RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DIRETIVO DA

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

(VERSÃO PARA AUDIÇÃO PÚBLICA)

Visto terem sido trazidas ao conhecimento da ERS diversas situações relativas a matérias relacionadas com atos de publicidade praticados pelos prestadores de cuidados de saúde que motivaram intervenções regulatórias para defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes;

Visto que em algumas de tais situações os direitos e interesses legítimos dos utentes eram lesados por a informação prestada pelos prestadores de cuidados de saúde ser deficiente e/ou a publicidade ser passível de induzir em erro os utentes, por forma, nomeadamente, a não garantir, de forma permanente, a distinção física clara entre prestadores de cuidados de saúde, nas instalações mútuas[1], assim como por forma a permitir a possibilidade de um prestador ser confundível com outros cuja designação utilizada em todos os meios publicitários inclua nomes ou elementos semelhantes e confundíveis[2];

Visto que tais práticas podem colocar em crise quer os princípios de verdade e transparência, inerentes à relação utente/prestador, quer o princípio da liberdade de escolha dos utentes, bem como a sã concorrência entre prestadores de cuidados de saúde.

Visto ainda que os direitos e interesses legítimos dos utentes são igualmente prejudicados sempre que a transmissão de informação seja errónea ou incompleta, ou não lhes seja prestada informação prévia, como nas situações em que um prestador publicita uma qualidade que não detém, designadamente anunciando a prestação de cuidados de saúde ao abrigo de determinados acordos e convenções celebrados com

[1] *Vide*, a título exemplificativo, o processo de inquérito que correu termos na ERS sob o registo n.º ERS/049/10, disponível em www.ers.pt.
[2] *Vide*, a título exemplificativo, o processo de inquérito que correu termos na ERS sob o registo n.º ERS/084/08, disponível em www.ers.pt.

o SNS e com subsistemas públicos de saúde ou equiparados, ou com quaisquer outras entidades, nomeadamente, companhias de seguros, dos quais não é detentor[3];

Visto que, foi igualmente verificado que o conteúdo de determinadas mensagens publicitárias de prestadores de cuidados de saúde, no âmbito, nomeadamente, da divulgação de condições promocionais[4], bem como no anúncio de rastreios com o intuito de potenciar a captação de utentes e consequentemente a venda de um serviço[5], fomentariam igual lesão dos direitos e interesses legítimos dos utentes;

Visto que a informação divulgada através da publicidade influencia a formação de vontade dos utentes na escolha e decisão dos serviços de saúde, e independentemente das intervenções regulatórias da ERS já efetuadas em situações concretas, importa proceder à identificação e análise abstrata dos problemas detetados, em prol de uma intervenção geral e de cariz preventivo; e

Considerando que:

(i) compete à ERS, de acordo com o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, a regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde;

(ii) compete à ERS, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, "[…] a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no que respeita:

> "[…] b) À garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes;
>
> c) À legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes.";

(iii) compete à ERS, em execução do objetivo regulatório previsto na alínea b) do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, de assegurar o

---

[3] *Vide*, a título exemplificativo, os processos de inquérito que correram termos na ERS sob os registos n.ºs ERS/092/09; ERS/101/09; ERS/049/10; ERS/052/10; ERS/135/11, disponíveis em www.ers.pt.

[4] *Vide*, a título exemplificativo, os processos de inquérito que correram termos na ERS sob os registos n.ºs ERS/034/12 e ERS/091/13, disponíveis em www.ers.pt.

[5] *Vide*, a título exemplificativo, o processo de inquérito que correu termos na ERS sob o registo n.º ERS/024/10, disponível em www.ers.pt.

cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, "zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos de saúde privados" - cfr. alínea d) do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio;

(iv) compete à ERS, em execução do objetivo regulatório previsto na alínea d) do mesmo artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, de velar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema, analisar as relações económicas nos vários segmentos da economia da saúde, tendo em vista o fomento da transparência, da eficiência e da equidade do sector, bem como a defesa do interesse público e dos interesses dos utentes - cfr. alínea a) do artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio;

(v) e outrossim, relativamente ao objetivo de defesa da concorrência nos segmentos abertos ao mercado, a alínea b) do artigo 38.º do mesmo diploma, estabelece ser incumbência da ERS "velar pelo respeito da concorrência nas atividades abertas ao mercado sujeitas à sua jurisdição";

(vi) por fim, e em execução do objetivo regulatório inscrito na alínea b) do artigo 33º do referido diploma, de assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, incumbe ainda à ERS "Prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde" – cfr. alínea c) do artigo 33º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio;

(vii) podendo a ERS assegurar tais incumbências mediante o exercício dos seus poderes de supervisão – consubstanciado, designadamente, "no dever de velar pela aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua regulação" – e ainda mediante a "emissão de ordens e instruções, bem como recomendações ou advertências individuais, sempre que tal seja necessário" – cfr. alíneas a) e b) do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio;

