

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMIA SOCIAL
Núm. 45 (2022-2023), páxs. 163-177
ISSN: 1130-2682

ASSOCIAÇÃO RELIGIOSA E PRÁTICAS DE PUBLICIDADE
EM SAÚDE. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL
DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 5 DE DEZEMBRO
DE 2022 (PROC. N.º 367/21.7YUSTR.L1-PICRS)

*RELIGIOUS ASSOCIATION AND HEALTH ADVERTISING
PRACTICES. COMMENTARY ON THE DECISION OF
THE LISBON COURT OF APPEAL OF 5TH DECEMBER
2022 (CASE N.º. 367/21.7YUSTR.L1-PICRS)*

ANA AMORIM*

Recepción: 30/03/2023 - Aceptación: 16/10/2023

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Rua Dr. António Bernardino de Almeida, n.º 541/619, 4200-072 Porto. Endereço de correio eletrónico: aamorim@upt.pt.

RESUMO

Partindo da distinção entre liberdade religiosa e atividade económica, o texto aborda o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, em especial, o âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, mas também os princípios da licitude e do rigor científico da informação e a proibição de indução em erro dos utentes.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade religiosa, práticas de publicidade em saúde, âmbito de aplicação, princípios gerais, regime sancionatório.

ABSTRACT

Starting from the distinction between religious freedom and economic activity, the text addresses the legal framework on health advertising practices, in particular, the scope of application of Decree-Law 238/2015 of 14 October, but also the principles of lawfulness and scientific accuracy of information and the prohibition on misleading users.

KEY WORDS: religious freedom, health advertising practices, scope of application, general principles, penalties.

SUMÁRIO: 1. FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS; 2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS; 3. PRÁTICAS DE PUBLICIDADE EM SAÚDE; 3.1. Âmbito de aplicação; 3.2. Princípios gerais; 3.2.1. Princípio da licitude; 3.2.2. Princípio do rigor científico da informação; 3.3. Modalidades típicas de engano; 3.4. Regime sancionatório; 4. CONCLUSÃO. 5. BIBLIOGRAFIA.

SUMMARY: 1. *RELEVANT FACTUALITY AND ISSUES RAISED*; 2. *CONSTITUTIONAL GROUNDS*; 3. *HEALTH ADVERTISING PRACTICES*; 3.1. *Scope of application*; 3.2. *General principles*; 3.2.1. *Lawfulness principle*; 3.2.2. *Scientific accuracy of information principle*; 3.3. *Typical forms of misleading*; 3.4. *Penalties*; 4. *CONCLUSION*. 5. *BIBLIOGRAPHY*.

1 FACTUALIDADE RELEVANTE E QUESTÕES SUSCITADAS

A Entidade Reguladora da Saúde (doravante ERS) condenou a Igreja Universal do Reino de Deus (doravante IURD) no pagamento de uma coima, por violação do regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, nomeadamente, os princípios da licitude e do rigor científico da informação e a proibição de indução em erro dos utentes. Estava em causa a difusão, nos sítios eletrónicos e redes sociais da arguida, de mensagens relativas à cura da depressão e de outras doenças graves, através de métodos descritos como “gota do milagre”, “fogueira santa”, “tratamento com água” e “unção com o óleo consagrado”. De acordo com vários testemunhos de pessoas alegadamente curadas num curto período de tempo e sem recurso à prestação de cuidados de saúde, a participação nos sacramentos e nos cultos religiosos dos designados Centros de Ajuda permitiria alcançar a plena realização pessoal e profissional.

