



LUÍS POÇAS

Doutor em Direito pela FDUL; Diretor Jurídico e de *Compliance*  
da Una Seguros; Investigador do DINÂMIA'CET (ISCTE-IUL)

## Declaração do risco seguro e direito ao esquecimento

*Duty of disclosure in insurance  
and right to be forgotten*

**RESUMO:** O presente estudo tem por objeto a articulação entre o regime do dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro, estabelecido nos artigos 24.º ss. do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, e o do direito ao esquecimento, traçado na Lei n.º 75/2021. O texto apresenta os dois institutos – dando particular nota das dúvidas, incertezas e paradoxos que decorrem deste último –, e desenvolve uma análise crítica sobre a sua concatenação, testando, de forma prática, nas suas várias vertentes, as implicações da tensão entre o dever de informação que incide sobre a pessoa segura e o direito desta a omitir informação clínica no quadro da lei do esquecimento.

**Palavras-chave:** Declaração do risco, direito ao esquecimento, informação de saúde, risco agravado de saúde, deficiência

**ABSTRACT:** The object of this study is the articulation between the duty of disclosure in insurance, ruled under Articles 24 et seq. of the Insurance Contract Law, and the right to be forgotten, set out in Law nr. 75/2021. The text presents the two institutes – paying particular attention to the doubts, uncertainties and paradoxes that arise from the latter – and develops a critical analysis of their concatenation, testing, in a practical way and in various aspects, the implications of the outlined tension between the duty of disclosure that binds the insured person and the latter's right to omit clinical information within the framework of Law nr. 75/2021.

**Keywords:** Duty of disclosure in insurance, right to be forgotten, health information, aggravated health risk, disability

**SUMÁRIO:** I – Introdução; II – A *lei do esquecimento* em revista sumária; II.1 – Estado da arte e aspetos gerais; II.2 – Vigência e aplicabilidade imediata da *lei do esquecimento*; III – Os termos da equação; III.1 – O dever de declaração do risco; III.1.1 – Generalidades; III.1.2 – O âmbito do dever de declaração; III.1.3 – O incumprimento doloso; III.1.4 – O incumprimento negligente; III.2 – O direito ao esquecimento; III.2.1 – Algumas definições-chave; III.2.2 – O artigo 3.º da Lei n.º 75/2021; III.2.3 – As inconsistências da noção de “mitigação”; IV – Na interseção dos dois institutos; IV.1 – Dois institutos conflituantes?; IV.1.1 – A tensão entre o dever (de informação) e o direito (ao esquecimento); IV.1.2 – A zona de interseção; IV.1.3 – A prevalência do direito ao esquecimento; IV.1.4 – Uma tensão meramente aparente; IV.2 – Um dever de informação a cargo do segurador?; IV.3 – O ónus de aferição das situações de superação ou mitigação; IV.4 – Implicações no questionário de declaração do risco; IV.5 – A declaração espontânea de patologia ou deficiência superada ou mitigada; IV.6 – O (in)cumprimento do dever de declaração do risco e o sinistro; IV.7 – Cont.: a superação de deficiência e o sinistro de invalidez; IV.7.1 – Dois modelos de conceptualização; IV.7.2 – A cobertura complementar de invalidez; IV.7.3 – Incapacidade preexistente e declaração do risco; IV.7.4 – Deficiência superada e direito ao esquecimento; IV.8 – Um direito ao esquecimento em sede de execução do contrato?; V – Conclusões

Muytas promessas & juramentos que tudo o passado  
poria em esquecimento [...]

FERNÃO MENDES PINTO, *Peregrinação*, Cap. CXLIX

## I – Introdução

No final de 2021 o país foi brindado com um diploma legal – a Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro (doravante, *lei do esquecimento*) – que assumia o elevado propósito de reforçar o acesso ao crédito e a contratos de seguros por pessoas que tivessem superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, proibindo práticas discriminatórias e consagrando o “direito ao esquecimento”.

A nobreza do fim visado – que, adiante-se, encontrava precedentes legislativos em Portugal e noutros países da União Europeia, (doravante, UE), de âmbito aparentemente equivalente – surgia, porém, suportada em originalidades improvisadas com ligeireza pelo legislador nacional.

Não obstante todas as dúvidas, incertezas e paradoxos que decorrem do diploma – e de que adiante daremos nota resumida –, as principais implicações práticas do mesmo suscitam-se ao nível do instituto da declaração inicial do risco do contrato de seguro, estabelecido nos artigos 24.º ss. do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 26 de abril (Lei do Contrato de Seguro, doravante LCS).

O propósito do presente texto é precisamente o de analisar e testar, de forma prática, a articulação da disciplina respeitante ao direito ao esquecimento com o regime da declaração inicial do risco. Antes, porém, importa rememorar os traços essenciais da Lei n.º 75/2021, o que faremos de seguida.

## II – A lei do esquecimento em revista sumária

### II.1 – Estado da arte e aspetos gerais

I – Não obstante tratar-se de um diploma de enorme relevância, sobretudo para a atividade seguradora Vida, a *lei do esquecimento* pouca atenção tem merecido à doutrina. Pela nossa parte, publicámos, logo em janeiro de 2022, um artigo dedicado à análise do diploma e das problemáticas que o mesmo suscita<sup>1</sup>, tendo igualmente intervindo na organização e moderação, no âmbito da atividade da AIDA Portugal, de um painel de debate sobre o tema<sup>2</sup>. Assinale-se também a recentíssima publicação de um relevante

<sup>1</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *Revista de Direito Comercial* (2022), 127-197 (disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-lei-75/2021-o-direito-ao-esquecimento-e-os-seguros>).

<sup>2</sup> Webinar “Direito ao esquecimento e não-discriminação”, Lisboa, AIDA Portugal, 9 e 10/03/2022.

artigo de Francisco Rodrigues Rocha sobre a matéria, aguardando-se outros contributos que potenciem o alargamento da sua discussão e o seu aprofundamento<sup>3</sup>.

Em sede de contextualização e enquadramento do tema, importa trazer à colação, de forma resumida, os principais vetores do estudo que desenvolvemos no citado artigo.

II – Desde logo, sublinhámos que a Lei n.º 75/2021 constitui, em Portugal, a terceira etapa de um trajeto legislativo sobre a mesma matéria e, noutra perspetiva, a terceira peça de um *puzzle* normativo, com referências cruzadas, de que são igualmente peças a alínea c) do artigo 4.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, e o artigo 15.º da LCS.

Esse *puzzle* tem por preocupação comum o temor de que a seleção do risco, própria da atividade seguradora, possa traduzir-se numa injustificada e arbitrária discriminação negativa das pessoas afetadas por doenças graves ou com deficiência, sobretudo no acesso a seguros de vida e, logo, ao crédito bancário para aquisição de habitação ou de bens de consumo.

III – Com aquela preocupação em vista, a *lei do esquecimento* contempla um perímetro *central* de intervenção reguladora e uma outra zona de atuação *periférica*. No referido plano central, o diploma consagra, relativamente aos seguros associados a contratos de crédito à habitação ou crédito ao consumo, o *direito ao esquecimento* (artigo 3.º), proibindo que, relativamente a pessoas que tenham superado ou mitigado uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência, o segurador: (i) recolha informações sobre a situação clínica pretérita da pessoa segura; e (ii) recuse garantias ou agrave o prémio em função dessa situação.

Para o efeito, o diploma estabelece (artigo 2.º) definições próprias – a de *superação* e a de *mitigação* de risco agravado de saúde

<sup>3</sup> Francisco Rodrigues Rocha, “O ‘direito ao esquecimento’ na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. LXIII (2022), n.ºs 1 e 2, 341-364. Agradecemos ao autor a disponibilização antecipada do texto.

ou deficiência – e revê (artigo 4.º) a definição de *peças com risco agravado de saúde ou deficiência*, previsto no artigo 4.º da citada Lei n.º 46/2006, alargando o respetivo âmbito.

IV – Já quanto à sua zona periférica de intervenção, a *lei do esquecimento* dispersa-se em várias direções, sem critério lógico nem coerência sistemática. Desde logo, prevê a celebração do Acordo Nacional de Acesso ao Crédito e a Seguros (ANACS), de modo a regulamentar e desenvolver aspetos respeitantes ao direito ao esquecimento. Porém, em vez de o prever no lugar próprio (o corpo normativo da Lei n.º 75/2021), fá-lo por aditamento de um artigo (15.º-A) à LCS, diploma cujo âmbito transcende largamente a especificidade daquele direito.

Faz também alterações ao artigo 15.º da LCS, com remissões para a Lei n.º 46/2006 e para o aditado artigo 15.º-A (ANACS). Mais peculiarmente, adita ao artigo 15.º um n.º 10, onde proclama a proibição, na celebração, execução e cessação do contrato de seguro de práticas que discriminem entre a saúde física e mental ou psíquica, disposição cujo sentido útil e utilidade prática não se descortinam facilmente.

Por outro lado, e inteiramente fora do seu assumido objeto de regulação, altera o n.º 1 do artigo 217.º da LCS, sobre a eficácia pós-contratual dos seguros de saúde.

Ademais, adita um artigo (15.º-B) à LCS (de novo, em fonte normativa desapropriada), cujo n.º 1 haveria de corresponder a um alargamento do direito ao esquecimento – no sentido de abranger aí as pessoas que superaram situações de risco agravado e que, apesar de terem comprovadamente cessado a fase de tratamentos ativos, ainda tenham de realizar tratamentos coadjuvantes –, mas que, em vez de surgir regulado em sede própria (o artigo 3.º da *lei do esquecimento*), remete para o artigo 15.º-A da LCS (previsão de celebração do ANACS).

Finalmente, e para culminar este leque de incoerências, o n.º 2 do aditado artigo 15.º-B da LCS trata de uma matéria de estrito âmbito laboral, com incidência numa disposição do Código do Trabalho, que nada tem a ver com seguros ou com o acesso ao crédito e

a seguros por pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou deficiência.

V – De tudo o que antecede deixámos detida análise no artigo já citado, para lá remetendo o leitor<sup>4</sup>. Uma matéria, porém, continua a merecer dissenso no setor segurador: no que respeita ao seu núcleo central de intervenção, estará a Lei n.º 75/2021 plenamente vigente e eficaz? Não obstante termos já abordado o tema no citado texto, cremos que é útil retomá-lo à luz do tempo entretanto decorrido.

## **II.2 – Vigência e aplicabilidade imediata da lei do esquecimento**

I – Sobre a plena vigência e eficácia da Lei n.º 75/2021, o respetivo artigo 8.º contém uma disposição lapidar, estabelecendo que aquela entra em vigor no dia 1 de janeiro de 2022. Por outro lado, o artigo 7.º da mesma lei apenas faz depender de regulamentação uma matéria que nada tem a ver com o direito ao esquecimento e que constitui um dos vários excursos legislativos do diploma: a alteração introduzida ao n.º 1 do artigo 217.º da LCS (eficácia pós-contratual do seguro de saúde).

Assim, a uma primeira leitura, parece claro que, com a referida exceção, todo o regime previsto no diploma teria entrado plena e imediatamente em vigor em 1 de janeiro de 2022. Ora – abstraído das deambulações normativas que se alheiam da matéria central do diploma –, referimos já que o ANACS visa regulamentar e desenvolver o regime do direito ao esquecimento, pelo que se suscita a questão de saber se este regime (no essencial, o previsto nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 75/2021) é passível de aplicação imediata.

A questão, do nosso ponto de vista, não consiste em saber se, com apoio no arsenal metodológico sobre a interpretação e aplicação da lei, de que é provida a ciência do Direito, é *possível* extrair

<sup>4</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*.

um sentido útil dos referidos artigos 2.º e 3.º, de modo a possibilitar a sua aplicação imediata. A questão será antes a de saber se a construção normativa visada pela Lei n.º 75/2021 em matéria de direito ao esquecimento poderá bastar-se com o disposto nos referidos artigos 2.º e 3.º, prescindindo dos desenvolvimentos delegados no ANACS. Ora, a resposta, cremos, não poderá deixar de ser negativa, no sentido em que a lógica e equilíbrio normativos do diploma têm como condição necessária de aplicação a celebração do ANACS. Vejamos.

