

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA



MESTRADO FORENSE
2014/2015

**(LEI QUE PROIBE) A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA E
DA EXISTÊNCIA DE RISCO AGRAVADO DE SAÚDE
NA ACTIVIDADE SEGURADORA**

Margarida Maria Nunes da Silva Telo Rasquilha

ORIENTADORA: Professora Doutora Margarida Lima Rego

Lisboa, 31 de Março de 2016

Índice

Advertência.....	03
Siglas e Abreviaturas.....	04
Resumo.....	05
I. Introdução.....	06
II. Enquadramento do Estudo	
1. Os Conceitos de Deficiência e Risco Agravado de Saúde.....	08
2. Especial Atenção ao Contrato de Seguro de Saúde.....	09
3. Os Princípios Constitucionais da Igualdade e Não Discriminação.....	12
4. O Princípio da Livre Iniciativa Económica Privada.....	16
III. Enquadramento Legal da Proibição da Discriminação em razão da Deficiência e Risco Agravado de Saúde, na Contratação de Seguros	
1. A Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto.....	20
2. Artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.....	23
3. A Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008.....	26
IV. As Problemáticas na Contratação de Seguros de Saúde	
1. Problemas relativos ao acesso.....	29
2. Problemas nas condições propostas.....	32
3. Meios de Reacção.....	34
V. O Papel do Estado: Princípio do Primado da Responsabilidade Pública.....	40
VI. Conclusão.....	45
Bibliografia.....	53
Agradecimentos.....	59

Advertência

Esta tese não está redigida ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

ASF - Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

C.C – Código Civil

CE – Conselho da Europa

Cfr. – Conferir

Coord. – Coordenação

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-lei

ERS - Entidade Reguladora da Saúde

ISP – Instituto de Seguros de Portugal

LAD – Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto (Lei Anti-discriminação)

N.º - Número

N.ºs – Números

P. – Página

Pp. – Páginas

RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro

SNS – Serviço Nacional de Saúde

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

UE – União Europeia

V. - Ver

Vol. – Volume

Resumo

O principal objectivo desta tese de mestrado é analisar a legislação que proíbe a discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, no acesso aos seguros, e perceber se existe violação do princípio da igualdade - ou não discriminação - quando a seguradora recusa a celebração do contrato de seguro, agrava o seu prémio, exclui determinados riscos, ou se, pelo contrário, está a actuar dentro dos limites do princípio da livre iniciativa económica privada. Num primeiro momento, faço um enquadramento dos princípios da igualdade e da livre iniciativa económica privada, para aferir como é que estes influenciam e orientam a actividade seguradora. Numa segunda fase, abordo as problemáticas que surgem na contratação de um seguro de saúde por pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde, designadamente os problemas relativos ao acesso e os problemas nas condições propostas. Dedico, ainda, um capítulo aos meios de reacção que os cidadãos portugueses têm ao seu alcance, caso se verifiquem situações de discriminação e violação do princípio da igualdade. Por fim, faço alusão ao papel do Estado na realização dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, sugerindo que o Estado tenha um papel mais activo nesta luta contra a diferença.

Palavras-chave

Luta contra a discriminação; deficiência e risco agravado de saúde; trissomia 21; direito à saúde; contrato de seguro de saúde; função económico-social do contrato de seguro; deveres de informação; práticas e técnicas de avaliação, seleção e aceitação do risco; recusa de celebração de contrato de seguro; agravamento do prémio; meios de reacção; princípio da igualdade e não discriminação; princípio da livre iniciativa económica privada; princípio do primado da responsabilidade pública.

I – Introdução

Preparar uma tese de mestrado pressupõe a escolha de um tema que seja enriquecedor. Pergunta-se, enriquecedor em que sentido?

Por regra, na área do Direito, são escolhidos temas controversos, em que a doutrina e/ou a jurisprudência divergem no seu entendimento; temas que são novidade no mundo jurídico; estudos sobre as inúmeras interpretações de uma norma ou de uma decisão judicial; mas, obviamente, que se pretende sempre que os autores contribuam com interpretações, conclusões ou sugestões de acordo com as suas investigações e convicções pessoais.

Pretende-se que este seja um estudo aprofundado de uma questão jurídica, mas, sobretudo, que se traduza numa novidade e mais-valia para os leitores. No caso concreto, o objectivo será analisar a legislação que proíbe a discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, no acesso aos seguros, e perceber se existe violação do princípio da igualdade - ou não discriminação - quando a seguradora recusa a celebração do contrato de seguro, agrava o seu prémio, exclui determinados riscos em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, ou se, pelo contrário, está a actuar dentro dos limites do princípio da livre iniciativa económica privada.

As principais fontes legislativas desta inspiração foram a Constituição da República Portuguesa (CRP), designadamente os princípios da igualdade, da não discriminação, da protecção da saúde e da livre iniciativa económica privada, consagrados nos artigos 13.º, 64.º e 61.º da Lei Fundamental; a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto (LAD); o Artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS, Anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril) e a Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008, entre outros diplomas de ordem nacional e internacional.

Outra e deveras importante fonte de inspiração para a escolha e desenvolvimento deste tema foi a colaboração de várias famílias com filhos portadores de deficiência, Trissomia 21 ou *Síndrome de Down*, através da sua experiência pessoal no processo de contratação de seguros de saúde.

A realização de questionários sobre o acesso ao seguro de saúde e as suas condições de contratação constituíram o ponto de partida para determinar quais as problemáticas que merecem ser destacadas neste estudo, valendo a pena aprofundar os problemas relativos ao acesso ao seguro de saúde e as questões associadas às condições propostas.

A experiência da vida comum mostra que uma informação correcta, detalhada e acessível ao consumidor é essencial para evitar conflitos. Os questionários, porém, revelam que nem todos os proponentes são devidamente informados acerca dos direitos e deveres de ambas as partes num processo de contratação, nomeadamente quanto a questões de limitação ou exclusão de cobertura de risco, agravamento de prémio, ou, por exemplo, dever de justificação objectiva que impende sobre as seguradoras quando recusam o contrato ou agravam o prémio, em face da deficiência. Em suma, verifica-se que os cidadãos, regra geral, desconhecem as normas jurídicas que os protegem.

Nesta lógica, também considero oportuno abordar os meios de reacção que os cidadãos têm ao seu alcance, caso se verifiquem situações de discriminação e violação do princípio da igualdade. Em boa verdade, o raciocínio é o de que *“quanto mais eficaz for o sistema de divulgação e prevenção do público, menos necessidade haverá de contar com vias de reparação casuísticas.”*¹

O meu contributo para esta “luta contra a discriminação” passará, ainda, por identificar algumas deficiências ou lacunas no regime jurídico actual e propor soluções com vista a fomentar a protecção dos cidadãos portadores de deficiência ou com risco agravado de saúde, e a atenuar o sentimento de desadequação e discriminação destas famílias.

Deste modo, procurarei contribuir activamente para a melhoria do Estado de Direito, para a eliminação das desigualdades e da discriminação e para o fortalecimento, tão necessário e urgente, do respeito pelos direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos.

Será este o desafio a que me proponho nesta dissertação.

¹ Cfr. Artigo 10.º da Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008.

II – Enquadramento do Estudo

1. Os Conceitos de Deficiência e Risco Agravado de Saúde

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preconiza, no seu artigo 1.º, “*personas con discapacidad são aquelas que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.*” É de assinalar o carácter durável ou definitivo, o facto de traduzir uma alteração substancial de uma ou várias funções físicas, sensoriais, cognitivas, psíquicas ou mentais e a limitação inerente de participar em plenitude na vida da sociedade.

Por sua vez, o artigo 2.º da Lei n.º38/2004, de 18 de Agosto, que determina as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, considera como pessoa portadora de deficiência aquela que “*por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas*”. Esta é a mesma definição apresentada pelo artigo 4.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 93/2009, de 16 de Abril, que visa criar o Sistema de Atribuição de Produtos de Apoio (SAPA).

Ora, sendo a Trissomia 21 “*uma perturbação genética comum em que uma pessoa nasce com 47 cromossomas em vez de 46 em algumas ou em todas as células do corpo, provocando atrasos no desenvolvimento, tónus muscular fraco, traços físicos característicos e outros efeitos*”², podemos conferir que a Trissomia 21 preenche o conceito de “deficiência” utilizado nas diversas normas anti-discriminatórias. A Trissomia 21 é também conhecida por *Síndrome de Down* pois o termo “síndrome” refere-se a um conjunto de sintomas e sinais que produzem um padrão identificável de particularidades em diferentes áreas do corpo.

² SKALLERUP, Susan – *Bebés com Trissomia 21*. Texto Editores, 1ª Edição (Março 2015), pp. 30 e 386.

De outro passo, a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto esclarece, no seu artigo 3.º, alínea c), o que se entende por pessoas com risco agravado de saúde, referindo concretamente que são “*pessoas que sofrem de toda e qualquer patologia que determine uma alteração orgânica ou funcional irreversível, de longa duração, evolutiva, potencialmente incapacitante, sem perspectiva de remissão completa e que altere a qualidade de vida do portador a nível físico, mental, emocional, social e económico e seja causa potencial de invalidez precoce ou de significativa redução de esperança de vida*”. É tão complexo o conceito que, mesmo ao decompô-lo, se fica na dúvida se os seus requisitos são cumulativos ou alternativos. Entendo que, pelo menos, os sub-requisitos deverão ser alternativos, sob pena de o preceito ficar sem aplicação.

*“A existência de uma enumeração não taxativa sobre as patologias abrangidas pela lei, bem como a identificação de situações que alterassem a qualidade de vida facilitaria a tarefa do intérprete e aplicador. A análise por parte de um profissional da área dos seguros é muito subjectiva se a patologia da pessoa com risco agravado de saúde altera a qualidade de vida ao nível físico, mental, emocional, social ou económico. Tal circunstância leva a que a seguradora tenha sempre que recorrer a serviços médicos para apreciar o risco e obriga-a a apreciar o risco de forma fundamentada.”*³

Do conjunto de elementos referidos no artigo 3.º/c) da Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, resulta que não será pessoa com risco agravado de saúde aquela cujo risco possa vir a diminuir com o tempo. Em suma, o legislador tenciona aproximar o conceito de risco agravado de saúde ao de deficiência, para que somente as situações equiparadas a deficiência tenham uma protecção acrescida.

2. Especial Atenção ao Contrato de Seguro de Saúde

A legislação que incentivou a realização deste trabalho, em particular a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto e o Regime Jurídico do Contrato de Seguro (Anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril), não dispõe de qualquer norma que restrinja a sua aplicação a um determinado tipo ou ramo de contrato de seguro. Isto significa que as fontes

³ ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra. Ano 52, n.ºs 3-4 (25 da 2.ª Série) (Julho - Dezembro 2011), p. 220.

legislativas sobre a proibição da discriminação em razão da deficiência ou risco agravado de saúde, na contratação de seguros, não se inspiraram num único contrato de seguro. No entanto, optei por atribuir especial atenção ao contrato de seguro de saúde.

Hoje em dia, e muito devido à ineficácia da resposta do Estado no que diz respeito ao acesso ao Serviço Nacional de Saúde (SNS), o seguro de saúde já não é visto como um produto acessório, mas antes como forma de salvaguardar a saúde dos cidadãos e das suas famílias, possibilitando uma melhor qualidade de vida. Com efeito, a valorização da saúde no seio de uma família é um dos grandes factores que contribuiu para que o seguro de saúde se tornasse num dos seguros facultativos mais populares em Portugal.⁴

De acordo com informação fornecida pela Entidade Reguladora da Saúde (ERS), as principais razões para a contratação do seguro de saúde são: a) poder beneficiar de tempos de espera mais curtos em consultas, b) a prevenção e c) maior liberdade na escolha dos estabelecimentos. Esta Entidade indica como principais motivos de insatisfação o preço/prémio do seguro e as coberturas e exclusões.⁵

Na verdade, atento o facto de a protecção da saúde ser um direito tendencialmente gratuito, muitos são os casos em que os cidadãos, quer por razões de insuficiência ou até inexistência de acompanhamento médico no Sistema Nacional de Saúde, quer pelo tempo de espera que têm de aguardar para ter esse mesmo acompanhamento, têm de celebrar contratos de seguro de saúde, de forma a colmatar essa «lacuna».

A opção de conhecer melhor o seguro de saúde e as práticas discriminatórias, neste sector, surgiu na sequência de vários contactos que fiz com diversas associações e centros ligados a factores discriminatórios, como a raça, sexo, doença, nomeadamente vírus da imunodeficiência adquirida, deficiência e risco agravado de saúde.

⁴ Por curiosidade, em 1990, encontravam-se abrangidas por seguros de saúde cerca de 500 mil pessoas e em 2008, o número de pessoas seguras chegou a aproximadamente dois milhões. Por seu turno, em 2013 o número de segurados chegou a 2.196.160, ou seja, 21% da população residente em Portugal, registando um aumento de 3,5% face a 2012. V. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - *Os Seguros de Saúde e o Acesso dos Cidadãos aos Cuidados de Saúde*. Março de 2015. [Consultado a 15.12.2015]. Disponível na internet: <<https://www.ers.pt/>>.

⁵ Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - *Os Seguros de Saúde e o Acesso dos Cidadãos aos Cuidados de Saúde*. Março de 2015.