A arguida impugnou a decisão de condenação junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, tendo sido absolvida das referidas contraordenações, com fundamento na insuficiente demonstração dos factos relevantes, para efeitos dos tipos legais previstos no artigo 4.º n.º 3, no artigo 6.º e no artigo 7.º n.º 1 alínea c) do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Inconformada com a sentença proferida em primeira instância, a ERS recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa. Na medida em que a segunda instância apenas conhece matéria de direito, o acórdão de 5 de dezembro de 2022 suscita sobretudo a questão da delimitação do âmbito de aplicação daquele regime jurídico, embora analise igualmente os pressupostos das infrações invocadas na decisão de condenação. Considerando que a IURD não assume, nas mensagens difundidas, a qualidade de prestador de cuidados de saúde, o recurso foi julgado improcedente e confirmada a sentença recorrida.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A IURD é uma associação religiosa com sede em Lisboa, constituída por escritura pública de 24 de julho de 1990. Nas suas alegações de recurso, enquadra as mensagens por si difundidas na liberdade de expressão e informação (artigo 37.º da CRP) e na liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º da CRP), reiterando a convicção de que “através da prossecução da fé e da espiritualidade é possível alcançar um maior bem-estar generalizado” (conclusão XIX).

A liberdade religiosa começa por ter um conteúdo negativo, que visa evitar interferências do Estado e demais poderes públicos nas opções individuais dos cidadãos, conformadoras do desenvolvimento da sua personalidade. Já a dimensão coletiva, apesar de indissociável da primeira, traduz um direito institucional, que compreende designadamente a liberdade de organização das igrejas, comunidades e confissões religiosas. Assim, nos termos do artigo 20.º da Lei da Liberdade Religiosa, aprovada pela Lei n.º 16/2001, de 22 de junho, “as igrejas e as comunidades religiosas são comunidades sociais organizadas e duradouras em que os crentes podem realizar todos os fins religiosos que lhes são propostos pela respetiva confissão”. Enquanto confissão religiosa reconhecida no ordenamento jurídico português, a IURD é titular dos direitos inerentes à referida tutela constitucional.

Ora, a dimensão coletiva abrange a liberdade de expressão religiosa, consagrada no artigo 41.º n.º 5 da CRP, que garante àquelas entidades “a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades”. No caso concreto, os sítios eletrónicos e redes sociais a que a IURD recorre são adequados ou aptos para o fim prosseguido, ainda que não necessariamente privativos das confissões religiosas.¹ Daqui resulta que cabem no direito institucional os atos de culto comunitário realizados pela arguida, mas também as mensagens difundidas no quadro das respetivas funções próprias. Neste contexto, importa referir que o respeito pela autonomia das confissões religiosas apenas é garantido quanto às matérias que integram a sua reserva absoluta, onde se inclui a prossecução da fé e da espiritualidade, em conformidade com um determinado sistema de crenças, não se estendendo a outros domínios, como o das atividades económicas, mesmo sem finalidade lucrativa.²

Para uma análise do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, é especialmente relevante a distinção entre a liberdade religiosa e o direito à iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP), que visa a produção e comercialização de bens ou a prestação de serviços, através de uma organização de natureza empresarial. Na medida em que configura uma liberdade de mercado, este direito determina a

¹ Neste sentido, A. LEITE, “A religião no direito constitucional português”, J. MIRANDA, (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, volume II, Petrony, Lisboa, 1978, p. 308.

² J. MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 248-251.

necessidade de o Estado assegurar as condições institucionais para o seu exercício efetivo, justificando-se assim a regulação pública da economia. No sector da prestação de cuidados de saúde, a ERS foi criada, como autoridade administrativa independente, pelo DL n.º 309/2003, de 10 de dezembro.³ E, nos termos do artigo 4.º n.º 1 dos respetivos Estatutos, aprovados pelo DL n.º 126/2014, de 22 de agosto, os seus poderes de regulação incidem sobre as “atividades económicas na área da saúde”.

Ainda no quadro da regulação da atividade económica, surgem as normas que disciplinam a comunicação comercial, nomeadamente, o Código da Publicidade e regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março. Tributário destes diplomas, o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde, introduzido pelo DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, e a própria atuação sancionatória da ERS no caso concreto, assentam na necessidade de proteção dos consumidores (artigo 60.º da CRP) e, paralelamente, no direito à proteção da saúde (artigo 64.º da CRP).

