

**DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA
ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE
(VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL)**

Considerando que a Entidade Reguladora da Saúde, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, exerce funções de regulação, de supervisão e de promoção e defesa da concorrência respeitantes às atividades económicas na área da saúde nos setores público, privado, cooperativo e social;

Considerando as atribuições da Entidade Reguladora da Saúde conferidas pelo artigo 5.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto;

Considerando os objetivos da atividade reguladora da Entidade Reguladora da Saúde estabelecidos no artigo 10.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto;

Considerando os poderes de supervisão da Entidade Reguladora da Saúde consagrados no artigo 19.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto;

Visto o processo registado sob o n.º ERS/040/2015;

I. DO PROCESSO

I.1. Origem do processo

1. Em 18 de maio de 2015, a Entidade Reguladora da Saúde (doravante ERS) recebeu um ofício da Ordem dos Médicos Dentistas (doravante OMD) a remeter uma reclamação que lhe tinha sido dirigida por um utente, sobre práticas publicitárias efetuadas por várias empresas, entre as quais a *MEDICARE*, relativamente a serviços de saúde na área de medicina dentária (cfr. fls. 7 a 20 dos autos).
2. A sobredita exposição deu origem à abertura do processo de avaliação n.º AV/092/2015, no âmbito do qual foi inicialmente analisada.
3. Posteriormente, em 22 de junho de 2015, a ERS recebeu diretamente uma reclamação de outro utente, questionando a legalidade de uma mensagem

publicitária da *MEDICARE*, semelhante àquela que havia sido denunciada por intermédio da OMD, motivo pelo qual a reclamação em causa foi apensada ao processo de avaliação n.º AV/092/2015 já em curso (cfr. fl. 21 dos autos).

4. Após uma análise preliminar das duas reclamações acima referidas, por deliberação do Conselho de Administração da ERS, de 1 de julho de 2015, foi determinada a abertura de um processo de inquérito à sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, detentora da empresa *MEDICARE*, de forma a averiguar se a publicidade por ela efetuada respeita os direitos e interesses legítimos dos utentes e o regime jurídico da publicidade (cfr. fls. 1 a 6 dos autos).
5. O processo de inquérito em questão foi registado internamente sob o n.º ERS/040/2015 (cfr. fl. 1 dos autos).

I.2. Diligências

6. No âmbito da investigação desenvolvida pela ERS, realizaram-se, entre outras, as diligências consubstanciadas em:
 - (i) Pesquisa no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados (SRER) da ERS sobre a *MEDICARE* e a *PASSOS FIRMES, LDA.*, tendo-se constatado que nenhuma das duas está inscrita ou registada na ERS (cfr. fls. 22 e 23 dos autos);
 - (ii) Pesquisa na página eletrónica “Portal MJ – Publicação On-Line de Acto Societário”¹ sobre a sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, que é titular da *MEDICARE*, tendo-se apurado que aquela é titular do NIPC 507920090, tem sede na Rotunda Nuno Rodrigues dos Santos, n.º 1, 5.º E, Edifício Concórdia, freguesia da Portela, município de Loures, e que no seu objeto social está incluída, entre outras matérias, a produção e comercialização de cartões integrados de saúde, bem como a publicidade e o marketing (cfr. fls. 24 a 28 e 287 e 288 dos autos);
 - (iii) Contacto telefónico para o serviço de novas adesões da *MEDICARE*, realizado em 3 de julho de 2015, na qualidade de utente mistério (cfr. fl. 32 dos autos);
 - (iv) Notificação da abertura do presente processo de inquérito à OMD, por ofício datado de 16 de julho de 2015 (cfr. fls. 33 e 34 dos autos);

¹ In <http://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>.

- (v) Notificação da abertura do presente processo de inquérito e solicitação de informações à sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, por ofício datado de 16 de julho de 2015 (cfr. fls. 35 e 36 dos autos);
- (vi) Contacto telefónico com o Mandatário da *PASSOS FIRMES, LDA.*, em 28 de julho de 2015 (cfr. fl. 38 dos autos);
- (vii) Análise da resposta fornecida pela *PASSOS FIRMES, LDA.*, em 7 de agosto de 2015 (cfr. fls. 39 a 286 dos autos);

II. DOS FACTOS

II.1. Da publicidade ao cartão de saúde da *MEDICARE*

7. Na respetiva página de endereço eletrónico², a *MEDICARE* é definida como uma entidade promotora e gestora de planos (ou cartões) de saúde, que agrega uma rede médica exclusiva, da qual podem usufruir todos aqueles que beneficiem das prerrogativas dos sobreditos planos, funcionando, assim, como intermediária entre esses beneficiários e os prestadores de cuidados de saúde.
8. Através de pesquisa feita na mesma página³, foi também possível apurar que a *MEDICARE*, localizada na Avenida Infante D. Henrique, n.º 345, 2.º Andar, 1800-218 Lisboa, é detida pela sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, titular do NIPC 507920090, com sede na Rotunda Nuno Rodrigues dos Santos, n.º 1, 5.º Esq., Edifício Concórdia, 2685-223 Portela – Loures, em cujo objeto social está incluída, entre outras matérias, a produção e comercialização de cartões integrados de saúde, bem como a publicidade e o marketing⁴.
9. Ora, primeiramente em 18 de maio de 2015, por intermédio da OMD, e depois em 22 de junho de 2015, através de reclamação remetida diretamente para a ERS, por um utente, esta Entidade Reguladora tomou conhecimento da prática publicitária desenvolvida pela *PASSOS FIRMES, LDA.*, ao cartão (ou plano) de saúde da *MEDICARE*, no âmbito da campanha “*Vamos pôr Portugal a sorrir*”, a qual é

² Em <http://www.medicare.pt/a-medicare/quem-somos>, cuja consulta foi realizada no dia 3 de novembro de 2015.

³ Agora em <http://www.medicare.pt/contactos>, cuja consulta foi realizada no dia 3 de novembro de 2015.

⁴ Cfr., ainda, informação recolhida na página eletrónica “*Portal MJ – Publicação On-Line de Acto Societário*”, em <http://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, a fls. 24 a 28 e 287 e 288 dos autos.

realizada através do envio de mensagens de correio eletrónico para potenciais clientes/utentes⁵.

10. Nas sobreditas mensagens é feita publicidade à oferta de um cartão de saúde, que alegadamente dará acesso a um conjunto de cuidados de saúde grátis, na valência de medicina dentária, designadamente *check-up* dentário, limpeza dentária e extração de dentes;
11. Verificando-se que os destinatários da publicidade são depois remetidos, através de *links*, para a página de endereço eletrónico da *MEDICARE*, onde poderão obter algumas informações adicionais sobre as supostas ofertas (do cartão de saúde, e dos serviços de saúde a ele associados), sobre a instituição e sobre a sua rede de parceiros, bem como ter acesso a alguns testemunhos de pessoas que terão aderido ao cartão de saúde em causa⁶.
12. Concretamente, na mensagem de correio eletrónico a que a ERS teve acesso, por intermédio da OMD, pode ler-se o seguinte:

“[...]”

