recolher informação relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência, prevendo um expresso Direito ao Esquecimento no seu artigo 3.º. A articulação com o n.º 1 e n.º 2 deste artigo requer alguma cautela, nomeadamente quando falamos dos três prazos que no n.º 2 se encontram estabelecidos. Tal como refere LUÍS POÇAS, os três prazos a que nos referimos desempenham o papel de “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.”⁸⁷ Ou seja, decorridos os prazos previstos no n.º 2, de respetivamente dez, cinco e dois anos, o segurador perde o direito à recolha de informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência do segurado. Quanto a este ponto, que será retomado adiante⁸⁸, podemos

⁸⁶ Permite aos cidadãos deficientes civis e das Forças Armadas, com grau de incapacidade $\geq 60\%$, adquirir, construir ou fazer obras na habitação própria permanente, com financiamento a taxa de juro reduzida.

⁸⁷ POÇAS, Luís, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit., pág. 165.

⁸⁸ Retomamos o tema na página 111.

desde já adiantar que a articulação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Lei 75/021 suscita dúvidas, cabendo-nos tomar posição. Consideramos que neste caso, existe relação entre ambos os preceitos (n.º 1 e 2 do artigo 3.º), pelo que não devem ser lidos como sendo preceitos autónomos, estando antes interligados por uma relação de dependência, uma vez que sem a verificação do *trial period* previsto no n.º 2, o Direito ao Esquecimento previsto no n.º 1, não poderá ter lugar.

Os artigos 4.º, 5.º e 6.º deste diploma legal, introduziram alterações legislativas consideráveis, a ser analisadas em parágrafo próprio.

3.6.1. Projeto de Lei 691/XIV/2ª DE 2021

O projecto que foi promulgado a 19 de fevereiro de 2021 e era constituído por quatro artigos, encontrou a sua inspiração no Direito francês.

Recebeu duas propostas de alteração, por parte do PS e do PAN, e foi alvo de pareceres de diversas entidades, entre elas a Associação Portuguesa de Seguradores e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, a que aludiremos de seguida.

O preâmbulo do projeto de lei nota que apesar da existência da máxima constitucional presente no artigo 13.º, e do facto de estar a ser respeitada e as instituições a adoptarem, persistem “ainda discriminações graves e injustas para vários grupos da nossa população”, nomeadamente “as pessoas com risco agravado de saúde e, ainda, aquelas que tendo vencido essa situação de doença, em vez de celebradas, vêm-se marcadas por certas práticas contratuais de natureza discriminatória.” Destacando de seguida o caso do acesso ao crédito, em especial ao crédito à habitação, e a contratos de seguros. Esta é a razão de ser deste projeto de lei.

Percursora nesta matéria, foi há mais de uma década aprovada por unanimidade na Assembleia da República a Lei n.º 46/2006 que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e de risco agravado de saúde. A Lei 75/2021 veio uma previsão expressa do Direito ao Esquecimento, particularmente para pessoas que superaram riscos agravados de saúde, facilitando o acesso a contratos de crédito e seguro, foi iniciativa do grupo parlamentar do PS.

Este o projeto de lei propõe normas imperativas e gerais, bem como o desenvolvimento de disposições para facilitar o acesso ao crédito em colaboração com o setor financeiro e segurador. Na falta de acordo, a alternativa seria a regulação por meio de decreto-lei, sempre sujeito à avaliação da Comissão Nacional de Proteção de Dados. Adicionalmente, propõe-se a revisão do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, com o intuito de atualizar suas disposições, especialmente no que diz respeito à Lei n.º 46/2006.

Com a sua entrada em vigor em 01/01/2022, desencadeou intensos debates, especialmente no mercado segurador, resultando em várias tomadas de posição. Apesar de ser amplamente celebrado, o projeto de lei não ficou isento de críticas de várias entidades, compreensíveis dada a sensibilidade do tema em questão. Sendo este o ponto fulcral do nosso estudo.

3.6.2. Pareceres de entidades do sector⁸⁹

a) APB

A Associação Portuguesa de Bancos começa por mencionar a necessidade de clarificação do seu âmbito de aplicação e do conceito de direito ao esquecimento.

Tal como outras entidades apontam, também a APB refere que na decisão de concessão de crédito não são tidos em conta os problemas de saúde do proponente mutuário. Tal apenas é considerado nas interações do Banco com outros *stakeholders*.

Acrescentam que bastará uma “determinação legal de não discriminar as pessoas seguras por risco agravado de saúde superado, nomeadamente proibindo ou limitando a recolha e tratamento deste tipo de informação por parte de determinadas entidades e para determinados efeitos, disciplinando os termos e meios que permitam densificar tal regime (...).”

De seguida menciona-se a necessidade de clarificar o conceito de “organizações profissionais representativas de instituições de crédito.”

⁸⁹ Matéria consultada em <https://www.parlamento.pt/>.

O parecer foca-se em disposições específicas da Propostas de Lei, tais como os números 3, 7, 8, 9, 11 e 12 do artigo 2.º que adita o artigo 4.º-A à Lei n.º 46/2006 de 28 de agosto. Termos como “facilitar” é sugerido que sejam substituídos por “não dificultar” ou “não discriminar”⁹⁰, sublinhando-se que o termo empregue pode desrespeitar a máxima constitucional presente no seu preâmbulo “(...) iguais perante a lei”.

A sugestão de substituir termos como "facilitar" por "não dificultar" ou "não discriminar"⁹¹ destaca a importância de adotar uma linguagem que esteja alinhada com o princípio constitucional da igualdade, expresso no preâmbulo da Constituição. O preâmbulo contém declarações fundamentais que orientam a interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais.

Ao usar a expressão "facilitar", pode-se sugerir que há uma ação positiva para tornar algo mais acessível ou viável. No entanto, ao optar por "não dificultar" ou "não discriminar", a ênfase recai na ausência de obstáculos e na garantia de tratamento igualitário para todos perante a lei.

A máxima constitucional "iguais perante a lei" implica que todos os cidadãos devem ser tratados de maneira justa e equitativa, sem discriminação injustificada. Portanto, a escolha cuidadosa da linguagem é essencial para assegurar que as políticas, leis e práticas estejam alinhadas com os princípios fundamentais de igualdade consagrados na Constituição.

Quanto ao “procedimento de fixação de uma grelha de referência que permita definir os termos e prazos referidos no número anterior para cada patologia ou incapacidade” que se encontra previsto no n.º 7, assim como nos números seguintes (8, 9 e 11) do artigo 6.º do projeto de lei, sugere este comentário que se clarifiquem os procedimentos definidos, uma vez que o uso destas expressões pode acarretar dificuldades, tais como o efetivo cumprimento do previsto se não se reconhece a ocorrência passada à luz do Direito ao Esquecimento.

A expressão "procedimento de fixação de uma grelha de referência" sugere a criação de um método estruturado para definir termos e prazos relacionados a patologias ou

⁹¹ O parecer refere-se neste caso ao artigo 2.º alínea a) do Projeto de Lei.

incapacidades. No entanto, o comentário expressa preocupação sobre a necessidade de esclarecer esses procedimentos. A utilização de termos como "grelha de referência" pode ser vaga e suscetível a interpretações diversas, o que poderia resultar em dificuldades práticas na implementação do projeto de lei.

A preocupação destacada é a potencial falta de clareza nos procedimentos definidos. Sem uma compreensão clara do que constitui a "grelha de referência" e como os termos e prazos serão definidos para diferentes condições de saúde, pode haver desafios na aplicação consistente da legislação.

Portanto, a sugestão do comentário é que o projeto de lei carece de alguma concretização em relação aos procedimentos para evitar ambiguidades na implementação. Além disso, é necessário abordar adequadamente a questão do reconhecimento de eventos passados à luz de princípios legais e éticos, como o "Direito ao Esquecimento". Essa clareza é fundamental para garantir a aplicação consistente e eficaz das disposições do projeto de lei.

b) APS

A associação portuguesa de seguradores remete para o facto de que faz parte da natureza da atividade seguradora "(...) a exclusão de incapacidades ou patologias preexistentes em consequência de doença, terapia ou tratamento médico, intervenção cirúrgica ou acidente anteriores à entrada em vigor da apólice" e levanta a questão de se a exclusão de informações sobre patologias preexistentes poderia ser contestada à luz do Direito ao Esquecimento. Isso implica considerar se a manutenção dessas informações é justificável à luz da atual situação do segurado e se a divulgação desses dados ainda é relevante para a avaliação do risco.

Essa discussão envolve ponderar os interesses do segurador na gestão eficiente do risco e os direitos individuais à privacidade e ao esquecimento. Pode haver desafios em conciliar esses interesses, levando a debates jurídicos e éticos sobre a extensão e aplicação do Direito ao Esquecimento em setores específicos, como o de seguros.

Este comentário destaca uma potencial tensão entre a prática tradicional na atividade seguradora de, no caso de sinistros da cobertura de invalidez, se verificar a exclusão de incapacidades ou patologias preexistentes em consequência de doença, terapia ou tratamento médico, intervenção cirúrgica ou acidente anteriores à entrada em vigor da apólice, e os princípios subjacentes ao Direito ao Esquecimento.

Esse questionamento reflete a necessidade contínua de adaptação das práticas jurídicas e éticas à evolução das dinâmicas sociais e tecnológicas.

A APS focou-se no artigo 4.º do projeto de lei. Começando por mencionar o objecto deste projeto de lei, notando que na alínea a) do n.º 2 se deixa em aberto a aplicação a todos os contratos de créditos, acabando por confundir a referência que este projeto de lei se aplica apenas aos contratos de crédito à habitação.

Seguidamente aborda a abrangência do n.º 3 deste artigo, considerado esta demasiado ampla, uma vez que “devia apenas estar limitada aos seguros em que fosse relevante a apreciação do estado de saúde da pessoa, o que não ocorre”.

O conceito de consumidor presente no n.º 5 e o alargamento do âmbito de aplicação do diploma aos créditos ao consumo e seguros de vida e outros, carece de fundamento.

Os n.ºs 7, 11 e 12 são de seguida abordados no sentido de apontar o seu teor contraditório e que carecem de esclarecimento. Uma das questões levantadas é a contagem dos prazos presentes no n.º 11, considerando que estes deveriam ser ininterruptos, nada na lei é mencionado relativamente à contagem dos prazos.

Assinala-se também a importância da participação do mercado segurador na grelha de referência do n.º 8, uma vez que os resseguradores internacionais possuem conhecimentos relevantes a nível de riscos que cada patologia representa.

Por fim, as informações pré-contratuais (n.º 10) e a falta de acordo (n.º 15), no sentido de que no caso das primeiras, denota-se uma ausência do elenco das informações que devem ser transmitidas, e quanto à falta de acordo, refere-se o carácter de dificuldade que chegar a um acordo desta natureza pode apresentar, uma vez que é necessária a concordância de todos os seguradores e instituições de crédito.

c) ASF

O parecer desta autoridade começa por mencionar a necessidade de clarificação no que aos pressupostos e condições de exercício do direito ao esquecimento diz respeito, uma vez que se requiere consenso relativamente a cada patologia ou incapacidade.