Bem como que:

(viii) no que toca aos serviços de saúde, a publicidade abrange a informação dirigida ao público com o objetivo de promover a atividade dos prestadores

de cuidados de saúde e fornecer elementos ao utente para que este possa exercer o seu direito de escolha;

(ix) o utente assume a qualidade de consumidor na relação originada com o prestador de cuidados de saúde, pelo facto da Lei n.º 24/96 de 31 de julho, que aprovou o regime legal aplicável à defesa do consumidor (Lei de Defesa do Consumidor), definir como consumidor "[…] todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios" – cfr. n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Defesa do Consumidor;

(x) tem o utente direito, enquanto consumidor, à informação para o consumo – cfr. alínea d) do artigo 3.º da enunciada Lei de Defesa do Consumidor.

(xi) concretamente em matéria de publicidade, a Lei de Defesa do Consumidor estabelece, quanto ao direito do consumidor à informação em geral, que "A publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores" – cfr. n.º 4 do artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor" e que as "informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário." - cfr. n.º 5 do artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor;

(xii) no que respeita ao regime jurídico da publicidade, é desde logo a Constituição da República Portuguesa (CRP) que reconhece a publicidade enquanto elemento fulcral dos direitos dos consumidores, ao consagrar no seu artigo 60.º, sob a epígrafe "Direitos dos consumidores", o "[…] direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos" e acrescentando em seguida que "A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa." – cfr. n.º 1 e 2 do artigo 60.º da CRP;

(xiii) resulta do artigo 1.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, que as disposições nele ínsitas aplicam-se a "[…] qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado

para a sua difusão […]", entendendo-se por publicidade "[…] qualquer forma de comunicação feita por entidade de natureza pública ou privada no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições" - cfr. artigo 3.º do Código da Publicidade.

(xiv) à publicidade aplicam-se os princípios da "[…] licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor […]" – cfr. artigo 6.º do Código da Publicidade;

(xv) nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 11.º do Código da Publicidade, "É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores";

(xvi) a regra é a da proibição das práticas comerciais desleais, definidas como:

a) aquelas suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção;

b) as práticas enganosas e as agressivas, referidas nos artigos 7.º, 8º, 9.º, 11.º e 12º do Decreto-Lei n.º 57/2008;

(xvii) nos termos do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 57/2008, considera-se como prática comercial enganosa, aquela que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos elencados na Lei e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo, a saber:

a) a existência ou a natureza do bem ou serviço;

b) as características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a adequação ao fim

a que se destina ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, entre outros;

c) o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;

e) a necessidade de prestação de um serviço;

(xviii) nos termos do n.º 2 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 57/2008, "Atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva: a) Qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente; […]"

(xix) ainda no que respeita ao quadro legal aplicável à publicidade, e em concreto quanto às restrições, dispõe o artigo 19.º do Código da Publicidade que "É proibida a publicidade a tratamentos médicos e a medicamentos que apenas possam ser obtidos mediante receita médica, com exceção da publicidade incluída em publicações técnicas destinadas a médicos e outros profissionais de saúde".

Considerando, ademais, que:

(xx) o carácter particular da prestação de cuidados de saúde impõe que o quadro de informação, transparência e respeito pelos direitos e interesses dos (potenciais) utentes seja elevado a um superior patamar de exigência, e por isso, para além de dever ser enquadrada no quadro disciplinador específico, supra exposto, a publicidade estará também sujeita aos limites decorrentes do quadro regulatório da atividade dos prestadores de cuidados de saúde;

(xxi) neste âmbito, a relação que se estabelece entre prestadores de cuidados de saúde e os seus utentes deve pautar-se pela verdade, completude e transparência em todos os aspetos da mesma, devendo tais características revelar-se em todos os momentos da relação, incluindo nos momentos que antecedem a própria prestação de cuidados de saúde, aqui incluída a publicidade enquanto informação prestada tendo em vista a captação de clientela;

(xxii) a informação em saúde deve ser prestada com verdade, com antecedência (para não colocar o doente numa situação de pressão quanto à decisão a tomar), de forma clara, adaptada à sua capacidade de compreensão, contendo toda a informação necessária à decisão do utente, de modo a garantir que a liberdade de escolha não venha a resultar prejudicada[6];

(xxiii) o direito do utente à informação extravasa substancialmente o que prevê a alínea e) do n.º 1 da Base XIV da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, (e, hoje, o n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março), para efeitos de consentimento informado e esclarecimento, quanto a alternativas de tratamento e evolução do estado clínico;

(xxiv) e o direito dos utentes à informação está, ademais, ínsito à própria relação de confiança que os mesmos estabelecem com os prestadores de cuidados de saúde, que se deve pautar, ela própria, globalmente, por princípios da verdade e transparência;