Caro Sr(a) [...]

*Foi um dos selecionados para beneficiar da nossa oferta exclusiva no âmbito da campanha PORTUGAL A SORRIR. Porque nos preocupamos com as dificuldades económicas dos Portugueses, a MEDICARE **oferece-lhe um conjunto de serviços de medicina dentária** para que possa dar ao seu sorriso tudo aquilo que ele merece.*

Peça agora o seu cartão de saúde grátis para que possa beneficiar imediatamente de:

Check-up Dentário – Grátis

Limpeza Dentária – Grátis

Extração de Dentes (só com Caries) – Grátis

[...] A Medicare agenda por si numa das 700 clínicas perto de si

Aproveite todas as Ofertas de Medicina dentária incluídas no Plano de Saúde Medicare [...].” – Cfr. fls. 9 e 10 dos autos;

⁵ A este propósito importa referir que, nas duas situações em apreço nestes autos, os potenciais clientes/utentes receberam a mensagem da *MEDICARE* por estarem inscritos em *sites* promocionais, como *Petição Pública Online* e *Planeo*.

⁶ As pessoas que dão o seu testemunho estão identificadas pelo nome, idade e distrito de residência.

13. No final da mensagem acima transcrita, aparece ainda uma tabela comparativa dos preços dos serviços (de medicina dentária) abrangidos pelo cartão de saúde da *MEDICARE* – os quais são quase todos anunciados como “*grátis*” – com os supostos preços médios de mercado.
14. Já na mensagem de correio eletrónico remetida diretamente à ERS, em 22 de junho de 2015, sob o assunto “*Oferta de consulta dentista em Junho!*”, é destacada a possibilidade de acesso imediato a um cartão de saúde grátis e de agendamento de consultas dentárias, em qualquer momento, sendo referidas, mais à frente, e por tópicos, as condições de acesso, nos seguintes termos: “*6 meses grátis / Sem compromisso / Sem limite de utilização / Sem limite de idade / Sem período de carência / Sem exames médicos*” (cfr. fl. 21 dos autos).
15. Finalmente, através de um dos *links* das mensagens de correio eletrónico é possível aceder à seguinte informação sobre a *MEDICARE*:

“A MEDICARE, é uma empresa portuguesa especializada em Serviços de Saúde. Com uma rede de serviços médicos escolhidos com base em rigorosos critérios de seleção, a MEDICARE garante aos seus utilizadores um conjunto de vantagens e benefícios exclusivos junto a 16.000 parceiros perto de si.

A medicina privada em Portugal é normalmente muito dispendiosa para a grande maioria da população. A MEDICARE democratiza o acesso à saúde, através desta oferta exclusiva online, onde oferece a sua rede de parceiros durante 6 meses sem qualquer compromisso.

Faça como mais de 6000.000 Portugueses e comece hoje mesmo a poupar nos gastos de saúde. – Cfr. fl. 15 dos autos;

II.2. Das diligências instrutórias realizadas

II.2.1. Contacto telefónico com o serviço de novas adesões da *MEDICARE*

16. Com o objetivo de recolher mais informações sobre a *MEDICARE* e o seu modo de funcionamento, bem como sobre os cartões e serviços de saúde por ela comercializados e publicitados, em 3 de julho de 2015, foi estabelecido contacto telefónico com o serviço de novas adesões (número de telefone 211165540), tendo-se obtido os seguintes esclarecimentos:

- “a) A MEDICARE não é uma seguradora, nem explora nenhuma clínica ou consultório médico;*
- b) A MEDICARE gere planos de saúde, tendo parcerias com hospitais e clínicas privadas de todo o país;*
- c) A MEDICARE pertence ao grupo AON, que é um grupo de origem inglesa;*
- d) No âmbito da campanha “Vamos pôr Portugal a sorrir”, a MEDICARE oferece um cartão de saúde, para uma pessoa, sem nenhum custo, com duração máxima de 6 meses (findo os quais o cartão será anulado), que dá acesso a uma série de serviços gratuitos na área da saúde oral, conforme tabela à qual é possível ter acesso através do e-mail enviado pela entidade aos utentes;*
- e) Para aderir ao cartão de saúde da campanha da MEDICARE “Vamos pôr Portugal a sorrir” basta aceder ao e-mail e preencher os dados que são solicitados (nome completo, endereço de correio eletrónico e número de telefone), sendo que, passados alguns minutos, a pessoa receberá o cartão no seu e-mail e poderá usá-lo imediatamente, usufruindo logo de todos os benefícios que ele concede;*
- f) As marcações para os parceiros podem ser feitas através da linha de apoio ao cliente, ou diretamente pelo próprio utente, através da consulta do site da MEDICARE;*
- g) Sobre a qualidade dos cuidados de saúde prestados, a [interlocutora da MEDICARE] afirmou que esta não era afetada pelo facto dos serviços serem gratuitos, tendo feito questão de frisar que a MEDICARE não tem queixas, que os seus planos de saúde são recomendados inclusive por figuras públicas (como a Sra. [...], que é embaixadora da MEDICARE) e que ela própria tinha aderido a um plano de saúde e estava muito satisfeita;*
- h) Para além do cartão de saúde da campanha “Vamos pôr Portugal a sorrir”, a MEDICARE tem outros planos de saúde, com destaque para o plano Platinum, que é o melhor e mais completo de todos, que dá descontos imediatos em todas as especialidades médicas, incluindo medicina dentária, que dá para quatro pessoas e que tem uma mensalidade fixa de 24,90 EUR;*
- i) Nos planos de saúde da MEDICARE não há períodos de carência, limites de idade ou restrições de saúde para adesão, como sucede com os seguros;*

j) Finalmente, perante o pedido de envio prévio da documentação referente às condições de adesão ao plano Platinum, a [interlocutora da MEDICARE] informou que essas condições só são enviadas para o e-mail do cliente depois de ser feita a adesão através do telefone, sendo que para o efeito é necessário conceder alguns dados pessoais das pessoas que vão fazer parte do plano de saúde e beneficiar das vantagens do mesmo.” – Cfr. fl. 32 dos autos;

II.2.2. Notificações da abertura do processo de inquérito e pedido de elementos à PASSOS FIRMES, LDA.

17. Por ofícios datados de 16 de julho de 2015, a ERS notificou a OMD e a *PASSOS FIRMES, LDA.*, na qualidade de detentora da *MEDICARE*, da abertura do presente processo de inquérito (cfr. fls. 33 a 36 dos autos).