Adicionalmente este comentário pronuncia-se sobre o que considera que deve ser clarificado, como em que casos, e quais os casos, se considera que o diploma abrange a situação de pessoas com deficiência. Também a questão de saber se o ANACS abrange atividades transfronteiriças, acrescentado que este acordo deve estender-se a entidades que não sejam dele signatárias, assim como a definição dos organismos que envolvidos na fixação das grelhas de referência.

Propõem-se também a reponderação da proibição de aplicação conjunta do agravamento de prémio e de exclusão de cobertura e a possibilidade do referido ANAC prever um mecanismo de *pooling*.

Na secção de “comentários específicos”, este parecer alude a termos usados que carecem de concretização, de clarificação.

Indica que o recurso da expressão “proteção da pessoa segura” não se apresenta rigorosa, uma vez que o diploma não regula apenas a celebração de contratos de seguro, mas também o acesso ao crédito, assim como parece referir-se a um momento diferente nas contratações, que não o momento pré-contratual.

Também a utilização dos pronomes “de” e “com” quando o diploma refere os indivíduos com grau de deficiência, é destacado para que seja alvo de uniformização.

É também referido neste parecer a necessidade de referir a delimitação do exercício de atividade exercida pelas instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mutuas, instituições de previdências e empresas de seguros e resseguros ao território português, excluindo assim as restantes que não exercem a atividade em território português.

Também a ausência de definição dos organismos “cientificamente reconhecidos a envolver na fixação das referidas grelhas de referência” para cada patologia em causa é neste parecer apontada.

É também referido o disposto no n.º 12 do artigo 4.º, na medida em que segundo a ASF “não se vislumbra que esta disposição seja compatível face aos demais regimes estabelecidos no Projeto de Lei”, uma vez que o direito ao esquecimento se concretiza na não discriminação dos titulares do mencionado direito que tenham superado situações de risco agravado de saúde face aos demais proponentes. Na leitura do preceito, retira-se que este é aplicado apenas a “quem tenha superado situações de risco agravado de saúde”, pelo que esta expressão deve ser eliminada.

A referência seguinte recai sobre o mecanismo de *pooling*, no sentido de notar a difícil interpretação do preceito no contexto do projeto de lei, uma vez que um dos pressupostos do regime é o de não existirem riscos ou custos adicionais, dado que a situação de risco agravado de saúde estará superada. E este mecanismo dada a sua natureza, pode resultar num conjunto de compromissos para as partes envolvidas, insuficientemente definidos.

O último ponto referido neste parecer é a referência ao BdP, à ASF e ao SNRIPD. Sugere o parecer que nos n.ºs 16 e 17 do artigo 4.º-A seja estabelecida uma ligação com o disposto no artigo 8.º ou em alternativa que as competências destas entidades sejam incluídas no artigo 8.º da Lei n.º 46/2006.

d) Banco de Portugal

Este parecer começa por não identificar no Projeto de Lei, preocupações que decorram da proposta em apreciação do ponto de vista da estabilidade financeira.

Seguidamente destaca o facto de o projeto de lei não estabelecer em que termos é facilitado o acesso ao crédito. O que dificulta a previsão das consequências para as instituições de crédito.

Os modelos de avaliação de risco de créditos não têm em consideração a avaliação do estado clínico do mutuário, antes garantindo o risco associado ao empréstimo e que salvaguardará as instituições de crédito, através da celebração de um contrato de seguro de vida. Contudo a ausência da previsão dos termos em que é efetuado o acesso ao crédito, deixa vulneráveis outros créditos, uma vez que a alínea a) do n.º 2 presente no projeto de lei apenas menciona o crédito para compra de habitação.

A condição médica ou a avaliação clínica dos potenciais mutuários de contratos de crédito não é mencionada em nenhuma das orientações do BdP, não sendo, portanto, considerada como o conjunto de provas úteis para efeitos de avaliação do risco de crédito.

Relativamente ao âmbito subjetivo, este parecer alerta para o facto de que nem todas as instituições habilitadas a conceder crédito estão integradas em associações representativas, sendo o preceito limitativo às restantes. Assim como às sociedades financeiras, uma vez que segundo a redação do projeto, apenas se aplica às sociedades financeiras creditícias.

Referido é também a relevância de uma definição de sociedades mútuas.

O âmbito objectivo do diploma também carece de clarificação, uma vez que a referência a “créditos à habitação ao consumidor” necessita de especificação.

Relativamente à recolha de informação médica, refere o parecer que não existem evidências que as instituições de crédito sequer ponderem recolher informação médica relativa aos seus clientes. Os constrangimentos que relativamente a pessoas com risco agravado de saúde existem estão relacionados com as dificuldades que enfrentam em virtude do risco acrescido que a sua condição médica representa.

Referido também por este parecer é, de novo, a falta de concretização do funcionamento de determinados mecanismos, como é o caso do mecanismo de *pooling* referido no n.º 10 do artigo 15.ºA, que tal como é sublinhado no parecer, é um instrumento inovador no nosso país.

É feita referência também ao ANAC, alertando para a necessidade de clarificação da obrigação de aplicação do mesmo às entidades mencionadas no n.º 6 ou se é requerida a adesão voluntária das mesmas.

Um dos pontos que se menciona é a competência de fiscalização do mencionado acordo que pertence ao Banco de Portugal e ao CNSF. Não se conhecendo o conteúdo do referido acordo, conseqüentemente não se consegue estabelecer o objeto, critérios e termos em que se efetuará a referida fiscalização.

A última menção liga-se com a coerência de certos termos usados ao longo do diploma que poderão conduzir a algumas questões interpretativas, indicando que o projeto de lei

“apresenta conceitos vagos e subjetivos que deverão ser objeto de clarificação, mediante a definição, por exemplo, de requisitos de forma e conteúdo padronizado e transversais.”

e) CAAD

O Centro de Arbitragem Administrativa elaborou uma proposta de alteração ao projeto de lei, em específico aos artigos 1.º, e ao aditamento à Lei n.º 46/2006 de 28 de agosto pelo artigo 2.º.

Quanto ao artigo 1.º, foi nesta proposta de alteração removida a expressão “de deficiência” substituindo-a pela expressão “bem como a pessoas cuja terapêutica seja comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos das suas doenças”.

A expressão contida na proposta de alteração parece referir-se a pessoas que podem não ter uma deficiência evidente, mas que estão incluídas devido ao facto de estarem passando por um tratamento terapêutico que tenha sido comprovadamente eficaz em limitar significativa e duradouramente os efeitos de suas doenças. Isso implica uma consideração mais ampla que vai além das deficiências óbvias.

Ou, a seja a diferença entre as duas expressões está na abrangência dos critérios de inclusão. A primeira inclui explicitamente pessoas com deficiência, enquanto a segunda se estende a pessoas que estão em tratamento terapêutico eficaz para limitar os efeitos de suas doenças, independentemente de terem uma deficiência visível.

As alterações ao artigo 2.º são marcadas pelo uso desta expressão mais ampla, sendo as alterações propostas no sentido de incorporar a expressão neste preceito, alargando assim o elenco de casos para além das pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

f) CNPD:

No seu parecer começa por mencionar-se o artigo 4.º-A, especificamente os n.ºs 1 e 15.º onde se prevê o “acordo nacional relativo ao acesso ao crédito e a contratos de seguros (...)”, que segundo a CNPD, da forma como se encontra redigido não garante o direito ao

esquecimento, nomeadamente porque o artigo 4.º não define diretamente o regime referente direito ao esquecimento, antes remetendo para o mencionado acordo nacional.

Focando-se de seguida no regime jurídico dos tratamentos de dados pessoais dos titulares deste direito, mais precisamente no que toca aos prazos relevantes para a concretização deste Direito, recomenda a CNPD que “as soluções previstas nos n.ºs 7 e 11 do artigo 4.º sejam acompanhadas da imprescindível densificação legislativa dos dados pessoais que podem ser tratados e das formas de verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento, sob pena de aquelas normas não terem exequibilidade e, assim, se esvaziar, de facto, o conteúdo do direito ao esquecimento que se quer criar.”

O CNPD finaliza o seu parecer com três recomendações que se prendem com a harmonização da terminologia utilizada e densificação de conceitos, nomeadamente “sítios de internet relevantes” e a especificação das entidades públicas vinculadas ao dever de publicidade da grelha de referência prevista nos n.ºs 7 e 8 do artigo 15.º-A do Projeto de Lei.

g) IRN

No seu parecer o IRN começou por mencionar o novo conceito normativo que pelo artigo 4.º-A foi introduzido, o conceito de “pessoas que superaram a deficiência”, em comparação com o conceito de pessoas que superaram situações de risco agravado de saúde”, sublinhando o facto dos conceitos não serem equiparáveis. Uma vez que na lei não existe não se encontra prevista uma definição clara de “superação, existe margem a que dúvidas sejam levantadas.

Embora o direito ao esquecimento não seja um conceito de fácil alcance e concretização, uma vez que é bastante genérico e suscetível de ser empregue em diferentes campos de aplicação, este parecer chama a tenção para a previsão do direito ao esquecimento em três diferentes âmbitos de aplicação: (i) a lei francesa que traduz o direito ao esquecimento como o direito de doentes oncológicos não mencionarem a sua patologia, desde que decorrido certo período de tempo desde o fim do seu tratamento; (ii) o direito ao esquecimento previsto no RGPD, que apresenta duas facetas: o direito ao apagamento de

dados, o direito ao esquecimento *strictu sensu*; (iii) e por fim o direito ao esquecimento na configuração de *direito à privacy*, em que o titular pode controlar o que é ou não publicado, sempre em associação à esfera da reserva da intimidade da vida privada.

Perante este elenco em que o direito ao esquecimento tem aplicação em vários cenários diferentes, configurando um direito marcadamente transigente, reconhece-se a falta de uma previsão legal que defina o que se entende por “direito ao esquecimento”.

Tal como já acima abordado, este projecto de lei encontrou inspiração na legislação francesa, na qual se prevê o designado acordo AERAS (*s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé*) celebrado entre as autoridades públicas, as federações profissionais do sector e as associações de doentes e de consumidores. Este prevê o direito ao esquecimento, que permite que os antigos doentes oncológicos não declarem uma patologia oncológica anterior ao segurador quando solicitam crédito, sob certas condições. Contudo, o direito ao esquecimento nacional tem o seu âmbito de aplicação mais abrangente, não acompanhando assim o direito francês.

Relativamente aos benefícios ou facilidades no crédito financeiro ou a seguros previstos no artigo 4.ºA da Lei n.º 46/2006, apresenta este parecer tanto as dificuldades na definição pessoal que compõe o universo das “pessoas que superaram uma deficiência”, como a ausência de previsão legal no que toca ao mecanismo de acesso a aos mencionados benefícios ou facilidades no crédito financeiro ou a seguros.

Por fim, este parecer acompanha as alterações propostas ao RJCS, chamando apenas a atenção para o facto do tipo de discriminação que no RJCS se refere (discriminação negativa), sendo que na Lei n.º 46/2006 se fala em discriminação positiva.

h) Ordem dos Médicos

O parecer da Ordem dos Médicos não se foca na aplicabilidade e eficiência da Lei n.º 75/2021, mas sim no seu desígnio enquadrado no propósito de acompanhar os progressos na medicina, aplaudindo os objetivos deste diploma que confirma o “alto valor dos progressos da medicina”.