O direito à proteção da saúde não integra apenas um direito social a prestações positivas do Estado, tendo também uma dimensão negativa, que corresponde à proibição de condutas de terceiros lesivas da saúde.⁴ As pretensões abrangidas por esta dimensão negativa têm uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, podendo verificar-se situações de conflito. Assim, o comportamento da IURD e, genericamente, as afirmações de conteúdo religioso, apenas poderiam ser censuradas se ficasse demonstrada a perigosidade dos métodos utilizados para a saúde dos crentes. Apesar de necessária, a tutela do direito à proteção da saúde nesta hipótese não seria matéria da competência da ERS, na medida em que não cabe nos seus poderes de regulação, por integrar a reserva absoluta das confissões religiosas e não o exercício de uma atividade económica.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a saúde traduz “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Também o artigo 1.º n.º 1 da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 95/2019, de 4 de setembro, estabelece que “o direito à proteção da saúde é o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer”. Neste sentido amplo, a saúde não é alcançada apenas através da prestação de cuidados de saúde, podendo resultar

³ J. SIMÕES e L. V. LIMA, “A entidade reguladora da saúde”, J. LOUREIRO, A. D. PEREIRA e C. BARBOSA (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, volume I, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 296.

⁴ G. CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 825.

ainda, como reconheceu o tribunal recorrido, da procura de “uma resposta espiritual e não científica”, que não deve ser coartada face ao respeito pela liberdade de escolha dos cidadãos.

Não obstante tratar-se de domínios distintos, a liberdade religiosa e a proteção da saúde têm, no ordenamento jurídico português, algumas zonas de confluência, como se verifica a propósito do direito à assistência religiosa no caso de internamento hospitalar, consagrado no artigo 13.º da Lei n.º 16/2001, de 22 de junho.⁵ Ao contrário das restantes manifestações da liberdade religiosa, sobretudo na sua dimensão individual, a assistência religiosa constitui um direito de conteúdo positivo.

3 PRÁTICAS DE PUBLICIDADE EM SAÚDE

O regime jurídico das práticas de publicidade em saúde densifica o disposto no Código da Publicidade e no regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março. Seguindo de perto a técnica legislativa adotada nestes diplomas, o DL n.º 238/2015, de 14 de outubro começa por delimitar o respetivo âmbito de aplicação, através da definição dos conceitos relevantes (artigos 1.º e 2.º). Adota depois uma abordagem valorativa com vários níveis de concretização: enuncia os princípios gerais que regem as práticas de publicidade em saúde (artigos 3.º a 6.º) e proíbe especialmente a suscetibilidade de indução em erro dos utentes, que exemplifica através de um conjunto de modalidades típicas de engano relativo ao conteúdo das mensagens (artigo 7.º n.º 1), bem como os métodos agressivos de promoção de cuidados de saúde e a indução artificial da procura (artigo 7.º n.º 2 e 3). Estabelece, igualmente, um regime sancionatório próprio, prevendo a competência da ERS para a aplicação das coimas e sanções acessórias (artigo 8.º).⁶

3.1. Âmbito de aplicação

De acordo com o artigo 1.º n.º 1 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, o diploma regula “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 oferta de diagnósticos e quaisquer tratamentos ou terapias, independentemente da forma ou meios que se proponham utilizar”. Neste sentido, incide sobre

⁵ Sobre o exercício deste direito, M. J. ESTORNINHO e T. MACIEIRINHA, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 248-251.

⁶ A. AMORIM, “O regime jurídico das práticas de publicidade em saúde: (des)protecção dos utentes”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2-2016, p. 274.

a relação jurídica publicitária, que é anterior e independente da efetiva prestação de cuidados de saúde, qualificada maioritariamente como contrato de consumo.⁷

O âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro assenta, por isso, em primeiro lugar, na verificação de uma prática de publicidade em saúde e, depois, na qualificação dos sujeitos como intervenientes. Ora, o conceito de prática de publicidade em saúde consagrado no artigo 2.º alínea b) integra um elemento objetivo, que abrange “qualquer comunicação comercial” e um elemento teleológico dominante, que traduz a finalidade de promover atos e serviços dirigidos à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doenças. Nas suas alegações de recurso, a ERS faz coincidir este conceito com as mensagens “objetivamente alusivas à proteção ou manutenção da saúde ou à prevenção e tratamento de doença” (conclusão L). Ou seja, restringe o conceito de prática de publicidade em saúde ao elemento teleológico, omitindo o recurso ao elemento objetivo, solução que seria suscetível de abranger também qualquer comunicação de natureza não comercial.