Foi fundamental a colaboração por parte de famílias cujos filhos, por terem nascido com *Síndrome de Down*, eram excluídos do seguro de saúde familiar, ou eram cobrados prémios tão elevados que não havia capacidade de os suportar. Tendo em conta que todos os casos que me foram reportados tinham na sua base obstáculos à contratação de um seguro de saúde, optei por dar especial ênfase a esta problemática.

Tendo em conta a perspectiva económico-social do contrato de seguro, pode-se afirmar que seguro de saúde é visto como um produto social no sentido em que providencia pelo bem-estar dos proponentes, compensando-os pelos prejuízos sofridos, transmitindo, assim, estabilidade e segurança. Paralelamente, o seguro é um meio de satisfazer as necessidades individuais e colectivas, mas com interesses lucrativos. É um meio de redistribuição da riqueza e dos riscos.

*“O seguro desempenha uma função económico-social, na medida em que influencia a actividade económica, serve de garantia, indemniza danos, protege patrimónios e pessoas, reduz os custos de prevenção de riscos individuais e empresariais e na medida em que as seguradoras são obrigadas a constituir e aplicar grandes volumes de provisões, sendo por essa via, importantes investidores institucionais e agentes de desenvolvimento.”*⁶

Ora, para a generalidade dos cidadãos, a contratação de um seguro de saúde não reveste especial complexidade ou dificuldade, revelando-se quase como parte integrante das despesas correntes do agregado familiar. No entanto, para os cidadãos portadores de alguma deficiência, a realidade é distinta, uma vez que são confrontados com diversos obstáculos na contratação, negociação e manutenção – no sentido de subsistência - dos seguros de saúde.

De acordo com as respostas apresentadas ao questionário efectuado, no âmbito deste estudo, constata-se que 3/7 das famílias - com elementos do agregado familiar portadores de deficiência ou com risco agravado de saúde – não tiveram oportunidade de beneficiar de um contrato de seguro de saúde. Mais, foi-lhes recusada a contratação, sem que, para o efeito, as seguradoras tivessem invocado qualquer fundamento com

⁶ Manuel da Costa Martins, II CONGRESSO NACIONAL DOS SEGUROS – *Considerações sobre o Valor e Função Social do Contrato de Seguro* (Coord. António Moreira/Manuel Costa Martins). Coimbra: Almedina, 2001, p. 141.

base em dados estatísticos e actuariais. Paralelamente, 4/7 das famílias que contrataram ou pretendiam contratar seguros de saúde, depararam-se com sérios obstáculos, em particular com a exclusão de determinados riscos e/ou agravamento dos prémios. Tal como já foi mencionado, são estas as principais razões que dão origem a um profundo descontentamento por parte de quem - mais do que querer - precisa de proteger a sua saúde, e que, por motivos estruturais, económicos e financeiros, não tem a mesma facilidade de contratar/beneficiar de um seguro de saúde do que as pessoas não portadoras de deficiência.

Este estudo não se basta com as respostas a um questionário sobre o contrato de seguro de saúde ou com a avaliação do sentimento de desequilíbrio dos cidadãos portadores de deficiência ou risco agravado de saúde, no acesso aos seguros. O foco principal deste estudo é analisar se existe violação do princípio da igualdade ou da não discriminação nas situações em que a seguradora recusa a celebração do contrato de seguro, agrava o seu prémio ou exclui determinados riscos - em razão da deficiência ou do risco agravado de saúde -, ou se, pelo contrário, a seguradora está a actuar dentro dos limites legais e contratuais. É, pois, com base nos princípios da igualdade e da livre iniciativa económica privada que poderemos aferir, num primeiro momento, se os cidadãos têm legitimidade para alegar que são discriminados.

3. Os Princípios Constitucionais da Igualdade e Não Discriminação: a sua relação com a celebração de contratos de seguro de saúde por pessoas portadoras de deficiências ou com risco agravado de saúde

As noções de igualdade e não discriminação encontram-se estreitamente ligadas entre si. *“O princípio da igualdade manda tratar do mesmo modo o que for igual e de modo diferente o que for desigual – é a chamada vertente positiva do princípio.⁷ Por isso, as diferenças de tratamento podem ser legítimas, ou seja, podem ter justificação.⁸ (...) O princípio da igualdade*

⁷ Cfr., entre inúmeros nesse sentido, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 563/96, 319/00 e 232/03, todos disponíveis no endereço <www.tribunalconstitucional.pt>.

⁸ “O Tribunal Constitucional tem entendido uniformemente que «igualdade» não significa proibição de tratamentos jurídicos diferenciados, mas antes a proibição de diferenças que afectem as pessoas e que não sejam fundamentadas à luz do próprio sistema constitucional.” – Cfr. do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, Relator Pimentel Marcos. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

tem uma vertente negativa que consiste na vedação de privilégios (vantagens infundadas) e de discriminações (desvantagens)”.⁹

Jorge Miranda analisa o princípio da igualdade com base em três pontos firmes, acolhidos quase unanimemente pela doutrina e pela jurisprudência. São eles: “*a) a igualdade não é identidade e a igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) a igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) a igualdade não é uma ilha, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material*”.¹⁰

O sentido primário do princípio é negativo, consistindo na vedação de privilégios e de discriminações. Este autor vai mais além, concluindo que “*privilégios são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem. Privilegiadas são pessoas com direitos não atribuídos às demais pessoas ou às pessoas na mesma situação. Discriminadas são as pessoas a que não são conferidos os direitos atribuídos ao conjunto das pessoas ou a quem são impostos deveres, ónus, encargos não impostos às outras pessoas*”.¹¹

Mais complexo vem a ser o sentido positivo, na medida em que exige um tratamento semelhante de situações semelhantes e um tratamento desigual de situações desiguais. Além disso, o autor alerta para o facto de não se olvidarem os moldes de proporcionalidade, com a devida adequação e respeito pelos princípios fundamentais da Constituição, em particular a dignidade da pessoa humana. Nesta lógica, conclui Jorge Miranda que tem de se verificar um “*tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da CRP material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei)*”.¹²

⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Abril de 2013, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1, Relator Paulo Sá. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

¹⁰ MIRANDA, Jorge – O Princípio da Igualdade no Direito Português. *Boletim da Ordem dos Advogados*. Mensal n.º 132 (Novembro 2015), pp. 26 e 27.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Segundo Gwénaele Calvès, “o princípio da não discriminação designa uma técnica de controlo que permite tornar operativo um princípio constitucional de conteúdo fortemente indeterminado: o princípio da igualdade”.¹³

O princípio da igualdade ou, na sua vertente negativa, da não discriminação pela importância que revestem, encontram-se consagrados tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica europeia, comunitária e nacional. A nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, consagra, nos seus artigos 1.º e 7.º, que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*”. Espelho desta proteção da não discriminação é também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 2.º/1) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 2.º/2).

A nível europeu, invoque-se o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o qual determina que “*o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação*”. De entre todos os diplomas, somente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia faz apelo ao princípio da não discriminação em razão da deficiência (artigo 21.º/1): “*é proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual*”.

Por fim, no plano nacional, o princípio da igualdade tem a sua fórmula geral no artigo 13.º/1 da CRP, apresentando o seu n.º 2 um conjunto de factores de discriminação ilegítimos, de entre os quais também não consta a deficiência. “*Pretendeu-se proibir diferenciações baseadas num tipo de características pessoais ou de critérios subjectivos que,*

¹³ CANOTILHO, Mariana – *Brevíssimos Apontamentos sobre a Não Discriminação no Direito da União Europeia*. Julgar. Lisboa: Coimbra Editora, N.º 14 (Maio-Agosto 2011), p. 103.

pela sua estreita relação com a dignidade das pessoas, a CRP entendeu ser à partida insusceptível de justificar, em qualquer caso, a existência de regimes jurídicos distintos.”¹⁴

Contudo, esse elenco não tem obviamente um carácter exaustivo, tal como resulta claro do artigo 26.º/1 da CRP, em que se consagra como direito pessoal a “*protecção legal contra qualquer forma de discriminação*”. Mais à frente, entendeu o legislador constitucional dar um tratamento específico aos cidadãos portadores de algum tipo de deficiência, como resulta da leitura do artigo 71.º/1 da Lei Fundamental, quando refere que “*os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados*”. Conclui-se que o artigo 13.º da CRP é uma cláusula aberta, que, para além dos factores de desigualdade enunciados, deverá ser interpretada no sentido de também incluir a deficiência como factor de diferenciação, insusceptível de determinar privilégios e discriminações.

É inequívoco que a enumeração do n.º2 do artigo 13.º não é “fechada” ou “exclusiva”. A doutrina pronuncia-se nesse sentido, como podemos conferir através das palavras de Jorge Miranda: “*naturalmente, os factores de desigualdade inadmissíveis enunciados no artigo 13.º, n.º2, da CRP são-no a título exemplificativo (até por causa da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º1), de modo algum taxativo.*”¹⁵

A Jurisprudência também utiliza esta via de interpretação, explicando que “*a enumeração dos factores de discriminação constante do n.º 2 do artigo 13.º da CRP é meramente exemplificativa, como resulta desde logo da parte final do n.º 1 do seu artigo 26.º, em que se consagra como direito pessoal a «protecção legal contra quaisquer formas de discriminação», sendo, todavia, igualmente ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas noutros motivos, sempre que eles se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes*”.¹⁶

¹⁴ REGO, Margarida Lima - *A Segmentação do Mercado para Avaliação dos Riscos Seguros: Que Futuro?* P. 5.

¹⁵ ARAÚJO, António de - *Cidadãos Portadores de Deficiência: O seu lugar na Constituição da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.107.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, Relator Pimentel Marcos. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

Conclui-se, portanto, que, à luz da Constituição da República Portuguesa, todos os cidadãos a) têm a mesma dignidade social; b) têm direito à protecção da saúde¹⁷; c) são iguais perante a lei¹⁸; d) ninguém pode ser discriminado em razão da deficiência¹⁹.

Tendo presente que os contratos celebrados com as seguradoras são feitos à luz do direito à livre iniciativa económica privada, falta, ainda, fazer o enquadramento deste princípio para se alcançar uma conclusão mais aprimorada sobre a actuação legítima ou discriminatória das seguradoras, quando confrontadas com proponentes com deficiência ou risco agravado de saúde.

4. O Princípio da Livre Iniciativa Económica Privada

O princípio da igualdade tem de ser compatibilizado com o direito da livre iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP) e do funcionamento eficiente dos mercados (artigo 81.º, n.º 1, alínea f) da CRP), os quais são direitos económicos equiparados a direitos fundamentais nos termos dos artigos 17.º e 18.º da CRP.

O princípio da livre iniciativa económica privada garante e reconhece a liberdade económica dos agentes privados perante o Estado.

Com efeito, o artigo 405.º do Código Civil (C.C.), possibilita às partes fixar livremente o conteúdo dos contratos e o artigo 11.º do RJCS, confere às partes a faculdade de acordar e ajustar o conteúdo do contrato, com os limites constantes do próprio RJCS ou os decorrentes da lei geral.

Sobre o conteúdo constitucional do direito à livre de iniciativa económica privada, o Tribunal Constitucional tem reiteradamente afirmado que o mesmo se divide numa dupla vertente. *“Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica - direito à empresa, liberdade de criação de empresa - e, por outro, na liberdade de gestão e actividade da empresa - liberdade de empresa, liberdade de empresário, liberdade*

¹⁷ Artigo 64.º da CRP.

¹⁸ Artigo 13.º da CRP.

¹⁹ Artigo 71.º, n.º 1 da CRP.

empresarial.”²⁰ Também a doutrina tem assinalado repetidamente que é apenas naquela dupla vertente que se desdobra o referido princípio.²¹

Citando Paulo Mota Pinto, “*dentro da autonomia privada, a liberdade contratual aparece como a sua decorrente mais importante, desdobrando-se em liberdade de modelação (de fixação ou de estipulação) do conteúdo contratual e em liberdade de celebração ou conclusão dos contratos.*” Paulo Mota Pinto adianta ainda que a autonomia privada, enquanto liberdade de modelação, é justamente o poder de fazer escolhas e diferenciações, segundo o livre arbítrio. Ou melhor, “*a possibilidade de distinguir e diferenciar – de discriminar lato sensu – está, assim, incluída no exercício da autonomia privada (é o “reverso da autonomia privada”). Se o tratamento desigual (por exemplo, a recusa de contratar) das contrapartes – ou das potenciais contrapartes – implicasse, em regra, violação do princípio da igualdade, a autonomia privada seria destruída, e a vida jurídico-privada deparar-se-ia com uma extrema rigidez, inautenticidade e irrealismo, de todo o ponto indesejáveis*”.²²

De acordo com o disposto no artigo 61.º/1 da CRP, a regra é a da liberdade de iniciativa (“*exerce-se livremente*”), mas tendo em conta o interesse geral. Isto significa que a liberdade de iniciativa económica privada encontra-se explicitamente condicionada em função do interesse geral.²³

Neste sentido, avança o Tribunal Central Administrativo Norte, referindo que “*o direito à livre iniciativa económica privada (...) não constitui um direito absoluto mas antes um direito que, quer em termos constitucionais quer em termos legais, se mostra e pode ser objeto de introdução pelo Estado de limites e de restrições decorrentes, mormente, do “interesse*

²⁰ Nesse sentido, designadamente, os Acórdãos do TC n.ºs 187/2001, 348/03, 289/04 e 254/07, todos disponíveis no endereço <www.tribunalconstitucional.pt>.