3.6.3. Alterações legislativas introduzidas

Três alterações são passíveis de menção, a primeira corresponde à alteração à Lei n.º 46/2006, a segunda corresponde à alteração efetuada ao regime jurídico do contrato de seguro, e por fim, a alteração quase impercetível efetuada ao Código do Trabalho. Ainda no contexto da primeira alteração, já a ela aludimos quando mencionámos o alargamento do âmbito da noção do risco agravado de saúde, introduzindo as novas expressões de “superação” e “mitigação”.

Também a alteração relativa ao ANACS, que torna possível existir responsabilidade contraordenacional por violação deste, já por nós foi acima mencionada, e que passa a ser aplicável a todo e qualquer ato discriminatório presente no capítulo II da Lei n.º 46/2006, nomeadamente as práticas discriminatórias contra pessoas com deficiência as ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade, e discriminadas nas alíneas do n.º1 do artigo 4.º da referida Lei.

A segunda alteração, a relativa ao regime jurídico do contrato de seguro, recai especificamente sob o artigo 15.º onde se encontra previsto o ANACS, tema anteriormente mencionado.

A última alteração, e que merece aqui a nossa atenção é a mais discreta, relativa ao Código do trabalho especificamente ao seu artigo 17.º. Esta alteração vem a propósito do artigo 15.º-B do regime jurídico do contrato de seguro, que prevê as situações equiparadas. Com esta alteração passa a prever-se que os prazos de dois, cinco e dez anos, previstos no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 se aplicam também ao candidato a emprego ou a trabalhador, quando se trate de informação relativa “À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.”, segundo o estabelecido na alínea b) do n.º 1 do mencionado artigo 17.º do CT. Sendo que estas informações, apenas podem ser prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade, à luz do n.º 2 do artigo 17.º do regime jurídico do contrato de seguro.

3.7. O Direito ao Esquecimento na Lei n.º 75/2021

A novidade introduzida por esta lei no ordenamento jurídico português é a previsão do Direito ao Esquecimento em artigo próprio, o artigo 3.º. Neste preceito estabelece-se o Direito ao Esquecimento para pessoas com situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. Pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou deficiência têm o direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação, crédito aos consumidores e seguros associados. Este direito assegura que os titulares não podem sofrer aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias nos contratos de seguro. Nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou tratada pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual⁹².

No n.º 2 são estabelecidas limitações temporais para recolha de informações de saúde, onde se prevê que nenhuma informação de saúde relacionada com a 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 períodos específicos:

- a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada;
- b) 5 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade;
- c) 2 anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

Deste modo este artigo visa proteger a privacidade e os direitos das pessoas que superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou deficiência, garantindo que não sejam penalizadas na contratação de crédito ou seguros devido a eventos médicos passados. Ele estabelece limites temporais específicos para a recolha de informações de saúde em contextos pré-contratuais, promovendo assim a equidade e a justiça na

⁹² A lei parece restringir-se ao contexto pré-contratual, pelo que na vigência do contrato, aparentemente, tal não se verificará.

contratação de créditos e na celebração de contratos de seguro. Demonstrando-se o preceito crucial para garantir que a atividade seguradora não se baseia em práticas discriminatórias relacionadas com o histórico de saúde dos segurados, promovendo assim a justiça e equidade na atividade seguradora.

No contexto da proibição de práticas discriminatórias o espírito deste preceito parece transmitir ideais que em muito beneficiarão a atividade seguradora e segurados, entre os quais:

- Proteção contra a discriminação baseada em histórico de saúde: este artigo impede que os seguradores utilizem informações sobre o histórico de saúde passado de um indivíduo como base para práticas discriminatórias. Garante que as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou deficiência não sejam alvo de discriminação na contratação de seguros associados a crédito.
- Visa evitar aumentos de prémios de seguro injustificados: ao garantir que as pessoas não podem ser sujeitas a aumentos de prémios de seguro devido a situações médicas superadas, o artigo promove a equidade na subscrição de apólices de seguro. Isso evita que indivíduos enfrentem encargos financeiros adicionais devido a eventos médicos passados.
- Limitações temporais para recolha de informações de saúde: as limitações temporais específicas estabelecidas no artigo para a recolha de informações de saúde em contextos pré-contratuais fornecem um mecanismo claro para evitar que seguradores considerem eventos médicos passados após determinados períodos. Isso contribui para evitar práticas discriminatórias contínuas.
- Foco na igualdade de oportunidades e acesso a seguros: o artigo promove a igualdade de oportunidades ao assegurar que pessoas com históricos médicos superados tenham acesso a seguros de forma justa. Isso é essencial para garantir que a saúde passada não se torne um obstáculo persistente no acesso a serviços de seguros.

- Alinhamento com princípios éticos na atividade seguradora: ao estabelecer regras claras sobre a não utilização de informações de saúde passadas para discriminação, o artigo promove princípios éticos na atividade seguradora, enfatizando a importância de tratar os consumidores com equidade e respeito.

Contudo, e apesar do espírito da Lei, a sua concretização é 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", tal como defende LUIS POÇAS⁹³, cujo entendimento acompanhamos, tal como adiante teremos oportunidade de expor.

3.8. Pontos de destaque na Lei n.º 75/2021

a. Alargamento do conceito de risco agravado de saúde

A Lei n.º 75/2021 veio ampliar o conceito de “risco agravado de saúde”, que na anterior Lei n.º 46/2006, era definido como *“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.”* Esta definição passou a ter a seguinte redação:

“Artigo 3.º

(...)

c) 'Pessoas com risco agravado de saúde' 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,

⁹³ POÇAS, Luís, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit., pág. 196.

mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida; (...)”

A alteração do carácter definitivo da patologia prevista foi objecto de atenção, visto que as expressões "irreversível" e "sem perspectiva de remissão completa" foram removidas, tornando o regime desta Lei mais favorável para o segurado. Isso permite a integração desse conceito com os princípios de superação e mitigação que são fundamentais para o direito ao esquecimento conforme definido no artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, uma vez que no contexto da atividade seguradora, os princípios de superação e mitigação pretendem garantir que as informações pessoais dos segurados são geridas de maneira apropriada, respeitando os direitos de privacidade e proteção de dados. Isso não apenas protege os interesses dos segurados, mas também ajuda os seguradores a cumprir as suas obrigações legais e a proteger os seus interesses. Caso contrário, estaríamos a contrariar o propósito central desse direito, podendo suscitar-se a questão de estarmos perante uma situação de diferenciação entre pessoas com prognósticos desanimadores em comparação com aquelas que superaram a condição. Essa questão foi solucionada, pois a Lei n.º 75/2021 ampliou a abrangência do conceito de risco agravado de saúde.

A menção inicial da alteração no carácter definitivo da patologia revela uma mudança significativa na maneira como a legislação vê certas condições ou doenças. Remover as expressões "irreversível" e "sem perspectiva de remissão completa" sugere uma adaptação ao entendimento atual da medicina, onde muitas patologias antes vistas como incuráveis e sem esperança de remissão têm agora possibilidades de tratamento ou até mesmo cura.

Ao tornar-se mais flexível na sua definição, a legislação demonstra uma tendência a ser mais benéfica para os segurados. Isso pode significar que mais indivíduos podem agora ser elegíveis no âmbito da Lei n.º 75/2021, uma vez que os critérios se tornaram menos rígidos. A referência ao "direito ao esquecimento" parece indicar uma legislação que procura proteger os indivíduos de serem continuamente penalizados ou discriminados por uma condição ou patologia passada. Ao associar os conceitos de risco agravado de saúde ou de deficiência com os princípios de superação e mitigação, enfatiza que as pessoas não devem ser definidas por uma patologia, especialmente se já superaram ou mitigaram tal condição.

A ponderação sobre discriminar indivíduos com prognósticos desanimadores *versus* aqueles que superaram as suas patologias enfatiza um dilema ético. Se o objetivo é promover a inclusão e evitar a estigmatização, então a legislação deve ser cuidadosamente equilibrada de modo a não marginalizar inadvertidamente um grupo enquanto tenta proteger outro. Ao ampliar o conceito de risco agravado de saúde, a legislação reconhece que há uma variedade de condições e circunstâncias que podem colocar um indivíduo em risco, e essa compreensão evolutiva é crucial para manter os diplomas legais adequados à realidade quotidiana.

Em resumo, denota-se uma preocupação em adaptar a legislação, de forma a que esta se adapte e evolua com os tempos, enquadrando-se no âmbito das inovações na área da medicina, assim como questões éticas e sociais. A proteção dos direitos dos segurados, evitando discriminações vedadas por lei, e garantindo que todos alcançam oportunidades iguais é essencial para uma sociedade justa e inclusiva.

b. Introdução dos conceitos de mitigação e superação

Estes dois conceitos, representam uma inovação trazida pela Lei n.º 75/2021, e encontram-se previstos nas alíneas a), b) e c) do artigo 2.º desta Lei:

“a) «Pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde», pessoas 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;

b) «Pessoas que tenham superado situação de deficiência», 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;

c) «Pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência», 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 (...).”.

Como ponto de partida recorreremos ao significado de ambos os conceitos. Consideramos “mitigar” como o ato de atenuar, aliviar, e “superar” como o ato de vencer, ultrapassar. O legislador pretendeu referir dois estádios diferentes relativamente ao estado clínico do titular, em que resumidamente, no primeiro, o titular apenas conseguiu atenuar as consequências do seu estado clínico, enquanto que, no segundo caso, o titular já não se encontra naquele estado clínico, uma vez que ultrapassou uma patologia que o debilitava.

O caso em que é superado um determinado estado clínico não deixa espaço a discussão, contudo o mesmo já não se verifica com o termo “mitigar.”. Uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser considerada mitigada quando medidas ou estratégias são adotadas para reduzir, minimizar ou controlar os impactos negativos associados a essa situação. A mitigação de riscos de saúde ou deficiência envolve a implementação de ações preventivas ou de planeamento que visam melhorar a qualidade de vida do doente, reduzir complicações, minimizar o agravamento da condição de saúde ou promover a independência e a funcionalidade de pessoas com deficiência, tais como, o acompanhamento médico regular, a realização de exames médicos regulares e o respeito pelas orientações médicas. Tal pode ajudar a controlar doenças crónicas, monitorizar a saúde e identificar problemas precocemente, assim como a reabilitação e terapia, por exemplo, para pessoas com deficiência.

Deste modo, concluímos que mitigar situações de risco agravado de saúde ou de deficiência envolve tomar medidas para reduzir a probabilidade de ocorrência de problemas de saúde ou para minimizar os impactos negativos desses problemas quando já estão presentes. Essas medidas podem ser implementadas em diferentes fases, incluindo a prevenção, o tratamento e a gestão das condições de saúde ou deficiências. É importante ressaltar que a mitigação de situações de risco agravado de saúde ou deficiência pode variar amplamente de acordo com a condição específica, a gravidade da situação e necessidades individuais. Pela sua natureza subjetiva, determinar quando se pode considerar mitigada uma situação de estado agravado de saúde ou deficiência, pode não ser tarefa fácil. De forma a clarificar a nossa exposição, partimos para alguns

exemplos, de mitigação de situações de risco agravado de saúde e, posteriormente, de deficiência.