(xxv) só que esta relação contratual de confiança não pode dissociar-se de um problema fundamental em saúde o qual se traduz na assimetria de informação que existe em todas as relações prestador-utente;

(xxvi) com efeito, o utente dos serviços de saúde encontra-se tipicamente prejudicado por uma assimetria de informação face ao prestador dos mesmos;

(xxvii) sendo que, por tal facto e no momento do consumo de um bem ou serviço de saúde, e por não possuir informação ou toda a informação relevante, regra geral delega a sua decisão sobre o que consumir e quando fazê-lo numa outra entidade que possua essa informação: o agente da oferta (profissionais de saúde);

(xxviii) e nesta delegação de direitos de propriedade sobre o consumo – ou seja, relação de agência, em que aquele agente é o representante do principal (utente consumidor) – é suposto que a tomada de decisão quanto ao

[6] E note-se ademais, que tanto não exime os prestadores de cuidados de cuidados de saúde de assegurarem o cumprimento de outras obrigações atinentes à relação estabelecida com os utentes, tal como melhor explicitado pela ERS em entendimentos por si já divulgados, designadamente, na *Recomendação dirigida aos prestadores privados de cuidados de saúde em matéria de elaboração de orçamentos, faturação extemporânea e ausência de informação aos utentes*, bem como na *Recomendação n.º 1/08*, relativa à emissão de recibos e respetivo conteúdo no âmbito da prestação de cuidados de saúde, ambas disponíveis em www.ers.pt.

consumo seja feita no respeito integral das necessidades e preferências do utente consumidor.

O Conselho Diretivo da ERS delibera, sob a égide dos artigos 33.º e 42.º do Decreto-Lei n.º 127/2009, de 27 de maio, recomendar aos prestadores de cuidados de saúde que, além de respeitarem as regras e obrigações constantes do regime específico da publicidade, com as legais consequências daí advenientes e sem prejuízo das competências de outras entidades, que:

(i) devem garantir que toda e qualquer mensagem publicitária alusiva a serviços de saúde por si prestados, contém a identificação do prestador responsável pela prestação dos cuidados de saúde, de forma completa, exata e não confundível com quaisquer outros prestadores de cuidados de saúde;

(ii) devem garantir que toda e qualquer mensagem publicitária alusiva a serviços de saúde por si prestados, veiculada no contacto com um qualquer (potencial) utente e independentemente do seu formato e/ou meio de divulgação, obedeça aos princípios da licitude, veracidade, transparência e completude que lhe são impostos atenta a sua qualidade de prestador de cuidados de saúde;

(iii) devem garantir que toda e qualquer mensagem publicitária alusiva a serviços de saúde por si prestados, não induza em erro os (potenciais) utentes, nem prejudique eventuais prestadores concorrentes, em especial no que respeita aos atos e serviços de saúde efetivamente prestados e às convenções e demais acordos efetivamente detidos, celebrados e em vigor, habilitações dos profissionais de saúde e outros requisitos de funcionamento e de exercício de atividade;

(iv) devem garantir que toda a informação contida em qualquer mensagem publicitária seja verdadeira, completa, atempada e inteligível para dotar o utente dos instrumentos necessários ao exercício da liberdade de escolha e que dela resulte, de forma clara, qual o âmbito e o alcance dos cuidados de saúde que podem ser assegurados;

(v) concretamente, no caso de publicitarem descontos nos valores devidos pelos cuidados de saúde que se propõem prestar, devem garantir que a mensagem publicitária não induz os utentes em erro, nomeadamente no que respeita à necessidade de prestação de atos e serviços adicionais, não abrangidos pelos referidos descontos, mas que se revelem clinicamente necessários e não

possam ser dissociados em função do serviço que é concretamente publicitado;

(vi) devem garantir que toda e qualquer mensagem publicitária alusiva a serviços de saúde por si prestados, e independentemente do seu formato e/ou meio de divulgação, não fomente a procura ou a realização de atos de saúde desnecessários;

(vii) no caso de publicitarem cuidados de saúde cuja prestação implique, nos termos legais, o pagamento de taxas moderadoras, devem abster-se de adotar quaisquer comportamentos suscetíveis de eliminar ou reduzir o efeito de moderação legalmente pretendido e estabelecido com a previsão das referidas taxas moderadoras no âmbito do SNS e encargos de beneficiário no âmbito dos subsistemas públicos de saúde;

(viii) no caso de utilizarem expressões associadas aos cuidados no âmbito do SNS, devem garantir que o conteúdo das mesmas não possibilita a confundibilidade do (potencial) utente, com uma qualquer complementaridade ou igual usufruto dos cuidados prestados no âmbito do SNS;

(ix) devem garantir que toda e qualquer publicidade a serviços de saúde por si prestados, mas executada por terceiros, assegura o disposto na presente recomendação;

(x) devem providenciar pela cessação imediata de qualquer publicidade que não acolha as recomendações aqui referidas.

O Conselho Diretivo.