Parecer do Conselho Consultivo da Entidade Reguladora da Saúde (ERS),

de 29 de julho de 2016

Sumário

Pronuncia-se sobre: Projeto de Regulamento do n.º 1 do artigo 4.º e n.º 1 do artigo 5.º do Decreto- Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, que estabelece o regime das práticas de publicidade em saúde (PPS) .

Introdução

Dando satisfação ao exercício da função de pronúncia contida na definição da missão deste Conselho Consultivo – enquanto Órgão de apoio e participação nas linhas gerais de atuação da ERS e nas decisões do Conselho de Administração[1]– é importante agir no sentido do que se lhe impõe, na decorrência do novo enquadramento legislativo da publicidade em saúde aprovado pelo Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro.

Não sem antes deixar perfeitamente definido o objeto do presente parecer, naquele que é o estrito cumprimento do ato de valor normativo superior, a ser desenvolvido e densificado pela regulamentação nele preconizada[2], a qual deverá debruçar-se,

---

[1] cfr. artigo 2.º do regulamento do Conselho Consultivo da ERS - n.º 5 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.

[2] Vide artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro: " A Entidade Reguladora da Saúde define os elementos de identificação para efeitos do disposto no n.º1 do artigo 4.ºe os elementos previstos no n.º1 do artigo 5º."

justamente, sobre o cerne da futura aplicação da lei na ótica dos seus dois âmbitos de incidência: o subjetivo e o objetivo.

Por conseguinte, trata-se de caracterizar os deveres e obrigações dos sujeitos jurídicos sob a jurisdição da ERS para este concreto efeito de *agentes ou operadores regulados* em matéria de práticas publicitárias em saúde e, por outro lado, o alcance de uma maior precisão no objeto material do novo regime jurídico, procurando a tipificação satisfatória dos elementos de licitude da mensagem ou da informação publicitária nos pressupostos conhecidos das mais diversas assimetrias entre os emissores e os receptores – utentes – da mensagem.

Duas notas introdutórias finais para salientar:

i) o primado da garantia dos direitos do utente à proteção da saúde, à informação objetiva, transparente e rigorosa e, bem assim, à identificabilidade desejavelmente inequívoca das práticas publicitárias no campo da saúde;

ii) o inegável contributo da consulta pública realizada, versando o projeto de regulamento, ora sob pronúncia, consulta que é marcada pela comunhão de propósitos e claridade dos entendimentos e que vê reflexo no teor do presente parecer.

Cumpre pois emitir Parecer.

I - Do sujeito jurídico sob a jurisdição da ERS no âmbito das PPS - n.º2 do Artigo 2.º[3]

[3] Sempre que omissa a referência, a diploma legislativo ou regulamentar, o enunciado remete ao articulado do *Projeto de regulamento sobre práticas de publicidade em saúde*.

Larga porção do relevo do regulamento a edificar passa pelo potencial de impacto que este deve adquirir, na contribuição que deve prestar à sociedade em geral, agentes de mercado e utentes em particular, para incremento da literacia, da visão informada e de uma alargada consciência arreigada sobre o que é ou não permitido e aceitável, porque lícito, à luz do enquadramento regulatório vigente. A importância que uma leitura integrada do regulamento possa trazer a qualquer interessado deve, por isso, estar no centro da atenção do regulador ao aprimorar a base regulamentar sob participação.

Isto leva a não considerar despicienda a articulação do n.º2 com o n.º1 que o precede, no mesmo artigo 2.º. já que as dúvidas sobre o sujeito interveniente nas práticas publicitárias devem ser arredadas com base na informação sobre a habilitação profissional do mesmo. Diríamos que se trata do elemento que maior e mais certeza e segurança jurídicas pode carrear para a apreciação da conduta, quando comparado com a *natureza* e a *idoneidade*, sobretudo esta última, carregada de subjetividade e abstração.

Proposta: n.º1- artigo 2.º *in fine*: aditar " (...) de modo a não suscitar dúvidas sobre a natureza, habilitação profissional e idoneidade do mesmo."

Proposta: Cabe aos diretores clínicos dos operadores de saúde a validação de todas as práticas de publicidade em saúde.

Já sobre o n.º2 do mesmo artigo 2.º, resulta dos contributos advenientes da consulta pública uma posição unânime quanto às precauções a tomar em sede de meios eletrónicos de disseminação da mensagem publicitária, propondo-se uma menção

expressa e obrigatória ao sítio eletrónico do *interveniente* (no sentido da alínea a) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º238/2015).