18. No ofício dirigido à *PASSOS FIRMES, LDA.*, foram ainda solicitadas as seguintes informações:

“1) Informação sobre a atual composição da rede de parceiros da MEDICARE (concretamente, entidades e estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde), com envio de uma cópia da respetiva lista;

2) Informação sobre os critérios e os procedimentos utilizados para seleção de novos parceiros da rede médica;

3) Informação sobre os acordos e/ou protocolos celebrados com as entidades responsáveis por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde que pretendam aderir à rede de parceiros da MEDICARE, com envio do respetivo suporte documental;

4) Informação sobre a documentação enviada a um cliente/utente que pretenda aderir aos planos de saúde da MEDICARE, com envio das respetivas minutas;

5) Informação sobre a(s) fonte(s) a que a MEDICARE recorreu para obter os alegados preços médios de mercado indicados na tabela comparativa que divulga nas suas mensagens publicitárias, da companhia “Vamos pôr Portugal a Sorrir”;

6) *Informação sobre se existe alguma ligação comercial e/ou societária entre a empresa gerida por V. Exa., titular da MEDICARE, e o grupo AON; [...].*” – Cfr. fls. 35 e 36 dos autos;

II.2.3. Contacto telefónico com o Mandatário da *PASSOS FIRMES, LDA.*

19. Em 27 de julho de 2015, a pedido do próprio, foi estabelecido contacto telefónico com o Mandatário da *PASSOS FIRMES, LDA.* (cfr. fl. 38 dos autos).
20. O Mandatário pretendia saber mais em pormenor qual a origem do processo de inquérito n.º ERS/040/2015 e, sobretudo, perceber melhor a pergunta efetuada à *PASSOS FIRMES, LDA.*, no ponto 6) do ofício da ERS n.º OS.21761/2015, a propósito da eventual ligação da mesma ao grupo AON.
21. Após a prestação pela ERS das explicações solicitadas, o Mandatário manifestou a intenção da *PASSOS FIRMES, LDA.*, colaborar com esta Entidade Reguladora e conceder todos os esclarecimentos que se revelassem necessários para a resolução do presente processo de inquérito.

II.2.4. Da resposta da *PASSOS FIRMES, LDA.*

22. Em 7 de agosto de 2015, através de mensagens de correio eletrónico, a *PASSOS FIRMES, LDA.*, veio aos presentes autos prestar todas as informações que haviam sido solicitadas pela ERS (cfr. fls. 39 a 286 dos autos).
23. Assim, em resposta ao ponto 1) do ofício da ERS, de 16 de julho de 2015, a sociedade comercial visada remeteu a listagem “*de todos os parceiros/prestadores de cuidados de saúde, bem como cópia de licenças e certificação exigida aos prestadores aquando da entrada na rede MEDICARE. Num email em separado, remeteremos cópia de alguns protocolos celebrados pela sociedade PASSOS FIRMES, titular da marca MEDICARE e entidade comercializadora dos planos de saúde MEDICARE.*” – Cfr. fls. 39 a 147 dos autos;
24. Por outro lado, no que concerne ao ponto 2) do ofício da ERS, a sociedade comercial informou que:

«Em termos gerais, [...]. O grande objetivo da MEDICARE consiste em disponibilizar junto da população uma oferta diversificada e o acesso a cuidados básicos de saúde a preços mais acessíveis que a generalidade da

oferta disponível. Na presente data, a MEDICARE tem uma oferta muito diversificada, sendo um parceiro apetecível face ao número de utilizadores dos planos de saúde MEDICARE.

O processo de seleção passa pela adoção dos seguintes passos e procedimentos:

1. Receção de um pedido de informações por parte da Entidade para possível adesão à Rede Médica MEDICARE;

1.1 Email em anexo “Seja Prestador”;

2. Pesquisa na Internet para mais informações sobre a Entidade, no que respeita aos Serviços prestados, bem como à área geográfica da mesma;

3. Envio de email com Apresentação da MEDICARE e Pedido de Dados da Empresa;

3.1 Email em anexo “RMC_0011”;

4. Eventual contacto telefónico para questionar receção do email;

5. Envio da Proposta, de acordo com a informação enviada pela Entidade;

5.1 Email em anexo “RMC_0013”;

6. Eventual contacto telefónico para questionar receção da Proposta e esclarecer alguma dúvida relacionada com a mesma;

7. Receção da aprovação da Proposta;

8. Envio da Convenção para assinatura, sem qualquer prazo estabelecido para a devolução da mesma;

8.1 Email em anexo “RMC_0014”;

9. Envio da Convenção assinada pela MEDICARE acompanhada do material de marketing para colocação na Entidade (placas a autocolantes MEDICARE);

10. Solicitação dos documentos relacionados com a Entidade (licença de funcionamento; listagem do corpo clínico,..) para que seja possível fazer a integração da convenção na rede.

10.1 Email em anexo “RMC_0015”». – Cfr. fls. 148 a 175 dos autos;

25. Já em resposta ao ponto 3) do ofício da ERS, a *PASSOS FIRMES, LDA.*, enviou cópias de alguns protocolos celebrados com alguns dos prestadores “*mais representativos da rede MEDICARE*”⁷ (cfr. fls. 175 a 236 dos autos).

26. Relativamente ao ponto 4), a sociedade comercial enviou cópias de alguns contratos celebrados com clientes particulares e das condições gerais e particulares dos mesmos, bem como cópia do Guia do Cliente dos planos de saúde da MEDICARE (cfr. fls. 237 a 277 dos autos).

27. Em resposta ao ponto 5) do ofício da ERS, a *PASSOS FIRMES, LDA.*, esclareceu o seguinte:

*“A informação [para obter os preços médios de mercado indicados na tabela comparativa divulgada na mensagem publicitária da campanha “Vamos pôr Portugal a sorrir”] é retirada das ofertas comerciais existentes no mercado – e que são exaustivamente analisadas pela equipa da MEDICARE – e tendo por referência os preços praticados pelos prestadores de cuidados de saúde oral, sejam eles parte da rede MEDICARE ou não dispondo de qualquer protocolo com a MEDICARE. Essa informação é resultante de contactos diretos com esses prestadores, campanhas publicitárias ou contactos ocultos.”*⁸ – Cfr. fls. 278 a 280 dos autos;

28. Finalmente, a propósito do ponto 6) do ofício da ERS, a *PASSOS FIRMES, LDA.*, informou que:

“A Passos Firmes não dispõe, nem nunca teve qualquer relação comercial e/ou societária com o Grupo AON.