II – Inspirado em soluções de outros ordenamentos<sup>5</sup>, o ANACS desempenha, desde logo, uma função conciliatória, visando concretizar o regime do direito ao esquecimento em moldes equilibrados e que traduzam uma solução de compromisso acordada entre os representantes dos vários interesses em presença. Daí a sua natureza negocial (“acordo nacional...”) e a composição dos intervenientes<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A solução gizada tem por precedente de referência a Convenção AERAS (*S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé*), do ordenamento francês. A primeira versão da convenção remonta a 1991, só em 2015 lhe tendo sido introduzida a regulação do direito ao esquecimento (*droit à l'oubli*). Não obstante, quanto à extensão deste direito, o mesmo abrange apenas doenças oncológicas e hepatite C, estando pendentes discussões quanto à extensão da grelha de patologias abrangidas e respetivos períodos de prova a considerar. Para além disso, a solução francesa define uma idade e capital máximo seguros, para além de estabelecer uma *pool* de riscos agravados. Cfr. a Convenção AERAS, acessível em <https://www.aeras-infos.fr/files/live/sites/aeras/files/contributed/aeras/documents/ConventionAERAS2020.pdf> (consult. 01/11/2022), e Philippine Bocquel, “Comparison with the French «Convention Aeras»” – comunicação apresentada no *Webinar* “Direito ao Esquecimento e Não-Discriminação”, Lisboa, AIDA Portugal, 10/03/2022 (inédito). Com enfoque nos sobreviventes a doenças oncológicas, o direito ao esquecimento tem, a partir do modelo francês, obtido acolhimento noutros ordenamentos, como o da Bélgica, Luxemburgo e Holanda, esperando-se que a tendência prossiga no quadro do Direito da UE – cfr. Grazia Scocca e Françoise Meunier, “Towards an EU legislation on the right to be forgotten to access to financial services for cancer survivors”, *European Journal of Cancer*, n.º 162 (2022), 134 ss. Por comparação, e como melhor veremos, a solução legal portuguesa não estabelece limites de idade, capital, natureza das patologias em causa, etc., inovando, ademais, na noção de *mitigação* de risco agravado de saúde ou deficiência, sem base científica conhecida nem paralelo noutros ordenamentos.

<sup>6</sup> Associações setoriais representativas de instituições de crédito, sociedades financeiras, sociedades mútuas, instituições de previdência e empresas de seguros e resseguros,

A visada *concretização* do regime traduz, afinal, o papel instrumental ou regulamentar do ANACS face à *lei do esquecimento*, cabendo-lhe definir aspetos da disciplina que a Lei n.º 75/2021 reconheceu carecerem de desenvolvimento normativo, mas cuja regulação expressamente cometeu ao ANACS. Vejamos quais os aspetos legalmente previstos.

Desde logo, o regime não é axiologicamente concebível sem o estabelecimento de um dever de informação a cargo do segurador, de modo que, quando é chamada a declarar o risco, a pessoa segura conheça o direito ao esquecimento que lhe assiste. Trata-se, de algum modo, de uma extensão do dever de informação que decorre do n.º 4 do artigo 24.º da LCS. Ora, este pilar essencial do regime do direito ao esquecimento não está regulado na Lei n.º 75/2021 nem em outro diploma legal, sendo a sua disciplina, no quadro do ANACS, remetida para a ficha de informação normalizada a definir pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros<sup>7</sup>.

Outro aspeto essencial é o da amplitude material do *esquecimento*. Tanto a alínea b) do n.º 1 como o n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 dispõem que *nenhuma informação de saúde* pode ser recolhida ou objeto de tratamento por seguradores em contexto

bem como organizações nacionais que representam pessoas com risco agravado de saúde, pessoas com deficiência e utentes do sistema de saúde – n.º 1 do artigo 15.º-A da LCS. A função conciliatória – ou compromissória – evidencia-se igualmente em algumas soluções cometidas ao ANACS, como a de desenvolver um mecanismo de mediação entre os seguradores e as instituições de crédito e as pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência (alínea d) do n.º 2 do citado artigo 15.º-A), ou a possibilidade de o mesmo convencionar um mecanismo de *pooling* dos custos adicionais decorrentes da contratação de seguros ou créditos com pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, sendo este implementado e financiado exclusivamente pelas instituições privadas (n.º 10 do mesmo artigo).

<sup>7</sup> Com efeito, dispõe-se na alínea e) do n.º 2 do artigo 15.º-A da LCS que o ANACS tem como objeto definir orientações gerais relativamente à informação a divulgar obrigatoriamente, entre outros, nos sítios da Internet dos seguradores. Acrescenta o n.º 9 do mesmo artigo que os requerentes de contratos de seguro são informados das disposições do direito ao esquecimento e dos termos do ANACS, em formato e linguagem inteligível para não especialistas, a definir pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) em ficha de informação normalizada, devendo o requerente assinar que tomou conhecimento dessas disposições.

pré-contratual. Porém, a alínea c) do n.º 2 do artigo 15.º-A da LCS estabelece que o ANACS tem por objeto definir *categorias específicas de dados e informações que possam ser exigidas* e operações de tratamento desses dados e informações e das suas garantias de sigilo<sup>8</sup>. Ou seja, a proibição resultante do citado artigo 3.º tem por contraponto uma permissão normativa cuja definição é relegada para o ANACS.

Também no domínio da amplitude temporal do esquecimento, o n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 estabelece prazos perentórios (períodos de prova), decorridos os quais se consolida o direito ao esquecimento, dispondo-se, ademais, no n.º 6 do artigo 15.º-A da LCS que o ANACS pode determinar *termos e prazos mais favoráveis* ao consumidor. Ainda assim, o n.º 7 do mesmo artigo dispõe que o ANACS define um procedimento de fixação de uma *grelha de referência* que permita definir os termos e prazos referidos naquele n.º 6 para cada patologia ou incapacidade, *em linha com o progresso terapêutico, os dados científicos e o conhecimento sobre o risco de saúde ou segurador que cada patologia ou incapacidade represente*<sup>9</sup>. Ora, embora não seja conhecida base científica para os prazos do referido n.º 2 do artigo 3.º, transversalmente aplicáveis a *todas* as patologias – e, sobretudo, para o prazo da inovadora e inventiva noção de *mitigação* de risco agravado de saúde ou deficiência –, certo é que a remissão para critérios científicos, a determinar para cada patologia ou incapacidade, poderá pôr à prova a discricionariedade dos prazos gerais, na sua transversalidade.

De resto, o ANACS constitui igualmente uma instância de oportunidade para burilar e aperfeiçoar a incipiência do texto legal, marcado por deficiências formais e incoerências normativas.

III – Em suma, as matérias delegadas no ANACS não são supérfluas, despidiendas ou decorativas. Elas integram o cerne regulatório do direito ao esquecimento, disciplinando aspetos cruciais do

<sup>8</sup> Com relevância neste domínio, esclarece o n.º 11 do artigo 15.º-A que o ANACS é obrigatoriamente *sujeito a parecer preliminar da Comissão Nacional de Proteção de Dados*.

<sup>9</sup> Acrescenta o n.º 8 do mesmo artigo que a referida *grelha de referência* deve ser atualizada a cada dois anos e é pública, devendo o Estado publicitá-la nos sítios de Internet relevantes.

regime do mesmo. São, portanto, parte incidível da arquitetura normativa do direito ao esquecimento, sem a qual a disciplina deste se apresentaria, no seu minimalismo, descaracterizada e mutilada. A indispensabilidade do ANACS à equação normativa em análise é de tal ordem que o n.º 12 do citado artigo 15.º-A prevê que, na falta de acordo ou cessando o mesmo, as matérias que o ANACS deveria abranger são definidas por decreto-lei, após consulta à Comissão Nacional de Proteção de Dados, à Direção-Geral da Saúde e ao CNSF.

Retomando a questão atrás formulada: *pode* (no plano da lógica formal) o regime do direito ao esquecimento ser aplicado de imediato, prescindindo do ANACS? Admitamos que sim. Mas será isso *possível* no plano da lógica material – ou, melhor, normativa – e da unidade e coerência sistémica da Lei n.º 75/2021? A resposta, cremos, não poderá ser senão negativa.

### III – Os termos da equação

Após um enquadramento introdutório do tema e um breve excursão sobre a *lei do esquecimento* – com especial enfoque na questão da sua vigência plena – é o momento de nos concentrarmos no objeto de estudo central deste texto: a articulação do direito ao esquecimento com o dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro.

Para o efeito, a análise seguidamente desenvolvida abstrairá da referida problemática sobre a vigência e aplicação imediata da Lei n.º 75/2021, incidindo sobre o regime do direito ao esquecimento *as is*.

O presente capítulo versará, assim, sucessivamente – e ainda para efeitos de enquadramento –, sobre as duas componentes do tema isoladamente tomadas: (i) o dever de declaração inicial do risco; e (ii) o direito ao esquecimento. Será depois tempo, no capítulo subsequente, de analisar a concatenação entre ambas.

### III.1 – O dever de declaração do risco

#### III.1.1 – Generalidades

I – O instituto ora em análise consiste no dever jurídico<sup>10</sup>, que vincula o proponente do contrato de seguro, o segurado ou a pessoa segura, a informar o segurador, de forma completa e exata, na fase pré-contratual, sobre as características do risco proposto, de modo que o segurador possa formar, livre e esclarecidamente, a sua vontade negocial e determinar as condições contratuais – mormente, tarifárias – correspondentes à probabilidade e intensidade desse risco.

II – Este dever de declaração tem por fundamentos materiais<sup>11</sup>, por um lado, a *assimetria informativa* (circunstância de o conhecimento sobre as características concretas do risco proposto se situar na esfera do tomador ou segurado) e, por outro, uma *relação de confiança* forçada (circunstância de as partes se verem constrangidas a confiarem uma na outra).

Quanto aos respetivos fundamentos normativos<sup>12</sup>, os mesmos reconduzem-se: (i) à *alea* contratual, na medida em que, sendo o seguro um contrato tendencialmente aleatório<sup>13</sup>, só a paridade informativa garante o equilíbrio contratual entre o prémio e o risco;

<sup>10</sup> Cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, Almedina: Coimbra (2013), 643-671. No sentido em que está em causa um ónus, carga ou *Obliegenheit*, António Menezes Cordeiro, *Direito dos Seguros*, Almedina: Coimbra (2013), 560-561 e 580-581.

<sup>11</sup> Desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, *cit.*, 115-122. Cfr. também, por exemplo, Eva Moreira da Silva, *As Relações Entre a Responsabilidade Pré-Contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo): O Caso da Indução Negligente em Erro*, Almedina: Coimbra (2010), 30-39.

<sup>12</sup> Sobre os fundamentos normativos do dever de declaração do risco, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, *cit.*, 123-229.

<sup>13</sup> Sobre a problemática, cfr. Luís Poças, “Os seguros de capitalização”, in Luís Poças, *Estudos de Direito dos Seguros*, Almeida & Leitão: Porto (2008), 83-92. Quanto aos argumentos – e contra-argumentos – das perspetivas que criticam o caráter aleatório do seguro, cfr. Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, *cit.*, 126 ss.

(*ii*) à autonomia da vontade, refletida no instituto do erro-vício do consentimento e na tutela da vontade negocial livre e esclarecida do segurador; e (*iii*) à máxima boa fé (objetiva) que caracteriza o contrato de seguro, contexto em que é especialmente valorada a censurabilidade da conduta do tomador ou segurado.

III – O regime da declaração do risco está consagrado, no essencial, em três artigos da LCS, respetivamente, delimitando o dever de declaração do proponente (artigo 24.º), regulando o incumprimento doloso de tal dever (artigo 25.º) e disciplinando o incumprimento negligente do mesmo (artigo 26.º). Analisaremos de seguida, sinteticamente, cada uma destas disposições.