²¹ Assim, designadamente, CANOTILHO Gomes e MOREIRA Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, p. 490; MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª Edição, pp. 454 e 455; ABREU, Jorge Coutinho de - *Limites Constitucionais à Iniciativa Económica Privada*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Professor Ferrer-Correia, Tomo III, pp. 413 e 414.

²² PINTO, Paulo Mota - *Autonomia Privada e Discriminação: algumas notas*. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa - II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 339.

²³ Cfr. Da CRP Anotada, artigo 61.º: “*Trata-se de um típico conceito constitucional indeterminado, cuja densificação deve arrancar, em primeiro lugar, das determinantes heterónomas fornecidas pela própria lei fundamental, sendo de destacar, de entre várias, o aumento do bem estar e da qualidade de vida do povo (artigos. 9º/b, 64.º-3/d e 81.º/a e b)*”.

geral” (...), por forma a que o Estado não se demita e cumpra aquilo que são as suas incumbências prioritárias (...).²⁴

Também o Supremo Tribunal Administrativo, no seu acórdão de 9 de Novembro de 2006, afirma que o direito à livre iniciativa privada não é um direito absoluto, pois pode ser limitado, tendo em vista o respeito pelas regras que sectorialmente definem cada atividade económica. *“Livre iniciativa não corresponde a fazer-se o que se quer quando se quer (...)*”.²⁵

Sendo a regra a da liberdade de iniciativa, ela está condicionada pela exigência de bem-estar e qualidade de vida do cidadão, ou seja, as limitações ou restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade. No exercício da autonomia privada, todas as escolhas e a sua justificação devem ser submetidas a um controlo de proporcionalidade. Isto significa que, à luz dos princípios da igualdade e da liberdade de iniciativa económica privada, as seguradoras têm legitimidade para tratar de modo diferente os proponentes com deficiência ou risco agravado de saúde, pelo risco acrescido que representam.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Abril de 2013, afirma expressamente que *“não se proibem diferenciações de tratamento, mas apenas discriminações arbitrárias e irrazoáveis, que não tenham justificação ou fundamento material bastante. (...) As diferenças de tratamento podem ser legítimas se materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, da justiça e da solidariedade”*.²⁶

No mesmo caminho, adianta o Tribunal da Relação de Lisboa, ao realçar que *“as diferenças de tratamento podem ser legítimas quando: a) se baseiam numa distinção objectiva de situações; b) não se fundamentem em qualquer dos motivos indicados no n.º 2 do artigo 13.º*

²⁴ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 9 de Novembro de 2012, Processo n.º 00382/07.3BECBR, Relator Carlos Luís Medeiros de Carvalho. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

²⁵ Proc. n.º 0262/02. Disponível na internet: <www.dgsi.pt/jsta>.

²⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Abril de 2013, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1, Relator Paulo Sá. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

da CRP; c) tenham um fim legítimo segundo o ordenamento constitucional positivo; d) se revelem necessárias, adequadas e proporcionadas à satisfação do seu objectivo.”²⁷

O ponto central da discussão em torno dos princípios da igualdade e da livre iniciativa económica privada, reconduz-se, assim, à questão de saber se existe fundamento material bastante para diferenciações de tratamento jurídico.

Uma conclusão é certa: o espaço de liberdade conferido pelo princípio da autonomia privada está limitado à exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana. Nestes casos, por estarmos perante relações jurídicas entre particulares, a proibição da discriminação (só) relevará se atingir a dignidade da pessoa humana “*ou se comportar como um abuso de poder de facto*”.²⁸ Sempre que a distinção na celebração e na modelação de negócios jurídicos atinja o núcleo da dignidade humana, deve, pois, ser considerada ilícita.

Para melhor se distinguir as formas admissíveis e as formas inadmissíveis de diferenciação, o legislador sentiu necessidade de publicar leis ordinárias que precisassem critérios mais objectivos para aferir da violação dos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação.

Nestes precisos termos, importa analisar as iniciativas legislativas referentes à discriminação em razão da deficiência e risco agravado de saúde, a saber, Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto; Regime Jurídico Anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril e Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008.

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, Relator Pimentel Marcos. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

²⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Abril de 2013, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1, Relator Paulo Sá. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

III - Enquadramento Legal da Proibição da Discriminação em razão da Deficiência e Risco Agravado de Saúde, na Contratação de Seguros

No âmbito do presente capítulo, importa proceder à análise dos regimes jurídicos que proíbem a discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde com vista a delinear as problemáticas que emergem na contratação de um seguro.

Só conhecendo o regime jurídico aplicável, conjugado com os princípios da ordem jurídica, norteadores da contratação de seguros, e com os resultados dos questionários efectuados no âmbito do presente estudo, é que se pode aferir se a prática das seguradoras - frente a proponentes com deficiência ou risco agravado de saúde – se afigura respeitadora dos princípios da igualdade e não discriminação.

O legislador português tem sido sensível no que toca às questões relacionadas com a protecção dos cidadãos que sofrem de deficiências ou de risco agravado de saúde, sendo que, em 2006, criou um regime jurídico (Lei 46/2006, de 28 de Agosto), para salvaguarda da proibição de práticas discriminatórias e, em 2008, foi mais longe, ao fazer constar este tema na legislação que regula o contrato de seguro, nomeadamente no artigo 15.º do RJCS.

1. A Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto - Regime Jurídico da Discriminação em razão da Deficiência e Risco Agravado de Saúde

A presente lei tem por objecto prevenir, proibir e sancionar a discriminação, directa ou indirecta, em razão de uma qualquer deficiência ou risco agravado de saúde. Apesar desta lei não ter sido pensada para regular e proteger exclusivamente a actividade seguradora, o seu artigo 4.º, alínea c), aborda a contratação de seguros, pelo que importa clarificar o âmbito da sua aplicação, no sentido de saber se também se aplica aos contratos de seguro de saúde.

O eixo central da lei anti-discriminação encontra-se neste artigo 4.º, segunda parte da alínea c), cuja norma proíbe todas “*as ações ou omissões, dolosas ou negligentes, que, em razão da deficiência, violem o princípio da igualdade, designadamente: a recusa ou penalização na celebração de contratos de seguros*”.

A propósito do conceito indeterminado “penalização na celebração de contratos de seguros”, o Instituto de Seguros de Portugal (ISP) - actual Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) - encarregou-se de clarificar as vias de penalização, ao determinar que se encontram abrangidos pelo conceito de prática discriminatória, para os efeitos da LAD e do artigo 15.º do RJCS, *“tanto a recusa de celebração de contrato, como a aplicação de condições diferenciadas que não se esgotam no mero agravamento tarifário, abrangendo esta última situação a diferenciação ao nível das franquias e/ou dos escalões de indemnização, dos períodos de carência e das exclusões de coberturas específicas, bem como outros casos que impliquem uma diferenciação ou tratamento menos vantajoso face a outra pessoa em situação comparável”*.²⁹

Nos termos da lei (artigo 3.º/a), ocorre discriminação directa *“sempre que uma pessoa com deficiência (ou risco agravado de saúde) seja objecto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”*³⁰. Tendo em atenção que o objecto deste diploma é prevenir a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde, o ponto de comparação será obviamente entre duas pessoas com características dissemelhantes.

De acordo com o entendimento perflhado pela nossa jurisprudência, *“(…) o termo de comparação a considerar, com vista a apurar da existência de discriminação em razão da deficiência ou do risco agravado de saúde, não é a situação comparável de outra qualquer pessoa com os mesmos problemas de saúde – é sim, qualquer outra pessoa, sem tais problemas de saúde (...)*”³¹.

Em regra, bastará uma análise comparativa concreta entre dois indivíduos que se encontrem em situações relevantemente similares e a demonstração do nexo de

²⁹ Neste sentido V. o entendimento do Instituto de Seguros de Portugal, publicado no site do ISP a 12 de Fevereiro de 2012. Cfr. *Relatório de Regulação e Supervisão de Conduta de Mercado*, p. 57.

³⁰ Do termo “situação comparável”, podem derivar duas interpretações, isto é, entender que se trata de uma comparação entre duas pessoas portadoras de deficiência ou de uma comparação de tratamento entre uma pessoa portadora deficiência e outra não portadora.

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2010, Processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1, Relator Ramos Lopes. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

causalidade entre a utilização do critério proibido e o prejuízo sofrido, para constatar a existência de uma discriminação directa.³²

Por sua vez, ocorre discriminação indirecta (artigo 3.º/b) “*sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra (entenda-se, destinado a ser aplicado a todas as pessoas) seja susceptível de colocar pessoas com deficiência numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários*”.

Esta norma vem delimitar a aplicação do artigo 4.º, alínea c), na medida em que não se classificará como prática discriminatória contra pessoa com deficiência, a prática objectivamente justificada por um fim legítimo e cujos meios para o alcançar sejam adequados e necessários. “*Assim, ao nível segurador, a discriminação indirecta corresponderá a uma prática ou análise que não esteja objectivamente fundamentada na análise de risco efectuada*”.³³

Nas hipóteses de discriminação indirecta, o processo probatório envolve uma comparação entre grupos e não apenas entre indivíduos, aliando uma análise sociológico-estatística à análise jurídica. Compete ao demandado provar que aquelas diferenças são justificadas por um fim legítimo e necessárias para o atingir.

Com vista a determinar o âmbito de aplicação da norma proibitiva do artigo 4.º, alínea c), cumpre, por fim, indagar se a proibição de práticas discriminatórias surge apenas para os seguros de vida - necessários para ter acesso ao crédito à habitação -, ou abrange todos os ramos de contratos de seguro, em particular o seguro de saúde.

³² Nas palavras de Francisco Luís Alves, “*será discriminação directa a recusa de negociação do contrato de seguro, fazendo com que a pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde não obtenha uma análise de risco objectiva e fundamental tecnicamente por parte da empresa de seguros.*” Cfr. Do Autor – *O Regime Jurídico da Discriminação aplicável aos Seguros - Presente e Futuro*. Lisboa. Ano XIV, nº 31 (Fevereiro 2012), p. 32.

³³ ALVES, Francisco Luís - *O Regime Jurídico da Discriminação aplicável aos Seguros - Presente e Futuro*. Lisboa. Ano XIV, nº 31 (Fevereiro 2012), p. 33.

João Calvão da Silva autonomiza o artigo 4.º/c), reconhecendo que apenas abrange o seguro de vida necessário para compra de habitação.³⁴

Por sua vez, Francisco Luís Alves, considera que “*não havendo especificação, e atendendo ao princípio da igualdade, a alínea c) do artigo 4.º abrange todos os contratos de seguro*”. O autor apoia-se no facto de o artigo fazer referência ao contrato de seguro no plural com a expressão “contratos de seguro.” Além disso, argumenta que “*se o legislador apenas quisesse referir o contrato de seguro de vida poderia ter utilizado a expressão no singular*”.³⁵ No mesmo sentido, avança Leonor Cunha Torres ao referir que a LAD abrange não só os seguros de vida mas também os seguros de saúde.³⁶

Analisando o texto da lei, bem como os argumentos dos autores anteriormente referidos, entendo que o artigo 4.º/c), abrange, para além do contrato de seguro de vida, os restantes contratos de seguro, pois se assim não fosse, bastava ao legislador fazer referência específica ao seguro de vida. Mas mais, ao estar a fazer uma referência geral e no plural, entendo que está a reportar-se a todos os contratos de seguro, sem fazer nenhuma distinção entre os diversos contratos de seguro. Acresce, em abono desta tese, que não compete ao interprete proceder a uma distinção que o legislador não fez.

2. Artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro

O Regime que consta no Anexo ao Decreto Lei 72/2008 de 16 de Abril, traduziu-se numa reforma do regime de contrato seguro, que assentou na consolidação e adaptação das regras em vigor, actualização de conceitos e preenchimento de lacunas, tornando mais acessível o conhecimento do respectivo regime jurídico.

O artigo 15.º do RJCS, mais do que proibir as práticas discriminatórias na celebração, execução e cessação do contrato de seguro, que desrespeitem as normas sobre igualdade

³⁴ SILVA, João Calvão da - *Apólice "Vida Risco - Crédito Habitação": As Pessoas com Deficiência ou Risco Agravado de Saúde e o Princípio da Igualdade na Lei n.º 46/2006*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. Ano 136, n.º 3942 (Janeiro – Fevereiro 2007), p. 164.

³⁵ ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. (2011), p. 225.

³⁶ TORRES, Leonor Cunha [et al.] – *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2011. Cfr. anotação ao artigo 15.º, p. 78.

constantes do artigo 13.º da CRP, foca essencialmente a discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde – regime inicialmente desenvolvido pela Lei 46/2006, de 28 de Agosto, mas que a reforma decidiu incorporar e aprofundar. Isto significa que a LAD constituiu um dos impulsos do artigo 15.º do RJCS, sendo legítimo concluir que já foi intenção do legislador formular uma norma “exclusivamente” destinada à discriminação em razão da deficiência e risco agravado de saúde, no acesso aos seguros.

Retomando o que já foi dito sobre o âmbito de aplicação da LAD, este preceito confirma que a proibição de práticas discriminatórias diz respeito a todos os seguros de qualquer ramo e não só ao ramo vida, como se seria susceptível de aceitar devido à redacção não muito feliz do artigo 4.º, alínea c) da Lei 46/2006.