Contudo, uma empresa do mesmo grupo empresarial, a SAÚDE GLOBAL, celebrou em 2011 uma parceria comercial, sendo que juntamos em anexo o respetivo Protocolo. O referido protocolo encontra-se inativo, uma vez que desde o ano de 2012 que a Saúde Global não recebe da parte da Aon qualquer pedido para oferta do plano Base. De salientar, ainda, que a Saúde Global dispunha de uma rede própria, pelo que nunca existiu qualquer relação comercial entre a Passos Firmes e a AON para utilização da rede Medicare.”

– Cfr. fls. 281 a 285 dos autos;

⁷ A *PASSOS FIRMES, LDA.*, enviou cópia dos protocolos celebrados com as seguintes entidades: Clínica Médica e Dentária de Santa Madalena, Hospital Nossa Senhora da Arrábida, S.A. e Hospitais Senhor do Bonfim, S.A., as quais se encontram inscritas no SRER da ERS.

⁸ Em anexo à sua resposta, a *PASSOS FIRMES, LDA.*, juntou uma tabela comparativa de preços de alguns cuidados de saúde na área de medicina dentária, tendo por referência as tabelas de preços particulares de alguns prestadores de diferentes distritos do país.

III. DO DIREITO

III.1. Das atribuições e competências da ERS

29. De acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 4.º e no n.º 1 do artigo 5.º, ambos dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, a ERS tem por missão a regulação, a supervisão e a promoção e defesa da concorrência, respeitantes às atividades económicas na área da saúde dos setores público, privado, cooperativo e social, e, em concreto, à atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde.

30. Sendo que, nos termos do n.º 2 do artigo 4.º dos mesmos Estatutos, estão sujeitos à regulação da ERS todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, do setor público, privado, cooperativo e social, independentemente da sua natureza jurídica.

31. Por seu turno, o n.º 3 do mesmo artigo exclui apenas dos poderes de regulação da ERS:

“a) Os profissionais de saúde no que respeita à sua atividade sujeita à regulação e disciplina das respetivas associações profissionais;

b) Os estabelecimentos sujeitos a regulação específica do INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P., nos aspetos respeitantes a essa regulação.”

32. Assim, apesar da sociedade *PASSOS FIRMES, LDA.*, não ser responsável por nenhum estabelecimento prestador de cuidados de saúde, dedicando-se antes à produção e comercialização de cartões de saúde (sob a marca *MEDICARE*)⁹, o facto do seu comportamento, em matéria publicitária, ser suscetível de influenciar o setor da saúde, podendo impactar com diversas temáticas que compete à ERS garantir (designadamente, com os direitos e interesses legítimos dos utentes, enquanto consumidores de cuidados de saúde e destinatários da publicidade efetuada), justifica e legitima a intervenção desta Entidade Reguladora no caso *sub judice*¹⁰.

⁹ Estas conclusões decorrem do conjunto das diligências instrutórias realizadas ao longo do presente processo de inquérito.

¹⁰ Acresce referir que as competências da ERS em matéria de apreciação das práticas de publicidade em saúde foram clarificadas e reforçadas recentemente, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro (cfr. n.º 4 do artigo 8.º do mencionado diploma legal).

33. Segundo o disposto no n.º 2 do artigo 5.º dos seus Estatutos, as atribuições da ERS compreendem a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, no que respeita:
- “a) Ao cumprimento dos requisitos de exercício da atividade e funcionamento, incluindo o licenciamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde nos termos da lei;*
 - b) À garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde, à prestação de cuidados de saúde de qualidade, bem como dos demais direitos dos utentes;*
 - c) À legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes.”*
34. De tal forma que as atribuições *supra* enunciadas se encontram expressamente incluídas no elenco dos objetivos regulatórios da ERS.
35. Com efeito, as alíneas a), b), c) e e) do artigo 10.º dos seus Estatutos, fixam como objetivos gerais da atividade reguladora da ERS, respetivamente: *“assegurar o cumprimento dos requisitos do exercício da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde”, “assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde, nos termos da Constituição e da lei”, “garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes” e “zelar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema”.*
36. Competindo a esta Entidade Reguladora, na execução dos preditos objetivos, designadamente zelar pelo respeito da liberdade de escolha dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo o direito à informação, e também 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 d) do artigo 12.º e alínea a) do artigo 15.º dos Estatutos da ERS).
37. Para tanto, esta Entidade Reguladora pode assegurar tais incumbências mediante o exercício dos seus poderes de supervisão, quer zelando pela aplicação das leis e regulamentos e demais normas aplicáveis às atividades sujeitas à sua regulação, quer emitindo ordens e instruções, bem como recomendações ou advertências individuais, sempre que tal seja necessário, sobre quaisquer matérias relacionadas com os objetivos da sua atividade reguladora, incluindo a imposição de medidas de conduta e a adoção das providências necessárias à reparação dos direitos e

interesses legítimos dos utentes (cfr. alíneas a) e b) do artigo 19.º dos Estatutos da ERS).

38. Nos presentes autos, importa avaliar se a publicidade efetuada pela *PASSOS FIRMES, LDA.*, ao cartão (ou plano) de saúde da *MEDICARE*, através do envio de mensagens de correio eletrónico para potenciais clientes/utentes, obedece ao regime jurídico da publicidade, à Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), e, portanto, se respeita os direitos e interesses legítimos dos utentes nestas matérias, bem como a exigência de legalidade e transparência que deve pautar as relações económicas que se estabelecem entre todos os intervenientes do setor da saúde.

III.2. Da publicidade desenvolvida no setor da saúde

39. O utente de cuidados de saúde é sempre, sobretudo da perspetiva das entidades privadas, um potencial consumidor de serviços e, por isso, pode ser objeto das mais diversificadas técnicas de captação de clientela, entre as quais a publicidade.
40. Refira-se, no entanto, que 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.
41. Com efeito, o direito do utente à informação extravasa substancialmente o que prevê a alínea e) do n.º 1 da Base XIV da Lei de Bases da Saúde (doravante LBS)¹¹, normativo atualmente reforçado pelo disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março¹², para efeitos de consentimento informado e esclarecimento quanto a alternativas de tratamento e evolução do respetivo estado clínico.
42. Sendo que a publicidade de serviços de saúde deve ser enquadrada, quer no quadro geral e abstrato da publicidade, quer no quadro regulatório concreto do setor da saúde.

¹¹ A Lei de Bases da Saúde foi aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto.

¹² A Lei n.º 15/2014, de 21 de março, veio consolidar a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde.