### III.1.2 – O âmbito do dever de declaração

I – Resulta do n.º 1 do artigo 24.º da LCS que o tomador do seguro ou o segurado (pessoa segura, nos seguros de pessoas)<sup>14</sup> está obrigado, antes da celebração do contrato<sup>15</sup>, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> É de considerar abrangido o aderente nos seguros de grupo. Nos seguros de danos, o segurado é a pessoa por conta de quem o seguro é celebrado, ou seja, é quem surge identificado na apólice como titular do interesse segurável, detendo uma pretensão à prestação indemnizatória do segurador. Já nos seguros de vida, entendemos que não existem critérios objetivos, rigorosos e inequívocos de autonomização da figura de *segurado* relativamente à posição de tomador, de pessoa segura ou de beneficiário. Não obstante, no ordenamento português e em matéria de seguros de vida, será de considerar a expressão *segurado* como sinónima da de *pessoa segura*. Sobre a problemática, cfr. Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 539-553. Em sentido diverso, Margarida Lima Rego, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora: Coimbra (2010), 599 ss.

<sup>15</sup> Não obstante estar em causa um dever pré-contratual, o mesmo é analogicamente aplicável a algumas vicissitudes em sede de execução do contrato de seguro, como a reposição em vigor ou o alargamento do objeto, dos capitais, do prazo ou das garantias seguras.

<sup>16</sup> A descrição do risco constitui, desta forma, uma declaração recipiênda de ciência, qualificável como um *ato jurídico simples (ato declarativo)*.

O tomador do seguro e o segurado (ou pessoa segura) estão, portanto, autonomamente obrigados, pelo que relevam, para efeitos de incumprimento, as omissões ou inexatidões, bem como o estado subjetivo, de qualquer deles.

Por seu turno, o (in)cumprimento do dever de declaração do risco afere-se pelas circunstâncias que, no quadro do princípio da materialidade subjacente, forem *ou deverem ser conhecidas* do proponente até à conclusão do contrato. Será, assim, de considerar, numa interpretação declarativa lata do n.º 1 do artigo 24.º, a noção de boa fé subjetiva em sentido ético, equiparando-se o desconhecimento culposo ao conhecimento efetivo (e superando-se também a dificuldade probatória do conhecimento)<sup>17</sup>.

Relativamente ao critério de relevância requerido pelo preceito (*todas as circunstâncias que razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador*), o mesmo assenta nas representações subjetivas do proponente concreto, ainda que moderadas por um elemento de objetividade (razoabilidade). Assim, num seguro de vida, o estado de saúde da pessoa segura é, evidentemente, um dos elementos que mais fortemente condiciona o risco de morte, pelo que as inerentes informações clínicas não poderão razoavelmente deixar de ser tidas por significativas para a apreciação do risco.

II – Como resulta do n.º 2 do artigo 24.º, o dever de declaração do risco estabelecido no n.º 1 do mesmo artigo é igualmente aplicável a circunstâncias cuja menção não seja solicitada em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito.

<sup>17</sup> Assim, quem deliberadamente evita tomar conhecimento de um relatório médico que suspeita ser desfavorável, de modo a furtar-se a informar do mesmo o segurador, não merece maior proteção do Direito do que quem cientemente omite um facto por si conhecido ao segurador. Desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 338-344. Sobre a diferença entre a boa fé subjetiva em sentido psicológico e em sentido ético, cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina: Coimbra (1984) (Reimpr., 2007), 510 ss. Cfr. também Raúl Guichard Alves, *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, UCP: Porto (1996).

O preceito remete para a distinção entre dois sistemas de declaração do risco: o de dever de *informação espontânea*, onde o proponente assume o papel ativo de revelar de forma completa e exata todos os factos relevantes, mesmo que o segurador se remeta a um papel inteiramente passivo e nada questione; e o de dever de *resposta*, onde o papel ativo é sobretudo assumido pelo segurador, no sentido de fornecer um questionário sobre todas as matérias que considera relevantes, remetendo o proponente para a posição passiva de responder de forma exata e completa às questões colocadas, âmbito a que fica limitado o dever de informação.

Ora, embora alguma doutrina entenda que o n.º 2 do artigo 24.º acolhe um sistema de *questionário aberto*<sup>18</sup>, a admissibilidade deste *tertium genus* deixa-nos sérias reservas<sup>19</sup>. No essencial, ou o dever de informação está limitado à resposta a um questionário (caso em que este é o meio obrigatório de obtenção da informação), ou não (caso em que há um sistema de declaração espontânea). E esta última foi claramente a opção da LCS, onde o recurso a um questionário é meramente facultativo («questionário *eventualmente* fornecido pelo segurador») e não tolhe o dever de informação quanto às matérias não questionadas (é esse precisamente o teor do n.º 2 do artigo 24.º)<sup>20</sup>.

Quanto à articulação com o critério de relevância estabelecido no n.º 1 do artigo 24.º, deve presumir-se a relevância das matérias incluídas no questionário (clínico ou outro), porquanto, em virtude dessa inclusão, o proponente não poderá razoavelmente deixar de tê-las por significativas para a apreciação do risco pelo segurador.

<sup>18</sup> Júlio Gomes, “O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual, à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008 de 16 de Abril”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, coord. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira Neves e Marta Tavares Almeida, Almedina: Coimbra (2011), 408; e António Dâmaso Bentinho, *Os Deveres de Informação do Tomador do Seguro*, Relatório de Mestrado, FDL: Lisboa (2009), 38 e 47.

<sup>19</sup> Desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 360-373.

<sup>20</sup> Não obstante, de *iure condendo*, defendemos a solução de *dever de resposta* – Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 909 ss.

III – No n.º 3 do artigo 24.º estabelece-se que o segurador que tenha aceitado o contrato – salvo havendo dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem<sup>21</sup> – não pode prevalecer-se: (a) da omissão de resposta a pergunta do questionário; (b) de resposta imprecisa a questão formulada em termos demasiado genéricos; (c) de incoerência ou contradição evidentes nas respostas ao questionário; (d) de facto que o seu representante, aquando da celebração do contrato, saiba ser inexato ou, tendo sido omitido, conheça; e (e) de circunstâncias conhecidas do segurador, em especial quando são públicas e notórias<sup>22</sup>.

O preceito impõe um verdadeiro dever de cooperação e controlo, pelo segurador, da declaração do risco, cominando – com fundamento no abuso do direito e, em particular, no *venire contra factum proprium* – o incumprimento negligente de tal dever com a inimpugnabilidade do contrato<sup>23</sup>. Neste contexto, as respetivas alíneas a) a c) referem-se a *falhas manifestas* na declaração do risco – incluindo, por interpretação extensiva, incoerências, contradições, referências ilegíveis ou incompreensíveis, imprecisões, omissões de resposta, respostas manifestamente incompletas ou evasivas – e à falta de diligência do segurador no respetivo controlo. Já as alíneas d) e e) abrangem factos culposamente desconhecidos (ou não atualmente representados)<sup>24</sup> pelo segurador ou pelo seu representante.

<sup>21</sup> Trata-se aqui de um *elemento subjetivo especial da culpa* – um *dolo específico* (por oposição ao dolo genérico) – *qualificante da mesma* ou, por outras palavras, um dolo agravado. Não sendo configuráveis situações em que o proponente aja *sem* o propósito de obter uma vantagem, este grau de culpabilidade corresponderá à situação-regra.

<sup>22</sup> Trata-se de uma enumeração enunciativa, albergando situações nele não expressamente referidas, como a renúncia, expressa ou tácita, do segurador ao direito de ser informado sobre as circunstâncias do risco; as deficiências na construção do questionário; ou a confirmação, expressa ou tácita, do contrato, posterior ao conhecimento do vício.

<sup>23</sup> São, porém, múltiplas as incoerências da solução. Desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 383-450.

<sup>24</sup> Suscitam-se dificuldades quanto à delimitação do que seja a esfera de conhecimento das pessoas coletivas, devendo relevar apenas a esfera de conhecimento de quem vincula o segurador na aceitação do negócio (*mens*) e de quem, complementarmente, promove a emissão da apólice e o seu tratamento administrativo (*manus*), segundo um critério de razoabilidade.

IV – Por fim, nos termos do n.º 4 do artigo 24.º, o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o eventual tomador do seguro ou o segurado acerca do dever referido no n.º 1, bem como do regime do seu incumprimento, sob pena de incorrer em responsabilidade civil, nos termos gerais. Introduce-se, assim, um dever de esclarecimento a cargo do segurador, constituindo uma exceção ao princípio *ignorantia iuris non excusat* (artigo 6.º do Código Civil, doravante CC).

A solução suscita várias perplexidades quanto à verificação de alguns requisitos da responsabilidade civil, designadamente ao nível da quantificação do dano e da determinação do nexo de causalidade (entre o incumprimento do dever de esclarecimento e as omissões/inexatidões)<sup>25</sup>.

### III.1.3 – O incumprimento doloso

O incumprimento doloso do dever de declaração do risco é regulado pelo artigo 25.º da LCS, cujo n.º 1 comina esse incumprimento com a anulabilidade do contrato, a efetivar-se mediante declaração enviada pelo segurador ao tomador do seguro. Como resulta do n.º 2 do mesmo artigo, a referida declaração deve ser enviada no prazo de três meses a contar do conhecimento daquele incumprimento<sup>26</sup>. De resto, o n.º 3 acrescenta que o segurador não está obrigado a cobrir o sinistro que ocorra antes de ter tido conhecimento do incumprimento doloso ou no decurso do referido prazo de três meses, seguindo-se o regime geral da anulabilidade<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Sobre a disciplina do preceito, cfr., com maior detalhe, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 450-464.

<sup>26</sup> O não exercício do direito potestativo à anulação no prazo de três meses a contar do conhecimento do facto, tem por efeito a sanação do vício (convalidação por convalescença).

<sup>27</sup> A expressão “seguindo-se o regime geral da anulabilidade” presta-se a controvérsia e equívocos – cfr. Arnaldo Oliveira, “Artigo 25.º - Anotação”, in Pedro Romano Martinez *et al.*, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2ª Ed., Almedina: Coimbra (2011), 158. Do nosso ponto de vista, a referência apenas visa reforçar a ideia da retroatividade que já decorre do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 25.º, por oposição à solução que resulta da alínea b) do n.º 4 do

Por seu turno, os n.ºs 4 e 5 do artigo 25.º dispõem sobre o destino dos prémios. Assim, estabelece o n.º 4 que o segurador tem direito ao prémio devido até ao final do prazo de três meses referido no n.º 2, salvo se tiver concorrido dolo ou negligência grosseira do segurador ou do seu representante<sup>28</sup>. Porém, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, em caso de dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem, o prémio é devido até ao termo do contrato. A perda do prémio a favor do segurador constitui, assim, uma exceção ao regime do efeito retroativo da anulabilidade, contrastando com a obrigação do segurado de devolução das indemnizações recebidas. A solução assume, pois, uma função eminentemente punitiva e preventiva<sup>29</sup>.

### III.1.4 – O incumprimento negligente

I – O incumprimento negligente do dever de declaração do risco encontra disciplina no artigo 26.º da LCS. A arquitetura do regime assenta em duas questões: (1) a ocorrência ou não do sinistro; e (2) tendo ocorrido o sinistro, a existência ou não de causalidade entre a inexatidão/omissão e o sinistro.

II – Para os casos em que o sinistro não haja ocorrido, dispõe o n.º 1 do artigo 26.º que o segurador pode, mediante declaração a enviar ao tomador do seguro, no prazo de três meses a contar do seu conhecimento: (a) propor uma alteração do contrato, fixando um prazo, não inferior a 14 dias, para o envio da aceitação ou, caso a admita, da contraproposta; ou (b) fazer cessar (resolver) o contrato, demonstrando que, em caso algum, celebra contratos para a

artigo 26.º da LCS. Neste sentido, Pedro Romano Martinez, “Artigo 25.º - Comentários complementares”, *idem*, 168.

<sup>28</sup> Será de verificação difícil a hipótese de dolo por parte do segurador (já que este assume a situação de lesado no âmbito da declaração do risco), o que retira alcance útil a esta parte final do preceito.

<sup>29</sup> Sobre o regime do incumprimento doloso, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 480-506.

cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexatamente.

Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo que o contrato cessa os seus efeitos 30 dias após o envio da declaração de cessação ou 20 dias após a receção pelo tomador do seguro da proposta de alteração, caso este nada responda ou a rejeite. O estabelecimento deste prazo visa dar ao tomador do seguro tempo para colocar o risco em outro segurador, mantendo-se a cobertura até ao respetivo termo<sup>30</sup>. Ademais, clarifica o n.º 3 que, no caso referido no número anterior, o prémio é devolvido *pro rata temporis* atendendo à cobertura havida.

Em suma, o regime dos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º visa, em primeira linha, o (re)equilíbrio das prestações das partes e a conservação do contrato. Logo, as alterações a introduzir ao contrato, bem como a cessação, produzem efeitos apenas para o futuro.

III – Quanto aos casos em que se tenha verificado o sinistro antes da cessação ou da alteração do contrato decorrente do disposto nos n.ºs 1 a 3 do artigo 26.º, coloca-se a segunda questão estruturante a que fizemos referência: a da causalidade entre a inexatidão/omissão e o sinistro. Ora, desde logo, como resulta, *a contrario*, do n.º 4 do artigo 26.º, se não se verificar essa causalidade (por exemplo, se num seguro de vida o proponente tiver omitido uma doença grave, mas vier a morrer atropelado) o segurador fica obrigado a cumprir a sua prestação.

Já se, nos termos do n.º 4 do artigo 26.º, antes da cessação ou da alteração do contrato, ocorrer um sinistro cuja verificação ou consequências tenham sido influenciadas por facto relativamente ao qual tenha havido omissões ou inexatidões negligentes: (a) o segurador cobre o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente; ou (b) o segurador, demonstrando que, em caso algum, teria celebrado o

<sup>30</sup> Em rigor, como veremos abaixo, atendendo ao disposto no n.º 4 do artigo 26.º, não há, na situação da alínea b) do n.º 1 do artigo 26.º, cobertura em caso de sinistro (exceto se faltar a causalidade).

contrato se tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente, não cobre o sinistro e fica apenas vinculado à devolução do prémio. Em suma, na causalidade radica o controverso elemento-chave que determina a cominação aplicável<sup>31</sup>.

## III.2 – O direito ao esquecimento

Como já referimos, no epicentro da intervenção normativa da Lei n.º 75/2021 encontra-se o direito ao esquecimento. Este novo instituto é uma peça fundamental relativamente ao objeto do presente trabalho, pelo que lhe daremos especial atenção. Antes, porém, importará trazer à colação os conceitos de que depende a verificação dos respetivos pressupostos.

### III.2.1 – Algumas definições-chave

Os pressupostos do direito ao esquecimento implicam a qualificação de uma situação clínica concreta em função de vários conceitos, a saber: (i) pessoas com risco agravado de saúde; (ii) pessoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde; (iii) pessoas que tenham superado situação de deficiência; e (iv) pessoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

O primeiro destes conceitos tem sede na Lei n.º 46/2006, tendo sido alterado pelo artigo 4.º da Lei n.º 75/2021. Os demais são conceitos novos, introduzidos pelo artigo 2.º deste último diploma. Procedemos já oportunamente à análise das respetivas definições, para

<sup>31</sup> Sobre o regime do incumprimento negligente, cfr., desenvolvidamente, Luís Poças, *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*, cit., 506-535. Sobre o n.º 4 do artigo 26.º, cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Declaração inicial de risco no contrato de seguro: incumprimento e nexos de causalidade”, in *Temas Atuais de Direito dos Seguros*, Vol. I., coord. Ilan Goldberg e Thiago Junqueira, Thomson Reuters: São Paulo (2021), 436-463.

lá remetendo o leitor<sup>32</sup>. Importa aqui apenas rememorá-las para boa compreensão da presente sequência expositiva.

Assim, nos termos da nova redação da alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, consideram-se *peçoas com risco agravado de saúde* as «peçoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida».

Quanto ao conceito de *peçoas que tenham superado situações de risco agravado de saúde*, o mesmo é definido como «peçoas 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».

Relativamente à definição de *peçoas que tenham superado situação de deficiência*, a mesma corresponde às «peçoas que comprovadamente tenham estado em situação de deficiência igual ou superior a 60% e que tenham recuperado as suas estruturas ou funções psicológicas, intelectuais, fisiológicas ou anatómicas, reduzindo a sua incapacidade abaixo desse limiar».

De resto, o conceito de *peçoas que tenham mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência* é definido como «peçoas 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».

### III.2.2 – O artigo 3.º da Lei n.º 75/2021

O direito ao esquecimento encontra-se consagrado no artigo 3.º da lei em apreço. Nos termos do respetivo n.º 1, as peçoas que

<sup>32</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 157-161.

tenham *superado* ou *mitigado*<sup>33</sup> situações de risco agravado de saúde ou de deficiência têm, na qualidade de consumidor, direito ao esquecimento na contratação de crédito à habitação e crédito aos consumidores, bem como na contratação de seguros obrigatórios ou facultativos associados aos referidos créditos, garantindo-se que: (a) não podem ser sujeitas a um *aumento de prémio* de seguro ou *exclusão de garantias* de contratos de seguro<sup>34</sup>; (b) nenhuma informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência pode ser recolhida ou objeto de tratamento pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual<sup>35</sup>.

Por seu turno, o n.º 2 do mesmo artigo 3.º dispõe que nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelas instituições de crédito ou seguradores em contexto pré-contratual desde que tenham decorrido, de forma ininterrupta: (a) 10 anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência superada; (b) cinco anos desde o término do protocolo terapêutico, no caso de a patologia superada ter ocorrido antes dos 21 anos de idade; (c) dois anos de protocolo terapêutico continuado e eficaz, no caso de risco agravado de saúde ou deficiência mitigada.

<sup>33</sup> Note-se a equiparação de regime relativamente a duas situações incomparáveis. No caso da *superação*, temos uma situação clínica consolidada no tempo, após o termo de um processo terapêutico e o decurso de um período de prova (*trial period*). No caso da *mitigação*, temos uma situação que se basta com o início de um tratamento, cuja continuidade e desfecho concreto não podem ser antecipados nem assumidos.

<sup>34</sup> Para além da aplicação de um sobrepémio e da exclusão de garantias, estarão em causa quaisquer outras condições que consubstanciem um desfavorecimento injustificado, mormente, a própria recusa do risco, mas apenas se, e na medida em que decorram da situação clínica que beneficia do direito ao esquecimento (e não de quaisquer outros elementos, clínicos ou não, que agravem o risco).

<sup>35</sup> Este aspeto é fundamental e não é demais sublinhá-lo. O direito ao esquecimento opera na fase pré-contratual, mas não limita a possibilidade de investigação das causas de um sinistro na sequência da participação do mesmo. Isto, naturalmente, no pressuposto de que existe fundamento de licitude para o tratamento de dados de saúde da pessoa segura após o respetivo falecimento – cfr. Luís Poças, “O tratamento de dados de pessoas seguras falecidas”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LX, n.º 1-4 (jan.-dez. 2019), 237-279.

Se o propósito geral do n.º 2 é claro – estabelecer um período de prova (*trial period*), no termo do qual se considera consolidada a superação da deficiência ou risco agravado de saúde, apagando (fazendo *esquecer*) esse anterior estado de saúde –, o que deixa sérias dúvidas é a articulação entre a alínea b) do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º. Com base nas cirúrgicas diferenças literais entre os dois textos e na presunção de que o legislador teria sabido exprimir o seu pensamento em termos adequados (n.º 3 do artigo 9.º do CC), defendemos a autonomia relativa dos dois preceitos, no sentido em que a alínea b) do n.º 1 estabeleceria uma proibição de recolha de informação sobre *a situação médica que originou* o risco agravado de saúde ou a deficiência, enquanto no corpo do n.º 2 essa proibição recairia sobre *a própria situação de risco agravado de saúde ou de deficiência*<sup>36</sup>. Reconhecemos hoje que raramente se divisam diferenças de substância entre a *situação* de risco agravado de saúde ou de deficiência e as suas *causas clínicas*, a justificar uma distinção de regime, pelo que, ilidida facilmente a presunção do n.º 3 do artigo 9.º do CC, o sentido útil do artigo, com todas as deficiências de redação que encerra, é o de que os períodos de prova estabelecidos no n.º 2 constituem, em termos práticos, uma extensão da alínea b) do n.º 1, onde deveriam, aliás, estar integrados<sup>37</sup>.

Por outro lado, e não obstante a autonomização formal entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 3.º, a lógica de estabelecimento de períodos de prova implicará a aplicação dos mesmos, não só ao *esquecimento* da situação clínica pretérita, mas, mais relevantemente até, à proibição prevista na alínea a) do n.º 1. Ou seja, apesar da redação e sistemática desastradas (faltam, na verdade, os adjetivos para poder qualificá-las com propriedade) do artigo 3.º, a coerência lógica da solução normativa visada impõe que o decurso de tais períodos de prova seja o pressuposto, não apenas da proibição de recolha, pelo segurador, da correspondente informação clínica, mas – obviamente

<sup>36</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 165 ss.

<sup>37</sup> Pronunciando-se no sentido de uma interpretação integrada ou complementar entre a alínea b) do n.º 1 e o n.º 2, com extensa argumentação, Francisco Rodrigues Rocha, “O ‘direito ao esquecimento’ na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas”, *cit.*, 356 ss.

– também da proibição de aplicação de sobreprémio ou recusa do risco proposto<sup>38</sup>.

### III.2.3 – As inconsistências da noção de “mitigação”

I – Não podemos passar ao capítulo seguinte sem reiterar uma apreciação muito crítica sobre a noção de *mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência* e sobre o período de prova que lhe está associado<sup>39</sup>.

Na verdade, quanto a algumas patologias – com destaque para a doença oncológica – há ampla evidência científica, baseada em estatísticas rigorosas, de que o decurso de um período de prova, sem recidivas, após o termo de um processo terapêutico, comporta um risco muito baixo de ressurgimento da doença, permitindo assumir que a mesma foi definitivamente vencida, isto é, que desapareceu de forma irreversível o risco agravado de saúde<sup>40</sup>. É por isso mesmo que aquela patologia (e a situação de risco agravado de saúde que a mesma configurava) devem ser esquecidas, como se nunca tivessem existido. São estas as situações de *superção de risco agravado de saúde* (ou deficiência), relativamente às quais existem precedentes legislativos e monitorização da eficácia do regime em outros países europeus.

<sup>38</sup> Sobre o desacerto substancial e incoerência das soluções adotadas deixámos já oportunamente a nossa perspetiva crítica, não cabendo aqui retomar o assunto – Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 167 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 160-161, 163-164, 167-168, 176 e 184-185.

<sup>40</sup> A título meramente exemplificativo, veja-se, entre outros, Stefano Guzzinati *et al.*, “Characteristics of people living in Italy after a cancer diagnosis in 2010 and projections to 2020”, *BMC Cancer* (2018), 169; J. Maddams, M. Utley, e H. Møller, “Projections of cancer prevalence in the United Kingdom, 2010–2040”, *British Journal of Cancer*, 107 (2012), 1195–1202; Luigino Dal Maso *et al.*, “Cancer cure for 32 cancer types: results from the EURO CARE-5 study”, *International Journal of Epidemiology*, Vol. 49 (2020), n.º 5, 1517–1525; ou Kimberly D. Miller *et al.*, “Cancer treatment and survivorship statistics, 2019”, *CA A Cancer Journal for Clinicians*, 2019, 69 (5), 363-385.

Ora, nada disto se passa com a noção de *mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência*. Aqui, estamos perante uma inovação do legislador português. Não uma inovação esclarecida e fundada em evidência clínica (cuja existência se desconhece em absoluto), mas uma solução impensada, num improviso carecido de reflexão e de análise sobre os problemas e implicações que a noção (e o regime que lhe está associado) suscitam.

É que, nos casos de mitigação, a patologia não está superada, vencida, ultrapassada. Ela permanece ativa, podendo não assumir sequer perspectivas de cura. Simplesmente, trata-se de uma patologia cujos efeitos são minorados ou aliviados, em consequência de medicação ou outro tipo de tratamento. Em suma, trata-se de um risco agravado de saúde que *não desapareceu nem está em perspectiva de desaparecer*, e cuja mitigação (limitação significativa e duradoura dos seus efeitos, na expressão da alínea c) do artigo 2.º da Lei n.º 75/2021) está dependente da manutenção do processo terapêutico.