O n.º 2 do artigo 15.º retoma o conceito de prática discriminatória constante na LAD, mas com parâmetros distintos. Reitera que existe prática discriminatória em razão da deficiência ou risco agravado de saúde, através de “acção ou omissão, dolosa ou negligente”. No entanto, em vez de cingir a norma à recusa ou penalização na celebração de contratos de seguro, adapta o conceito de discriminação directa apresentado pela LAD. Desta forma, *“são consideradas práticas discriminatórias, em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, as acções ou omissões, dolosas ou negligentes, que violem o princípio da igualdade, implicando para as pessoas naquela situação um tratamento menos favorável do que aquele que seja dado a outra pessoa em situação comparável.”*

Como anteriormente referi, a propósito da análise da LAD, a comparação efectua-se sempre entre uma pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde e uma pessoa que não esteja afectada por este factor de avaliação do risco. Contudo, nada foi dito quanto ao conceito de “tratamento menos favorável”. Considerando que se trata de um sinónimo de “penalização na celebração de contratos de seguros”, o tratamento menos favorável pode ocorrer por via de agravamento do prémio, franquias ou limites de indemnização, períodos de carência ou exclusões.

Relembrando o exposto sobre o princípio da igualdade e as suas vertentes, torna-se possível concluir que o facto de se verificar um tratamento menos favorável não é sinónimo de discriminação ou violação do princípio da igualdade, tendo em

consideração a velha máxima “tratar de forma igual o que é essencialmente igual, e desigual o que é desigual”.

Nestes termos, o n.º 3 do artigo 15.º do RJCS vem exactamente permitir a existência de diferenciações e selecção de riscos, desde que sejam objectivamente fundamentadas com base em “*dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora*”. Ou seja, o tratamento diferenciado só é permitido se fundamentado e apoiado em dados rigorosos.

Revela-se deveras importante destacar o entendimento da ASF (anteriormente designada por ISP) no caso de a seguradora “*não dispor de elementos estatísticos e actuariais suficientes, por razões de dimensão, fiabilidade e/ou consistência, para a determinação do rácio entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, não pode a empresa de seguros deixar de aceitar o risco proposto, à tarifa e nas condições que seriam aplicadas à pessoa em situação comparável, sendo que a adopção de qualquer outro procedimento, não estando cumpridos os requisitos constantes do n.º 3 do supra identificado artigo, pode enquadrar-se no conceito de prática discriminatória.*”³⁷

Em suma, é necessário que exista uma fundamentação objectiva, pelo que a seguradora que avance com um tratamento diferenciado, tem o dever de justificá-lo com dados objectivos, recentes e rigorosos, sob pena de se concluir pela existência de discriminação.³⁸

O n.º 4 do preceito em análise, prevê uma obrigação por parte do segurador de fundamentar a sua decisão de recusa ou agravamento do prémio, mas note-se que esta obrigatoriedade só existe relativamente a pessoas portadoras de deficiência ou risco agravado de saúde, quando são estes os factores de avaliação do risco/diferenciação. Indica esta norma que “*o segurador deve prestar ao proponente informação sobre o rácio*

³⁷ Neste sentido V. o entendimento do Instituto de Seguros de Portugal, publicado no site do ISP a 12 de Fevereiro de 2012. Cfr. *Relatório de Regulação e Supervisão de Conduta de Mercado*, p. 58.

³⁸ Esta é também a posição de ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. (2011), p. 247.

entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde”.

Em resumo, podem-se destacar duas grandes vantagens desta novidade, a saber, o proponente ter a possibilidade de conhecer qual o risco acrescido que representa para o segurador e o segurador ficar obrigado a fundamentar sempre a sua posição com base em dados estatísticos e actuariais rigorosos.

3. A Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008

Inspirada na Directiva 2000/78/CE, esta Proposta tem como objectivo aplicar o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, fora do contexto do mercado de trabalho. Isto é prova viva de que o legislador comunitário e o Conselho da Europa estão preocupados em dar continuidade aos direitos fundamentais dos cidadãos, em consonância com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, nomeadamente com o seu artigo 21.º/1.

Tendo em conta o impacto que se espera da eventual aprovação desta Proposta, em Portugal, esta não será assim tão marcante como, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos que não possuem qualquer espécie de legislação que proíba a discriminação de pessoas com deficiência. Contudo, a sua aprovação e posterior transposição para os ordenamentos jurídicos de cada Estado-membro da UE, constituirá certamente um passo importante para a consolidação dos direitos das pessoas com deficiência ou com risco agravado de saúde, e para a elaboração de legislação que consagre os direitos e obrigações dos operadores económicos e dos cidadãos, em especial para os que circulam entre diferentes Estados-Membros.

Para efeitos da presente Proposta, entende-se por princípio da igualdade de tratamento “*a ausência de discriminação directa ou indirecta*”, cujas definições são apresentadas nos exactos termos da LAD.

Assume-se expressamente que a idade e a deficiência constituem um elemento essencial na avaliação do risco e, por conseguinte, do prémio: “*Na prestação de serviços financeiros,*

*as diferenças proporcionadas de tratamento não são consideradas discriminação para efeitos da presente directiva sempre que, para o produto em questão, a utilização dos critérios da idade ou da deficiência constitua um factor determinante na avaliação do risco com base em princípios actuariais pertinentes, em dados exactos de natureza estatística ou em conhecimentos médicos. Estes dados devem ser exactos, recentes e pertinentes e ser disponibilizados a pedido, de forma acessível. Os factores actuariais e de risco devem reflectir as mudanças positivas na esperança de vida e o envelhecimento activo, bem como a maior mobilidade e acessibilidade para as pessoas com deficiências. O prestador de serviços deve poder demonstrar de forma objectiva a existência de riscos significativamente mais elevados e garantir que a diferença de tratamento é objectiva e razoavelmente justificada por um objectivo legítimo e que os meios para atingir esse objectivo são proporcionais, necessários e eficazes”.*³⁹

Este considerando alerta para a importância da deficiência como factor de avaliação do risco, com base nos já conhecidos dados actuariais e estatísticos, acrescentando uma mais-valia que são os dados médicos. Saliencia-se que os dados a que as seguradoras recorrem para justificar a diferença de tratamento têm de ser exactos, recentes e pertinentes. É importante reiterar a conclusão do ISP (actual ASF), também sustentada por Margarida Lima Rego, de que a ausência de dados sobre o risco não constitui justificação bastante para uma recusa de cobertura.⁴⁰

Deste modo, o questionário médico deverá ser visto como a primeira etapa de avaliação do risco. Somente depois de a seguradora ter acesso ao resultado dos exames médicos é que conseguirá avaliar correctamente o risco e, dependendo do relatório do médico, decidir se quer contratar, determinando o seu conteúdo. Acontece, muitas vezes, duas pessoas serem “classificadas” com a mesma deficiência, integradas na mesma categoria, e necessitarem de cuidados de saúde diferentes.⁴¹

³⁹ Cfr. Art. 2.º/7 da Proposta de Directiva do Conselho, na versão substancialmente alargada, aprovada pelo Parlamento Europeu. Cfr. Ainda o considerando 15.

⁴⁰ REGO, Margarida Lima - *A Segmentação do Mercado para Avaliação dos Riscos Seguros: Que Futuro?* P. 28.

⁴¹ Sobre esta realidade, veja-se o entendimento de Francisco Luís Alves, o qual defende que “o estado de saúde de uma pessoa, a mais das vezes, não é directamente visível ou conhecida da pessoa a segurar, o que torna mais difícil a análise do segurador”. Cfr. Do Autor, *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*.(2011).

Do meu ponto de vista, cada pessoa deveria ser tratada individualmente e tendo presente que, na área da saúde, cada caso é um caso, as pessoas não deveriam ser tratadas como números, ou, pelo menos, com base (só) em números, estatísticas ou teorias de probabilidades. Estão sempre a surgir doenças novas, tecnologias mais sofisticadas, pondo em causa, logicamente, a actualidade e conseqüentemente a credibilidade e a confiança que os dados actuariais e estatísticos transmitem. Os dados estatísticos não devem ser a única preocupação das seguradoras. Sabendo que se recorre a dados provenientes do passado, isso pode dar azo à perpetuação de injustiças e práticas discriminatórias passadas, incompatíveis com a promoção da igualdade.

De todo o exposto, pode afirmar-se que os dados médicos deverão ser considerados uma mais-valia para fazer face à duvidosa fiabilidade e actualidade dos dados estatísticos. Como bem avança Margarida Lima Rego, “*o recurso ao factor deficiência pela indústria seguradora reveste maiores dificuldades devido à escassez de dados estatísticos e actuariais rigorosos com que os seguradores muitas vezes se confrontam*”.⁴²

Em jeito de conclusão, de acordo com os diplomas legais vigentes, que abarcam a problemática da não discriminação, e que anteriormente foram analisados, sou da opinião de que é o Regime Jurídico do Contrato de Seguro, que se deverá aplicar às situações de contratação de seguro de saúde ou outros, com cidadãos portadores de deficiência, “in casu” com *Síndrome de Down*, ou com risco agravado de saúde. Isto porque o legislador, com a LAD, pretendeu regular a proibição e punição de práticas discriminatórias em razão de deficiência ou risco agravado de saúde, por sua vez, e volvidos dois anos, o legislador entendeu que esta matéria deveria ter um especial tratamento no que respeita à celebração de contratos de seguro, razão pela qual fez o seu enquadramento no Anexo ao DL n.º 72/2008, de 16 de Abril.

⁴² REGO, Margarida Lima - *A Segmentação do Mercado para Avaliação dos Riscos Seguros: Que Futuro?* P. 28.

IV – As Problemáticas na Contratação de Seguros de Saúde

1. Problemas relativos ao acesso

“A contratação de seguros baseia-se na recolha de informação relativa ao risco a cobrir. Uma vez que o candidato tem mais informação do que o segurador relativamente às circunstâncias que podem influenciar o risco, muita da informação relevante para a avaliação do risco é fornecida pelo próprio candidato, nos termos de um dever pré-contratual de prestação de informações, com fundamento último da boa-fé”.⁴³

É dever do segurador prestar todos os esclarecimentos exigíveis e informar o tomador do seguro das condições do contrato, nomeadamente do âmbito do risco que se propõe cobrir, das exclusões e limitações de cobertura, do valor do prémio, dos agravamentos que possam ser aplicados no contrato. Estes são exemplos que constam do artigo 18.º, alíneas b), c), d) e e), respectivamente, do RJCS. Do artigo 21.º, n.º 1 e 5 do RJCS, retira-se que estas informações devem ser prestadas antes de o tomador de seguro se vincular ao contrato. E o artigo 23.º do RJCS vem explicitar as consequências do incumprimento dos deveres de informação, podendo o mesmo dar lugar cumulativamente ou isoladamente a responsabilidade civil e resolução do contrato.

De notar ainda que também existem deveres de informação por parte do tomador de seguro ou segurado. Dispõe o artigo 24.º, n.º1 do RJCS que *"o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exactidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador"*. O artigo 24.º coloca sobre o candidato o ónus de identificar e declarar todas as circunstâncias relevantes para avaliação do risco.

No âmbito do seguro de saúde, a declaração inicial do risco é feita mediante questionário médico, sendo determinante para aferir de todas as circunstâncias que interferem com o estado de saúde.

⁴³ MARTINS, Maria Inês de Oliveira - *Da Assimetria Informativa ao Excesso de Informação: A Protecção da Reserva da Vida Privada da Pessoa Segura, no Tocante à Informação Relativa à sua Saúde*. Direito dos Seguros, Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor. Bruno Miragem/Angélica Carlini (coord.). Revista dos Tribunais. Porto Alegre (2014).

Como decorre expressamente do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Junho de 2014, e é conhecimento geral, “*nos contratos de seguro em que o risco se relaciona com o estado de saúde da pessoa segura, a avaliação do risco (...) baseia-se, naturalmente, no estado de saúde da pessoa segura no momento da celebração do contrato e nas previsões de concretização do risco que são efectuadas com base na história clínica da pessoa a segurar. E para avaliação do concreto risco que estão a assumir, as seguradoras utilizam, normalmente, um questionário com vista a recolher tais elementos que são essenciais à sua decisão de contratar e à determinação dos termos e condições em que o decidem fazer*”.⁴⁴

Nas palavras de Francisco Luís Alves, “*a Lei Portuguesa adopta uma aceção ampla e flexível da declaração de risco, para que sejam abrangidas todas as circunstâncias que possam reflectir-se na apreciação do risco, pelo que deve o tomador ou segurado declarar todas as circunstâncias que conheça e deva ter razoavelmente por significativas para a apreciação do risco.*”⁴⁵ O Acórdão *supra* mencionado avança no mesmo sentido, pois “*quem celebra um contrato de seguro tem o dever de agir, de forma diligente, no cumprimento da obrigação que sobre ele recai de prestar declarações verdadeiras e exactas e de nelas incluir todos os factos e circunstâncias que sejam relevantes para a seguradora, admitindo-se, por isso, que (...) não relevem apenas os factos ou circunstâncias que eram do conhecimento efectivo da pessoa que faz o seguro, mas também os factos e circunstâncias relevantes que deveriam ser do seu conhecimento, caso tivesse actuado com a diligência devida*”.⁴⁶

Sabendo que os questionários médicos não são nem têm de ser absolutamente exaustivos, o tomador de seguro ou segurado deve declarar toda e qualquer circunstância que possa afectar a avaliação do risco e a cobertura do contrato. O questionário não é fechado, por isso deve ser preenchido sempre com verdade e lealdade, devendo sempre declarar-se os factos e circunstâncias que, apesar de não serem expressamente questionados, sejam do conhecimento do proponente e possam influir na avaliação do risco.

⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Junho de 2014, Processo n.º 1423/09.5TBMGR.C1, Relatora Catarina Gonçalves. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

⁴⁵ ALVES, Francisco Luís - *O Regime do Contrato de Seguro de Saúde no Direito Português*. Lisboa. Ano XIII, n.º 27 (Julho 2009), p. 14.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17 de Junho de 2014, Processo n.º 1423/09.5TBMGR.C1, Relatora Catarina Gonçalves. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

“A declaração do risco é uma questão deveras problemática para o segurador, que raramente conhece o objecto a segurar ou está em condições de controlar as informações do proponente que, geralmente, aceita como boas. Havendo declarações inexactas ou reticentes perde-se o equilíbrio das prestações, a vontade do segurador pode ficar viciada e a sua responsabilidade desproporcionada ao prémio. Na celebração do contrato recai sobre o tomador do seguro o ónus de declaração exacta do risco, abstendo-se de omitir ou usar de reticências quanto a quaisquer factos ou circunstâncias que possam influir na aceitação ou nas condições do contrato”.⁴⁷

Concluindo, a informação traduz-se numa das componentes cruciais da actividade seguradora, para que o seu exercício seja sempre claro e transparente. Daí que se possa afirmar que o cumprimento dos deveres de informação está dependente da boa-fé que assiste às partes contratantes.

É através das informações prestadas ao abrigo do dever de informação, nomeadamente a resposta aos questionários médicos, que o segurador procede à elaboração do texto da apólice, conforme dispõe o artigo 37.º do RJCS, e procede à entrega da mesma ao tomador. Ou seja, só neste momento é que o tomador do seguro tem conhecimento do risco que efectivamente o segurador se propõe cobrir, tal como fica também a conhecer quais as situações cuja cobertura do risco o segurador limitou ou excluiu, os deveres de aviso dependente de prazo, bem como o prémio que terá de suportar (vide art.º 37.º do RJCS), e que podem não corresponder às condições inicialmente apresentadas por parte do segurador.

Note-se que, cheguei a esta conclusão através das respostas dadas aos questionários, efectuados no âmbito do presente estudo, importando esclarecer que o número de respostas aos questionários não é suficiente para proceder a uma análise estatística precisa, no entanto, é indicador da conduta e das práticas que são utilizadas pelo segurador, no que diz respeito à contratação com cidadãos (no caso ainda bebés ou crianças) que têm *Síndrome de Down*.

⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de Outubro de 2010, Processo n.º 2328/05.4TBSTS.P1, Relatora Maria Cecília Agante. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

De acordo com as referidas respostas, verifica-se que, já nesta fase prévia à contratação, é exigido pela lei que se preste o dever de informação, o qual, em última análise, vai influenciar as cláusulas do contrato de seguro de saúde. Esta circunstância pode e gera um sentimento de desigualdade, ou de discriminação. Mas mais, conclui-se, igualmente, que todo o processo de avaliação de risco, até haver aceitação da proposta, cria nas pessoas sentimentos de incerteza, instabilidade e falta de protecção.

Ora, salvo melhor entendimento, creio que o espírito que consta do RJCS não é ser uma fonte geradora de práticas discriminatórias. Vejamos que o legislador, no RJCS, enumerou no artigo 12.º as normas com carácter imperativo absoluto, ou seja, que pela sua importância ou natureza não podem ser afastadas pelos contraentes, e no artigo 13.º as normas com carácter imperativo relativo, ou seja, as que podem ser afastadas pelos contraentes, desde que se estabeleça um regime mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário da prestação de seguro. Nestes termos, verifica-se que, da enumeração taxativa que consta no artigo 13.º do RJCS, encontram-se as normas referentes à formação do contrato de seguro de saúde - artigos 17.º a 26.º-, dentro das quais se encontra contemplado o direito à informação (artigos 18.º e 22.º, e ainda o artigo 37.º, que diz respeito à fase posterior).

Significa isto que, ainda assim, existe a possibilidade de o a) tomador do seguro; b) segurado ou c) beneficiário de seguro, negociarem com o segurador um regime mais favorável. No entanto, e da análise às respostas aos questionários, resulta que a faculdade de negociar, a fim de obter um regime mais favorável, não foi referida por nenhum dos inquiridos. Conclui-se que esta não é uma prática corrente da actividade seguradora, o que se poderá dever a uma falta de informação sobre as normas que compõem o Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

2. Problemas nas condições propostas

Uma vez concluída a fase inicial de contratação de seguro de saúde, em que o proponente, ao abrigo do dever de informação, fornece todos os elementos solicitados pelo segurador, designadamente a entrega do questionário médico (artigos 24.º a 26.º do

RJCS)⁴⁸, com a declaração inicial de risco, é nesta fase que se começam a suscitar os mais variados problemas.

A este propósito, atente-se às respostas dadas à pergunta “ Qual foi a primeira reacção da seguradora quando soube que queria segurar um filho com deficiência?”, a resposta dada pelos inquiridos varia entre a) *não cumpria os critérios e estava excluído*, b) *recusaram a celebração do contrato*, c) *procederam ao agravamento do prémio*. Apenas uma seguradora quis saber quais as patologias associadas e, para o efeito, contactaram o pediatra. Foi ainda obtida uma resposta de que foi celebrado um contrato de seguro de saúde com uma seguradora com sede em França, a qual celebra contratos de seguro de saúde, sem qualquer restrição em face da deficiência.

Mas mais, entre os inquiridos que viram a sua proposta de contratação recusada, apenas uma seguradora fundamentou a exclusão com base em dados estatísticos ou cálculos actuariais. Os restantes fundamentos foram: a) a própria *deficiência, ou seja, Trissomia 21*; b) *exclusão total da cobertura para o tipo de deficiência em causa*; c) *era umas das contra indicações do contrato*.

Do que até agora foi exposto, é de concluir que a abordagem inicial por parte do segurador na contratação de um seguro de saúde, revela uma de duas coisas, a) o desconhecimento do artigo 15.º/3 do RJCS; b) a afronta desse mesmo artigo 15.º/3.

Ora, de acordo com a legislação nacional, quando o contrato não é aceite ou é aceite em condições especiais (artigo 178.º, n.º5 do RJCS), os resultados podem sempre ser solicitados pelo proponente ou segurado (artigo 178.º, n.º6), mas, por força do artigo 15.º do RJCS, o segurador é obrigado a fundamentar com base em dados (estatísticos e actuariais) a razão de recusa de celebração de contrato de seguro ou agravamento do prémio, sem que exista solicitação para tal, o que, como já se constatou, não é o que se verifica no dia-a-dia das seguradoras.

⁴⁸ A lei fala em “(...) declarar com exactidão todas as circunstâncias que conheça por significativas para a apreciação do risco pelo segurador.” Cfr. Artigo 24.º/1 do RJCS.

De outro passo, nos casos em que foi aceite a proposta e, conseqüentemente, foi formalizado o contrato, metade dos inquiridos referiram que não tiveram qualquer tipo de problema, pois a) ou já tinha um contrato de seguro de saúde que contemplava pessoas com deficiência, b) ou celebrou o contrato de seguro com uma seguradora estrangeira (em particular, espanhola e francesa). No entanto, para metade dos inquiridos, apesar de conseguirem formalizar o contrato de seguro de saúde, estes sofreram um agravamento do prémio, ou viram excluída a cobertura da deficiência. De facto, não há cumprimento da obrigação imposta pelo n.º 3 e 4 do artigo 15.º do RJCS, isto é, as seguradoras não fundamentam as práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos, nem apresentam um rácio/comparação entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa não afectada por aquela deficiência – sendo que estão obrigadas a fazê-lo, sempre que recusem a celebração de um contrato de seguro, ou agravem o respectivo prémio.

Da análise das respostas dadas aos questionários, conclui-se, ainda, que os inquiridos que têm um contrato de seguro de saúde com uma seguradora estrangeira, não sentiram qualquer tipo de discriminação na realização do contrato, ao invés dos restantes inquiridos – que, por sinal, celebraram um contrato de saúde com seguradoras nacionais, ou pelo menos tentaram celebrar - sentiram-se todos alvo de práticas discriminatórias, sem excepção.

Além disso, constatou-se que todo o universo dos inquiridos desconhece, por completo, os meios de reacção aos quais podem recorrer, em caso de eventuais práticas discriminatórias e violação do princípio da igualdade, pelo que decidi dedicar um dos capítulos aos meios de salvaguarda em caso de ameaça ou violação dos direitos fundamentais de cidadãos portadores de deficiência ou risco agravado de saúde, no acesso aos seguros.

3. Meios de Reacção

Por tudo quanto foi dito, conclui-se que são proibidas as práticas discriminatórias, que violem o princípio da igualdade, na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro. Veja-se, pois, quais os meios de reacção que estão à disposição dos cidadãos, contra as referidas práticas discriminatórias na contratação de seguros (de saúde).

3.1 Via Judicial

As pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde, que acreditam terem sido vítimas de discriminação podem e devem fazer uso da tutela judicial, sabendo que a prática de qualquer acto discriminatório é sancionado, desde logo, ao nível da responsabilidade civil. Esta salvaguarda vem prevista tanto na LAD, artigo 7.º/1, como na Proposta de Directiva, igualmente no artigo 7.º.

A violação do princípio da igualdade é invocável perante os tribunais de primeira instância, sendo matéria que se pode invocar também perante o Tribunal Constitucional. Aquele que se sente discriminado tem direito a uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, seguindo os requisitos inerentes à responsabilidade civil, previstos no artigo 483.º do C.C. Determina o n.º 1 deste artigo que *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”* Nesta sequência, Francisco Luís Alves defende que *“será igualmente de se atender ao artigo 227.º do Código Civil relativamente à culpa in contrahendo, onde estará mais em causa a responsabilidade contratual”*.⁴⁹ Estes serão os critérios para decidir se a seguradora é responsável pela prática discriminatória.

No que concerne à fixação da indemnização, o artigo 7.º/2 da LAD estabelece que *“o tribunal deve atender ao grau de violação dos interesses em causa, ao poder económico dos autores das infracções e às condições da pessoa alvo da prática discriminatória.”* O autor Francisco Luís Alves torna bem claro que *“o montante de indemnização por violação do artigo 4.º, alínea c) da Lei n.º 46/2006, ou seja pela recusa ou penalização na celebração de contrato de seguro, terá sempre que ser analisado caso a caso com base nos prejuízos eventualmente tidos e na afectação moral da pessoa alvo de discriminação, cujo sofrimento é necessariamente variável atendendo às características próprias de cada pessoa.”*⁵⁰

Por fim, revela-se enriquecedor acrescentar a versão do Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 26 de Junho de 2012, no sentido em que *“a lei portuguesa aceita a*

⁴⁹ ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. (2011), p. 228.

⁵⁰ *Ibidem*.

*ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, mas apenas daqueles que, pela sua gravidade, isto é, que afectem profundamente os valores ou interesses da personalidade física ou moral do lesado, mereçam a tutela do direito, em montante a fixar equitativamente pelo tribunal.”*⁵¹

Consagram os artigos 15.º da LAD e o artigo 7.º da Proposta de Directiva do Conselho que as pessoas que acreditam terem sido vítimas de discriminação devem poder fazer uso de procedimentos administrativos ou judiciais, mesmo após a relação em que a discriminação alegadamente ocorreu ter terminado. Estas normas preveem que as associações, organizações e outras entidades jurídicas devam ficar habilitadas a intervir em processos, em nome ou a favor de uma vítima, assegurando, assim, um nível de proteção mais eficaz.

A regra sobre o ónus da prova, ou melhor, sobre a inversão do ónus, vem prevista tanto no artigo 6.º da Lei 46/2006, como no artigo 8.º da Proposta de Directiva. Ora, cabe a quem alegar infracção do princípio da igualdade de tratamento fundamentá-la, apresentando elementos de facto susceptíveis de a indiciarem, incumbindo à outra parte provar que as diferenças de tratamento não assentam em nenhuma prática discriminatória prevista na lei, ou seja, em razão da deficiência ou risco agravado de saúde. Não cabe, contudo, à parte demandada provar que a parte demandante apresenta uma dada deficiência.

O Tribunal da Relação do Porto segue esta mesma posição, no seu Acórdão de 12 de Outubro de 2010, como se pode ler: *“a parte que pretenda fazer valer o seu direito com fundamento em discriminação em razão de deficiência ou risco agravado de saúde, não necessita de alegar (e provar) a existência efectiva da discriminação – basta-lhe alegar matéria de facto susceptível de a indiciar. Por contraponto, caberá ao demandado (ao qual é imputada a prática de acto discriminatório) alegar (e provar) que qualquer eventual diferença de tratamento não foi determinada por discriminação (ou seja, terá ele de alegar as razões justificativas do seu acto, suficientes para demonstrar, à luz da lei, que não se verificou qualquer discriminação directa ou indirecta – isto é, que qualquer outra pessoa, com ou sem deficiência, com ou sem risco agravado de saúde, nas mesmas circunstâncias, teria exactamente o mesmo tratamento ou, noutra vertente, que o critério ou prática que está subjacente ao concreto acto praticado, susceptível de colocar pessoas com deficiência ou com*

⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7, Relator Pimentel Marcos. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

risco agravado de saúde numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, se mostra objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar são adequados e necessários)”.⁵²

Em jeito de conclusão, verifica-se que este meio de reacção, de acesso à justiça, que permite invocar um direito de indemnização, não vem previsto no artigo 15.º do RJCS. Apesar dos segurados poderem sempre recorrer às normas do Código Civil para fazer valer o regime geral da responsabilidade civil, este deveria ser um tema a considerar numa eventual revisão legislativa do RJCS.