No caso da Hepatite B, a infeção pode manifestar-se como uma doença aguda, ou uma condição crónica e pode ser transmitida por diversas vias, incluindo através do contacto com sangue infetado, relações sexuais desprotegidas, partilha de agulhas contaminadas, de mãe para filho durante o parto e por contacto próximo com uma pessoa infetada. Apresenta duas variantes:

- Hepatite B aguda: a maioria dos adultos infetados com hepatite B apresenta sintomas semelhantes aos da gripe, como fadiga, febre, dor abdominal, náusea, vômito, urina escura e icterícia (coloração amarelada da pele e dos olhos). A maioria das pessoas recupera totalmente da hepatite B aguda, mas uma pequena percentagem pode desenvolver hepatite crónica.
- Hepatite B crónica: quando a infeção persiste no organismo por mais de seis meses, ela é considerada crónica. A hepatite B crónica pode manter-se assintomática por muitos anos, mas, com o tempo, pode levar a complicações graves, como cirrose hepática, cancro de fígado e insuficiência hepática.

O tratamento da hepatite B crónica pode incluir medicamentos antivirais que ajudam a suprimir a multiplicação do vírus e a reduzir o risco de complicações hepáticas.

A avaliação de um paciente com hepatite B de forma a determinar se a doença foi mitigada ou controlada envolve vários factores e testes médicos, tais como testes de função hepática que monitorizam os níveis de enzimas hepáticas no sangue. Se esses níveis estiverem dentro dos valores normais, tal pode indicar que a inflamação hepática está controlada. Outro exame possível é o de carga viral que mede a quantidade do vírus no sangue. Uma carga viral baixa ou indetectável sugere que a evolução do vírus está controlada, entre outros exames. Estes exames médicos, têm como função monitorizar o vírus e o estado de saúde do paciente, de forma a que a patologia não agrave. Contudo, não garantem que o doente não possa vir a sofrer uma recaída, em que o seu estado de

saúde piore. É também importante observar que a hepatite B crónica não pode ser curada, podendo, no entanto, ser controlada⁹⁴.

Outros exemplos sobre patologias passíveis de mitigação, em que o paciente com medicação e controlo médico pode levar a cabo uma vida normal, dentro de certos limites, são as doenças cardiovasculares, doenças cardíacas tais como hipertensão arterial, doença arterial coronária e insuficiência cardíaca. Estas patologias podem ser mitigadas com a adoção de uma dieta saudável, exercício físico adequado, controle do peso, medicamentos e intervenções cirúrgicas quando necessário⁹⁵. Também os diabetes tipo 2 se apresentam como outro exemplo de patologia que pode ser mitigada com uma dieta equilibrada, perda de peso, atividade física regular e, em alguns casos, medicação regular⁹⁶. Sucessivamente temos o HIV⁹⁷, que embora não tenha cura, pode ser controlado com terapia que mantém a carga viral baixa, o que permite que pessoas com esta patologia tenham uma expectativa de vida mais longa⁹⁸. Referimos também a hepatite C, patologia controlável com medicação, que pode até curar a infeção, assim como as doenças do foro oncológico, cujo tratamento pode incluir cirurgia, radioterapia, quimioterapia, imunoterapia e terapias direcionadas. Em alguns casos, a deteção precoce através de exames de rastreamento permite o tratamento eficaz⁹⁹. Apresentamos também o exemplo das doenças respiratórias crónicas, tais como a doença pulmonar obstrutiva crónica, que podem ser controladas com medicação, terapia de oxigénio entre outras medidas, como a cessação do tabagismo. Por fim referimos a fibromialgia, cujos sintomas podem ser atenuados e controlados com medicação e fisioterapia¹⁰⁰. Todas estas patologias, embora controláveis podem apresentar-se como incuráveis, requerendo adaptação do paciente, sendo que a supervisão médica e medicação pretendem evitar, mas não garantem que não se verifiquem recaídas.

⁹⁴ VELOSA, JOSÉ/CARNEIRO DE MOURA, MIGUEL/TATO MARINHO, RUI, *120 Perguntas sobre Hepatite B*, Editora Quimera, 2007, pág. 23.

⁹⁵ Merck Sharp Dohme, “Doenças cardíacas”, “Hipertensão arterial”, “Doença arterial coronária” em *Enciclopédia Médica- vol. 1- Doenças Cardiovasculares*, Editorial Oceano.

⁹⁶ Merck Sharp Dohme, “Diabetes tipo 2”, “HIV” em *Enciclopédia Médica- vol. 9- Perturbações da nutrição e do metabolismo, perturbações hormonais*, Editorial Oceano.

⁹⁷ O designado “vírus da imunodeficiência humana”.

⁹⁸ Merck Sharp Dohme, “Cancro”, “Hepatite C” em *Enciclopédia Médica, Vol. 10- Perturbações do sangue, cancro, doenças do sistema imunitário*, Editorial Oceano.

⁹⁹ Merck Sharp Dohme, “Cancro”, “Hepatite C” em *Enciclopédia Médica, Vol. 10- Perturbações do sangue, cancro, doenças do sistema imunitário*, Editorial Oceano.

¹⁰⁰ Merck Sharp Dohme, “Fibromialgia”, “Doença pulmonar obstrutiva crónica” em *Enciclopédia Médica, Vol. 2- Doenças do aparelho respiratório, perturbações dos ossos, articulações e músculos*, Editorial Oceano.

No caso de deficiências mitigadas temos os exemplos das deficiências visuais, deficiências auditivas, deficiências de mobilidade, deficiências intelectuais ou de desenvolvimento e as deficiências na fala e linguagem.

A dificuldade em determinar quando uma situação de estado agravado de saúde ou deficiência pode ser considerada mitigada têm várias consequências significativas no cálculo do risco em direito dos seguros. O cálculo dos prêmios de seguro é baseado no risco calculado de que um sinistro ocorra. Quando não é clara a circunstância em que podemos afirmar que uma condição de saúde se encontra efetivamente mitigada, os seguradores podem ter dificuldades em determinar os prêmios adequadamente. Tal pode conduzir a valores de prêmio mais elevados para todos os segurados, independentemente do nível real de risco individual.

Tal pode em última análise conduzir à ocorrência do fenómeno designado por *seleção adversa*, ou seja, a incerteza em torno da efetiva mitigação pode incentivar a situação na qual uma parte, geralmente o segurado, possui informações assimétricas relativamente ao segurador. Essa assimetria de informações ocorre quando o segurado tem conhecimento detalhado de sua própria situação de risco, enquanto o segurador não possui as mesmas informações detalhadas, afetando o equilíbrio contratual entre as partes. Tal como LUÍS POÇAS refere este fenómeno conduz “à progressiva degradação da massa de riscos seguros, pelo progressivo afastamento dos melhores riscos (...) e pela progressiva concentração dos piores riscos (...)”¹⁰¹.

De destacar sumariamente a verificação do designado *moral hazard*¹⁰². Se os segurados acreditarem que não existe uma definição clara de mitigação, podem ter menos incentivo para procurar ativamente tratamento ou adotar práticas de saúde preventivas, pois desta forma admitem que ainda receberão os benefícios do seguro, independentemente dos esforços para uma efetiva mitigação das situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

¹⁰¹ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit. pág. 138.

¹⁰² Refere-se à tendência que determinado segurado tem em correr riscos maiores porque tem razões para acreditar que um segurador cobrirá os custos de quaisquer danos.

Também existe a possibilidade de surgirem litígios e disputas, uma vez que a ambiguidade em torno da mitigação pode levar a contendas entre segurados e seguradores. Os segurados podem contestar as decisões dos seguradores sobre se sua condição foi ou não mitigada, resultando em custos legais e administrativos adicionais. Caso os seguradores passem a ser obrigadas a realizar avaliações médicas e revisões mais detalhadas para determinar a mitigação, aumentando assim os custos administrativos e de processamento de sinistros, tal pode originar o aumento de custos administrativos. Assim como a necessidade de atualizações contratuais com o objetivo de lidar com as complexidades da determinação da mitigação, os seguradores podem necessitar de atualizar e esclarecer as cláusulas dos contratos de seguro, o que pode ser um processo tanto moroso como dispendioso.

Para lidar com estas questões, os seguradores podem procurar métodos mais sofisticados de avaliação de riscos, como análises atuárias mais detalhadas e recolha de dados adicionais sobre o estado de saúde dos segurados. Além disso, podem colaborar com profissionais de saúde para desenvolver critérios mais objetivos de mitigação. No entanto, a complexidade da mitigação ainda permanece como um desafio no cálculo de riscos em direito dos seguros e requer uma abordagem cuidadosa.

c. Operacionalização do Direito ao Esquecimento: a Convention AERAS e o designado ANACS

Aditado pelo artigo 6.º da Lei n.º 75/2021, o recente artigo 15.º-A que se encontra previsto no RJCS prevê o designado Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (o designado ANACS). Este acordo inspirou-se no direito francês, especificamente na Convention AERAS (“s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé”¹⁰³). Esta convenção aplica-se no caso de empréstimo para compra de um imóvel, existindo a obrigação de subscrição de um seguro relativo a este empréstimo. Antes de ser celebrado, deve, no entanto, ser facultado ao titular uma ficha informativa. O objetivo desta convenção é facilitar o acesso ao crédito das pessoas cujo estado de saúde não lhes permite obter uma cobertura nas condições normais do contrato, ou seja, sem aumentos de prémio ou exclusões de cobertura. As autoridades públicas, as federações profissionais do sector e as

¹⁰³ Expressão traduzida para português significa “segurar e contrair empréstimos com um risco agravado de saúde”.

associações de doentes e de consumidores assinaram o acordo AERAS, de modo a facilitar o acesso ao crédito imobiliário e ao crédito às empresas, bem como no crédito ao consumo. No âmbito desta Convenção encontra-se previsto desde 2016 um Direito ao Esquecimento, que permite que os antigos doentes oncológicos e antigos doentes com Hepatite C, não declarem à seguradora uma patologia oncológica anterior quando solicitam crédito, sob certas condições. Se o protocolo de tratamento da hepatite C ou do cancro estiver concluído há mais de 5 anos e não se tiver registado nenhuma recaída, o titular não tem de o declarar. Prevê-se também na Convention AERAS uma grelha de referência que estabelece uma lista de doenças que devem ser declaradas e que permitem o acesso ao seguro de crédito em condições normais ou similares. Define um prazo para cada doença e especifica a data de referência a partir da qual o prazo começa a contar.¹⁰⁴

Por sua vez, o Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS) cujo âmbito objectivo de aplicação é o acesso ao crédito e a contratos de seguros (n.º 1 do artigo 15.º-A), tem como destinatários os consumidores. Contudo, não todos e quaisquer consumidores, mas sim os que apresentam aspetos marcantes, individuais e distintivos (pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, excetuando os beneficiários do regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência, aprovado pela Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto.). O seu âmbito de aplicação subjectivo, parece ser mais amplo do que o da Convention AERAS, cujo âmbito subjectivo se aplica aos antigos doentes oncológicos e antigos doentes de Hepatite C. Todavia, devemos adverter que, perante a ausência da mencionada grelha de referência (prevista no n.º 7 do artigo 15.º-A da Lei 75/2021), não é possível determinar concretamente qual o âmbito subjectivo deste ANACS.

São partes intervenientes neste Acordo o Estado e:

- i. associações setoriais representativas de instituições de crédito;
- ii. sociedades financeiras;
- iii. sociedades mútuas;
- iv. instituições de previdência;

¹⁰⁴ Mais elementos sobre esta matéria podem ser consultados em <https://www.economie.gouv.fr/>.