Ora, tratando-se de uma situação clínica *ativa* de risco agravado de saúde – e, ademais, *dependente* da continuidade de tratamentos – não há como considerá-la irrelevante para a apreciação do risco pelo segurador. Não há também qualquer fundamento lógico ou axiológico para incluir uma situação destas sob tutela do direito ao esquecimento. Com efeito, suspendendo-se ou cessando, por qualquer causa, os tratamentos, logo a mitigação fica em crise, manifestando-se o risco agravado de saúde em toda a sua plenitude.

II – Mas a crítica à noção assume também outros contornos. Vejamos. Se associarmos à noção de *superação de risco agravado de saúde ou deficiência* os períodos de prova estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, temos três pressupostos do direito ao esquecimento: (i) a realização (pretérita) de *protocolo terapêutico comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos de uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*; (ii) o desaparecimento subsequente dessa situação de risco agravado de saúde ou deficiência; e (iii) o decurso de 10 anos (ou 5) desde o fim do protocolo terapêutico.

Se fizermos agora o mesmo exercício para a *mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência*, encontramos apenas dois pressupostos do direito ao esquecimento: (i) a realização (desta feita, atual) de *protocolo terapêutico* (“tratamentos”) *comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos de uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*; e (ii) o decurso de 2 anos desde o *início* do protocolo terapêutico continuado e eficaz.

Como pontos comuns às duas noções, temos: (i) o registo de uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência; e (ii) a realização de protocolo terapêutico comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos da mesma. Como diferenças, temos o facto de, na situação de *superação* o risco agravado de saúde (ou deficiência) ter desaparecido de forma tendencialmente definitiva, e o facto de, na situação de *mitigação*, o mesmo risco agravado de saúde (ou deficiência) persistir, não se sabendo se chegará sequer alguma vez a ser superado e, em caso afirmativo, se virá a ter recidivas no período de 10 anos (ou 5) após o fim do protocolo terapêutico.

Ou seja, a situação de mitigação precede sempre, necessariamente (em termos lógicos e cronológicos), a de superação, mas nem sempre dá lugar a esta. Por outras palavras, há mitigação sem superação, mas não há superação sem mitigação. Logo, a atribuição de direito ao esquecimento nos casos de *mitigação de risco agravado de saúde* (ou deficiência) priva de sentido e alcance útil a sua atribuição nos casos de *superação de risco agravado de saúde* (ou deficiência). Com efeito, se o direito ao esquecimento se adquire dois anos após o início do protocolo terapêutico (independentemente de o risco agravado de saúde ou deficiência virem a ser efetivamente vencidos ou não), então porquê e para quê estabelecer a categoria de *superação de risco agravado de saúde* (ou deficiência) e o período de prova que lhe está associado? É que, quando se atingem os pressupostos do direito ao esquecimento para esta última categoria, já há muito que a pessoa segura terá adquirido o *mesmo direito* por via da mitigação de risco agravado de saúde (ou de deficiência).

Em suma, e sem necessidade de maior desenvolvimento, a solução de *mitigação* resulta de uma arbitrariedade incoerente e leviana

do legislador português, a qual se agiganta pela absurda desproporção entre o período de prova que lhe está associado (*2 anos após o início* do protocolo terapêutico) e o correspondente a uma situação clínica efetiva e definitivamente suplantada (*10 anos após o fim* do protocolo terapêutico).

## IV – Na interseção dos dois institutos

Analisámos, à vez, os dois termos do problema equacionado: o das implicações do *direito ao esquecimento* no *dever de declaração inicial do risco* no contrato de seguro. É agora o momento de nos focarmos na articulação destes dois termos, isto é, de enfrentarmos o próprio problema que constitui o objeto central deste texto. É esse o propósito do presente capítulo.

### IV.1 – Dois institutos conflitantes?

#### IV.1.1 – A tensão entre o dever (de informação) e o direito (ao esquecimento)

I – O *dever* pré-contratual de declaração do risco, atrás analisado, tem aplicação transversal a todas as modalidades de contrato de seguro, vinculando, como referimos, tomadores e segurados (pessoas seguras, nos seguros de pessoas).

Ora, como resulta, quer da alínea b) do n.º 1, quer do corpo do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, verificados os pressupostos do direito ao esquecimento, *nenhuma informação de saúde relativa à situação de risco agravado de saúde ou de deficiência pode ser recolhida pelos seguradores em contexto pré-contratual*. Por outras palavras, verificados esses pressupostos: (i) o segurador não poderá, na fase pré-contratual, questionar a pessoa segura sobre informação de saúde relacionada com o risco agravado de saúde ou deficiência superados ou mitigados; (ii) a pessoa segura poderá lícitamente omitir essa informação; e (iii) ainda que essa informação clínica seja

espontaneamente fornecida pela pessoa segura<sup>41</sup>, o segurador não poderá recolhê-la ou, em geral, tratá-la.

II – Quanto a esta proibição de tratamento pelo segurador, note-se que a noção de *tratamento* (de informação de saúde) remete-nos, pela singularidade do termo empregue, para a definida no n.º 2) do artigo 4.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados [Regulamento (UE) n.º 679/2016, de 27 de abril], doravante RGPD. Assim, considera-se *tratamento* uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.

Face a esta noção, *qualquer* interação do segurador com dados pessoais da pessoa segura, mesmo que meramente passivo, constitui uma operação de tratamento. Assim, a simples leitura ou consulta – ou, até por maioria de razão, a recolha ou conservação – implicam o tratamento, tal como o apagamento ou destruição da informação. Está, portanto, em causa, uma noção de contornos amplíssimos<sup>42</sup>.

III – Entre o dever de declaração e o direito ao esquecimento encontramos duas regras de âmbitos distintos, mas com pretensão de aplicação a um conjunto comum de situações: num caso, uma regra que *obriga* o tomador do seguro ou segurado a informar o segurador, na fase pré-contratual, de características relevantes do risco proposto (incluindo dados clínicos); no outro caso, uma regra que permite à pessoa segura ocultar licitamente ao segurador, na

<sup>41</sup> Como referimos, e como claramente resulta do n.º 2 do artigo 24.º da LCS, o regime de declaração do risco segue um modelo de dever espontâneo de declaração, pelo que o dever de informação não fica confinado às matérias questionadas pelo segurador.

<sup>42</sup> Cfr. Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: O RGPD e o tratamento de dados de saúde”, in Luís Poças, *Problemas e Soluções de Direito dos Seguros*, Almedina: Coimbra (2019), 252.

fase pré-contratual, informações sobre o seu estado e passado clínico e que, reflexamente, proíbe o segurador de tomar conhecimento de tais informações.

Essa pretensão comum de aplicação tem, porém, um âmbito bastante limitado – correspondendo à zona de interseção dos dois institutos – fora do qual se aplica de forma incontroversa e irrestrita o instituto da declaração do risco. Recordemos, assim, qual a área material de sobreposição – ou tensão – entre os dois institutos.

#### **IV.1.2 – A zona de interseção**

Não é demais sublinhar que a tensão entre o dever de informação e o direito ao esquecimento se dá apenas na zona de interseção material dos dois institutos, isto é, naquela em que os mesmos têm uma pretensão comum de aplicação.

Quanto às modalidades contratuais em causa, essa zona de interseção está confinada, como melhor desenvolvemos noutra local<sup>43</sup>, apenas aos seguros de vida e, entre estes, somente aos associados a contratos de crédito à habitação ou aos consumidores, isto é, àqueles em que a instituição de crédito fica designada como beneficiária irrevogável para salvaguarda do montante em dívida.

Por outro lado, e como referimos já, o direito ao esquecimento apenas concerne às situações de superação ou de mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência. Não se encontrando verificada, em concreto, a dita noção superação ou mitigação, falta o pressuposto central do direito ao esquecimento. Complementarmente às referidas noções, e como também referimos, o n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 estabelece períodos de prova cujo decurso ininterrupto é condição necessária para a verificação das ditas noções e, logo, para o nascimento do direito ao esquecimento.

Para além da delimitação das modalidades contratuais abrangidas e das situações subjetivas que beneficiam do direito ao esquecimento, importa também atender ao âmbito material desse

<sup>43</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 152 ss.

*esquecimento*, que se reporta a *informação de saúde* relativa àquela situação de risco agravado de saúde ou deficiência (alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021).

Sobre o que seja *informação de saúde*, importa que nos socorramos do artigo 2.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, nos termos do qual «a informação de saúde abrange todo o tipo de informação direta ou indiretamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar». Complementarmente, podemos recorrer ao RGPD, que, no n.º 15) do seu artigo 4.º, define os *dados relativos à saúde* como «dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde». Não cumprindo aqui desenvolver a noção, sempre se dirá que a mesma foi densificada pelo Considerando 35) do RGPD e pela reflexão do Grupo do Artigo 29.º, assumindo contornos extremamente amplos, também em sintonia com o citado artigo 2.º da Lei n.º 12/2005<sup>44</sup>. Porém, como acima referido, em matéria de direito ao esquecimento apenas releva a informação de saúde *relativa àquela situação de risco agravado de saúde ou deficiência*.

Delimitado o domínio onde se verifica uma pretensão comum de aplicação dos dois institutos em análise, importa retomar o tema da superação desta tensão entre ambos.

#### IV.1.3 – A prevalência do direito ao esquecimento

Na relação entre o dever de declaração inicial do risco e o direito ao esquecimento encontramos uma relação entre *regra* e *exceção* (ademais, sendo esta posterior àquela), quadro em que a regra excepcional derroga a regra geral.

Assim, na zona de sobreposição das duas regras – isto, é, relativamente a seguros de vida de crédito à habitação ou a consumidores, sempre que a pessoa segura se encontre em situação de superação

<sup>44</sup> Sobre a noção, cfr. Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: O RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *cit.*, 253 ss.

ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência, e no que diz respeito a informação de saúde relativa àquela situação de risco agravado de saúde ou deficiência – a pessoa segura encontrar-se-á numa área de permissão normativa que se sobrepõe ao dever de declaração do risco, exonerando-a do mesmo. Por outras palavras, o direito ao esquecimento prevalece sobre o dever de declaração inicial do risco.

#### IV.1.4 – Uma tensão meramente aparente

Note-se que, dentro da lógica normativa do direito ao esquecimento – com todas as incoerências, incipiências e imperfeições que a solução legal comporta – a área de sobreposição entre os dois institutos é apenas aparente.

Com efeito, a ideia subjacente ao direito ao esquecimento é a de que, nas situações de superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou de deficiência, e após o decurso de um período de prova definido no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, a situação clínica da pessoa segura se consolida *definitivamente*, isto é, que a pretérita situação de risco agravado de saúde ou de deficiência foi irreversivelmente ultrapassada.

Daí que o passado clínico, tornando-se irrelevante para a apreciação do risco pelo segurador, deva ser *esquecido*, como se nunca tivesse existido. Esse esquecimento implica que o segurador não possa valorar a pretérita situação clínica (porquanto inócua face ao risco seguro) e nem sequer tomar da mesma conhecimento.

Nesta lógica – e assumindo (pressuposto indemonstrado) que o estado do conhecimento médico serve de suporte científico à solução legislada –, a informação clínica sobre situações de superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou de deficiência é indiferente para a avaliação do risco proposto. Por outras palavras, e dentro da referida lógica, mesmo na ausência de direito ao esquecimento, a referida informação clínica não seria já objeto do dever de declaração inicial do risco, na medida em que, como resulta do n.º 1 do artigo 24.º da LCS, a pessoa segura *não haveria razoavelmente de ter essa informação por significativa para a apreciação do risco pelo segurador*.

## IV.2 – Um dever de informação a cargo do segurador?

Como referimos, o n.º 4 do artigo 24.º da LCS impõe ao segurador um dever de esclarecimento quanto ao âmbito do dever de declaração do risco e quanto às consequências do seu incumprimento.