Do artigo 12.º da Proposta de Directiva, retiram-se algumas sugestões inovadoras e bastante interessantes. Sabendo que é simultaneamente difícil e oneroso intentar uma acção judicial, propõe-se que os Estados-membros assegurem uma assistência independente às vítimas de discriminação nas diligências que efectuarem. Ou seja, que os seus organismos prestem ajuda independente às vítimas de discriminação, sem prejuízo do direito de acesso à justiça por parte das vítimas e das organizações com legitimidade para o efeito. Devem, igualmente, ser capazes de conduzir inquéritos independentes sobre a discriminação e de publicar relatórios e formular recomendações sobre qualquer questão relacionada com essa discriminação.

3.2 Competências da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

Sabendo que o acesso aos tribunais implica um custo muito elevado de dinheiro e de tempo, a LAD prevê um regime sancionatório para a prática de actos discriminatórios em razão da deficiência e risco agravado de saúde. Este regime prevê a possibilidade de os segurados reclamarem e concretizarem o direito à queixa, sempre que se sentirem discriminados no acesso aos seguros. Aqui, já não se reclama o direito à indemnização, na medida em que o objectivo é punir as contraordenações através de coimas e, em função da gravidade da infração, também podem ser aplicadas sanções acessórias (previstas no artigo 10.º da LAD).

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2010, Processo n.º 3376/09.0TBPRD.P1, Relator Ramos Lopes. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

O artigo 16.º da LAD remete para o Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de Fevereiro, o qual atribui competência à Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões para receber as queixas pela prática de actos discriminatórios, proceder à instrução dos processos de contraordenação, aplicar as coimas e as sanções acessórias, e decidir as entidades beneficiárias do produto das coimas. O artigo 5.º/1 desse Decreto-Lei enumera as entidades a quem podem ser reportadas as contraordenações, a saber: (a) membro do Governo que tenha a seu cargo a área da deficiência; (b) Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P; (c) Conselho Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência; (d) Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Estas entidades, assim que tomem conhecimento do acto discriminatório, enviam o processo à ASF, competente para a sua instrução.

Ao contrário do que poderá acontecer com a figura do Provedor de Cliente, “ *o ISP (actual ASF) não estabelece restrições, quer no que diz respeito ao tipo de reclamante, que pode corresponder a qualquer interessado, quer em função da matéria em apreço. Por outro lado, também não são definidas pré-condições para apresentação de uma reclamação. Assim, não se atende, por exemplo, ao tempo decorrido entre a data a que os factos expostos remontam e o momento da concretização da reclamação, nem se exige que o reclamante se dirija previamente ao operador em questão.*”⁵³

A competência da ASF, por norma, engloba uma conclusão sobre a conformidade legal e/ou contratual da actuação da seguradora, com base nos seus conhecimentos técnicos e jurídicos, especializados em seguros. Porém, note-se que, a ASF não tem competência para se substituir a um Tribunal, não podendo tomar decisões vinculativas para as partes. Isto significa que os reclamantes mantêm a sua liberdade de recorrer à via judicial.

Os autores Rui Fidalgo e Francisco Luís Alves apresentam uma conclusão bastante contributiva e enriquecedora para o tema, ao destacarem as vantagens de uma reclamação. Conforme se transcreve: “*a riqueza da informação recolhida através das reclamações permite também identificar áreas de risco para determinados operadores, sem que*

⁵³ ALVES, Francisco Luís e FIDALGO, Rui – *O Quadro Legal e Regulamentar relativo à Gestão das Reclamações nas Empresas de Seguros e no Instituto de Seguros de Portugal*. Lisboa. Ano XIV, nº 31 (Fevereiro 2012), p. 67.

*esteja em causa qualquer tipo de incumprimento legal ou regulamentar. Na verdade, através da análise mais aprofundada dos elementos estatísticos relacionados com as reclamações é possível identificar situações atípicas que ocorreram nas diversas dimensões da actividade empresarial (...), que quando detetadas atempadamente permitem a sua correção de forma rápida, eliminando-se o risco em causa. Por essa razão, o ISP tem a preocupação de partilhar a informação tratada com os operadores supervisionados na expectativa de que daí possam resultar benefícios para todo o mercado”.*⁵⁴

3.3 Comissão Tripartida

É ainda estabelecido um mecanismo destinado a dirimir eventuais divergências resultantes da decisão de recusa ou de agravamento do prémio, podendo o proponente do seguro solicitar a uma comissão tripartida a emissão de um parecer (não vinculativo) sobre o rácio entre os factores de risco específicos do proponente portador de deficiência ou risco agravado de saúde e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde (artigo 15.º, n.º 5 a 8 do RJCS).

Dita o n.º 6, do artigo 15.º que “*o referido parecer é elaborado por uma comissão composta por um representante do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P., um representante do segurador e um representante do Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.*” A composição desta comissão reflecte um desequilíbrio contratual, uma violação do princípio de igualdade (de armas), ao verificar-se que o segurado não tem oportunidade de eleger um representante. Ao encontro desta constatação, vem Francisco Luís Alves alegar que “*relativamente ao artigo 15.º/5 (comissão tripartida), consideramos que também deveria ser dada a hipótese de estar presente um representante do proponente do seguro na Comissão que, atendendo ao fim de emitir Parecer, deveria ser um médico*”.⁵⁵

Sempre que haja incumprimento do dever de informação ou a necessidade de clarificações sobre a adequação dos dados (rácio) apresentados pelo segurador - para justificar o tratamento diferenciado -, o proponente pode solicitar que a comissão emita

⁵⁴ ALVES, Francisco Luís e FIDALGO, Rui – *O Quadro Legal e Regulamentar relativo à Gestão das Reclamações nas Empresas de Seguros e no Instituto de Seguros de Portugal*. (2012), p. 68.

⁵⁵ ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. (2011), p. 251.

um parecer. Sabendo que o parecer da comissão não é vinculativo (artigo 15.º/8), o proponente tem a vantagem de, a existir parecer favorável, ter um argumento forte a favor de um pedido de indemnização pelos danos causados.

A este propósito, o autor Arnaldo Oliveira salienta duas das grandes vantagens deste preceito totalmente inovador, referindo, por um lado, que “*é certo que, embora o RJCS não preveja a aplicação de contraordenação para esse incumprimento – e muito menos fixe sanção civil além da responsabilidade civil pelo incumprimento (nos termos gerais do previsto no artigo 483.º do C.C.) – sempre esse parecer da comissão específica poderá ao menos reforçar o pedido de indemnização por responsabilidade civil.*” Por outra via, acrescenta ainda que “*o artigo 15.º do RJCS é destinado a tornar não só mais equilibrada, mas também mais eficaz a luta contra a discriminação em razão de deficiência e de risco agravado de saúde do que a mera aplicação do previsto no artigo 13.º da CRP – a previsão da constituição de uma comissão tripartida destinou-se a tornar mais afinada e mais eficaz a luta contra a discriminação em razão desses dois factores*”.⁵⁶

V - O Papel do Estado: Princípio do Primado da Responsabilidade Pública

Através do presente estudo, tem sido seguido um caminho que se crê lógico, no que concerne à aferição de obstáculos ou práticas discriminatórias na contratação de seguros de saúde com pessoas que tenham uma deficiência ou um risco agravado de saúde. Na senda dessa mesma lógica, isto é, de apurar os obstáculos e as práticas discriminatórias e corrigir as situações de desigualdade que violem os direitos fundamentais dessas pessoas, importa aferir qual o papel do Estado, e qual o peso da responsabilidade na medida exacta em que a lei o responsabiliza.

Analisando em concreto as iniciativas legislativas nacionais, a LAD e o RJCS, verifica-se que nenhum destes diplomas regula sobre quem recai a responsabilidade pelos prejuízos não proporcionais aos riscos assumidos pelas seguradoras. A solução ideal seria, pois, regular quem é o responsável por esses prejuízos, de acordo com a legislação em vigor.

⁵⁶ OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da Costa - *Contrato de Seguro: Proibição de Discriminação em Razão de Deficiência e de Risco Agravado de Saúde: o Voto por Empréstimo do STJ no Sentido da Continuação da Evolução*. O Direito. Coimbra. Ano 146, I (2014), p. 251.

Com base em todo o exposto, não se considera como hipótese exigir às seguradoras a obrigação de contratar um seguro sem sequer recorrer a uma penalização ou agravamento do prémio. Desta forma, a consensualidade dos contratos de seguro seria afectada, a seguradora seria obrigada a contratar um seguro sem concordar com o mesmo, e o princípio da livre iniciativa económica privada, na sua modalidade de liberdade de contratar, seria completamente defraudado.

Nestes moldes, cumpre analisar as hipóteses de responsabilização, caso a seguradora aceite celebrar o contrato de seguro. O que normalmente acontece quando as seguradoras aceitam fazer um seguro de saúde para pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde, é proceder ao agravamento dos prémios, acrescido de inúmeras exclusões. Este tema, conforme se demonstrou pelas respostas aos questionários, tem sido muito reivindicado pelas famílias, pelas associações e entidades estatais com responsabilidades na promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Para o efeito, invocam a falta de adequação do sistema de seguros existente a nível nacional e a crescente penalização das pessoas com deficiência no acesso à saúde.

Assumindo que a seguradora tem legitimidade para agravar o prémio e delimitar a cobertura do seguro, quando confrontada com uma pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde, para a seguradora continuar a ter lucro, são sugeridas duas soluções: (a) aumentar todos os prémios de seguros para fazer face a um aumento global do risco; (b) solicitar ao Estado a compensação pela função social que a seguradora desempenha.

A primeira hipótese funciona como se a seguradora não pudesse ter em conta a deficiência como factor de avaliação do risco, acabando por prejudicar os restantes segurados, pois os custos adicionais terão de ser inteiramente suportados pelo grupo restante dos segurados, o que resultaria em custos gerais superiores e na disponibilização ao consumidor de uma cobertura inferior. A meu ver, esta não é a solução ideal, uma vez que o aumento global dos prémios para todos os proponentes restringe o acesso ao contrato de seguro, em geral, e ao bem essencial que é a saúde, em particular.

No que diz respeito à segunda hipótese, esta sim poderá ser considerada como plausível e a solução mais adequada, pois resulta da Constituição, ser inequívoca a função pública

e social da saúde, e o papel do Estado na protecção e apoio das famílias com membros portadores de deficiência.

A propósito da importância da saúde e do papel do Estado na sua concretização, veja-se o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, que se passa a transcrever: *“uma das tarefas fundamentais do Estado é a de promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo (artº 9º al. d) da CRP). Por sua vez, o artº 64º da Constituição diz-nos que “todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover” (nº1), realizando-se o direito à protecção da saúde através de um serviço nacional de saúde universal e geral, tendencialmente gratuito (nº2 al. a)) e para assegurar o direito de protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (nº3 al. a)) (...). O direito à protecção da saúde é configurado como um direito a prestações positivas do Estado – desde logo, de natureza jurídica, e, depois, de carácter material (em bens e serviços) – apresentando-se, nesta medida, como um direito cuja precisa dimensão está dependente de uma interposição do legislador, ou seja, de uma intervenção legislativa – e, antes de mais, de uma Lei de Bases (Lei nº48/90, 24/8, alterada pela Lei nº27/2002 de 8/11) – que o concretize (isto é, que venha a definir as concretas faculdades que integram o direito e os concretos meios postos para a respectiva satisfação) e, assim, viabiliza efectiva e praticamente a possibilidade do exercício do mesmo direito”*.⁵⁷

Neste contexto, assinala-se como elemento doutrinário de grande relevância, a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, autores que sustentam que o direito dos deficientes, previsto no artigo 71.º da CRP, comporta duas dimensões essenciais: *“(…) por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito dos deficientes a não serem privados de direitos ou isentos de deveres, e que se analisa, portanto, num específico direito de igualdade; por outro lado, uma vertente positiva, que consiste no direito a exigir primariamente do Estado (princípio do primado da responsabilidade pública) a realização das condições de facto que permitam tanto o tratamento da deficiência como o efectivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres dos cidadãos em geral. Só nesta dimensão positiva é que se trata de um direito social propriamente dito, pois na sua dimensão negativa ele apresenta natureza análoga aos “direitos, liberdades e garantias” e goza do competente regime”*.⁵⁸

⁵⁷ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28/10/2009, Processo n.º 0484/09, Relator Pires Esteves. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

⁵⁸ Cfr. Dos autores - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 880.

A Recomendação N.º 3/B/2008, do Provedor de Justiça, também vai ao encontro desta posição, acrescentando que *“se, constitucionalmente, é ao Estado que incumbe, em primeira mão, a obrigação de realizar uma política nacional de integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, impõe-se que o faça usando os diversos meios de que dispõe (artigo 71.º, n.º 2 da CRP).”*⁵⁹

O Autor Francisco Luís Alves também faz questão de destacar a previsão do n.º 2 do artigo 71.º, na medida em que *“impõe ao Estado os encargos da realização dos direitos das pessoas portadoras de deficiência e não expressamente aos particulares. Assim, sem prejuízo de a lei poder impor algumas obrigações às entidades privadas, as quais poderão acarretar custos, numa lógica de razoabilidade, bem como de consciência e solidariedade, é ao Estado que cabe o papel principal no assumir dos encargos.”*⁶⁰

Em suma, não existe justificação para que sejam as entidades privadas (seguradoras) a suportar os custos inerentes à função social que desempenham, substituindo-se ao Estado. O desrespeito pelo disposto no artigo 71.º/2, da CRP confere às seguradoras o direito a serem indemnizadas, podendo accionar esse direito ao abrigo do artigo 22.º da CRP, o qual responsabiliza o Estado pelos prejuízos causados.