43. Na verdade, a prática publicitária está sujeita a regras gerais, mas também a regras específicas aplicáveis aos serviços de saúde¹³, que impõem limites decorrentes da proteção dos direitos e interesses dos utentes, do dever de transparência nas relações económicas que se estabelecem entre estes e os prestadores de cuidados de saúde, bem como do dever de respeito pela sã concorrência entre todos os agentes económicos que atuam na área da saúde.
44. O utente assume a qualidade de consumidor na relação estabelecida com o prestador de cuidados de saúde – ou com outra entidade que opere como intermediária entre ambos, como é o caso da *PASSOS FIRMES, LDA.* –, pelo facto da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que aprovou o regime legal aplicável à defesa do consumidor (vulgo, 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, na versão conferida pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho;
45. Ora, enquanto consumidor, o utente tem, então, direito à informação para o consumo (cfr. alínea d) do artigo 3.º da Lei de Defesa do Consumidor).
46. A propósito daquele direito, e concretamente em matéria de publicidade, a Lei de Defesa do Consumidor estabelece que “*a publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores*” 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.ºs 4 e 5 do artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor).
47. Isto posto, no que concerne ao regime jurídico da publicidade, é desde logo a Constituição da República Portuguesa (doravante 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*

¹³ A este propósito, cumpre aqui reiterar que, no passado dia 1 de novembro de 2015, entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, que consagra especificamente o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde. Apesar do referido diploma legal não se aplicar diretamente ao caso *sub judice*, algumas das suas disposições serão analisadas *infra*, pela relevância que terão, de ora em diante, no ordenamento jurídico português.

proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”, acrescentando de seguida que “*a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa*” (cfr. n.^{os} 1 e 2 do artigo 60.^o da CRP).

48. Em concretização do citado preceito constitucional, foi aprovado o Código da Publicidade¹⁴, cujo artigo 1.^o determina que as disposições nele consagradas aplicam-se a “*qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão*”.
49. Sendo que por publicidade entende-se “*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;
50. No Código agora em análise, o legislador define como anunciante “*a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade*”, e como destinatário “*a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida*” (cfr. alíneas a) e d) do artigo 5.^o do Código da Publicidade).
51. Ademais, segundo o preceituado no artigo 6.^o do mesmo diploma legal, à publicidade aplicam-se os princípios da “*licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor*”.
52. O princípio da licitude é, depois, densificado de uma forma negativa, na medida em que o seu conteúdo é conformado pela proibição expressa e detalhada de determinado tipo de publicidade (cfr. artigo 7.^o do Código da Publicidade).
53. Por sua vez, o princípio da veracidade exige que a publicidade respeite a verdade, não deturpando os factos, devendo este ditame aplicar-se também às referências feitas “*à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados*” (cfr. n.^{os} 1 e 2 do artigo 10.^o do Código da Publicidade).

¹⁴ O Código da Publicidade foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, o qual, apesar de ter sido já alvo de diversas alterações, mantém-se ainda hoje em vigor.

54. Acresce que o princípio da veracidade detém também implicações negativas, dado que se revela na proibição da publicidade enganosa.
55. Assim, de acordo com o 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”*¹⁵.
56. 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.
57. Nos termos do n.º 1 do artigo 7.º 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, designadamente:
- i) A existência ou a natureza do bem ou serviço;
 - ii) 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;
 - iii) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;
 - iv) A necessidade de prestação de um serviço.

¹⁵ O Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, “estabelece o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço” (cfr. artigo 1.º).

58. Já de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, “*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; [...]”

59. Finalmente, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor impõe, em primeiro lugar, e genericamente, a proibição da publicidade que atente contra os direitos do consumidor, determinando, de seguida, que a publicidade não pode encorajar comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor (cfr. artigos 12.º e 13.º do Código da Publicidade).

60. Sendo depois esse mesmo princípio concretizado nos artigos 17.º a 19.º do Código da Publicidade.

61. Ou seja, para além dos limites decorrentes dos princípios gerais da publicidade, tal como *supra* enunciados, o legislador decidiu ir um pouco mais longe, no Código da Publicidade, relativamente a algumas situações, estabelecendo restrições específicas quanto ao conteúdo e ao objeto da publicidade.

62. Veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 19.º do Código da Publicidade, de acordo com o qual:

“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.”

III.3. Da defesa dos utentes enquanto consumidores dos cuidados de saúde

63. Conforme já *supra* referido, 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 aplicável ao setor da saúde.

64. Neste âmbito, a relação que se estabelece entre prestadores de cuidados de saúde e utentes deve pautar-se pela verdade, completude e transparência,

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.

65. As mesmas exigências aplicam-se a outras entidades que embora não sejam diretamente responsáveis por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, atuem no setor, por exemplo, na qualidade de intermediárias entre os prestadores e os utentes, por força da comercialização de cartões de saúde, como sucede com a sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA*.
66. A informação em saúde deve ser prestada com verdade, com antecedência (para não colocar o utente 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.
67. Assim, o direito do utente à informação extravasa substancialmente o que prevê a alínea e) do n.º 1 da Base XIV da LBS, e, bem assim, no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014, para efeitos de consentimento informado e esclarecimento, quanto a alternativas de tratamento e evolução do respetivo estado clínico.
68. E o direito dos utentes à informação está, ademais, ínsito à própria relação de confiança que se pretende que estes estabeleçam com os prestadores de cuidados de saúde, que se deve pautar, ela própria, por princípios de verdade e transparência.
69. 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 frequentemente existe nas relações prestador-utente.
70. Com efeito, o utente encontra-se, na maioria das vezes, afetado pelo facto de não possuir informação ou, pelo menos, não possuir toda a informação relevante e qualificada, comparativamente com o prestador de cuidados de saúde.
71. Sendo que, por esse motivo, no momento do consumo de um bem ou serviço de saúde, regra geral, o utente delega a sua decisão sobre o que consumir, e quando fazê-lo, numa outra entidade que possua essa informação: o agente da oferta, ou mais concretamente, o profissional de saúde.

72. 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 consumo seja feita no respeito integral das necessidades e preferências do utente consumidor.
73. Só assim se garante que aos utentes seja reconhecido o direito a “*decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta*”, em qualquer momento da prestação do cuidado de saúde (cfr. alínea b) do n.º 1 da Base XIV da LBS e artigo 3.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março);
74. Mas também o direito de escolher livremente o agente prestador de cuidados de saúde (cfr. alínea a) do n.º 1 da Base XIV da LBS e n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de março), e o direito ao consentimento informado e esclarecido (cfr. alínea e) do n.º 1 da Base XIV da LBS e n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014).