Uma vez que o tema foi abordado em reunião recente deste Conselho, na qual teve assento o Conselho de Administração, as informações trazidas acerca da abrangência interpretativa aplicadas pela ERS ao conceito de *interveniente* " considerado como toda e qualquer estrutura ou sujeito que intervém na atividade publicitária, independentemente do seu registo na ERS ou mesmo da qualidade de operador de saúde", com sustento, aliás, na dita norma legislativa, justificam que não mais se adense a recomendação nesta sede, porquanto se compreendem as preocupações do Conselho como plenamente acauteladas pela atuação tal como relatada.

Proposta: n.º3- artigo 3.º: aditar " (...) através de telefone, endereço e sítio eletrónico."

II – Da clareza e precisão da mensagem ou informação publicitada no âmbito das PPS - Artigo 3.º.

Uma palavra primeira não dispensa a viva recomendação para a consulta atenta e a desejável integração do conjunto de contributos recebidos em sede de consulta pública versando o *Projeto de regulamento sobre práticas de publicidade em saúde*.

A partir destes, vislumbram-se de forma bastante objetiva soluções próximas de todos os participantes e, ademais, satisfatórias para os principais problemas detetados.

Sobretudo porque granjeiam uma notória transversalidade e comunhão de visões, partilhadas e acompanhadas por este Conselho Consultivo.

Sem prescindir destes considerandos, o presente parecer dará enfoque aos dois temas aprofundados pelos membros do Conselho Consultivo, a saber:

i) a questão das garantias de acesso à informação, condições contratuais, âmbitos das ofertas publicitadas e veracidade do teor das mesmas;
ii) o aspeto mais focado em praticamente todos os contributos recebidos via consulta pública e agora acompanhados pelo Conselho: a gratuitidade/promoção/desconto tal como publicitada em sede de PPS.

i) Proposta: alínea c) do n.º2- artigo 3.º:

- aditar

- " (...) de modo visível."
- " (...) bem como obrigatoriamente conter um link ou meio de acesso a toda a informação contratual aplicável."

Proposta: aditar no artigo 4.º nº 2. A difusão da mensagem ou a informação publicitada através de qualquer meio deve ser efetuada pelo tempo necessário e suficiente para permitir a sua visualização, leitura e/ou audição adequadas e inteligíveis.

Aditar no artigo 4. n.º 3 Na difusão escrita da mensagem ou a informação publicitada, a fonte, o tamanho e o espaçamento da letra, bem como a entrelinha, devem permitir a legibilidade adequada do texto integral.

Aditar o novo n.º4 ao artigo 4.º: Entende-se por legibilidade adequada, para efeitos do número anterior a utilização da dimensão mínima seguinte dos caracteres:

a) Audiovisual (incluindo televisão) 17 pontos;
b) Escrita (incluindo imprensa, internet e mailings) 9 pontos;
c) Cartazes no interior dos estabelecimentos 30 pontos;

d) Cartazes de exterior de média dimensão (opi/mupi e master) 90 pontos;

e) Cartazes de exterior de grande formato (dimensões 4x3 m, 8x3 m ou 10x5 m). Na ampliação dos caracteres deverá ser mantida a proporção que decorre da dimensão mínima para os cartazes de exterior de dimensão média.

ii) Proposta: alíneas e) e g) do n.º2- artigo 3.º:

É entendimento notório que, em saúde, o diagnóstico constitui o primeiro ato clínico, qualificado juridicamente relevante. Tanto assim é, que a responsabilidade civil profissional em saúde apresenta de forma crescente um patamar de incidência, precisamente, no erro grosseiro ou na mera negligência, percebida como a omissão do dever geral de cuidado, ao nível do diagnóstico incorrecto ou incorrectamente realizado. Porque desprovido dos adequados meios auxiliares de diagnóstico sem os quais a prestação de cuidados mais não é do que um significativo indício de indução artificial de procura, de sobretratamento e de outras práticas perniciosas - como preconizado pela alínea b), do n.º1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 238/2015.

Assim, o diagnóstico pode dizer-se que constitui um ato destacável. E nesse sentido as visões convergem: não pode o utente ser enganado, induzido em erro, através da generalização de uma oferta gratuita em toda a gama do *atendimento*. Razão pela qual os contributos referem, inequivocamente, a necessidade de, à parte a matéria da gratuitidade em si, que adiante melhor se depurará, há que esclarecer o que manifestamente não o é (gratuito).