A natureza comercial da comunicação prevista no DL n.º 238/2015, de 14 de outubro reproduz o elemento subjetivo do conceito de publicidade enunciado no artigo 3.º do Código da Publicidade, que assenta no exercício de uma “atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal”, bem como a noção de profissional resultante do artigo 3.º alínea b) do DL n.º 57/2008, de 26 de março. Assim, o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde não pode ser aplicado a mensagens que visem a promoção da saúde, independentemente da sua natureza e do contexto em que são difundidas. No caso concreto, não pode ser aplicado a mensagens difundidas no quadro da reserva absoluta das confissões religiosas. Do mesmo modo, não lhes seria aplicável o Código da Publicidade, nem o DL n.º 57/2008, de 26 de março.

Ainda que a atuação da IURD tenha alegadamente como finalidade a cura da depressão e de outras doenças graves, os métodos utilizados não podem confundir-se com a prestação de cuidados de saúde, para efeitos da aplicação da regulamentação própria do sector. Importa salientar que a separação entre a atividade religiosa e a comunicação de natureza comercial resulta igualmente, ao nível legislativo, da proibição da publicidade que tenha como “objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso”, consagrada no artigo 7.º n.º 2 alínea h) do Código da Publicidade, nos termos da alteração introduzida pelo DL n.º 6/95, de 17 de janeiro.

No processo contraordenacional, as partes discutiram essencialmente a verificação dos elementos dos tipos legais consagrados no artigo 4.º n.º 3 (princípio da licitude), no artigo 6.º (princípio do rigor científico da informação) e no artigo 7.º

⁷ C. F. ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, p. 89.

n.º 1 alínea c) (modalidades típicas de engano), todos do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Apesar de ter reconhecido que a questão central se prendia diretamente com o enquadramento da atuação da arguida no âmbito de aplicação daquele regime jurídico, o Tribunal da Relação de Lisboa não abordou de forma inequívoca a distinção entre o conceito de prática de publicidade em saúde e as infrações invocadas na decisão de condenação da ERS, sobretudo a violação do princípio da licitude. A propósito desta violação, concluiu que o princípio da licitude – e não o conceito de prática de publicidade em saúde – constitui pressuposto do enquadramento daquela atuação nas modalidades típicas de engano.

Na medida em que assume carácter prévio relativamente à verificação dos elementos dos tipos legais, a delimitação do âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro pode ser suficiente para afastar o recurso às coimas e sanções acessórias nele previstas. Na verdade, não estando em causa uma comunicação de natureza comercial, fica inviabilizado o recurso ao regime jurídico das práticas de publicidade em saúde. Já a qualificação dos sujeitos, de que depende ainda o âmbito de aplicação do diploma, não chega a relevar no acórdão analisado, uma vez que o próprio conceito de interveniente previsto no artigo 2.º alínea a) assenta também na existência de uma prática de publicidade em saúde.

3.2 Princípios gerais

Nos termos do artigo 3.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, as práticas de publicidade em saúde regem-se pelos princípios gerais da transparência, fidedignidade e licitude, objetividade e rigor científico da informação. Estes princípios gerais são diretamente aplicáveis aos casos concretos, como demonstra o artigo 8.º n.º 1 alínea a) para efeitos do regime sancionatório.

3.2.1 *Princípio da licitude*

De acordo com o artigo 4.º n.º 3 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, a prática de publicidade em saúde é ilícita sempre que o interveniente “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”.