Atendendo à inter-relação funcional entre o dever de declaração do risco e o direito ao esquecimento, seria expectável e natural que a Lei n.º 75/2021 impusesse de imediato, aos seguradores e instituições de crédito, um dever de informação sobre os pressupostos de tal direito, de modo a possibilitar o seu exercício por todos os que verifiquem tais pressupostos. É certo que tais pressupostos assentam em noções com alguma ambiguidade e envoltas ainda numa ampla margem de incerteza. Porém, na ausência de um dever imediato de informação, o efetivo exercício do direito fica dependente do acaso ou de um ónus de pesquisa e autoinformação por parte dos potenciais titulares de tal direito.

Não obstante, e como já atrás referimos, a definição do dever de informação é relegada para o ANACS. Com efeito, como se estabelece no n.º 9 do artigo 15.º-A da LCS, os requerentes de contratos de crédito ou de seguro são informados das disposições do direito ao esquecimento e dos termos do ANACS, em formato e linguagem inteligível para não especialistas, a definir pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF) em ficha de informação normalizada, devendo o requerente assinar que tomou conhecimento dessas disposições.

Até à celebração do ANACS, portanto, ou, pelo menos, até à definição da CNSF, não estão os seguradores (ou as instituições de crédito) sujeitos a deveres de informação sobre o âmbito do direito ao esquecimento.

## IV.3 – O ónus de aferição das situações de superação ou mitigação

I – Numa anterior análise à *lei do esquecimento* identificámos uma incoerência lógica do regime. Com efeito, resulta, com ressonância nos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, que, sendo

superado ou mitigado o risco agravado de saúde ou deficiência, com decurso dos períodos de prova a que fizemos referência, o segurador não pode recolher ou tratar qualquer informação de saúde relativa àquele risco agravado de saúde ou deficiência (ou seja, não pode tomar conhecimento da mesma).

A ser assim – questionámo-nos<sup>45</sup> –, se o segurador não sabe que o consumidor foi anteriormente afetado por uma situação de risco agravado de saúde ou por deficiência, se não sabe que essa situação foi superada ou mitigada, se não sabe que houve lugar a protocolo terapêutico nem qual a sua data de início e de fim – se nada sabe, enfim, sobre o passado ou presente clínico do consumidor – como pode identificá-lo enquanto *pessoa que superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência*, e como pode aferir do decurso dos prazos previstos no n.º 2 do artigo 3.º, de modo a poder agir em conformidade com o direito ao esquecimento ali previsto? A resposta é: não pode. Por outras palavras, o segurador não pode aferir dos pressupostos do direito ao esquecimento sem violar esse direito.

Esta aparente incoerência lógica encontra resposta numa opção clara do legislador: o segurador não está adstrito – nem poderia estar, sob pena, aí sim, de contradição insanável do regime – a qualquer dever de aferir, na fase pré-contratual, da verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento.

Da solução legal resulta, portanto, que a verificação daqueles pressupostos é, sim, um ónus da pessoa segura que pretenda pre-va-lecer-se do direito ao esquecimento. À pessoa segura compete, portanto, verificar se a sua pretérita situação clínica é qualificável como superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência e se decorreu já ininterruptamente o período de prova previsto no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021.

Se for correta e rigorosa a referida qualificação, bem como a verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento, não estará a pessoa segura sujeita ao dever de declaração inicial do risco *quanto*

<sup>45</sup> Luís Poças, “A Lei 75/2021, o direito ao esquecimento e os seguros”, *cit.*, 168-169.

à matéria sobre a qual incide aquele direito, pelo que serão lícitas as omissões de informação *nessa matéria*.

Diversamente, não sendo observado o ónus de correta qualificação e verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento, então já a pessoa segura não estará ao abrigo do direito ao esquecimento, mas no domínio do incumprimento do dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro. Por seu turno, o grau de censurabilidade do comportamento da pessoa segura – simples falta de diligência ou intenção de enganar o segurador – haverá de relevar para determinação do regime aplicável ao incumprimento (respetivamente, negligente ou doloso) do dever de declaração do risco.

Creemos que a opção legislativa de colocar o referido ónus na esfera da pessoa segura – atendendo à fluidez e mesmo ambiguidade das noções de que depende a necessária qualificação – está longe de ser acertada. Mas nada impedirá que a pessoa segura recorra ao seu médico assistente no sentido de certificar-se sobre a acuidade da qualificação e verificação de pressupostos, mitigando, assim, o perigo de incumprimento do dever de declaração do risco (e de, ocorrendo o sinistro em moldes que justifiquem uma investigação sobre as suas causas clínicas, o contrato vir a ser impugnado pelo segurador).

II – Do nosso ponto de vista, a insistência do legislador da Lei n.º 75/2021 no recurso ao advérbio de modo *comprovadamente*, em sede de definição das situações de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência, não permite extrair um argumento no sentido de que as situações que conferem direito ao esquecimento devessem ser objeto de comprovação junto do segurador<sup>46</sup>.

Com efeito, o referido advérbio de modo é utilizado em dois contextos. Um deles, reporta-se à atestação científica da eficácia das terapias: referências ao protocolo terapêutico/tratamentos que sejam *comprovadamente* capazes de limitar significativa e duradouramente os efeitos da situação de risco agravado de saúde ou de

<sup>46</sup> Também neste sentido, cfr. Francisco Rodrigues Rocha, “O ‘direito ao esquecimento’ na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas”, *cit.*, 360 ss.

deficiência (alíneas a) e c) do artigo 2.º). São referências que introduzem requisitos de credibilidade científica das terapias em causa, mas que dispensam uma comprovação em concreto<sup>47</sup>.

O segundo contexto, reporta-se literalmente à situação pretérita, que, na verdade, pouca relevância assume (pelo menos, face à atual). São as referências a «pessoas que *comprovadamente* tenham estado em situação de risco agravado de saúde...» (alínea a) do artigo 2.º) e a «pessoas que *comprovadamente* tenham estado em situação de deficiência igual ou superior a 60%...» (alínea b) do artigo 2.º). Mesmo considerando que o advérbio de modo se reportaria, tanto à situação pretérita como à atual, o sentido do texto legal não poderá ser o da introdução de um requisito de prova junto do segurador, que colidiria com a proibição de tratamento de informação de saúde pelo segurador.

Assim, o sentido da expressão parece fixar-se na demonstrabilidade, ou suscetibilidade de prova, em caso de dúvida ou litígio, mas não na exigência de um requisito de comprovação efetiva como condição de exercício do direito ao esquecimento. Este é um direito de exercício silencioso, e não propalado.

III – Solução que não nos parece de acolher é a que, no contexto de incerteza que tem rodeado a interpretação e implementação da *lei do esquecimento*, tem sido adotada por alguns seguradores, no sentido de facultarem, às pessoas seguras que pretendam prevalecer-se do direito ao esquecimento, um impresso a ser preenchido e assinado pelo respetivo médico assistente, indicando ao segurador, sem mais informação, se a situação da pessoa segura se reconduz à

<sup>47</sup> Note-se, aliás, o carácter supérfluo do requisito, pelo menos no caso da superação. Se o risco agravado de saúde foi suplantado e decorreu já, sem recidivas, o período de prova legalmente estabelecido – a permitir considerar a patologia definitivamente curada – que relevância tem o facto de ter decorrido protocolo terapêutico *comprovadamente* capaz de limitar significativa e duradouramente os efeitos da situação pretérita, ou de a cura ter resultado de intervenção divina? O que relevará é o resultado (a cura sem recidivas, com decurso do período de prova) e não a aptidão comprovada da terapia para produzir aquele resultado. Como diz o ditado: contra factos, não há argumentos.

noção de superação ou de mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência.

Pensamos ser uma solução merecedora de reparo, por várias razões. Desde logo, a pessoa segura que pretenda prevalecer-se do direito ao esquecimento não terá de informar do facto o segurador, nem este deverá inteirar-se dele. Bastará, para o efeito, que a pessoa segura, estando certa da qualificação e da verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento, *esqueça* a situação de superação ou mitigação do risco agravado de saúde ou deficiência, cumprindo o dever de declaração do risco como se aquela situação nunca tivesse existido.

Ora, ao facultar e recolher um impresso onde se atesta que a pessoa segura superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, ainda que sem mais detalhes, o segurador estará já a recolher e a tratar informação de saúde<sup>48</sup> *precisamente nos casos em que essa recolha ou tratamento lhe estão vedados*.

Adicionalmente, essa informação é irrelevante e inútil para o segurador. De que serve ao segurador saber que a pessoa segura superou ou mitigou uma situação de risco agravado de saúde ou de deficiência, se não tem conhecimento de mais informações (designadamente, de qual a patologia em causa)? Em caso de eventual sinistro, o segurador sempre terá de escrutinar as respetivas causas, verificar se o risco estava coberto e se houve ou não incumprimento do dever de declaração inicial do risco. Não tendo forma de apurar se na origem do eventual sinistro estava, afinal, o quadro clínico que no mencionado impresso tinha sido concretamente qualificado como superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência, nenhuma utilidade tem o dito impresso nem a declaração médica dele constante.

Por fim, ocorrido o sinistro, caso o segurador tivesse forma de reconduzir as causas daquele a uma situação clínica erradamente qualificada por médico como de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou de deficiência, não teria então o segurador

<sup>48</sup> Cfr. o sentido amplo que assume a noção de informação de saúde, cfr. Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: O RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *cit.*, 253 ss.

fundamento para impugnar o contrato por incumprimento doloso ou negligente do dever de declaração inicial do risco nem forma simples de imputar ao médico a inexactidão da situação certificada.

Em suma, a referida solução implicará uma violação da *lei do esquecimento* sem qualquer utilidade ou vantagem para o segurador.

#### **IV.4 – Implicações no questionário de declaração do risco**

I – Relativamente ao questionário normalmente facultado pelo segurador para efeito de declaração inicial do risco, há dois vetores principais – em certa medida, conflitantes – a tomar em consideração relativamente ao direito ao esquecimento.

O primeiro resulta da alínea b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021: verificados os pressupostos do direito ao esquecimento (que não serão, recorde-se, do conhecimento do segurador), este não poderá recolher nem tratar qualquer informação de saúde relativa à situação médica que originou o risco agravado de saúde ou a deficiência. O questionário terá de ser construído, portanto, de forma a não incidir diretamente sobre qualquer matéria que, por natureza, respeite exclusivamente à informação clínica inerente a situações de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência.

O segundo vetor atenderá a que a declaração do risco – incluindo a que versa sobre o risco clínico – não se atém nem se esgota nas matérias que constituem os pressupostos do direito ao esquecimento (situações de superação ou mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência, com decurso dos períodos de prova previstos no n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021). Logo, o questionário não poderá deixar de incidir sobre o risco clínico, um dos mais relevantes, em seguros de vida, para a apreciação do risco pelo segurador. Vejamos cada um dos vetores separadamente.

II – Como referimos, e face ao disposto no artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, o segurador não poderá colocar no questionário perguntas cujo único alcance útil seja a identificação ou recolha de informação sobre situações de superação ou mitigação de risco agravado

de saúde ou deficiência com decurso dos períodos de prova previstos, isto é, situações cuja verificação faz nascer na esfera da pessoa segura o direito ao esquecimento.

A título de exemplo, o segurador não poderá formular questões como: “superou uma situação de risco agravado de saúde?”; ou, mais rigorosamente, “esteve em situação de risco agravado de saúde, como definido pela alínea c) do artigo 3.º da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, e já não se encontra nesta situação, após a realização de protocolo terapêutico comprovadamente capaz de limitar significativa e duradouramente os seus efeitos, tendo já decorrido 10 anos após o termo de tal protocolo?”. Outras formulações mais concretas (e discretas), mas com o mesmo alcance, são igualmente de afastar, como por exemplo: “padeceu de alguma patologia do foro oncológico, tendo já decorrido, sem recidivas, mais de 10 anos desde o termo da terapia prescrita?”.

Em suma, estando vedado ao segurador tomar conhecimento de uma situação clínica protegida pelo direito ao esquecimento, não poderá aquele formular questões que tenham como único sentido útil o de lhe dar conhecimento dessas situações.