- v. empresas de seguros e resseguros;
- vi. organizações nacionais que representam pessoas com risco agravado de saúde, pessoas com deficiência e utentes do sistema de saúde.

Ou seja, este acordo aplica-se a todas as instituições acima elencadas que exerçam atividade em território português.

As finalidades deste acordo encontram-se previstas nas alíneas a) a e) do n.º 2 do artigo 15.º-A da Lei 75/2021.

Segundo se apurou, este acordo tem lugar quando um consumidor contrata um crédito à habitação, um crédito ao consumidor, ou na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos (à luz do previsto no n.º 3 do artigo 15.º-A da Lei 75/2021), como por exemplo, seguro de vida, seguro de proteção do lar (este é um seguro multiriscos com cobertura relativa a danos causados no edifício, situações de incêndio, inundações, tempestades, entre outras causas fortuitas), ou mesmo seguro com cobertura em caso de desemprego.

Este acordo deve garantir o cumprimento dos três prazos presentes no artigo 3.º n.º 2 da Lei n.º 75/2021. Estes prazos são contados ininterruptamente e tem de ser respeitados pelas instituições de crédito ou seguradores, que não podem recolher qualquer informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência do consumidor, em contexto pré-contratual. Merecem destaque os prazos previstos neste preceito, dado que parecem ser o pilar do Direito ao Esquecimento. Tema já anteriormente citado nesta dissertação, este preceito, a sua interpretação e articulação dos n.ºs 1 e 2, apresenta-se como um tema um tanto-ao-quanto contraditório, tal como adiante teremos oportunidade de expor¹⁰⁵.

Um dos alicerces deste ANACS é referido no n.º 7 do artigo 15.º-A. Nele prevê-se a existência da anteriormente referida “grelha de referência que permita definir os termos e prazos referidos no número anterior para cada patologia ou incapacidade, em linha com

¹⁰⁵ Tema abordado na página 111 e seguintes.

o progresso terapêutico, os dados científicos e o conhecimento sobre o risco de saúde, de crédito ou segurador que cada patologia ou incapacidade represente.”

A referida grelha terá de ser atualizada de dois em dois anos, sendo publicitada pelo Estado em todos os sites relevantes para o efeito, como o site do Diário da República

É também aqui determinado um mecanismo de *pooling*¹⁰⁶ dos custos adicionais decorrentes da contratação de seguros ou créditos com pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco de saúde agravado ou de deficiência. Recorrer a este mecanismo facilita a pesquisa de informação e permite a existência de um depósito de dados organizado composto por um histórico de informação, conforme determinada categoria¹⁰⁷.

O preceito prevê também as situações de “falta de acordo ou na circunstância da sua renúncia, resolução, não prorrogação ou não renovação”, e determina que caso alguma destas se verifique, as matérias que este deveria abranger são definidas por decreto-lei, após consulta à Comissão Nacional de Proteção de Dados, à Direção-Geral da Saúde e ao Conselho Nacional de Supervisores Financeiros. Os acordos nacionais de acesso ao crédito e seguros podem abranger uma série de matérias, dependendo dos objetivos e das necessidades do acordo. Tal como se verifica na Convention AERAS, elencamos alguns temas que poderão ser abrangidos num acordo desta natureza:

- i. A regulação financeira: a regulamentação que rege a concessão de crédito e a venda de seguros, incluindo requisitos de capital, práticas comerciais justas e regulamentos de proteção ao consumidor;
- ii. Acesso ao crédito: como facilitar o acesso das pessoas e empresas ao crédito, especialmente para grupos minoritários ou em situação de vulnerabilidade financeira;

¹⁰⁶ O mecanismo de *pooling*, funciona como uma agregação de dados, que são armazenados para que possam ser consultados sempre que necessário quando forem efetuadas requisições a esse mesmo depósito de dados.

¹⁰⁷ Artigo 15.º-A n.º 10.

- iii. Garantia de transparência: requisitos de divulgação para garantir que os consumidores compreendam completamente os termos e condições dos produtos de crédito e seguros;
- iv. Taxas de juros e custos: regulamentação das taxas de juros, taxas e outros custos associados a empréstimos e apólices de seguro;
- v. Proteção do consumidor: garantir que os consumidores sejam protegidos contra práticas injustas ou enganosas por parte das instituições financeiras e seguradores;
- vi. Esclarecimentos a nível financeiro: propor iniciativas de forma a melhorar a literacia financeira e ajudar os indivíduos a tomar decisões informadas sobre crédito e seguros;
- vii. Supervisão e fiscalização: quais as entidades e como supervisionarão e farão cumprir as regulamentações relacionadas a crédito e seguros;
- viii. Inclusão financeira: estratégias para incluir indivíduos e comunidades que historicamente tiveram pouco ou nenhum acesso a serviços financeiros.

Finalmente, é relevante destacar que a responsabilidade de supervisionar o cumprimento do ANACS é dividida entre duas instituições: o Banco de Portugal, encarregado dos contratos de crédito, e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, responsável pelos contratos de seguros.

É solicitado parecer preliminar da Comissão Nacional de Proteção de Dados e da Direção-Geral da Saúde, objeto de posterior publicação no Diário da República e nos *websites* dos seus signatários.

Ao Conselho Nacional de Supervisores Financeiros compete apresentar um relatório bienal de acompanhamento da execução do presente acordo ao Ministério das Finanças e à Assembleia da República.

Alguns reparos a fazer quanto ao ANACS, começando por indicar que razões de ordem sistemática e lógica, este poderia encontrar-se previsto na própria Lei n.º 75/2021, e não, como efetivamente se verifica, na Lei do Contrato de Seguro, onde se prevê de forma

transversal todo o regime jurídico do contrato de seguro, dado que o seu âmbito material de regulação é o da Lei do Esquecimento.

Outro reparo vai de encontro ao facto de que a própria operacionalização do direito ao esquecimento, requerer também ela própria operacionalização, uma vez que este ANACS, para além da necessária verificação, tal como o nome indica, de “acordo” entre as entidades já acima mencionadas, requer também a existência de uma grelha de referência que se apresentará como a pedra basilar deste acordo, e por fim, caso não se consiga chegar a um consenso as matérias que o ANACS deveria abranger serão definidas por decreto-lei. Parece-nos um cenário que apresenta uma tremenda indeterminação, que nos deixa imersos num clima de suspense e inevitável insegurança.

3.7. Algumas considerações finais

3.7.1. Subversão da lógica do risco

Segundo MOITINHO DE ALMEIDA define-se contrato de seguro como aquele em que uma das partes, no caso o segurador, baseando-se em dados estatísticos para assumir um conjunto de riscos, obriga-se, mediante pagamento de uma determinada quantia, em caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos, ou estando na presença de evento relativo à pessoa humana, entregar um capital ou renda, ao segurado ou a terceiro, dentro dos limites convencionalmente estabelecidos, ou ainda, a dispensar o pagamento dos prémios caso se trate de prestação a realizar em data determinada.

Estabelece o autor como elementos essenciais do contrato de seguro: o risco, ou seja, a possibilidade de ocorrência de evento futuro e incerto que determinará a atribuição de uma quantia patrimonial por parte do segurador, e a prestação do segurado, o prémio. ¹⁰⁸

O conteúdo típico do contrato de seguro encontra-se previsto no artigo 1.º do RJCS, segundo o qual “o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do

¹⁰⁸ ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE, “O contrato de seguro no direito português e comparado”, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1971, pág.23-24.

evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente.” Torna-se clara a relação entre risco determinado e pagamento do prémio correspondente. Deste modo, o risco apresenta-se como elemento caracterizador do contrato de seguro, à luz do artigo 43.º n.º 1 do RJCS. Define-se risco como a probabilidade de ocorrência de certo evento, numa situação previamente considerada. Tal como afirma MENEZES CORDEIRO, pode materializar-se em cinco eventualidades:

- na supressão ou na diminuição de uma vantagem;
- no não surgimento de uma vantagem;
- no aumento de uma desvantagem;
- no não desaparecimento de uma desvantagem;
- no desaparecimento menor de uma desvantagem.¹⁰⁹

É através do cálculo deste risco que se obtém o valor do prémio a pagar, ou seja, a contrapartida da cobertura acordada pelas partes, tal como previsto no n.º 1 do artigo 51.º do RJCS. Neste cálculo, existem certas diferenciações a fazer, sendo por vezes necessário proceder-se à alteração do risco, existindo a hipótese de este ser reduzido (artigo 92.º do RJCS) ou agravado (artigo 94.º do RJCS).

Estabelecendo uma comparação com a Lei n.º 75/2021 parece-nos que efetivamente esta contraria a lógica do risco nos contratos de seguro e o funcionamento da atividade seguradora, uma vez que a diferenciação em função do cálculo do risco é a razão de ser dos contratos de seguros.

Ora vejamos: a atividade seguradora depende da existência de um risco, sendo que este se consubstancia na probabilidade de ocorrência de determinado evento, numa situação previamente considerada, mas incerta. Que poderá ou não ocorrer. De tal depende o valor do prémio, que será proporcional à probabilidade de ocorrência de sinistro. Como refere FRANÇOIS EWALD “Os seguros dão um valor corrente ao risco e inscreve-o como um custo- um prémio de seguro”¹¹⁰. O equilíbrio entre a posição das partes depende

¹⁰⁹ CORDEIRO, MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2016, cit. pág. 539.

¹¹⁰ LOWRY, JOHN, RAWLINGS, PHILIP, *Insurance Law: Cases and Materials*, Hart Publishing, Oxford, 2004, cit. pág. 3.

exatamente da proporcionalidade entre o risco coberto pelo segurador e o prémio a pagar pelo segurado.

Recorrendo ao exemplo dos seguros de pessoas, especificamente no caso dos seguros de saúde, sabemos que o risco coberto pelo segurador assenta naturalmente no estado de saúde do segurado. Por sua vez, no caso de seguros de vida, o prémio depende da morte ou sobrevivência da pessoa segura. Ou seja, existe um paralelismo entre risco coberto e prémio pago. O que não vai de todo ao encontro da lógica que parece ser adotada na Lei n.º 75/2021 de que, sob pena de estarmos perante uma prática discriminatória, o segurador não poderia aplicar à pessoa segura que tivesse superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, prémio ou tarifas mais gravosas do que as aplicáveis a pessoa considerada saudável. De novo se sublinha, tal vai contra a lógica de funcionamento da atividade seguradora, que depende de uma relação de proporcionalidade entre o risco existente e o prémio a pagar, estando este sujeito a alterações que irão ter direta influência no seu valor.

LUIS POÇAS chama a atenção para um caso de seleção adversa por não diferenciação do prémio de acordo com o estado de saúde da pessoa segurada, uma vez que esta lei determina a aplicação do mesmo valor de prémio independente do estado clínico da pessoa, caso contrário, estaríamos perante uma prática discriminatória. Tal como defende o autor tal “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)”¹¹¹.

Em última análise, seria a própria atividade seguradora a afetada e o mercado segurador prejudicado. Duas críticas neste sentido podem ser apontadas à Lei n.º 75/2021. Tal como defende LUÍS POÇAS, cujo entendimento seguimos, este diploma demonstra um profundo desconhecimento do funcionamento da atividade seguradora e das especificidades dos seguros. Vejamos: todo o diploma expressa confusão entre dois conceitos diferentes de discriminação: a discricionária e a condicionada.