A decisão de condenação da ERS assentou na primeira hipótese de violação do princípio da licitude enunciada naquela norma, que constitui uma modalidade típica de engano publicitário, dado que a arguida se apresentaria falsamente como prestador de cuidados de saúde. No entanto, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e, posteriormente, o Tribunal da Relação de Lisboa não acolheram este entendimento e, sem distinguir os diferentes tipos legais, fizeram

depender o recurso às modalidades típicas de engano também da verificação dos pressupostos enunciados no artigo 4.º n.º 3 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Neste sentido, consideraram que “constitui elemento essencial da configuração subjetiva da infração, o facto de o agente, não sendo prestador de cuidados de saúde, ter necessariamente de assumir tal qualidade”. Daqui resultaria que o nível de densificação do princípio da licitude seria distinto do também aplicado princípio do rigor científico da informação, solução que contraria claramente o disposto no artigo 3.º e no artigo 8.º n.º 1 alínea a) do diploma.

Nas suas alegações de recurso, a ERS reitera a aplicabilidade direta do princípio da licitude e, conseqüentemente, a respetiva autonomia face às modalidades típicas de engano consagradas no artigo 7.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Ora, o que parece relevante, para efeitos do princípio da licitude é, como ficou dito, a prévia qualificação da atuação da IURD como prática de publicidade em saúde, que permite delimitar o âmbito de aplicação daquele regime jurídico. Ou seja, o facto de a arguida não ter a qualidade de prestador de cuidados de saúde apenas constituiria uma violação do princípio da licitude – como pretende a ERS – se se pudesse ter previamente concluído que estava em causa uma comunicação de natureza comercial, nos termos do artigo 2.º alínea b) do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro.

No entanto, no caso concreto, o tribunal recorrido não considerou provado o facto de a IURD, na difusão de mensagens relativas à cura da depressão e de outras doenças graves, assumir a qualidade de prestador de cuidados de saúde (facto Y). Afirmou ainda que a qualidade de prestador de cuidados de saúde não é percebida pelos destinatários, enquadrando expressamente aquela atuação na liberdade religiosa. Assim, na medida em que a segunda instância apenas conhece da matéria de direito, de acordo com o disposto no artigo 75.º n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27 de outubro, não tendo competência para reapreciar a matéria de facto, o Tribunal da Relação de Lisboa concluiu pela absolvição da arguida relativamente a esta contraordenação.

Em suma, o acórdão analisado confunde a violação do princípio da licitude previsto no artigo 4.º n.º 3 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro com o âmbito de aplicação do diploma e, equivocadamente, faz depender as restantes infrações da qualidade de prestador de cuidados de saúde ou, pelo menos, da falsa assunção dessa qualidade, o que não acontecia. Tendo níveis de densificação semelhantes, todos os princípios gerais consagrados no regime jurídico das práticas de publicidade em saúde podem ser diretamente aplicados aos casos concretos.

3.2.2 Princípio do rigor científico da informação

A segunda infração em causa na decisão de condenação da ERS coincide com a violação do artigo 6.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, segundo o qual “na mensagem publicitada apenas devem ser utilizadas informações aceites pela

comunidade técnica ou científica, devendo evitar-se todas as referências que possam induzir os utentes a quem a mesma é dirigida em erro acerca da utilidade e da finalidade real do ato ou serviço”.

A relevância deste princípio geral no regime jurídico das práticas de publicidade em saúde justifica-se pela acentuada assimetria de informação entre os utentes e os prestadores de cuidados de saúde. Como decorre da redação da norma, o rigor científico da informação coincide com a proibição da suscetibilidade de indução em erro dos consumidores, tradicionalmente abordada no quadro no princípio da veracidade da comunicação comercial, a par da falsidade das afirmações.

Nos termos do artigo 10.º n.º 1 do Código da Publicidade, “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”. O legislador nacional suprimiu aqui a referência à indução em erro, prevista nos diplomas anteriores, restringindo o princípio da veracidade a uma dimensão objetiva, que preconiza a correspondência entre o conteúdo literal da mensagem e a realidade dos factos.⁸ No entanto, a suscetibilidade de indução em erro dos consumidores viria a ser consagrada no artigo 7.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às ações enganosas, que reiterou a tendência para a subjetivação do princípio da veracidade. Neste regime jurídico das práticas comerciais desleais, passa a relevar especialmente a inexistência da convicção dos destinatários ou das suas fundadas expectativas, sobretudo face ao modo como a mensagem é apresentada.⁹ A desconformidade subjetiva assume, por isso, uma perspectiva negativa, segundo a qual a comunicação comercial não deve conduzir os destinatários a uma incorreta representação global relativa à oferta.