III – Porém, e entrando agora no segundo vetor referido, a circunstância de a pessoa segura ter superado ou mitigado uma situação de risco agravado de saúde ou deficiência apenas influi no direito ao esquecimento sobre aquela situação, legitimando a omissão da mesma ao segurador. Mas em nada afeta ou prejudica o dever de declaração do risco, quer sobre a profissão, quer sobre os hábitos de consumo, desporto e lazer da pessoa segura, quer também sobre *outra informação de saúde*, na medida em que tais informações sejam relevantes para a apreciação do risco pelo segurador.

Logo, a circunstância de a pessoa segura ter superado, com decurso do período de prova legalmente previsto, uma situação de risco agravado de saúde (por exemplo, um carcinoma da pele, como o melanoma) – situação que será *esquecida* –, não impede que esteja afetada por um outro risco agravado de saúde ou deficiência, não superado nem mitigado, ou relativamente ao qual não tenha decorrido o mencionado período de prova. Não impede igualmente que padeça de qualquer outra patologia, não qualificável como risco

agravado de saúde, mas que seja relevante para a apreciação do risco pelo segurador.

Assim, quer a elaboração, quer o preenchimento do questionário de risco (designadamente, clínico) não serão afetados pela Lei n.º 75/2021, exceto quanto a matérias ao abrigo do direito ao esquecimento.

#### **IV.5 – A declaração espontânea de patologia ou deficiência superada ou mitigada**

Mesmo que o segurador se certifique de que o questionário não contém qualquer pergunta exclusivamente orientada para situações de risco agravado de saúde ou deficiência superada ou mitigada, ainda assim poderá suceder que, por ignorância quanto ao direito ao esquecimento que lhe assiste – e ciente, por outro lado, do dever de declaração do risco a que está obrigada –, a pessoa segura informe o segurador daquela situação.

A ocorrer uma tal circunstância, naturalmente que o segurador não poderá sindicar nem valorar essa informação, designadamente extraíndo da mesma quaisquer consequências face ao risco proposto, sobretudo a sua recusa ou agravamento.

Idealmente, e para evitar a conservação de evidência de que incumpriu a proibição de recolha de informação de saúde tutelada pelo direito ao esquecimento, o segurador deverá esclarecer a pessoa segura quanto ao âmbito deste direito e solicitar-lhe uma nova declaração do risco em que seja omitida a dita informação clínica.

#### **IV.6 – O (in)cumprimento do dever de declaração do risco e o sinistro**

I – Como já atrás aflorámos, verificados os pressupostos do direito ao esquecimento – verificação cujo ónus, como também já referimos, pesa sobre a pessoa segura – a mesma pode licitamente omitir toda a informação de saúde respeitante ao risco agravado de saúde ou deficiência superada ou mitigada (mas apenas esta).

Como também mencionámos, caso haja substância científica a fundamentar o direito ao esquecimento (o que está muito longe de estar demonstrado para a amplitude de situações tuteladas por este direito, mormente, para os casos de mitigação de risco agravado de saúde ou deficiência), as situações clínicas na base de tal direito estarão definitivamente suplantadas e não darão, portanto, causa a qualquer sinistro.

II – Referimos também (como resulta, aliás, expressamente da alínea b) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021) que a proibição de recolha e tratamento de informação clínica ao abrigo do direito ao esquecimento se verifica apenas *em contexto pré-contratual* (fase contemporânea da do dever de declaração do risco). Portanto, ocorrido o sinistro na vigência do contrato de seguro, a investigação, pelo segurador, das causas e circunstâncias do mesmo está já fora do âmbito do direito ao esquecimento.

Refira-se que essa investigação é *necessária* (imprescindível) à execução do contrato de seguro – em particular, no de seguro de vida – por várias razões. Desde logo, porque da determinação das causas do sinistro poderá depender a questão de saber se este corresponde a uma situação de risco contratualmente coberto ou, pelo contrário, excluído do âmbito da cobertura contratual. Noutros casos – quando seja convencionada uma cobertura complementar de morte por acidente –, a própria determinação do capital devido pode depender do apuramento das causas do sinistro. De resto, sabendo-se que o incumprimento do dever de declaração do risco determina a impugnabilidade do contrato de seguro, a identificação das causas e circunstâncias do sinistro é uma peça fundamental para a verificação daquele incumprimento<sup>49</sup>.

Assim, participado o sinistro (morte ou invalidez da pessoa segura), o segurador tratará de determinar, quando não sejam evidentes, as respetivas causas, solicitando, para o efeito, informação

<sup>49</sup> Sobre a necessidade de tratamento de dados de saúde, pelo segurador, na celebração e execução do contrato de seguro, Luís Poças, “Problemas e dilemas do setor segurador: o RGPD e o tratamento de dados de saúde”, *cit.*, pp. 261 ss..

de saúde relevante. Analisada esta, poderá o segurador constatar que, aquando da declaração do risco, a pessoa segura, ao abrigo do direito ao esquecimento, legitimamente omitiu qualquer referência à pretérita situação de risco agravado de saúde ou deficiência superada ou mitigada. Para o efeito, será indiferente se essa situação clínica superada ou mitigada foi ou não causa do sinistro. Sendo a omissão legítima, o contrato é inatacável com esse fundamento e o sinistro será regularizado.

III – Note-se que, em substância, à omissão legítima equivale a inexatidão legítima. Assim, se o questionário contiver uma questão tendo por teor “já foi objeto de uma intervenção cirúrgica? especifique” e se a pessoa segura apenas tiver sido intervencionada para a extração de um tumor maligno, relativamente a doença oncológica já superada e com decurso do período de prova legalmente previsto, então ser-lhe-á lícito responder “não” ou não responder. Em qualquer dos casos, a situação encontrar-se-á ao abrigo do *esquecimento*, isto é, de um apagamento factual, como se nunca tivesse existido<sup>50</sup>.

Porém, se não responder, o dever de diligência que a alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da LCS impõe ao segurador obrigá-lo-á a reagir e a obter da pessoa segura uma resposta concludente, sob cominação da inimpugnabilidade do contrato. Logo, a única forma que a pessoa segura terá de lidar com a questão será através da inexatidão lícita.

Por outras palavras, a verdadeira omissão de resposta apenas é configurável em situações de declaração espontânea (quando não haja questionário ou o facto em causa não seja questionado) ou quando, na resposta a um questionário, o silenciar da informação não represente uma incongruência (no exemplo que demos, não haveria incongruência de resposta se a pessoa segura, tendo sido também operada ao apêndice, respondesse “sim” mencionando apenas esta operação).

<sup>50</sup> Em sentido diverso, considerando que a inexatidão lícita é, também ela, uma informação de saúde que ao segurador é vedado conhecer, Francisco Rodrigues Rocha, “O ‘direito ao esquecimento’ na Lei n.º 75/2021, de 18 de novembro. Breves notas”, *cit.*, 363-364.

IV – Diversa será a solução se a pessoa segura tiver omitido (ou prestado informações inexatas) relativamente a situação que não verificava os pressupostos do direito ao esquecimento. Neste caso, haverá um incumprimento do dever de declaração inicial do risco, a determinar a impugnabilidade do contrato. Se o mesmo nada tiver a ver com o direito ao esquecimento – por exemplo, se a pessoa segura declarar que não pratica qualquer desporto ou atividade lúdica, omitindo que pratica queda livre – teremos uma situação de incumprimento alheia ao nosso objeto de estudo.

Porém, referimos que, no quadro da Lei n.º 75/2021, o ónus de verificação dos pressupostos do direito ao esquecimento é da pessoa segura (sem prejuízo de poder, para o efeito, consultar um médico). Ora, perante as ambiguidades, incoerências, recurso a conceitos vagos ou indeterminados e face à teia de remissões legais cruzadas, poderá a pessoa segura – sobretudo, se prescindir da consulta de um médico –, considerar erradamente que tais pressupostos se verificam. Nesse caso, a censurabilidade associada a tal juízo erróneo, bem como à falta de diligência ou intencionalidade na origem desse juízo, determinarão se está em causa um incumprimento negligente ou doloso do dever de declaração do risco e, consequentemente, quais as consequências associadas.

#### **IV.7 – Cont.: a superação de deficiência e o sinistro de invalidez**

No domínio dos seguros de vida, o tema da superação (ou mitigação) de deficiência releva, sobretudo, quanto à cobertura complementar de invalidez. Ora, na medida em que a delimitação conceptual de *deficiência* obedece a uma lógica diversa da de *risco agravado de saúde*, a superação ou mitigação das duas realidades assume implicações bem distintas. Vejamos em que moldes e porquê.

##### **IV.7.1 – Dois modelos de conceptualização**

I – Tivemos já oportunidade de reproduzir a noção de *risco agravado de saúde*, conforme resulta da alínea c) do artigo 3.º da Lei

n.º 46/2006. A noção implica a afeção por uma patologia apta a causar invalidez precoce ou redução da esperança de vida. Assim, o estado de saúde de uma pessoa, ou é qualificável como risco agravado de saúde, ou não.

O mesmo sentido binário está associado à superação do risco agravado de saúde: ou uma pessoa suplantou irreversivelmente aquele estado de saúde – caso em que beneficia do direito ao esquecimento sobre a situação clínica pretérita (o risco agravado de saúde) –, ou não.

II – Distinta é a solução de conceptualização de *deficiência*, que a Lei n.º 46/2006 se abstém, aliás, de definir. Assim, no contexto e para os efeitos do direito ao esquecimento, há que recorrer à própria Lei n.º 75/2021 para delimitar o conceito em causa. E podemos extraí-lo da alínea b) do artigo 2.º desta lei, que define *peçoas que tenham superado situação de deficiência* como 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.

Assim, para efeito do direito ao esquecimento, a situação de *deficiência* corresponde a uma *incapacidade igual ou superior a 60%*. A noção segue, portanto, o critério do n.º 5 do artigo 87.º do Código do IRS, nos termos do qual são pessoas com deficiência as que apresentem um grau de incapacidade permanente, devidamente comprovado mediante atestado médico de incapacidade multiuso emitido nos termos da legislação aplicável, igual ou superior a 60%<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. Luís Poças, *Seguros e Impostos – O Regime Fiscal dos Produtos de Seguros (IRS, IRC, EBF, IS)*, Almedina: Coimbra (2022), 78 ss. Note-se que a definição do Código do IRS não padece das incoerências lógicas da que extraímos da Lei n.º 75/2021. Esta, ao referir «pessoas que [...] tenham estado em situação de *deficiência igual ou superior a 60%* e que tenham recuperado [...], *reduzindo a sua incapacidade abaixo desse limiar*», não só inclui na definição o termo definido, mas, ao utilizar *deficiência* como sinónimo de *incapacidade*, arruína o seu alcance definitório. Ao aludir a uma «deficiência igual ou superior a 60%», admite que possa haver uma deficiência inferior a 60%. A ser assim, porém, não poderá pretender que só a primeira preenchesse o conceito de *deficiência*...

Pouco importa, para o efeito, se essa incapacidade resulta de uma única patologia ou do concurso de várias patologias, cada uma delas representando um determinado grau de incapacidade. O que releva é o cômputo global da incapacidade, mensurado numa escala de 0 a 100. Se uma pessoa tiver uma incapacidade de 60% é qualificada como *deficiente*. Se tiver uma incapacidade de 59%, não é.

Ora, a superação da deficiência (diversamente da superação de uma situação de risco agravado de saúde) não implica que uma patologia tenha sido integralmente suplantada, dominada ou vencida. Implica apenas que, objetivamente, o grau de incapacidade tenha baixado do limiar dos 60%. Se tiver recuado para o patamar dos 59%, a *deficiência* poderá ter sido superada (no sentido em que o estado da pessoa segura deixa de ser qualificado como tal), mas não a dita incapacidade de 59% nem o concurso da mesma para uma eventual nova deficiência.

Vejamus qual a relevância deste cenário para a cobertura de invalidez.

#### IV.7.2 – A cobertura complementar de invalidez

Como adiantámos acima, a superação (ou mitigação) de situação de deficiência releva, sobretudo, perante a cobertura complementar de invalidez, que frequentemente surge contratada – por exigência das instituições de crédito – em seguros de vida associados ao crédito à habitação.