E nesse sentido clarificador as medidas propostas são as seguintes:

- alínea e) : "Sempre que a mensagem (...) utilizar expressões (...) tem de explicitar que se encontram excluídos todos os atos dependentes, intercalados ou consecutivos, desde que derivados dos anunciados naqueles termos."
- alínea g) : " Os atos e/ou serviços de saúde necessitam de avaliação ou diagnóstico prévios do caso concreto, tal constituindo uma menção obrigatória da mensagem ou informação publicitada em saúde (...)."

Na decorrência da ponderação conjunta do Conselho Consultivo, é ainda entendimento transversal que a publicidade enganosa ou mesmo oculta a atos inevitavelmente pagos, porque necessariamente associados a um custo efetivo, deve merecer um tratamento especial que se impõe para evitar incompreensões futuras pelos utentes.

Existe, na verdade, um exercício de um verdadeiro poder/dever no desenvolvimento da regulamentação em estudo, que sustenta uma das missões primordiais da ERS no seu todo, enquanto reguladora especial da saúde.

Trata-se da supervisão e vigilância do mercado, das condutas dos agentes de mercado e da prevenção de distorções sensíveis como é o caso da venda com prejuízo.

Existem, por conseguinte, precisões fundamentais a realizar em sede regulamentar com sustento no artigo 5.º sobre o rigor da mensagem, que cabem desenvolver em sede de regulamento e que têm sustento legal no Decreto-Lei que dá causa ao mesmo:

- tanto é grave a utilização de expressões como " cura milagrosa" , " resultados garantidos" ou ainda de " rastreios gratuitos", sobretudo quando nenhuma diretriz ou característica intrínseca de um rastreio aqueles apresentam, como igualmente grave e em desenvolvimento conjugado das alíneas e), f) e g) do n.º1 artigo 7.ºdo Decreto-Lei n.º 238/2015 – a cumprir o desígnio do rigor da mensagem evocado pelo artigo 5.º do

decreto – que se não proceda a uma leitura coordenada das diferentes alíneas, que respeite os mais elementares valores da veracidade do conteúdo da oferta efetiva realizada ao utente e com a qual este afinal se confronta:

1. Se é verdade que o circunstancialismo de atos e tratamentos de saúde apresentam custos fixos e variáveis;
2. Se é verdade que a oferta em saúde tem de garantir segurança, qualidade e certeza ao utente que deles é destinatário;
3. Se é verdade que os profissionais estão obrigados a seguir as boas práticas, as quais associadas a custo zero são uma quimera ou impossibilidade absoluta.

Forçoso é concluir que não raras vezes a publicidade a atos/serviços grátis preenche necessariamente o tipo legal da alínea g) do artigo 7.º do decreto: publicita-se X para evidenciar Y. Publicita-se o gratuito para *induzir e praticar* o que é pago. Publicidade oculta, portanto.

Proposta: al.e) aditar: "(…) ademais, aquelas expressões não podem ser utilizadas quando o ato ou serviço dependa de custo efectivo, necessário e adequado à prática segura e com qualidade do mesmo."

Mais esclarecimentos de que assim é constam não apenas dos contributos advenientes da consulta pública realizada pela ERS mas ainda das mais elementares *leges artis*.

Eis o que se oferece sobre projeto de regulamento em apreço, iniciativa a qual se aplaude em apreciação da generalidade e se espera aprofundada e desenvolvida acompanhando o presente parecer do Conselho Consultivo da ERS, reunido extraordinariamente para o efeito, conforme convocatória em anexo.

****

Verifica-se que é legal o objeto do presente parecer por encontrar previsão expressa na presente ordem do dia.[4]

Proceda-se à devida comunicação realizada por correio electrónico, nos termos regulamentares.[5]

Execute-se o expediente administrativo necessário ao cumprimento das formalidades orgânicas.[6]

Foi o presente parecer votado favoravelmente por a unanimidade dos presentes na reunião extraordinária havida a 29 de julho de 2016, na sede da Entidade Reguladora da Saúde.

O relator nomeado,

Bastonário da Ordem dos Médicos Dentistas,

---

[4] cfr. artigo 15.º do regulamento do Conselho Consultivo da ERS - n.º 5 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.

[5] cfr. artigo 22.º do regulamento do Conselho Consultivo da ERS - n.º 5 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.

[6] cfr. artigo 5.º do regulamento do Conselho Consultivo da ERS - n.º 5 do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto.

****

O Presidente do Conselho Consultivo da Entidade Reguladora da Saúde

Professor Doutor Rui Nunes