É neste contexto que surge o engano relativo às vantagens ou aos resultados esperados da utilização do produto ou serviço, proibido pelo artigo 7.º n.º 1 alínea b) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, cuja pertinência no sector da prestação de cuidados de saúde se manifestou depois no princípio do rigor científico da informação e também em algumas modalidades típicas de engano previstas no artigo 7.º n.º 1 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro. Pode estar em causa, por exemplo, uma alegação sobre a utilidade do produto ou serviço na prevenção ou no tratamento de determinada doença.

Ora, apesar de se referirem à cura da depressão e de outras doenças graves, não é exigível que as mensagens difundidas pela IURD no quadro da sua atividade religiosa sejam “aceites pela comunidade técnica ou científica”, para os efeitos do artigo 6.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, por não configurarem práticas de publicidade em saúde. Do mesmo modo, o princípio da veracidade da comu-

⁸ P. M. PINTO, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 69.

⁹ Desenvolvidamente, A. AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2.ª edição, Petrony, Lisboa, 2023, pp. 55-57.

nicação comercial não é aplicável às afirmações das confissões religiosas quanto às matérias que integram a sua reserva absoluta. Enquanto manifestação de um determinado sistema de crenças, estas afirmações não ficam sujeitas ao ónus da prova enunciado no artigo 10.º n.º 2 do Código da Publicidade. Ou seja, atuando no domínio constitucionalmente tutelado da liberdade religiosa, a arguida não teria de provar a viabilidade dos métodos descritos como “gota do milagre”, “fogueira santa”, “tratamento com água” e “unção com o óleo consagrado” na cura da depressão e de outras doenças graves. Igualmente inaplicável é o artigo 15.º do Código da Publicidade, segundo o qual “a publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente”.

3.3 Modalidades típicas de engano

O artigo 7.º n.º 1 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro consagra as práticas de publicidade em saúde especialmente proibidas. Adotando uma técnica legislativa tributária dos anteriores diplomas que regulam a comunicação comercial, esta norma estabelece uma cláusula geral de proibição da suscetibilidade de indução em erro dos utentes e um conjunto exemplificativo (“designadamente”) de modalidades típicas de engano relativo ao conteúdo das mensagens, que procura refletir as especificidades do sector da prestação de cuidados de saúde.

No caso concreto, a decisão de condenação da ERS incidiu sobre a hipótese consagrada na alínea c), que proíbe as práticas de publicidade em saúde que “se refram falsamente a demonstrações ou garantias de cura ou de resultados ou sem efeitos adversos ou secundários”. Na verdade, ficou demonstrado que nos sítios eletrónicos e redes sociais visados no processo contraordenacional, a arguida recorre a expressões como “taxa de sucesso 100% garantida” (facto F) e “fique livre da depressão em 3 minutos” (facto J).

A propósito desta modalidade típica de engano, importa salientar que a cláusula geral resultante do artigo 7.º n.º 1 do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro proíbe a suscetibilidade de indução em erro dos utentes e a hipótese consagrada na alínea c) configura um caso de falsidade das afirmações. Desta forma, ainda que a falsidade das afirmações permita fazer presumir a suscetibilidade de indução em erro, trata-se de dimensões distintas de engano relativo ao conteúdo das mensagens, como ficou demonstrado a propósito do princípio do rigor científico da informação. Daqui parece resultar que as afirmações verdadeiras podem ainda ser objeto de uma apreciação casuística, para efeitos da proibição da suscetibilidade de indução em erro dos utentes, nomeadamente, quanto à viabilidade dos métodos utilizados na prevenção ou no tratamento de determinada doença. Pelo contrário, na hipótese consagrada na alínea c), esta apreciação casuística não teria lugar, cabendo eventualmente ao prestador de cuidados de saúde demonstrar a exatidão

das afirmações, de acordo com o ónus da prova enunciado no artigo 10.º n.º 2 do Código da Publicidade.