III.4. Das intervenções regulatórias da ERS

75. Na senda da aplicação dos princípios e normas gerais do regime jurídico da publicidade e da Lei de Defesa do Consumidor ao setor específico da saúde, a ERS, no exercício das suas atribuições e competências, teve já oportunidade de se pronunciar sobre diversos casos concretos, tendo emitido diversas ordens e instruções sobre publicidade em saúde¹⁶.
76. Acresce que, em 27 de agosto de 2014, a ERS elaborou também uma Recomendação relativa a práticas publicitárias (Recomendação n.º 1/2014), com o objetivo de garantir que toda e qualquer mensagem publicitária alusiva a serviços de saúde, veiculada no contacto com um qualquer (potencial) utente e independentemente do seu formato, forma e/ou meio de divulgação, obedeça aos princípios da licitude, veracidade, transparência e completude que lhe são impostos¹⁷.
77. A sobredita Recomendação identifica os potenciais impactos das referidas práticas publicitárias em vários direitos dos utentes (nomeadamente, no direito de acesso aos cuidados de saúde, no direito à informação e no direito à liberdade de escolha) e nas relações entre os prestadores de cuidados de saúde.

¹⁶ Cfr., designadamente, as ordens e/ou instruções emitidas no âmbito dos processos de inquérito n.ºs ERS/084/2008, ERS/092/2009, ERS/101/2009, ERS/024/2010, ERS/049/2010, ERS/052/2010, ERS/135/2011, ERS/034/2012, ERS/083/2013, ERS/091/2013, ERS/009/2014, ERS/022/2014 e ERS/051/2014, todas disponíveis para consulta em www.ers.pt.

¹⁷ A Recomendação da ERS n.º 1/2014 pode ser consultada em https://www.ers.pt/pages/65?news_id=964.

78. De acordo com a referida Recomendação, o então Conselho Diretivo da ERS deliberou recomendar aos prestadores de cuidados de saúde que, além de respeitarem as regras e obrigações constantes do regime geral da publicidade, com as legais consequências daí advenientes e sem prejuízo das competências de outras entidades:

“(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 preços e/ou 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 preços e/ou 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 ou divulgada por intermédio de terceiros, assegura o disposto na presente recomendação;

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

III.5. Do regime jurídico das práticas de publicidade em saúde

79. No seguimento da Recomendação da ERS n.º 1/2014, foi aprovado e entrou recentemente em vigor o Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, que estabelece o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde.

80. Com efeito, segundo o preceituado no n.º 1 do seu artigo 1.º, o Decreto-Lei n.º 238/2015 “estabelece o regime jurídico a que devem obedecer as práticas de publicidade em saúde desenvolvidas por quaisquer intervenientes, de natureza pública ou privada, sobre as intervenções dirigidas à proteção ou manutenção da saúde, ou à prevenção e tratamento de doenças, incluindo a oferta de diagnósticos e quaisquer tratamentos ou terapias, independentemente da forma ou meios que se proponham utilizar”.

81. De acordo com o disposto no artigo 12.º do diploma legal em análise, o regime em causa só entrou em vigor em 1 de novembro de 2015, pelo que não terá aplicação

à publicidade em apreciação nos presentes autos, que é de data anterior (de fevereiro e junho de 2015).

82. Não obstante, atendendo à sua importância no quadro jurídico português, justifica-se uma breve excursão pelo diploma legal em causa.
83. Assim, para efeitos de delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do Decreto-Lei n.º 238/2015, o legislador define como *“Intervenientes”*, *“todos aqueles que beneficiem da, ou participem na, conceção ou na difusão de uma prática de publicidade em saúde”*¹⁸ (cfr. alínea a) do seu artigo 2.º), e como *“Utente”*, *“qualquer pessoa singular que, nas práticas abrangidas pelo presente decreto-lei, atua com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”* (cfr. alínea c) do mesmo artigo).
84. Já relativamente ao âmbito objetivo de aplicação do diploma em análise, o legislador define como *“prática de publicidade em saúde”*, *“qualquer comunicação comercial, a televenda, a telepromoção, o patrocínio, a colocação de produto e a ajuda a produção, bem como a informação, ainda que sob a aparência, designadamente, de informação editorial, técnica ou científica, com o objetivo ou o efeito direto ou indireto de promover junto dos utentes:*
- i) Quaisquer atos e serviços dirigidos à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças, com o objetivo de os comercializar ou alienar;*
 - ii) Quaisquer ideias, princípios, iniciativas ou instituições dirigidas à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças.”* – Cfr. alínea b) do artigo 2.º;
85. O artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 238/2015 determina que as práticas de publicidade em saúde devem reger-se, em geral, pelo princípio da transparência, fidedignidade e licitude; pelo princípio da objetividade; e, ainda, pelo princípio do rigor científico.
86. Princípios esses que são depois densificados nos artigos 4.º a 6.º do diploma em apreciação.

¹⁸ O legislador recorre a um conceito lato de Interveniente, que não corresponde necessariamente ao conceito de entidade responsável por estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, tal como definido na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento da ERS n.º 66/2015, de 11 de fevereiro. Portanto, o Interveniente para efeitos de aplicação do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, é toda a entidade que participe na conceção e/ou beneficie de publicidade alusiva a atos e serviços de saúde, mesmo que não seja diretamente responsável pela prestação dos mesmos.

87. Com interesse (embora indireto) para o presente processo, importa referir que, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º (referente ao princípio da transparência, da fidedignidade e da licitude da informação), *“as práticas de publicidade em saúde devem identificar de forma verdadeira, completa e inteligível o interveniente a favor de quem a prática de publicidade em saúde é efetuada, de modo a não suscitar dúvidas sobre a natureza e idoneidade do mesmo.”*¹⁹
88. Por sua vez, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 4.º, *“No caso de o interveniente ser prestador de cuidados de saúde, a prática de publicidade em saúde não pode suscitar dúvidas sobre os atos e serviços de saúde que se propõe prestar e sobre as convenções e demais acordos efetivamente detidos, celebrados e em vigor, habilitações dos profissionais de saúde e outros requisitos de funcionamento e de exercício da atividade.”*
89. Já de acordo com o n.º 3 do artigo em análise, *“A publicidade é considerada ilícita sempre que o interveniente a favor de quem a prática de publicidade em saúde é efetuada assumir a qualidade de prestador de cuidados de saúde, sem efetivamente o ser, ou, sendo prestador de cuidados de saúde, não cumpra os requisitos de atividade e funcionamento, designadamente não se encontre devidamente registado na Entidade Reguladora da Saúde e não seja detentor da respetiva licença de funcionamento, quando aplicável.”*
90. Ademais, segundo os n.ºs 1 e 4 do artigo 5.º (relativo ao princípio da objetividade), *“A mensagem ou informação publicitada deve ser redigida de forma clara e precisa, e deve conter todos os elementos considerados adequados e necessários ao completo esclarecimento do utente”*²⁰, sendo que, independentemente do meio utilizado, *“a mensagem publicitária deve ser inteligível, assegurando uma interpretação adequada, de modo a que a informação transmitida seja facilmente compreendida pelo utente.”*
91. O artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 238/2015 contém um elenco de práticas de publicidade em saúde que o legislador considera proibidas, concretizando, por essa via, os princípios gerais consagrados nos artigos anteriores.