Por outras palavras, havendo um desequilíbrio contratual entre as partes, as seguradoras podem exigir do Estado uma indemnização pelos prejuízos não proporcionais aos riscos assumidos, ou seja, por se verificar uma afectação dos negócios particulares.

A adopção de uma medida destas seria um grande avanço na luta a favor do fim das práticas discriminatórias, consubstanciadas na recusa de celebração de contratos de seguro e nos agravamentos dos prémios, em razão da deficiência e da existência de riscos de saúde, já que nem a LAD, nem o RJCS seguiram este caminho.

Uma medida que também poderá ser utilizada para eliminar as práticas discriminatórias em razão da deficiência e da existência de riscos de saúde, é o Estado assumir o papel de ressegurador. O resseguro é um instrumento ao serviço da indústria seguradora, que

⁵⁹ Recomendação N.º 3/B/2008. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet: <<http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Rec3B08.pdf>>.

⁶⁰ ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. (2011).

permite às empresas de seguros a aceitação de riscos que por outra via não poderiam cobrir, ao transferir para uma terceira parte – por regra, entidades com maior poder económico – parte (ou a totalidade) dos riscos cobertos.

O resseguro é um “seguro de segundo grau”⁶¹, revelando-se uma grande mais valia para fazer face às atitudes de recusa das seguradoras perante proponentes com deficiência ou risco agravado de saúde. No caso em apreço, a sugestão seria a seguradora poder recorrer ao Estado como seu ressegurador, transmitindo, assim, mais certeza e segurança tanto aos consumidores do produto, como às seguradoras. Simultaneamente, os prémios não precisam de ser tão elevados, na medida em que o Estado assegura parte dos riscos que o segurador excluiu, ou limitou a sua cobertura. Por outro lado, toda esta segurança também se reflectiria numa diminuição de recusas por parte das seguradoras na contratação de seguros com cidadãos portadores de deficiência.

Existem duas vias de concretizar esta proposta, podendo as partes, por um lado, estipular que quando a utilização do seguro de saúde atingir um determinado montante, o excedente será suportado pelo ressegurador, ou, então, “*independentemente do montante a que as reclamações de seguro ascendam em cada anuidade, o ressegurador responderá pela percentagem desse montante em que as partes hajam acordado*”⁶².

Assim termino este capítulo, acreditando que todas estas sugestões deveriam ser interpretadas como boas soluções para combater a grande lacuna: a protecção do direito à saúde por parte dos cidadãos com deficiência ou risco agravado de saúde. Bem se sabe que o Estado não tem o dever de providenciar pelo acesso generalizado ao contrato de seguro de saúde, mas tendo em atenção as características especiais dos elementos que compõem esta amostra, e a necessidade de um cuidado especial no tratamento da sua saúde, é urgente lutar pela igualdade de oportunidades. Transformar a igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei.

⁶¹ REGO, Margarida Lima e SILVA, Rute Carvalho da – *Direito(s) das Catástrofes Naturais*. C.A. Gomes (coord.). Almedina (2012), pp. 303 e 304.

⁶² *Ibidem*.

Veja-se, a este propósito, o que refere a autora Ana Fernanda Neves sobre o princípio da igualdade de oportunidades, que, no fundo, é por esse futuro que os cidadãos lutam diariamente: *“A pessoa com deficiência tem os direitos de uma qualquer pessoa. A questão é que os possa exercer, efectivar o seu pleno gozo, e ter ao seu dispor meios de tutela adequados. O cerne está na igualdade de oportunidades. Para tanto, postula a adopção de medidas dirigidas a afastar obstáculos à igualdade de tratamento de pessoas com deficiência (...). Por outro lado, pode tratar-se da adopção de medidas, preventivas ou compensatórias, de discriminação positiva, de acções de promoção de uma “igualdade de resultados”, não alcançáveis pela aplicação do princípio da igualdade de tratamento. A deficiência é, aliás, um domínio, em que é patente a interdependência dos direitos sociais e dos direitos civis”*.⁶³

VI - Conclusão

Ao longo do presente estudo, pretendi dar resposta à questão se existem, ou não, práticas discriminatórias em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, no acesso aos seguros, e, em caso afirmativo, perceber se existe violação do princípio da igualdade, nas situações em que a seguradora recusa a celebração do contrato de seguro, agrava o prémio, exclui determinados riscos em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, ou se, pelo contrário, está a actuar dentro dos limites do princípio da livre iniciativa económica privada, e em consonância com a lei.

A proibição de práticas discriminatórias encontra-se reflectida em vários diplomas legais, designadamente na Constituição da República Portuguesa⁶⁴, na Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, no Artigo 15.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (Anexo ao Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril) e na Proposta de Directiva do Conselho de 2 de Julho de 2008, entre outros. Foram essencialmente estas as minhas fontes de inspiração para elaboração da tese.

Por outra face, a realização de questionários sobre o procedimento de contratação de um seguro de saúde constituíram o ponto de partida para determinar quais as problemáticas que mereciam destaque neste estudo, chegando-se, assim, à conclusão que, na prática,

⁶³ NEVES, Ana Fernanda – *Os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito da União Europeia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010), pp.106 e 107.

⁶⁴ V. Artigos 13.º, 64.º e 61.º da CRP, que preveem os princípios da igualdade, da não discriminação, da protecção da saúde e da livre iniciativa económica privada, respectivamente.

surtem diversos obstáculos relativos ao acesso ao seguro de saúde por pessoas portadoras de deficiência ou com risco agravado de saúde, a saber, nem todos os proponentes são aceites pelas seguradoras, e os que são aceites deparam-se com obstáculos nas condições propostas e cobertura do contrato, tais como o agravamento do prémio e a exclusão de “sinistros” derivados e associados à deficiência.

De acordo com as respostas apresentadas ao questionário efectuado, no âmbito deste estudo, constatou-se que 3/7 das famílias - com elementos do agregado familiar portadores de deficiência ou com risco agravado de saúde – não tiveram oportunidade de beneficiar de um contrato de seguro de saúde. Mais, foi-lhes recusada a contratação, sem que, para o efeito, as seguradoras tivessem invocado qualquer fundamento com base em dados estatísticos e actuariais. 4/7 das famílias, que contrataram ou pretendiam contratar seguros de saúde, deparam-se com sérios obstáculos, em particular com a exclusão de determinados riscos e/ou agravamento dos prémios.

Resumindo, são estas as principais razões que dão origem a um profundo descontentamento por parte de quem - mais do que querer - precisa de proteger a sua saúde, e que, por motivos estruturais, económicos e financeiros, não tem a mesma facilidade de contratar/beneficiar de um seguro de saúde do que as pessoas não portadoras de deficiência.

Como se referiu, a questão central deste estudo é aferir da existência de discriminação ou violação do princípio da igualdade no tratamento que a indústria seguradora dá aos proponentes que nasceram com uma característica especial (deficiência), na contratação de seguros de saúde.

O princípio da igualdade ou, na sua vertente negativa, da não discriminação, pela importância que revestem, encontram-se consagrados tanto na ordem jurídica nacional, como nas ordens jurídicas internacional, europeia e comunitária. Contudo, apenas a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia faz apelo ao princípio da não discriminação em razão da deficiência (artigo 21.º/1).

No plano nacional, o princípio da igualdade tem a sua fórmula geral no artigo 13.º/1 da CRP, apresentando o seu n.º 2 um conjunto de factores de discriminação ilegítimos, de

entre os quais também não consta a deficiência. Contudo, esse elenco não tem obviamente um carácter exaustivo, tal como resulta claro do artigo 26.º/1 da CRP, em que se consagra como direito pessoal a “*proteção legal contra qualquer forma de discriminação*”. Mais à frente, entendeu a lei fundamental dar um tratamento específico aos cidadãos portadores de algum tipo de deficiência, como resulta da leitura do artigo 71.º/1 da Lei Fundamental. Ora, se, por um lado, o artigo 13.º da CRP é uma cláusula aberta, que, para além dos factores de desigualdade enunciados, deverá ser interpretada no sentido de também incluir a deficiência como factor de diferenciação, insusceptível de determinar privilégios e discriminações, por outro, sempre se dirá que foi intenção do legislador fazer constar no texto da Lei Fundamental a menção aos cidadãos portadores de deficiências.

As noções de igualdade e não discriminação encontram-se estreitamente ligadas entre si. “*O princípio da igualdade manda tratar do mesmo modo o que for igual e de modo diferente o que for desigual – é a chamada vertente positiva do princípio.*”⁶⁵ Por isso, as diferenças de tratamento podem ser legítimas, ou seja, podem ter justificação.⁶⁶

Numa primeira fase, é possível concluir que as seguradoras têm legitimidade para avançar com um tratamento diferente quando confrontadas com proponentes portadores de deficiência ou risco agravado de saúde. Esta legitimidade também surge associada à função económica do seguro e ao abrigo do princípio da livre iniciativa económica privada. O n.º 3 do artigo 15.º do RJCS vem exactamente permitir a existência de diferenciações e selecção de riscos, desde que sejam objectivamente fundamentadas com base em “*dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora*”. Ou seja, o tratamento diferenciado só é permitido se fundamentado e apoiado em dados rigorosos.

Sucedem que, o princípio da igualdade tem de ser compatibilizado com o direito da livre iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP) e do funcionamento eficiente dos

⁶⁵ Cfr., entre inúmeros nesse sentido, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 563/96, 319/00 e 232/03.

⁶⁶ “*O Tribunal Constitucional tem entendido uniformemente que «igualdade» não significa proibição de tratamentos jurídicos diferenciados, mas antes a proibição de diferenças que afectem as pessoas e que não sejam fundamentadas à luz do próprio sistema constitucional.*” – Cfr. do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26 de Junho de 2012. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

mercados (artigo 81.º, n.º 1, alínea f) da CRP), os quais são direitos económicos equiparados a direitos fundamentais nos termos dos artigos 17.º e 18.º da CRP.

As seguradoras são livres para decidir se querem contratar, ou não, mediante avaliação do risco que lhes é proposto. São livres de recusar o contrato e livres de modelar o conteúdo do contrato. Contudo, cumpre fazer a nota de que o espaço de liberdade conferido pelo princípio da autonomia privada está limitado à exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana, e sempre que a distinção na celebração e na modelação de negócios jurídicos atinja o núcleo da dignidade humana, deve, pois, ser considerada ilícita.

Ainda que o regime jurídico português lute pela igualdade, ou não discriminação, na contratação de seguros, por pessoas com deficiência ou com um risco agravado, através da análise dos questionários, torna-se evidente que predominam os sentimentos de desequilíbrio, desigualdade e discriminação, no que toca ao acesso ao seguro de saúde por pessoas com deficiência ou risco agravado de saúde. Todavia, não bastam as “críticas” dos cidadãos, ou a análise dos princípios da igualdade e da livre iniciativa económica privada, para se chegar a essa conclusão. Com efeito, para melhor delinear as formas admissíveis e as formas inadmissíveis de diferenciação, o legislador sentiu necessidade de publicar leis ordinárias que precisassem critérios mais objectivos para aferir da violação dos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação.

No que concerne à análise da legislação propriamente dita, reveste primordial importância reter que, apesar de o contrato de seguro estar contemplado quer na LAD, quer no RJCS, é este último, que se deverá aplicar às situações de contratação de seguro de saúde ou outros, com cidadãos portadores de deficiência, “in casu” com *Síndrome de Down*, ou com risco agravado de saúde. Isto porque o legislador, com a LAD, pretendeu legislar sobre a proibição e punição de práticas discriminatórias em razão de deficiência ou risco agravado de saúde, por sua vez, e volvidos dois anos, o legislador entendeu que esta matéria deveria ter um especial tratamento no que respeita à celebração de contratos de seguro, razão pela qual fez o seu enquadramento no RJCS.

Ora, o referido diploma legal impõe o dever de o segurador, em momento prévio à celebração do contrato, prestar esclarecimentos e informar o tomador do seguro das

condições do contrato, nomeadamente do âmbito do risco que se propõe cobrir, das exclusões e limitações de cobertura, do valor do prémio, dos agravamentos que possam ser aplicados no contrato. Porém, este dever não incumbe unicamente ao segurador, pois também o tomador está adstrito a cumprir o dever de identificar e declarar todas as circunstâncias relevantes para avaliação do risco (declaração inicial do risco). Nesta lógica, posso afirmar que o cumprimento dos deveres de informação influencia, desde o primeiro contacto entre as partes contratantes, as cláusulas do contrato de seguro de saúde.

Diante de todo o exposto, posso afirmar que a informação traduz-se numa das componentes cruciais da actividade seguradora, para que o seu exercício seja sempre claro e transparente. Daí que se possa afirmar que o cumprimento dos deveres de informação está dependente da boa-fé que assiste às partes contratantes.

O legislador, no RJCS, enumerou no artigo 12.º as normas com carácter imperativo absoluto, ou seja, que pela sua importância ou natureza não podem ser afastadas pelos contraentes, e no artigo 13.º as normas com carácter imperativo relativo, isto é, as que podem ser afastadas pelos contraentes, desde que se estabeleça um regime mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário da prestação de seguro.