À semelhança dos princípios gerais previstos nos artigos 3.º a 6.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, o artigo 7.º n.º 1 relativo às modalidades típicas de engano não é aplicável à arguida, na medida em que não estavam em causa práticas de publicidade em saúde, mas antes mensagens de conteúdo religioso. Face à natureza não comercial da comunicação, também não lhe seria aplicável a disciplina da publicidade a produtos e serviços milagrosos, consagrada no artigo 8.º alínea u) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância “alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações”. Independentemente da previsão autónoma, a hipótese configura uma modalidade de publicidade enganosa.¹⁰

Apesar de não caber na análise do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, o comportamento da arguida pode configurar um crime de burla, previsto no artigo 217.º do Código Penal, segundo o qual “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de atos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”. Na medida em que se trata de um crime de dano, o bem jurídico protegido deixa de ser a saúde dos crentes e passa a ser o seu património, desde que estejam preenchidos os elementos do tipo legal.¹¹

3.4 Regime sancionatório

Nos termos do artigo 8.º do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, a infração ao disposto no regime jurídico das práticas de publicidade em saúde constitui um ilícito de mera ordenação social. Assim, a violação dos princípios gerais determina a aplicação de uma coima de “€ 250 a € 3 740,98 ou de € 1 000 a € 44 891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva” (alínea a) do n.º 1) e das práticas de publicidade em saúde especialmente proibidas uma coima de “€ 250 a € 3 740,98 ou de € 3 000 a € 44 891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva” (alínea b) do n.º 1). A fiscalização e a instrução dos processos de contraordenação cabe à ERS (n.º 4). Ao abrigo deste regime sancionatório, a IURD foi condenada no pagamento de uma coima única de € 15 000 pela prática de três contraordenações resultantes da violação dos princípios da licitude e do rigor científico da informação e da proibição de indução em erro dos utentes.

¹⁰ M. M. CARVALHO, “O conceito de publicidade enganosa”, A. P. MONTEIRO (coord.), *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 699.

¹¹ Por todos, A. M. A. COSTA, “Comentário do artigo 217.º do Código Penal”, J. F. DIAS, (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, Almedina, Coimbra, 1999, p. 276.

Ao adotar vários níveis de concretização, o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde suscita dificuldades de aplicação, sobretudo quando estão em causa modalidades típicas de engano que resultam simultaneamente da violação de um princípio geral. No processo contraordenacional, os elementos enunciados no artigo 6.º relativo ao rigor científico da informação parecem integrar-se também na proibição da suscetibilidade de indução em erro decorrente do artigo 7.º n.º 1 alínea c), quanto à alegada cura da depressão e de outras doenças graves. Ora, face à estrutura normativa do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, a autonomia substantiva das práticas de publicidade em saúde especialmente proibidas deve conduzir ao afastamento dos princípios gerais, por se verificar uma relação de especialidade.¹² Ou seja, se as mensagens difundidas pela arguida configurassem práticas de publicidade em saúde, apenas lhes seria aplicável a contraordenação resultante da norma especial. Aquele afastamento aplica-se também ao DL n.º 57/2008, de 26 de março, nomeadamente, quanto à proibição da suscetibilidade de indução em erro dos consumidores (artigo 7.º) e às ações consideradas enganosas em qualquer circunstância (artigo 8.º).¹³

No caso concreto, não só as mensagens difundidas não integram o âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, como não estão sujeitas à regulação da ERS, que incide sobre as “atividades económicas na área da saúde”, nos termos do artigo 4.º n.º 1 do DL n.º 126/2014, de 22 de agosto. A atividade da ERS enquadra-se assim na regulação pública da economia, justificada pelas falhas do mercado, geradoras de ineficiência no sector da prestação de cuidados de saúde. De acordo com o artigo 4.º n.º 2, aquela regulação abrange “todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, do setor público, privado, cooperativo e social, independentemente da sua natureza jurídica, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, consultórios, laboratórios de análises clínicas, equipamentos ou unidades de telemedicina, unidades móveis de saúde e termas”.