¹¹¹ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit., pág. 138.

A primeira é inconstitucional, e a segunda alberga os princípios pelos quais se rege a atividade seguradora e a seu fundamento económico sob a qual se estrutura toda a lógica de funcionamento desta atividade, sem a qual o próprio direito dos seguros perderia congruência. Este ponto interliga-se diretamente com a forma de funcionamento do risco em direito dos seguros, pedra angular da sua existência, e ponto que anteriormente já foi abordado. No fundo o que se pretende demonstrar é que sem uma discriminação condicionada, não existe condições para a atividade seguradora desempenhar o seu papel. Uma vez que é a análise do risco e a determinação do grau de risco segurável, que permite o cálculo do prémio a pagar e a existência de uma relação de seguro onde existem prestações principais (de novo, o prémio a cargo do tomador, e a cobertura do risco e respetiva indemnização a cargo do segurador) e prestações secundárias. Ou seja, seria o próprio contrato se segura invalidado, uma vez que, por impossibilidade de cálculo do prémio, se iria “despir” o contrato de seguro do seu conteúdo típico previsto no artigo 1.º do RJCS. Tal como afirma POÇAS, “as referidas situações de superação ou, sobretudo mitigação, implicam que o segurador incorra num acréscimo de risco sem que possa refletir esse acréscimo no prémio aplicável.”¹¹²

Outra crítica apontada por este autor, é a conveniência que o direito ao esquecimento traz às instituições de crédito. Uma vez que o crédito bancário concedido no âmbito da aquisição do acesso à habitação ou a bens de consumo, não depende de qualquer seguro. Neste tipo de concessão de crédito, é habitual a instituição bancária exigir determinadas garantias, como a hipoteca ou o penhor. Considera POÇAS, um exagero a necessidade de celebração adicional de um seguro de vida, quando o crédito já se encontra salvaguardado por uma garantia. Ou seja, temos uma garantia principal, a hipoteca ou o penhor, e adicionalmente uma garantia secundária, um seguro de vida. Esta última, desempenharia o papel de garantir a garantia. Seria acionado em caso de morte ou invalidez do devedor em situação de incumprimento, evitando que a instituição de crédito tenha necessidade de execução da garantia principal. A cumulação de uma garantia principal com um seguro de vida, pode significar uma “violação do princípio da proibição de excesso na

¹¹² POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit. pág. 185.

garantia”¹¹³ (a designada “sobregarantia”). Não seguimos o entendimento do autor, nomeadamente porque estamos perante riscos completamente distintos: no caso de uma hipoteca o risco é o de não pagamento, no caso de um seguro de vida, o risco é a morte, que é involuntária. Logo, nunca se verificaria uma “sobregarantia”.

3.7.2. Descaracterização do típico contrato de seguro

O conteúdo típico do contrato de seguro apresenta as seguintes características: bilateralidade, onerosidade, consensualidade e aleatoriedade.

Um contrato aleatório é aquele em que os contraentes se comprometem a que a vantagem que cada um pode obter, seja deixada à mera sorte, sujeita a um evento que é incerto, como acontece nos casos de catástrofe natural, acidente rodoviário, ou doença. Esta designada álea, depende de um evento futuro e incerto, que será no caso, ganhar ou perder. Tal como sublinha MENEZES CORDEIRO esta incerteza é exatamente o que caracteriza este tipo de contrato.

Num exemplo prático, seria impensável, um seguro de vida em que à partida já seria do conhecimento dos contraentes com precisão, que iria ocorrer e quando iria ocorrer o óbito da pessoa segurada. Neste caso poderíamos estar perante um caso de má fé por parte do tomador do seguro, situação que poderia ser enquadrada no n.º 5 do artigo 44.º do RJCS.

Ou seja, na ausência desta incerteza, desta aleatoriedade, já não estaríamos na presença de um contrato de seguro, mas sim de outro qualquer contrato de natureza diversa. Com tal afirmação queremos significar que, apresentando-se o contrato de seguro como um acordo em que uma parte, o tomador do seguro, concorda em assumir o risco financeiro de outra parte, o segurado, em troca de um pagamento, designado prémio. Esse risco financeiro envolve a possibilidade de que o tomador do seguro sofra perdas ou danos em um evento futuro incerto, como um acidente de carro, um incêndio em uma propriedade ou uma doença grave. A incerteza e a aleatoriedade desempenham um papel fundamental neste tipo de contrato, sendo um dos elementos que o constitui. Tal significa que o

¹¹³ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit. pág. 190.

resultado do contrato de seguro não pode ser previsto com certeza e depende de eventos imprevisíveis. Se a incerteza e a aleatoriedade fossem eliminadas de um contrato de seguro, ele tornar-se-ia semelhante a outros contratos onde as partes concordam com obrigações definidas e resultados previsíveis. Tal teria como consequência que o contrato deixasse de ser considerado um contrato de seguro, uma vez que perderia um de seus traços característicos fundamentais. Portanto, a preservação da incerteza e da aleatoriedade é essencial para a definição e a identificação de um contrato como sendo de seguro, já que é essa característica que permite ao segurador assumir o risco e facultar proteção financeira ao segurado em situações incertas e imprevisíveis.

Ao vedar o aumento de prémio de seguro e as exclusões de garantias de contratos de seguro, estamos indiretamente a manipular o risco, tal como já acima referimos, e a limitar a aleatoriedade do contrato, na medida em que os sujeitos com quem os seguradores estão a contratar apresentam determinadas características específicas relativas ao seu estado de saúde (porque superaram ou mitigaram situações de risco agravado de saúde ou de deficiência) o que naturalmente aponta para uma elevada probabilidade de representarem um risco mais elevado em comparação com um segurado que não tenha enfrentado tais adversidades.

Tomando a consensualidade como o acordo entre as partes presentes no contrato de seguro, parece-nos que também esta característica será afetada, na medida em que através da Lei n.º 75/2021 se está a impor aos seguradores que contratem com determinada tipologia de pessoas, no caso as que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

3.7.3. Imposição de conduta aos seguradores em benefício das instituições de crédito

São funções associadas ao contrato de seguro, a função social e a função económica.

Segundo JOSÉ VASQUEZ¹¹⁴, a função económica do contrato de seguro existe no âmbito de dois planos distintos, o primeiro está relacionado com a influência económica que os

¹¹⁴ VASQUEZ, JOSÉ, Contrato de Seguro: Notas para uma Teoria Geral, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pág. 19.

seguros possuem nas operações económicas do dia-a-dia, tais como a celebração de seguros de crédito, as garantias prestadas no âmbito de celebração de contratos de seguro (como a hipoteca), enquanto que o segundo plano encontra-se intimamente ligado ao importante papel que as seguradoras desempenham na sociedade atual, que faz com que lidem com grandes quantias pecuniárias constantemente em circulação. Desempenha uma função de redistribuição de riqueza, na medida em que distribuem a riqueza da maioria, para cobrir os prejuízos sofridos pela uma minoria. Nesta máxima se sustenta a avaliação do risco, e o correspondente pagamento do prémio, seguindo o Princípio da Proporcionalidade que podemos encontrar no artigo 52 n.º2 do RJCS *“Na falta ou insuficiência de determinação do prémio pelas partes, atende-se a que o prémio deve ser adequado e proporcionado aos riscos a cobrir pelo segurador e calculado no respeito dos princípios da técnica seguradora, sem prejuízo de eventuais especificidades de certas categorias de seguros e de circunstâncias concretas dos riscos assumidos.”*

Embora concordemos com FRANCISCO LUIS ALVES, quando este defende que a função social se sobrepõe à função económica¹¹⁵, não podemos negar a importância desta última, uma vez que não podemos esquecer que a atividade seguradora é também uma atividade com fins lucrativos, sendo um meio de redistribuição da riqueza, dos riscos, constituindo um produto financeiro.

Uma vez que defendemos que a Lei n.º 75/2021 subverte a lógica do risco, tendo automaticamente consequências diretas no cálculo deste, e, como tal, nos prémios a pagar, não podemos ignorar que destes valores depende a sustentabilidade financeira dos seguradores (em termos simplistas, do seu lucro). A capacidade de cobrir os riscos dos seguros que por si foram contratados, e do devido pagamento dos prémios devidos em caso de sinistro, depende do lucro efetuado pelos seguradores. A Lei n.º 75/2021 impõe aos seguradores que contratem seguros cujos riscos cobertos são *à priori* manipulados, estabelecendo-se determinados limites ao conteúdo dos respetivos contratos de seguro, no sentido de que certas variáveis que poderiam influenciar o risco, são à partida, vedadas. Um exemplo prático será a alínea a) do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 onde se prevê o Direito ao Esquecimento que impõe que pessoas que tenham superado ou mitigado

¹¹⁵ ALVES, FRANCISCO LUÍS, “A discriminação e a avaliação do Risco nos Seguros” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, ano 52, n.ºs 3-4, julho-dez 2011, pág. 245.

situações de risco agravado de saúde ou de deficiência (...) “Não podem ser sujeitas a um aumento de prémio de seguro ou exclusão de garantias de contratos de seguro”. Uma solução mais coerente seria estabelecer um limite máximo para este aumento de prémio, em vez de pura e simplesmente o proibir expressamente.

O que até aqui tentamos expor, e não querendo sobrepor a função económica do contrato de seguro à sua função social, é que a Lei n.º 75/2021 impõe aos seguradores uma conduta, determinando com que riscos pode o segurador negociar, o que irá logicamente influenciar o seu lucro. Neste sentido, e embora, como já anteriormente mencionámos, não se verifique a designada “sobregarantia” porque no caso da hipoteca e do seguro de vida estamos perante riscos diferentes, neste caso as instituições de crédito terão a sua posição duplamente salvaguardada pela contratação adicional de um seguro de vida, que será uma “garantia de segundo grau”, uma vez que a sua posição já se encontra salvaguardada pelas habituais garantias (hipoteca, penhor ou outra).

Ou seja, acompanhamos o entendimento de que “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.”¹¹⁶

3.7.4 Ausência de uma definição de “Direito ao Esquecimento”

Estabelecendo o *modus operandi* deste direito, assim como os prazos que a este diz respeito, o artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 não contém qualquer definição de Direito ao Esquecimento. Terminologia que poderia também inserir-se no preceito próprio para tal, o artigo 2.º de epígrafe “Definições”. Perante esta ausência somos conduzidos a interpretações diversas que representam desafios na aplicação da própria lei. Esta lacuna, intencional ou não, afeta diretamente a concretização deste diploma gerando incerteza jurídica. Perante tal, a jurisprudência e doutrina, apresentar-se-ão como ferramentas indispensáveis no preenchimento desta lacuna no sentido de oferecer orientações, dado que quanto a este conceito a lei se remeteu ao silêncio. Parece-nos que a definição do que

¹¹⁶ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit., pág. 190.

se entende por Direito ao Esquecimento se apresenta como necessária para uma exequibilidade plena deste diploma, assegurando uma terminologia legislativa clara e objectiva.