Verifica-se que, da enumeração taxativa que consta no artigo 13.º do RJCS, encontram-se as normas referentes à formação do contrato de seguro de saúde - artigos 17.º a 26.º-, dentro das quais se encontra contemplado o direito à informação (artigos 18.º e 22.º, e ainda o artigo 37.º). Significa isto que, ainda assim, existe a possibilidade de os proponentes negociarem com o segurador um regime mais favorável. No entanto, e da análise às respostas aos questionários, resulta que a faculdade de negociar, a fim de obter um regime mais favorável, não é aberta à maioria absoluta dos inquiridos. Conclui-se, portanto, que esta não é uma prática corrente da actividade seguradora, o que se poderá dever a uma falta de informação sobre as normas que compõem o Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

Na verdade, e apesar de a lei conferir ao direito de informação uma natureza de imperatividade relativa, foi entendimento do legislador o de não conferir natureza imperativa ao artigo 15.º do RJCS, pelo que as seguradoras, regra geral, não lhe

atribuem carácter obrigatório. O n.º 4 do preceito em análise, prevê uma obrigação segundo a qual o segurador deve fundamentar a sua decisão de recusa ou agravamento do prémio, mas, na prática, - e dado que não foi atribuída natureza imperativa (absoluta ou relativa) ao referido artigo - não é isso que se verifica.

Note-se que, esta obrigatoriedade só existe relativamente a pessoas portadoras de deficiência ou risco agravado de saúde, quando são estes os factores de avaliação do risco/diferenciação. Diz-nos esta norma que “*o segurador deve prestar ao proponente informação sobre o rácio entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde*”.

Em resumo, podemos destacar duas grandes vantagens desta novidade, a saber, o proponente ter a possibilidade de conhecer qual o risco acrescido que representa para o segurador e o segurador ficar obrigado a fundamentar sempre a sua posição com base em dados estatísticos e actuariais rigorosos.

Serão vantagens no dia em que as seguradoras cumprirem a lei, nos seus exactos termos. Por agora, o resultado dos questionários fala por si, sendo notável que a violação destes deveres de informação gera efectivamente um sentimento de discriminação e desigualdade nos cidadãos que têm *Síndrome de Down*. Conclui-se, pois, que, apesar de proibidas as práticas discriminatórias, que violem o princípio da igualdade, na celebração, na execução e na cessação do contrato de seguro, elas existem, a coberto do regime legal.

Sabendo que o RJCS não prevê nenhuma sanção por incumprimento do seu artigo 15.º, entendo que será importante ponderar uma revisão que preveja a aplicação de contra-ordenações relativamente a qualquer recusa ou agravamento não fundamentada em dados estatísticos ou actuariais ou o não fornecimento por parte do segurador do rácio entre os factores de risco específicos e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde.

Para as situações em que ocorra a violação ao princípio da igualdade e da não discriminação, o legislador previu como formas de reacção o recurso à via judicial, com vista a obter uma indemnização pelos comportamentos discriminatórios e o recurso à

Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, através do exercício do direito de queixa, tal como previsto pela LAD. Este procedimento revela-se menos dispendioso, sendo certo que a ASF tem competência para proceder à instrução dos processos de contraordenação, aplicar as coimas e as sanções acessórias.

Além destes meios de reacção *supra* mencionados, o artigo 15.º, n.ºs 5 a 8 do RJCS confere a possibilidade de intervenção de uma comissão tripartida para elaboração de um parecer (não vinculativo) sobre o rácio entre os factores de risco específicos do proponente portador de deficiência ou risco agravado de saúde e os factores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, pese embora, conclua, através das respostas dadas aos questionários, que nenhuma destas formas de reacção eram conhecidas dos inquiridos.

De acordo com o estudo efectuado, assumindo que a seguradora tem legitimidade para agravar o prémio e delimitar a cobertura do seguro, quando confrontada com uma pessoa com deficiência ou risco agravado de saúde, creio que a solução para a seguradora continuar a ter lucro, e conseguir atenuar as práticas discriminatórias, ou, pelo menos, inverter os sentimentos negativos que predominam, poderia passar por solicitar ao Estado uma compensação pela função social que a própria seguradora desempenha, em substituição do Estado, em homenagem ao princípio do primado da responsabilidade pública.

Neste caso, e havendo um desequilíbrio contratual entre as partes, as seguradoras poderiam exigir do Estado uma indemnização pelos prejuízos não proporcionais aos riscos assumidos.

Uma outra solução poderia ser o Estado assumir o papel de ressegurador. Neste caso, o Estado iria assegurar parte dos riscos que o segurador excluiu, e deste modo os prémios não precisariam de ser tão elevados, na medida em que o Estado assegurava parte dos riscos que o segurador excluiu. Por outro lado, toda esta segurança também se reflectiria numa diminuição de recusas por parte das seguradoras na contratação de seguros com cidadãos portadores de deficiência.

Em suma, o Estado, enquanto guardião dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, poderá/deverá acionar todos os meios para colocar em prática o artigo 71.º/2 da Lei Fundamental, designadamente a) indemnizar as seguradoras por estas assumirem prejuízos não proporcionais aos riscos assumidos, ou b) assegurar parte dos riscos que o segurador excluiu e, assim, assumir uma função de ressegurador. Nestes moldes, os princípios da igualdade e não discriminação não seriam postos em causa e a função económico-social dos seguradores estaria igualmente assegurada.

Bibliografia

1. Monografias e Periódicos

ALVES, Francisco Luís - *A Discriminação e a Avaliação do Risco nos Seguros*. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra. Ano 52, n.ºs 3-4 (25 da 2.ª Série) (Jul. - Dez. 2011), p. 213-315.

ALVES, Francisco Luís - *O Regime do Contrato de Seguro de Saúde no Direito Português*. Lisboa. Ano XIII, n.º 27 (Julho 2009), p. 8-31.

ALVES, Francisco Luís - *O Regime Jurídico da Discriminação aplicável aos Seguros - Presente e Futuro*. Lisboa. Ano XIV, n.º 31 (Fevereiro 2012), p. 30-59.

ALVES, Francisco Luís e FIDALGO, Rui – *O Quadro Legal e Regulamentar relativo à Gestão das Reclamações nas Empresas de Seguros e no Instituto de Seguros de Portugal*. Lisboa. Ano XIV, n.º 31 (Fevereiro 2012), p. 62-71.

ARAÚJO, António de - *Cidadãos Portadores de Deficiência: O seu lugar na Constituição da República*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.19-169.

BARRA, Tiago Viana - *Breves Considerações sobre o Direito à Protecção da Saúde*. O Direito. Coimbra. Ano 144, n.º2 (2012), p. 411-445.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Mariana – *Brevíssimos Apontamentos sobre a Não Discriminação no Direito da União Europeia*. Julgar. Lisboa: Coimbra Editora, N.º 14 (Maio-Agosto 2011), p. 101-111.

LOPES, Dulce - *A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à Luz do Princípio da Não Discriminação*. Julgar. Lisboa: Coimbra Editora, N.º 14 (Maio-Agosto 2011), p. 54-75.

MARTINEZ, Pedro Romano - *Conteúdo do Contrato de Seguro e Interpretação das Respectivas Cláusulas*. In MOREIRA, António e MARTINS, Manuel da Costa - *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros: memórias*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 57-71.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira - *Da Assimetria Informativa ao Excesso de Informação: A Protecção da Reserva da Vida Privada da Pessoa Segura, no Tocante à Informação Relativa à sua Saúde*. *Direito dos Seguros, Fundamentos de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Consumidor*. Bruno Miragem/Angélica Carlini (coord.). *Revista dos Tribunais*. Porto Alegre (2014).

MARTINS, Maria Inês de Oliveira - *Sobre a Discriminação dos Portadores de VIH/SIDA na Contratação de Seguros de Vida*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. N.º LXXXIX (2013), p. 749-800.

MENDES, Joana - *Seguros de Saúde Vitalícios. Estudo de Práticas e Direito Comparado*. Lisboa. Ano XIII, n.º 27 (Julho 2009), p. 46-71.

MIRANDA, Jorge – *O Princípio da Igualdade no Direito Português*. *Boletim da Ordem dos Advogados*. Mensal n.º 132 (Novembro 2015), p. 22-27

MOREIRA, Teresa Coelho - *Igualdade e Não Discriminação: Estudos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 249.

NEVES, Ana Fernanda – *Os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito da União Europeia*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2010), p. 93-125.

OLIVEIRA, Arnaldo Filipe da Costa - *Contrato de Seguro: Proibição de Discriminação em Razão de Deficiência e de Risco Agravado de Saúde: o Voto por Empréstimo do STJ no Sentido da Continuação da Evolução*. *O Direito*. Coimbra. Ano 146, I (2014), p. 245-274.

OLIVEIRA, Arnaldo e RIBEIRO, Eduarda - *Novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Aspectos mais Relevantes da Perspectiva do seu Confronto com o Regime Vigente*. Ano XII, n.º 25 (Junho 2008), p. 1-4.

PINTO, Paulo Mota - *Autonomia Privada e Discriminação: algumas notas*. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa - II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 283-311.

PRATA, Ana - *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2016 (Reimpressão da edição de 1982), p.190-205.

REGO, Margarida Lima - *A Segmentação do Mercado para Avaliação dos Riscos Seguros: Que Futuro? P. 1-29*.

REGO, Margarida Lima - *Da Inconstitucionalidade das Normas Permissivas de "Discriminação Racional"*. Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício. Coimbra Editora (Dezembro de 2014), p. 869-888.

REGO, Margarida Lima - *Statistics as a Basis for Discrimination in the Insurance Business*. Law, Probability and Risk. (October 15, 2014), p. 1-16.

REGO, Margarida Lima - *Temas de Direito dos Seguros. O Risco e as Suas Vicissitudes*. Coimbra (2012), p. 275-297.

REGO, Margarida Lima e SILVA, Rute Carvalho da – *Direito(s) das Catástrofes Naturais*. C.A. Gomes (coord.). Almedina (2012), p. 269-322.

MARTINEZ, Pedro Romano; TORRES, Leonor Cunha; OLIVEIRA, Arnaldo da Costa; RIBEIRO, Maria Eduarda; MORGADO, José Pereira; VASQUES, José; BRITO, José Alves de – *Lei do Contrato de Seguro Anotada*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedia, 2011.

SILVA, João Calvão da - *Apólice "Vida Risco - Crédito Habitação": As Pessoas com Deficiência ou Risco Agravado de Saúde e o Princípio da Igualdade na Lei n.º 46/2006*.

Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. Ano 136, n.º 3942 (Jan. - Fev.2007), p. 158-170.

SKALLERUP, Susan – *Bebés com Trissomia 21*. Texto Editores, 1ª Edição (Março 2015), p. 30 e 386.

II CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DOS SEGUROS. (Coord. António Moreira/Manuel Costa Martins). Coimbra: Almedina (2001), p. 57-243.

2. Endereços Electrónicos

Bases Jurídico-Documentais do Ministério da Justiça. Disponível na internet: <www.dgsi.pt>.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. [Consultada a 05.05.2015]. Disponível na internet: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

Convenção Europeia dos Direitos Humanos. [Consultada a 05.05.2015]. Disponível na internet:

<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet:

<<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. [Consultada a 05.05.2015]. Disponível na internet:

<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>>.

Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de Fevereiro - Regulamentação da Lei que previne e proíbe as discriminações em razão da deficiência e de risco agravado de saúde. [Consultado a 10.11.2015]. Disponível na internet:

<http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/dl_34_2007.htm>.

Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho - Estabelece as regras de transparência para a actividade seguradora e disposições relativas ao regime jurídico do contrato de seguro. [Consultado a 10.11.2015]. Disponível na internet:

<<http://www.asf.com.pt/winlib/cgi/winlib.exe?skey=&pesq=2&doc=11147>>.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - *Os Seguros de Saúde e o Acesso dos Cidadãos aos Cuidados de Saúde*. Março de 2015. [Consultado a 15.12.2015]. Disponível na internet: <<https://www.ers.pt/>>.

Lei n.º 38/2004, de 18 de Agosto - Regime Jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência. Consultada a 10.11.2015, *in* <http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_38_2004.htm>.

Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto - Lei que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet: <http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm>.

Lei n.º 14/2008, de 12 de Março - Proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet:

<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_14_08_c_al_Lei_9_15.pdf>

Lei n.º 9/2015, de 11 de Fevereiro - Primeira alteração à Lei n.º 14/2008, de 12 de Março. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet:

<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_9_2015.pdf>.

LOPES, Dulce - *Principais Contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação*. Debater a Europa. Periódico do CIEDA e do CIEJD em parceria com GPE, RCE e o CEIS20. N.º4 Janeiro/Junho (2011). [Consultado a 16.12.2015]. Disponível na internet:

<<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debateuropa/>>.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. [Consultada a 05.05.2015]. Disponível na internet: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>.

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. [Consultada a 05.05.2015]. Disponível na internet: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html>>.

Proposta de Directiva do Conselho (2008) 426 - Aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52008PC0426>>.

Recomendação N.º 3/B/2008. [Consultada a 10.11.2015]. Disponível na internet: <<http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Rec3B08.pdf>>.

Agradecimentos

Um agradecimento especial por todo o apoio e incentivo, colaboração e motivação:

Aos meus pais

À Rita

À Professora Margarida Lima Rego

À Associação Pais21

E a todas as famílias que deram o seu testemunho na resposta aos questionários.