¹⁹ Por força do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, a ERS deverá definir, através de regulamento, os elementos de identificação do Interveniente que devem constar da mensagem publicitária, para efeitos de aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 4.º.

²⁰ Igualmente por força do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, a ERS deverá também definir, através de regulamento, os elementos objetivos que devem constar da mensagem publicitária, para efeitos de aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 5.º.

92. Por último, cumpre ainda assinalar que a infração ao regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 238/2015 constitui contraordenação, prevista e punida nos termos do disposto no seu artigo 8.º.

III.6. Da situação concreta

93. Conforme acima se expôs, atenta a publicidade desenvolvida pela *PASSOS FIRMES, LDA.*, ao cartão (ou plano) de saúde da *MEDICARE*, no âmbito da campanha “*Vamos Pôr Portugal a sorrir*”, a que a ERS teve acesso por intermédio da OMD e, bem assim, por força de uma reclamação apresentada diretamente por um utente, importa avaliar, nos presentes autos, se a mesma obedece ao regime jurídico da publicidade, à Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), e, portanto, se respeita os direitos e interesses legítimos dos utentes nestas matérias, bem como a exigência de legalidade e transparência que deve pautar as relações económicas que se estabelecem entre todos os agentes do setor da saúde.

III.6.1. Questão prévia – do direito aplicável

94. A análise da prática publicitária que está na origem dos presentes autos será feita ao abrigo do quadro jurídico vigente em data anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro – que, conforme foi *supra* mencionado, ocorreu em 1 de novembro de 2015 –, porquanto as mensagens publicitárias visadas foram difundidas em fevereiro e junho de 2015, portanto, antes da entrada em vigor do regime jurídico das práticas de publicidade em saúde.

95. Não obstante, as eventuais conclusões extraídas do presente processo, terão em devida consideração o sobredito regime jurídico, na medida em que serão essencialmente ilações prospetivas, com o objetivo de alterar comportamentos futuros.

III.6.2. Da análise da publicidade feita ao cartão de saúde da *MEDICARE*

96. Após o exame das duas mensagens publicitárias objeto dos presentes autos – que contêm propaganda a um cartão de saúde da *MEDICARE*, no âmbito da campanha “*Vamos pôr Portugal a sorrir*” –, verifica-se, desde logo, que a entidade

- responsável e, simultaneamente, beneficiária da publicidade em causa não se encontra corretamente identificada.
97. Com efeito, em ambas as mensagens surge apenas destacada a *MEDICARE*, como se se tratasse de uma pessoa coletiva com capacidade jurídica para a celebração de contratos, o que, porém, não corresponde à verdade.
98. Isto porque a *MEDICARE* é, afinal, propriedade da sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, titular do NIPC 507920090, esta sim capaz de ser parte no contrato de adesão ao cartão de saúde proposto aos potenciais clientes/utentes, destinatários das mensagens publicitárias.
99. Sendo que os *links* existentes ao longo das mensagens de correio eletrónico não suprem a sobredita falha de informação, porquanto, no *site* da *MEDICARE*²¹, também não está claramente identificada a entidade responsável pela comercialização (e publicitação) dos vários cartões de saúde disponíveis, havendo apenas uma subtil referência ao número de identificação fiscal da pessoa coletiva, no separador referente aos contactos.
100. Ora, para assegurar que os potenciais clientes/utentes estão corretamente informados sobre as qualidades e eventuais limitações da entidade responsável pelos cartões de saúde, bem como pela sua divulgação, e, nesse seguimento, garantir o exercício da liberdade de escolha de modo verdadeiramente consciente e refletido, impõe-se que a entidade seja identificada na publicidade de forma completa, exata e não confundível com nenhuma outra²².
101. Sendo que tal obrigação estava já prevista na alínea (i) da Recomendação da ERS n.º 1/2014, a qual, apesar de versar concretamente sobre a identificação do prestador responsável pela prestação de cuidados de saúde, é extensível a qualquer entidade, ou empresa, que atue (direta ou indiretamente) no setor da saúde.
102. Assim, a publicidade ora em apreço desrespeita os princípios da veracidade, da transparência e da completude, sendo passível de induzir em erro os destinatários da mensagem sobre a natureza jurídica da *MEDICARE* (cfr. os artigos 6.º e 10.º do Código da Publicidade e o n.º 4 do artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor).

²¹ In <http://www.medicare.pt/contactos>.

²² Em matéria de publicidade em saúde, este dever encontra-se, desde 1 de novembro de 2015, expressamente consagrado no n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro.

103. Acresce que em nenhuma das mensagens publicitárias está devidamente clarificada a atividade desenvolvida pela *MEDICARE*, suscitando-se dúvidas sobre os serviços que por ela são prestados.
104. Com efeito, no *e-mail* remetido à ERS pela OMD, é referido que “a *MEDICARE* oferece-lhe um conjunto de serviços de medicina dentária para que possa dar ao seu sorriso tudo aquilo que ele merece”, seguindo-se um elenco de cuidados de saúde aos quais o destinatário da publicidade poderá ter acesso “*imediatamente*”, desde que adira ao competente cartão de saúde *MEDICARE* (*check-up* dentário, limpeza dentária e extração de dentes). – Cfr. fls. 9 e 10 dos autos;
105. Já no *e-mail* enviado diretamente à ERS por um utente, é anunciado que o destinatário da mensagem pode receber “*hoje o seu Cartão de Saúde MEDICARE grátis*” e agendar as suas consultas dentárias “*quando quiser*”, aparecendo depois uma listagem com alguns serviços de saúde, aos quais se supõe que o cartão dará acesso (consulta de *check-up* dentário, limpeza dentária simples, selantes, extração de dentes, estudo de reabilitação com implantes, Raio-X panorâmico e Raio-X apical). – Cfr. fl. 21 dos autos;
106. As mensagens publicitárias em apreço dão, assim, a entender que os cuidados de saúde oral serão prestados pela *MEDICARE*, ou, pelo menos, são passíveis de serem interpretadas nesse sentido, por um normal destinatário.
107. O que, todavia, não corresponde à verdade, na medida em que a *MEDICARE* (ou mais precisamente, a sociedade que a explora) é apenas intermediária entre os prestadores de cuidados de saúde, que integrem a sua rede médica, e os utentes que adiram aos cartões de saúde por si comercializados.
108. Ademais, na sua página de endereço eletrónico, a *MEDICARE* aparece caracterizada como “*uma empresa portuguesa especializada em Serviços de Saúde. Com uma rede de serviços médicos escolhidos com base em rigorosos critérios de seleção [...]*.”
109. Pelo motivo agora exposto, mais uma vez se conclui que a publicidade em apreço nestes autos desrespeita os princípios da veracidade e da transparência, sendo passível de induzir em erro os seus destinatários da mensagem acerca dos

serviços efetivamente prestados pela *MEDICARE*²³ (cfr. os artigos 6.º e 10.º do Código da Publicidade e o n.º 4 do artigo 7.º da Lei de Defesa do Consumidor).