3.7.5. Risco de desrespeito pelo princípio da igualdade

O princípio da igualdade, tal como já mencionado nesta dissertação¹¹⁷, apresenta uma relação inegável com a proibição da discriminação, o que se encontra vertido no espírito de diversos diplomas. A razão do surgimento da Lei n.º 46/2006, foi a correção de desigualdades, sendo o fim que este diploma legal pretendia prosseguir o da igualdade em si, através de medidas de discriminação positiva. A Lei n.º 75/2021, pretende seguir a mesma linha de pensamento, corrigindo desigualdades e honrando a máxima aristotélica “tratar o igual como igual e o desigual como desigual”, mais uma vez, através de medidas de discriminação positiva¹¹⁸. Neste sentido, deve o legislador atentar às particularidades apresentadas pela Lei 75/2021, e como se posicionam estas em relação ao princípio da igualdade. Tal como afirma GOMES CANOTINHO, no seu parecer relativo à vinculação do legislador orçamental ao princípio da igualdade¹¹⁹, “O legislador não está impedido de introduzir diferenciações e tipicizações mesmo quando estas se traduzem em «cláusulas de rigor». O que ele não pode é tratar, sem qualquer justificação material, de forma desigual, o que é essencialmente igual, ou, de forma igual, o que é basicamente desigual. É precisamente o que acontece quando um grupo de destinatários da norma é tratado de forma desigual em relação a outro grupo, sem que a desigualdade de tratamento se possa considerar materialmente justificada ou justificável. Cabe ao legislador decidir quais os critérios a adoptar na comparação dos vários grupos de modo a tratar de forma igual ou desigual consoante os fundamentos materiais convocados para esse tratamento.”¹²⁰ Chamamos a atenção para o facto deste parecer ter sido elaborado relativamente a um

¹¹⁷ Tema abordado na página 17 e seguintes.

¹¹⁸ Recorremos à definição de discriminação positiva apresentada pela Lei 46/2006 “«Discriminação positiva» medidas destinadas a garantir às pessoas com deficiência o exercício ou o gozo, em condições de igualdade, dos seus direitos.”, tal como previsto no artigo 3.º alínea d).

¹¹⁹ Consultar parecer em http://www.aofa.pt/rimp/Parecer_Gomes_Canotilho.pdf.

¹²⁰ CANOTILHO, JOSÉ J. GOMES; Parecer Jurídico, Coimbra, 2012, cit. pág. 9.

tema específico (Lei do Orçamento do Estado para 2013), pelo que o mencionamos neste estudo, para melhor ilustrar a nossa linha de pensamento. A Lei 75/2021 introduz uma desigualdade de tratamento, neste caso mais favorável relativamente a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. Tal desigualdade deve ser considerada materialmente justificada ou justificável, tal como afirma GOMES CANOTILHO. Esta fundamentação, que tem de existir quando estamos na presença de medidas de discriminação positiva, deve estar vertida na Lei 75/2021, tal como “os critérios a adoptar na comparação dos vários grupos”. Parece-nos que tal será concretizado através dos mecanismos que se encontram previstos na lei, (tais como o procedimento de fixação de uma grelha de referência, parte constituinte do ANACS, referido no artigo 15.º-A do RJCS, aditado pela Lei 75/2021). A presença destas ferramentas de referência, uma vez que nelas se sustenta a fundamentação das práticas de discriminação positiva presente na Lei 75/2021, assim como quais critérios adoptados para se efetuar esta diferenciação, irá contribuir para atenuar o risco de desrespeito pelo princípio da igualdade que, a nosso ver, é suportado pela Lei 75/2021.

3.7.6. Âmbito objetivo limitado aos seguros de vida que observem o conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro

Uma questão pertinente, abordada por POÇAS¹²¹ e ROCHA¹²² é o âmbito objetivo de aplicação deste diploma que se parece limitar aos seguros de pessoas¹²³, em particular os seguros de vida que observem o conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro¹²⁴. A redação atual da lei parece efetivamente excluir

¹²¹ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, pág. 155.

¹²² ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO, “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, pág. 352.

¹²³ Tal como nota ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, os Seguros de Pessoas lidam com valores delicados, os não patrimoniais e ligados à pessoa humana. Tal como dispõe o artigo 175.º do RJCS “O contrato de seguro de pessoas compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa ou de um grupo de pessoas nele identificadas.” em CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito dos Seguros*, Almedina, 2016, pág. 839.

¹²⁴ BRITO, JOSÉ ALVES DE, “Seguros de vida associados ao crédito à habitação. Breve análise ao Decreto-Lei n.º 222/2009 de 11 de setembro.” em *Estudos de Direito do Consumo - Volume II*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 529-567

outros tipos de seguro que não estejam associados a créditos. Tal como os autores referidos, não acompanhamos esta opinião. Ao consultar o Decreto-Lei n.º 222/2009 verificamos que este se aplica a outras modalidades de seguro, e não apenas às que correspondem ao conteúdo mínimo presente no artigo 5.º, mas também aos seguros de vida cuja contratação tenha por objetivo o reforço de garantia dos contratos de crédito à habitação, aos que resultem de uma imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração destes últimos contratos, e aos que representam uma opção do consumidor, tal como se prevê no n.º1 do artigo 2 do Decreto-Lei n.º 222/2009. Prevê-se ainda no artigo seguinte a união de contratos, que lida em associação com outros preceitos legais como o artigo 6.º deste diploma que prevê “O disposto no artigo anterior não prejudica a faculdade de a instituição de crédito propor quaisquer outros contratos de seguro de vida ao mutuário de crédito à habitação, aos quais é aplicável o previsto nos números seguintes”, deixando claro que este diploma não se limita a regular os contratos com o referido conteúdo mínimo. Seguindo este raciocínio, este diploma aplica-se também a contratos que o segurado entenda contratar, que não se apresentem como imposição das instituições de crédito como condição necessária à celebração de contratos de crédito à habitação. Significa tal que a Lei 75/2021 se aplica sim a seguros de vida, não se limitando aos que observem o conteúdo mínimo previsto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de setembro, mas aplicando-se, tal como refere POÇAS “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.”

Esclarecendo, no entanto, que tal como se encontra vertido no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 222/2009 “sempre que exista uma união entre o contrato de seguro de vida e o contrato de crédito à habitação, a validade e eficácia daquele contrato depende da validade e eficácia deste.”, ou seja um nunca é independente do outro, e as condições contratuais estão devidamente adaptadas a tal circunstância, nomeadamente no que toca a prazos e capital do seguro.

3.7.7. Âmbito subjetivo da Lei n.º 75/2021

Ao lermos o diploma verificamos que este se dirige “às pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor” (artigo 3.º n.º 1 da Lei 75/2021). Tal como refere ROCHA “A circunscrição a pessoas singulares teria talvez feito mais sentido”¹²⁵. Ao nos depararmos com a terminologia empregue, tal leva-nos a crer que o diploma “apenas tutela a posição de pessoas que assumem a qualidade de consumidores”¹²⁶, não abrangendo os titulares do crédito à habitação. Um termo mais inclusivo seria mais adequado, tal como afirma ROCHA, “a circunscrição a pessoas singulares teria talvez feito mais sentido.”¹²⁷

3.7.8. Protocolo terapêutico e tratamentos

Refere a lei que “pessoas 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.” O ónus da prova será facultado pelo protocolo terapêutico, comprovando-se assim que a pessoa já não se encontra num estado agravado de saúde. Contudo, é a própria lei que refere que o protocolo terapêutico apenas limita significativa e duradouramente a situação de trisco agravado de saúde. Já acima foi exposto que, dada a particularidade de certos diagnósticos, se apresenta como difícil comprovar que alguém efetivamente ultrapassou um determinado estado clínico, a ponto de se poder afirmar que superaram situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. Se o próprio terapêutico é incapaz de provar que a pessoa ultrapassou, superou aquela situação de risco agravado de saúde, então nunca o segurado conseguirá provar que, não apenas mitigou, como superou situação de risco agravado de saúde.

¹²⁵ ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, cit. pág. 350.

¹²⁶ POÇAS, Luís, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, cit. pág.152.

¹²⁷ ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, cit. pág. 350.

Por outro lado, tal como refere POÇAS, se foi superada aquela situação de risco agravado de saúde ou deficiência, e se “os segurados já não se encontram na referida situação, pouco importará que a superação tenha decorrido de protocolo terapêutico ou de quaisquer outras causas.”¹²⁸

Seguidamente a lei prevê na alínea c) do artigo 2.º da Lei 75/2021 que pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência consideram-se “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”. A questão que neste caso se desperta é que, se a pessoa se encontra em tratamento, com certeza não ultrapassou o seu quadro clínico de situação de risco agravado de saúde, portanto, considera-se que o mitigou. Consoante a patologia que o afecta, o segurado irá necessitar de diferentes tratamentos, que apresentaram uma determinada duração. O que nos reconduz à questão já anteriormente desenvolvida nesta dissertação: em que momento podemos considerar que alguém seguramente mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência.

3.7.9. O artigo 3.º da Lei 75/2021 e a articulação dos seus n.ºs 1 e 2

Questão controversa, também já abordada neste estudo, refere-se à articulação entre os dois números do artigo 3.º. No n.º 1 prevê-se um direito cujos titulares são as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. No n.º 2 prevê-se o designado *trial period* de dois, cinco e dez anos, que garante que, desde que algum destes três prazos se tenha verificado, em contexto pré-contratual as instituições de crédito ou seguradores não podem recolher a informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência.

¹²⁸ ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, cit. pág. 159.

POÇAS¹²⁹ e ROCHA¹³⁰ apresentam pensamentos diferentes quanto a esta questão. Enquanto o primeiro autor considera que, os n.ºs 1 e 2 preveem situações jurídicas distintas, o segundo autor discorda. Sublinha que existe uma diferença entre “informação (...) relativa à situação de risco” e “informação (...) sobre o risco” ou ainda “informação sobre a situação de risco”, defendendo que o n.º 2 é uma especificação do n.º 1 alínea b) não se apresentando como preceitos autónomos, pelo que temos de fazer uma leitura articulada dos dois. Compreendemos ambas as posições, contudo somos da opinião que o n.º 2 apresenta condições para que se verifique o n.º 1. Ou seja, no n.º 1 temos uma concretização do direito ao esquecimento cujos titulares são “As pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor”, sendo que no n.º 2 temos três prazos que, dependendo do circunstancialismo a eles inerente, têm de ser cumpridos para seja ativado o limite que veda às instituições de crédito ou seguradores a possibilidade de recolher informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência em contexto pré-contratual, concedendo o direito ao esquecimento aos respetivos beneficiários.

Existe uma relação entre ambos os preceitos, não se tratando de *facti species* diferentes, como defende POÇAS, mas estando interligados por uma relação de dependência, uma vez que sem a verificação de um, não se concede o outro.

3.7.10. Ausência do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros e da grelha de referência¹³¹

Questão supramencionada nesta dissertação, referimos por último dois elementos essenciais previstos na Lei n.º 75/2021 que consideramos que configuram a operacionalização do Direito ao Esquecimento, e cuja ausência se faz sentir: o designado ANACS e a respectiva grelha de referência. Acompanhamos ROCHA, quando refere que

¹²⁹ POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, pág. 165.

¹³⁰ ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, pág. 359.

¹³¹ À data de entrega desta dissertação de mestrado, não existia qualquer Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros, previsto no artigo 15.º-A do RJCS.

este acordo “deveria ser o quanto antes concluído, com vista à resolução de alguns problemas colocados pela Lei 75/2021 (...)”, de forma a sustentar a concretização e fomentar a aplicação do Direito ao Esquecimento a nível nacional, através deste acordo entre o Estado 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.