A atividade da ERS visa também, nos termos do artigo 5.º n.º 2 alínea b), a defesa dos direitos dos utentes, onde se incluem as garantias de acesso e de qualidade da prestação de cuidados de saúde. O conceito de utente assenta na prestação de cuidados de saúde, como resulta, entre outros diplomas, da Lei n.º 15/2014, de 21 de março, que consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde e do próprio Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, aprovado pelo DL n.º 52/2022, de 4 de agosto. Neste sentido, o regime jurídico das práticas de publicidade em saúde fez coincidir o utente com o consumidor, adotando uma noção que reproduz o disposto no artigo 3.º alínea a) do DL n.º

¹² Sobre o princípio da especialidade no Direito Penal, J. F. DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 994 e G. M. SILVA, *Direito Penal Português – Introdução e Teoria da Lei Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, p. 280.

¹³ A. AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 325-329.

57/2008, de 26 de março. Ou seja, a ERS regula, por um lado, as relações entre os agentes económicos intervenientes no sistema de saúde e garante, por outro lado, os direitos dos utentes.¹⁴ Não sendo detentora de um estabelecimento prestador de cuidados de saúde, não poderia a arguida ficar sujeita à regulação da ERS.

4 CONCLUSÃO

Invocando o disposto no DL n.º 238/2015, de 14 de outubro em matéria de práticas de publicidade em saúde, a ERS condenou a IURD no pagamento de uma coima, por violação dos princípios da licitude e do rigor científico da informação e da proibição de indução em erro dos utentes, nas mensagens difundidas nos seus sítios eletrónicos e redes sociais, relativas à cura da depressão e de outras doenças graves. No entanto, o diploma regula o exercício de uma atividade económica, não sendo aplicável a afirmações de conteúdo religioso, apesar de visarem a promoção da saúde, entendida em sentido amplo. Ou seja, o facto de não se verificar, no caso concreto, uma comunicação de natureza comercial, para efeitos do conceito de prática de publicidade em saúde enunciado no artigo 2.º alínea b), é suficiente para afastar a aplicabilidade daquele regime jurídico. Assim se justifica igualmente que a liberdade religiosa, destinada à prossecução da fé e da espiritualidade, cujo fundamento constitucional se encontra no artigo 41.º da CRP, não possa ser coartada por uma entidade administrativa, fora dos casos previstos na lei.

Em suma, a sujeição das mensagens em causa ao regime jurídico das práticas de publicidade em saúde contraria não só o âmbito de aplicação do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro, como também a reserva absoluta das confissões religiosas. Desta forma, julgamos ser adequada a absolvição da arguida no processo contraordenacional, independentemente da análise dos elementos dos tipos legais realizada no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, que incidiu sobre o artigo 4.º n.º 3 (princípio da licitude), o artigo 6.º (princípio do rigor científico da informação) e o artigo 7.º n.º 1 alínea c) (modalidades típicas de engano).

5 BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1996, pp. 75-120.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, “O regime jurídico das práticas de publicidade em saúde: (des)protecção dos utentes”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2-2016, pp. 273-306.

— *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.

— *Manual de Direito da Publicidade*, 2.ª edição, Petrony, Lisboa, 2023.

¹⁴ R. NUNES, *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005, p. 218.

- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CARVALHO, Maria Miguel, “O conceito de publicidade enganosa”, MONTEIRO, António Pinto (coord.), *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 675-706.
- COSTA, António Manuel Almeida, “Comentário do artigo 217.º do Código Penal”, DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 274-310.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- LEITE, António, “A religião no direito constitucional português”, MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, volume II, Petrony, Lisboa, 1978, pp. 265-320.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago, *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- NUNES, Rui, *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português – Introdução e Teoria da Lei Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020.
- SIMÕES, Jorge; LIMA, Luís Vale, “A entidade reguladora da saúde”, LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (coord.), *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, volume I, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 285-326.