110. Por outro lado, detetam-se algumas lacunas no que concerne ao objeto da publicidade, porquanto o prazo de validade do cartão de saúde anunciado não está devidamente indicado.
111. Na verdade, pelo menos na mensagem de correio eletrónico remetida à ERS pela OMD (cfr. fls. 9 e 10 dos autos), não é feita referência ao facto do cartão de saúde gratuito que está a ser publicitado só ser válido por um período de 6 meses, findo o qual é anulado e cessam os benefícios dele decorrentes.
112. Informação à qual só é possível ter acesso através de consulta ao *site* da *MEDICARE* e/ou de contacto direto com a empresa (cfr. fl. 32 dos autos).
113. Nestes termos, conclui-se que as mensagens publicitárias em apreço no presente processo não estão redigidas de forma clara, precisa e objetiva²⁴, podendo dar aso a interpretações incorretas.
114. Mais, na mensagem publicitária remetida à ERS pela OMD, é ainda apresentada uma tabela comparativa de preços, cuja fonte não é, contudo, identificada, o que pode levantar dúvidas sobre a veracidade dos preços médios do mercado privado que ali são indicados (cfr. fls. 9 e 10 dos autos).
115. Acresce que também não fica muito claro se todos os serviços de medicina dentária que são indicados na mencionada tabela estão abrangidos pelo cartão de saúde *MEDICARE* que está a ser divulgado, pois a lista contém outros serviços para além daqueles que são inicialmente anunciados.
116. Efetivamente, a mensagens publicitária em questão começa por anunciar a oferta de *check-up* dentário, limpeza dentária e extração de dentes, mas depois, na tabela comparativa, é feita ainda menção aos seguintes serviços: colocação de selantes, estudo de reabilitação com implantes, Raio-X panorâmico, Raio-X apical e branqueamento.
117. Finalmente, importa sublinhar que, na sua Recomendação n.º 1/2014, a ERS teve já oportunidade de se pronunciar sobre a publicidade feita a preços e/ou

²³ A este propósito, cumpre referir que o n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, qualifica a publicidade como ilícita “*sempre que o interveniente a favor de quem a prática de publicidade em saúde é efetuada assumir a qualidade de prestador de cuidados de saúde, sem efetivamente o ser*”.

²⁴ Atualmente, o princípio da objetividade encontra-se expressamente consagrado, na alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, como um princípio geral das práticas de publicidade em saúde, sendo depois concretizado no artigo 5.º do mesmo diploma legal.

descontos nos valores devidos pelos cuidados de saúde, tendo determinado que a mensagem publicitária não deve induzir os utentes em erro, “*nomeadamente no que respeita à necessidade de prestação de atos e serviços adicionais, não abrangidos pelos referidos preços e/ou descontos, mas que se revelem clinicamente necessários e não possam ser dissociados em função do serviço que é concretamente publicitado*” (cfr. alínea (v) da Recomendação)²⁵.

118. Entendimento esse que, por identidade de razão, é aplicável à oferta de serviços de saúde feita pela *MEDICARE*.
119. No seguimento de todo o exposto, conclui-se que as mensagens publicitárias objeto dos presentes autos desrespeitam o regime jurídico da publicidade e a Lei de Defesa do Consumidor, aplicáveis na data em que as mesmas foram difundidas;
120. Não se mostrando também consentâneas com o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, em vigor desde 1 de novembro de 2015;
121. Pelo que a *PASSOS FIRMES, LDA.*, na qualidade de proprietária da *MEDICARE*, não deveria ter concebido, nem difundido aquelas mensagens publicitárias, nem pode permitir que, no futuro, venha a ser difundida uma nova publicidade com os mesmos termos, ou outros semelhantes, que incorram nos vícios acima referidos.
122. A publicidade, ainda que possa ser utilizada com o intuito de promover uma entidade, ou uma empresa, e a(s) atividade(s) por estas desenvolvidas na área da saúde, não pode deixar de obedecer aos princípios da identificabilidade, veracidade, transparência e completude, em respeito pelos direitos e legítimos interesses dos utentes, enquanto consumidores de cuidados de saúde e destinatários da publicidade efetuada, e em observância da legalidade e transparência que deve pautar as relações económicas que se estabelecem entre todos os intervenientes do setor da saúde.
123. Assim, considera-se justificada a necessidade de uma intervenção regulatória da ERS, nos termos e com o enquadramento normativo já acima explicitado.

²⁵ Por força do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 238/2015, de 14 de outubro, são agora proibidas as mensagens publicitárias que definam atos ou serviços de saúde como “*grátis*”, “*gratuito*”, “*sem encargos*”, ou “*com desconto*” ou “*promoção*”, “*se o utente tiver de pagar mais do que o custo inevitável de responder à prática de publicidade em saúde*”.

IV. DECISÃO

124. Tudo visto e ponderado, o Conselho de Administração da ERS delibera, nos termos e para os efeitos do preceituado nas alíneas a) e b) do artigo 19.º e alínea a) do artigo 24.º dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, emitir uma recomendação à sociedade comercial *PASSOS FIRMES, LDA.*, nos seguintes termos:

- (i) A *PASSOS FIRMES, LDA.*, deve-se abster de conceber e/ou difundir qualquer publicidade com o mesmo teor das mensagens de correio eletrónico que foram por si difundidas no âmbito da campanha “*Vamos pôr Portugal a sorrir*”, ou com outros termos semelhantes que incorram nos mesmos vícios (violação do princípio da identificabilidade da entidade responsável pela comercialização dos cartões de saúde, violação dos princípios da veracidade ou fidedignidade, da licitude e da objetividade da informação), bem como deve impedir que terceiros o façam em seu benefício;
- (ii) A *PASSOS FIRMES, LDA.*, deve garantir que toda a publicidade alusiva a si, aos estabelecimentos e marcas por si detidos, bem como aos bens e serviços por si comercializados, na área da saúde, seja verdadeira, clara, precisa, objetiva e, nessa medida, não seja suscetível de induzir em erro os utentes.

125. A versão não confidencial da presente deliberação será publicitada no sítio oficial da Entidade Reguladora da Saúde na Internet.

O Conselho de Administração.

18 de novembro de 2015.