CONCLUSÃO

O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa determina que o Estado de Direito se baseia na Dignidade da Pessoa Humana. Desta Dignidade advém alguns princípios que compõem o que constitucionalmente se encontra definido como uma “República soberana”, sendo um dos quais, e de grande interesse para esta dissertação, o princípio da igualdade. Este estipula que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.” A leitura deste preceito, aparentemente fácil, acarreta uma miríade de questões. De entre as quais se destaca a proibição de práticas que se mostrem discriminatórias. Este tema tem sido desenvolvido ao longo dos anos, e tem apresentado uma inegável evolução. Tornou-se claro que situações diferentes requerem tratamentos distintos, para que assim se honre o princípio da igualdade. Desta forma legitimou-se que os seguradores possam oferecer condições contratuais diferenciadas às partes que celebram contratos de seguro, particularmente quando se inserem no contexto de superação ou mitigação de situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. Somos da opinião que esse tratamento, quando devidamente justificado, deve ser permitido, não se confundindo com as designadas práticas discriminatórias, antes pelo contrário, dado que o que se pretende através deste regime é promover a igualdade. Cabe ao segurador, recorrendo a dados atuariais e estatísticos atualizados e baseando-se em cálculos objetivos do risco, promover a transparência, e garantir que é respeitada a mencionada proibição de práticas discriminatórias.

Acompanhando o esforço enveredado no combate as práticas discriminatórias que a nível nacional se tem vindo a verificar, a Lei n.º 75/2021 de 18 de novembro estipula expressamente o designado direito ao esquecimento no acesso ao crédito e contratos de seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência. Com zelosas intenções ao introduzir uma inovação no nosso sistema jurídico no âmbito combate à discriminação, padece de incongruências, nomeadamente pela falta de definição legal clara do que se deve entender por “direito ao esquecimento”. Ao longo do nosso estudo, abordámos o conteúdo da lei, e seu contexto nacional e internacional, o que nos permitiu concluir que configura uma tentativa de importar o conceito do referido direito ao esquecimento do ordenamento jurídico francês.

Contudo, essa tentativa, apesar de representar um progresso no quadro legislativo nacional, despertou algumas questões, especialmente no que diz respeito à sua concretização, dado que o fez de uma forma muito heterogénea, introduzindo inovações que carecem de aperfeiçoamento. Tal resultou num diploma caracterizado por ambiguidades e incoerências de natureza valorativa e lógica, sendo, portanto, marcada por uma gritante necessidade de concretização, conforme exposto nesta dissertação. Uma das ferramentas essenciais na aplicação desta lei, é a celebração do mencionado ANACS. A eficácia e execução desta está dependente da celebração deste acordo ou em alternativa da sua substituição por um decreto-lei. Até à data tal não se verificou.

Se adotarmos uma visão global, o aspeto mais controverso suscitado por esta lei relaciona-se com a exposição a que a atividade seguradora se vê sujeita devido a uma conduta que lhe é imposta pela Lei n.º 75/2021, alegadamente em prol do benefício e proteção do consumidor (entendido como segurado), verificando-se, contudo, que quem irá efetivamente colher vantagens serão as instituições de crédito, que salvaguardam assim a sua posição. Tal, por conseguinte, gera riscos indesejados para o setor de seguros, nomeadamente no que diz respeito à possibilidade de ocorrência de fenómenos como a seleção adversa e o *moral hazard*, abordados nesta dissertação. Tal como explicitado neste estudo, a Lei n.º 75/2021 pode inadvertidamente ampliar os riscos de seleção adversa, onde os segurados que constituem um maior risco recorrem a seguros de forma mais ativa, enquanto aqueles com menor risco podem afastar-se do mercado. Além disso, o *moral hazard*, que se refere ao aumento do risco de comportamentos negligentes ou de maior risco por parte dos segurados, pode ser exacerbado pela regulamentação que desloca a responsabilidade para os seguradores sem garantir uma análise completa dos riscos e comportamentos dos segurados. Ou seja, esta legislação desperta preocupações legítimas sobre a capacidade dos seguradores de equilibrar adequadamente os seus riscos e garantir a sustentabilidade do mercado segurador perante desafios potencialmente crescentes.

Após o até aqui exposto, podemos concluir que a Lei n.º 75/2021 inaugura um debate sobre o equilíbrio entre proteger as instituições de crédito e garantir que o sector segurador não se vê sobrecarregado com responsabilidades indevidas. Tal desperta preocupações sobre a eficiência desta lei, particularmente no que diz respeito à garantia

de um sector segurador que se pauta pela justiça e eficiência, assim como um efetivo combate às práticas discriminatórias. A discussão, portanto, ultrapassa a questão da luta contra a discriminação, adentrando em vicissitudes mais amplas que afetam diretamente a atividade seguradora. Querendo com tal significar que o escopo da discussão engloba não apenas a proibição de práticas discriminatórias, mas também uma série de complexas considerações que têm um impacto significativo no funcionamento do sector segurador e em última análise, do próprio direito dos seguros.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE, “O contrato de seguro no direito português e comparado”, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1971.

ALVES, FRANCISCO LUÍS, “A discriminação e a avaliação do Risco nos Seguros” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 52, n.ºs 3 e 4, julho-dez, 2011, pp. 212-315.

- “Seguro de Saúde: Regime Legal e Novos desenvolvimentos” em *Estudos de Direito do Consumo*, volume II, Almedina, 2023, pág. 569-624.

AMARAL, LÚCIA, “O princípio da igualdade na Constituição portuguesa”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 35-57.

BERKOW, ROBERT/BEERS, MARK H/FLETCHER, ANDREW J., “Doenças cardíacas”, “Hipertensão arterial”, “Doença arterial coronária” em *Enciclopédia Médica Merck Sharp & Dohme*, vol. 1- *Doenças Cardiovasculares*, Editorial Oceano, 2006, pp. 12-22.

- “Fibromialgia”, “Doença pulmonar obstrutiva crónica” em *Enciclopédia Médica Merck Sharp & Dohme*, vol. 2- *Doenças do aparelho respiratório, perturbações dos ossos, articulações e músculos*, Editorial Oceano, 2006, pp. 45-61.
- “Diabetes tipo 2”, “HIV” em *Enciclopédia Médica Merck Sharp & Dohme*, vol. 9- *Perturbações da nutrição e do metabolismo, perturbações hormonais*, Editorial Oceano, 2006, pp. 13-27.

- “Cancro”, “Hepatite C” em *Enciclopédia Médica Merck Sharp & Dohme*, vol. 10- *Perturbações do sangue, cancro, doenças do sistema imunitário*, Editorial Oceano, 2006, pp. 23-34.

BITTAR, CARLOS ALBERTO, *Os Direitos de Personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.

BRITO, JOSÉ ALVES DE, "Seguros de vida associados ao crédito à habitação. Breve análise ao Decreto-Lei n.º 222/2009 de 11 de setembro." em *Estudos de Direito do Consumo - Volume II*, Coimbra, Almedina, 2023, pp. 529-567.

CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa- Anotada- Volume I- Artigos 1º a 107º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 340- 350.

- *Parecer Jurídico*, Coimbra, 2012,

CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei 58/2019*, Coimbra, Almedina, 2020.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2012.

- *Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *Tratado de Direito Civil Tomo IV, Parte Geral, Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2019.

DRAY, GUILHERME MACHADO, *Direitos de personalidade, Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006.

- FILHO, JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS, “Ações afirmativas e inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2005, pp. 493- 523.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2003.
- GAMA, MARGARIDA TORRES, “Proibição de práticas discriminatórias” em *Temas de Direito dos Seguros, a propósito da nova lei do contrato de seguro*, coord. Margarida Lima Rego, Almedina, 2017, pág. 131-139.
- KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes- Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, parte I, Coleção Textos Filosóficos, Edições 70, 2019, pp. 50-124.
- LOWRY, JOHN/ RAWLINGS, PHILIP, *Insurance Law: Cases and Materials*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- MARTINEZ, PABLO DOMINGUES, *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*, Editora Lumens Juris, 2014.
- MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, "Algumas questões em torno do ilícito por ofensa ao crédito e ao bom nome, o artigo 484.º do código civil português" em *Novos desafios da responsabilidade civil*, Atas das II jornadas luso-brasileiras de responsabilidade civil, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.77-110.
- MIRANDA, JORGE, “O Princípio da Igualdade no Direito Português” em *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 132 (nov. 2015), pp. 22-27.
- NOVAIS, JORGE REIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

- *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2016.
- *A dignidade da pessoa humana: dignidade e Constitucionalidade*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2017.
- *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, Almedina, 2019.

OLIVEIRA, ARNALDO FILIPE DA COSTA, “Não discriminação em função do sexo no âmbito dos contratos de seguro - Nota breve sobre o pós-Acórdão «Test Achats», i.e., sobre o direito constituído vigente” em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. 58, n.º 1 (2017), pp. 251-277.

- “Comentários Complementares, Artigo 15.º- Proibição de Práticas Discriminatórias” em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 70-78.
- “Novo regime jurídico do contrato de seguro: aspectos mais relevantes da perspetiva do seu confronto com o regime vigente” em *Revista Fórum*, Ano XII, n.º 25, Lisboa, 2008, pp. 245-274.

OTERO, PAULO, *A Democracia Totalitária: Do Estudo Totalitário à Sociedade Totalitária*, Principia, 2001.

PERES, CÉLIA MARA, *A igualdade e não discriminação*, São Paulo, 2014.

PINTO, PAULO MOTA, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada” em *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-558.

POÇAS, LUÍS, “A Lei 75/2021, O direito ao esquecimento e os seguros”, em *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp.127-198.

REGO, MARGARIDA LIMA, “Da inconstitucionalidade das normas permissivas de «discriminação racional»” em *Estudos em memória do conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 869-888.

ROCHA, RODRIGUES FRANCISCO, “Responsável pelo tratamento e subcontratante (artigo 24 e artigo 29)” em *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Coordenação A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, 2021, pp. 232-287.

- “O «direito ao esquecimento» na Lei 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas.” em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número Temático: Tecnologia e Direito*, vol. LXIII, 2022, pp. 341-364.

TORRES GAMA, MARGARIDA, “Proibição de práticas discriminatórias” em *Temas de Direito dos Seguros- A propósito na nova lei do contrato de seguro*, coord. Margarida Lima Rego, Coimbra, Almedina, 2017, pp.131-141.

TORRES, LEONOR CUNHA, “Artigo 15.º- Proibição de Práticas Discriminatórias” em *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016, pp.70-78.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2005.

VASQUEZ, JOSÉ, *Contrato de Seguro: Notas para uma Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

VELOSA, JOSÉ/CARNEIRO DE MOURA, MIGUEL/TATO MARINHO, RUI, *120 Perguntas sobre Hepatite B*, Editora Quimera, 2007.

Páginas da internet consultadas

- <https://diariodarepublica.pt/>
- <https://eur-lex.europa.eu/>
- <https://eur-lex.europa.eu/>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.cjf.jus.br/>
- <https://www.cgd.pt/>
- <https://www.economie.gouv.fr/>
- [https://www.jusbrasil.com.br/.](https://www.jusbrasil.com.br/)
- [https://www.parlamento.pt/.](https://www.parlamento.pt/)
- <http://www.aofa.pt/>