A cobertura complementar de invalidez pode assumir diferentes designações, em função do segurador. Um dos seus formatos e designações mais comuns é, tradicionalmente, o de *invalidez total e permanente*, ou, numa formulação mais recente, o de *invalidez definitiva para a profissão ou atividade compatível*. Em qualquer dos casos, e em regra, verifica-se o risco seguro (isto é, constata-se o respetivo sinistro) quando, em consequência de doença ou acidente, a pessoa segura fica totalmente incapaz de exercer a sua profissão ou qualquer atividade lucrativa compatível com as suas capacidades, conhecimentos e aptidões, considerando-se, para o efeito, como requisitos necessários: (i) que se constate uma incapacidade corres-

pondente a, pelo menos, 66%, tendo por referência, por exemplo, a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais (TNI)<sup>52</sup>; (ii) que a incapacidade se mantenha estável por um determinado período de tempo (por exemplo, seis meses); e (iii) que se ateste clinicamente o seu caráter definitivo, isto é, sem perspetiva de recuperação.

Vejam os agora quais as implicações do direito ao esquecimento, nos casos de superação (ou mitigação) de deficiência, em sede de declaração do risco.

### IV.7.3 – Incapacidade preexistente e declaração do risco

Como é sabido, o risco incorrido pelo segurador – aquele que corresponde à *alea* contratual típica do seguro e que tem por contrapartida o valor do prémio tarifariamente calculado – é o da superveniência de um evento inesperado que provoque o sinistro. No caso da cobertura de invalidez, o risco corresponde à probabilidade de ocorrência de um evento suscetível de provocar, por si próprio, uma incapacidade de, pelo menos, 66% (para retomar o desenho da cobertura acima traçado).

Ora, a declaração inicial do risco haverá precisamente de dar conta das características desse risco e, inerentemente, da própria preexistência de um grau de incapacidade cuja valoração é, para o segurador, incontornável. Imaginando-se que, à data da contratação do seguro, a pessoa segura tinha já uma incapacidade de 70% – ou seja, que preenchia já os pressupostos de um sinistro de invalidez – a respetiva omissão ao segurador não poderia deixar de ser configurada como um incumprimento doloso do dever de declaração do risco. Isto sem prejuízo da circunstância de, nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da LCS, o segurador não cobrir sinistros anteriores à data da celebração do contrato quando o tomador do seguro ou o segurado deles tivesse conhecimento nessa data.

<sup>52</sup> O contrato poderá concretamente assumir outra percentagem de incapacidade e remeter para outra tabela ou critério de aferição da mesma.

E o mesmo se dirá se, em vez de uma incapacidade de 70%, a mesma for inferior ao patamar de configuração do sinistro (66%, no exemplo dado). Também neste caso, a informação será da maior relevância para a apreciação do risco pelo segurador, já que bastará o concurso de nova patologia (ou a deterioração da situação clínica) para que o referido patamar seja atingido. E, também neste caso, o contributo, para o eventual sinistro, desta incapacidade preexistente não estará coberto. Para o efeito, será, aliás, indiferente se essa incapacidade é qualificável como deficiência (igual ou superior a 60%) ou não.

#### IV.7.4 – Deficiência superada e direito ao esquecimento

Qual a articulação do que fica dito com o direito ao esquecimento em caso de deficiência superada (ou mitigada)?

Na verdade, o direito ao esquecimento incide sobre a *deficiência superada* (ou mitigada), isto é, sobre a circunstância de a pessoa segura ter sido no passado qualificada como *deficiente* (incapacidade igual ou superior a 60%) e ter deixado de o ser por ter suplantado – de forma tendencialmente definitiva – esse patamar. Como resulta da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021, «nenhuma informação de saúde *relativa à situação [...] de deficiência* pode ser recolhida...» decorridos 10 anos desde o termo do protocolo terapêutico.

Mas o esquecimento não poderá obviamente incidir sobre a incapacidade *não superada*, isto é, sobre a percentagem de incapacidade que se mantinha à data da contratação do seguro. Se, nesta data, a pessoa segura tinha, por hipótese, uma incapacidade de 40%, deverá declará-la ao segurador, sendo, para o efeito, indiferente, se tal incapacidade havia já sido superior a 60% (circunstância *esquecida*) ou não.

Por outras palavras, a pretérita deficiência deverá ser esquecida, mas não poderá sê-lo a incapacidade residual subsistente, que não terá sido superada e que, como vimos, é da maior relevância para a apreciação do risco pelo segurador.

#### **IV.8 – Um direito ao esquecimento em sede de execução do contrato?**

I – Temos analisado o direito ao esquecimento em contexto de declaração inicial do risco. E, com efeito, do artigo 3.º da Lei n.º 75/2021 resulta claramente o «contexto pré-contratual» em que o mesmo é configurado.

Neste quadro, duas questões podem equacionar-se. A primeira reporta-se à aplicabilidade da lei aos contratos que, à data da entrada em vigor da mesma, estivessem já em fase de execução, quando a pessoa segura fosse já qualificada como tendo superado ou mitigado risco agravado de saúde ou deficiência (com decurso do período de prova previsto no n.º 2 do referido artigo).

A segunda questão reporta-se aos casos em que, à data da celebração do contrato, a pessoa segura esteja em situação de risco agravado de saúde ou deficiência – sendo o contrato objeto de um agravamento do prémio –, vindo, durante a execução do contrato, a superar ou mitigar essa situação com decurso do período de prova previsto. *Quid iuris*, em qualquer dos casos?

II – Vejamos. Nenhuma destas questões mereceu resposta normativa do diploma em análise. Em qualquer dos casos, como referimos, o escopo temporal visado pela configuração do direito ao esquecimento reporta-se à fase pré-contratual (momento em que o segurador fica inibido de recolher ou tratar dados de saúde respeitantes à situação superada ou mitigada) e à conclusão do contrato, ao qual não podem ser aplicadas condições discriminatórias (agravamento de prémio, exclusão de garantia ou recusa do risco).

Portanto, o legislador não projetou uma solução específica para a superação ou mitigação supervenientes, assim como não definiu solução para superação ou mitigação anteriores à entrada em vigor da lei e verificada em contratos já em execução.

Ora, cremos que qualquer das situações não carece de solução específica à luz da *lei do esquecimento*, na medida em que a LCS

providencia já solução adequada, por recurso ao instituto da diminuição do risco<sup>53</sup>.

Com efeito, haverá que assumir que, pelo menos nos casos de superação de risco agravado de saúde, haverá fundamentação estatística no campo da ciência médica no sentido de considerar que o risco agravado de saúde foi definitivamente vencido. Nesse caso, portanto, ter-se-á verificado uma diminuição inequívoca e duradoura do risco (face ao aferido aquando da celebração do contrato). Caberá então ao tomador do seguro ou pessoa segura o ónus de comunicação do facto ao segurador, devendo este refletir a diminuição do risco no prémio do contrato (n.º 1 do artigo 92.º da LCS).

Inexistindo acordo quanto ao novo prémio, poderá o tomador do seguro resolver o contrato (n.º 2 do artigo 92.º da LCS) e fazer-se segurar junto de outro segurador, beneficiando então já do direito ao esquecimento (omissão lícita de informação) aquando do novo processo de contratação.

## V – Conclusões

Atendendo ao objeto do presente texto – a articulação entre o dever de declaração inicial do risco e o direito ao esquecimento – iniciámos a abordagem ao tema com um breve enquadramento contextualizador dos dois institutos em presença, reiterando críticas a várias das soluções da Lei n.º 75/2021 e, muito em particular, à inopinada e inconsequente noção de mitigação do risco agravado de saúde ou deficiência. Esta, em termos práticos, constitui uma antecipação lógica e cronológica da noção de superação do risco agravado de saúde ou deficiência, privando de efeito útil a aquisição do direito ao esquecimento por essa via.

Verificámos a existência de uma aparente tensão – pretensão comum de aplicação – entre o dever de declaração do risco a que

<sup>53</sup> Sobre a diminuição do risco, cfr. Luís Poças, “O surto de COVID-19 e a diminuição do risco seguro”, *Revista de Direito Comercial*, Número Especial – *Liber Amicorum* Pedro Pais de Vasconcelos (2020), 881-926, em especial, 894 ss. (disponível em <https://www.revistade-direitocomercial.com/o-surto-de-covid-19-e-a-diminuicao-do-risco-seguro>).

está obrigada a pessoa segura e o direito desta a omitir licitamente informação clínica no quadro da *lei do esquecimento*. Nessa área de tensão – confinada apenas aos seguros de vida associados a contratos de crédito à habitação ou aos consumidores e somente quando verificados os pressupostos do direito ao esquecimento e quanto à informação de saúde por este tutelada – prevalece o direito ao esquecimento, atenta a sua natureza de regra excepcional. Porém, constatámos que, quanto às situações de superação do risco agravado de saúde, a dita tensão é, em tese, aparente, na medida em que, estando irreversivelmente vencido o referido risco, essa informação será irrelevante para a apreciação do risco pelo segurador.

Inexiste, por ora – e até à definição, pela CNSF, de uma ficha de informação normalizada –, um dever de informação, a cargo do segurador, sobre os pressupostos e âmbito do direito ao esquecimento. Por outro lado, o segurador não pode, na fase pré-contratual, aferir dos pressupostos do direito ao esquecimento sem violar esse mesmo direito, pelo que a verificação daqueles pressupostos constitui um ónus da pessoa segura, que, para o efeito, poderá socorrer-se de um parecer médico. Verificados os pressupostos do direito ao esquecimento, pode a pessoa segura omitir ou mentir licitamente quanto à informação de saúde tutelada por tal direito (mas apenas quanto a esta).

A configuração da *lei do esquecimento* implica um especial cuidado, por parte do segurador, na construção do eventual questionário de declaração do risco. Este não deverá incluir questões cujo único sentido útil seja o de inquirir sobre matéria que devesse ser *esquecida*, mas, em contrapartida, não poderá igualmente descuidar outras informações do foro clínico, indispensáveis à apreciação do risco pelo segurador, e sobre as quais este tem o direito de inteirar-se.

Tendo em conta que a proibição de recolha e tratamento de informação clínica, ao abrigo do direito ao esquecimento, se verifica apenas em contexto pré-contratual, não fica comprometida a possibilidade de, na fase de execução do contrato e, em particular, perante a participação de um sinistro, o segurador averiguar as respetivas causas, aferir da cobertura contratual do risco inerente, bem como do capital a considerar, e sindicar o oportuno e regu-

lar cumprimento do dever de declaração do risco. Constatado este incumprimento, doloso ou negligente, as consequências são as que decorrem, respetivamente, do artigo 25.º ou 26.º da LCS.

Se a aferição de uma situação de risco agravado de saúde está associada a um conceito de sentido binário, a de deficiência resulta de uma escala, dependendo de um grau de incapacidade mínimo de 60%. Neste contexto, a superação da deficiência não implica um desaparecimento da incapacidade, mas apenas que esta passou a situar-se abaixo dos 60%. Assim, se a deficiência superada está tutelada pelo direito ao esquecimento, já o mesmo não sucede com a incapacidade residual (não superada), que se mantém ativa e que é, consequentemente, da maior relevância para a apreciação do risco pelo segurador.

Quanto às situações de superação ou mitigação supervenientes à conclusão do contrato (ou anteriores à entrada em vigor da *lei do esquecimento* e ocorridas em contratos já em execução), a solução normativa, na falta de previsão específica, residirá no instituto da diminuição do risco.

Como balanço final, diremos que o legislador da *lei do esquecimento* parece entrever o seguro como um fardo financeiro e um estorvo processual à aquisição de habitação, e não como um instrumento de previdência. Assim, situa as suas preocupações no aligeirar do processo de subscrição do seguro e em evitar que o contrato seja recusado ou que o respetivo prémio surja agravado. Mas parece ser-lhe indiferente se, por ser descurada a fase de formação do contrato, este termina, na hora da verdade – ou seja, na sequência do sinistro – justamente impugnado por incumprimento do dever de declaração do risco.

