

Processo nº 422/2021

Data do Acórdão: 10MAR2022

Assuntos:

Publicidade da prestação de cuidados de saúde

Designação do estabelecimento

Carácter elogioso da publicidade

SUMÁRIO

1. O normativo do nº 3 do artº 26º do Decreto-Lei nº 84/90/M deve ser interpretado no sentido de que a proibição aí estabelecida se deve aplicar aos elementos mencionados no seu nº 2.
2. O carácter elogioso do próprio nome da clínica deve ser objecto de controlo *a montante* em sede nos procedimentos administrativos de licenciamento inicial do estabelecimento e/ou das sucessivas renovações da licença, e não *a jusante* em sede do controlo do conteúdo do anúncio de publicidade que o titular do estabelecimento pretende afixar nas instalações da clínica.
3. Enquanto válida a licença da clínica, donde consta o nome do estabelecimento, o uso desse nome para a publicidade dos serviços que a clínica se encontra licenciada para prestar não pode ser impedido com fundamento no seu carácter elogioso.

O relator

Lai Kin Hong

Processo nº 422/2021

Acórdão em conferência na Secção Cível e Administrativa no Tribunal de Segunda Instância da RAEM:

I

No âmbito dos autos de recurso contencioso administrativo nº 2924/20-ADM, foi proferida a seguinte sentença julgando procedente o recurso contencioso de anulação:

I. Relatório

Recorrente **A (A)**, melhor id. nos autos,

interpôs o presente recurso contencioso administrativo contra

Entidade recorrida, **Director dos Serviços de Saúde** que, pela sua decisão datada de 21/2/2020, indeferiu o recurso hierárquico interposto e manteve a decisão de indeferimento do requerimento da publicidade médica tomada pelo Subdirector.

*

Alegou a Recorrente com os fundamentos de fls. 44 a 52 dos autos, em síntese,

- o vício de violação das normas legais em que se apoia a decisão recorrida, designadamente, o artigo 26.º, n.º 3 do DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, e os artigos 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 2, alínea f), 10.º e 16.º da Lei n.º 7/89/M, de 4 de Setembro.

- o vício da anulabilidade proveniente da ilegalidade da instrução interna que servia de base para a decisão, pela falta da competência normativa da Entidade recorrida.

Concluiu, pedindo que seja anulado o acto recorrido.

*

A Entidade recorrida apresentou a contestação com os fundamentos de fls. 88 a 99 dos autos, na qual pugnou pela legalidade do acto, concluiu no sentido de ser o recurso contencioso julgado totalmente improcedente.

*

Apenas a Entidade recorrida apresentou alegações facultativas, mantendo as conclusões anteriormente formuladas.

*

A digna Magistrada do M.º P.º emitiu douto parecer no sentido de ser anulado o acto recorrido pela violação do disposto nos artigos 26.º, n.º 3 do DL n.º 84/90/M e 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 2, alínea f) e 10.º da Lei n.º 7/89/M, cujo teor se transcreve no seguinte:

“司法上訴人『B牙科護理中心』針對被訴實體衛生局局長於2020年02月21日在第267/OF/UTLAP/2020號公函上作出駁回司法上訴人必要訴願的決定，維持不批准B牙科護理中心醫療廣告刊登的申請(以下簡稱：“被上訴行為”)提起司法上訴，簡言之，主張被上訴行為沾有事實前提錯誤、法律適用錯誤以及絕對無權限的瑕疵，並請求廢止被上訴行為。

我們分析如下：

司法上訴人主張，所申請的有關醫療廣告中使用其中文商業名稱『B牙科護理中心』當中“B”的中文含義僅表示為“優質”和“愉悅”，並不能如被訴實體指稱會誤導大眾與“優越”混淆，不存在錯誤或誇耀之嫌。因此被上訴行為錯誤適用第84/90/M號法令第26條第3款及第7/89/M號法律第6條第1款、第7條第2款f)項及第10條規定。

在充分尊重不同立場下，我們認同司法上訴人的理由。

第84/90/M號法令第26條第3款規定：“三、禁止一切誇耀及隱晦之廣告。”，以及第7/89/M號法律第6條第1款規定：“一、廣告信息應尊重真理，不歪曲事實或錯誤引導廣告對象者。”、第7條第2款f)項：“二、特別禁止下列廣告：f.可對所推銷的物品或服務的品質作錯誤引導者；”以及第10條規定：“禁止使用任何以直接或間接方式用不真實、遺漏、誇張或含糊手法誤導消費者，使對物品或服務產生誤解。”。從上述司法上訴人商業名稱“B”一詞來看，我們看不到該詞載於廣告宣傳媒介上會如何使公眾產生誤會，即便“優越”的“越”與“悅”屬同音字，兩個字的寫法及意思完全

不同，按照一般正常人標準明顯不會將兩者混淆，再者，“優”即優質、優秀，“越”則為超越、卓越意思，這兩個字的意思均同樣地正面形容事物的品質或贊美意思，司法上訴人所使用的“B”一詞中，表示優質或良好的意思僅為“優”字本身，而“悅”字的意思是指令人愉快或高興，可見，倘若如被訴實體所主張不應向公眾傳達“優越”的意思，則司法上訴人使用“悅”字本身並沒有任何問題。

另一方面，上述法例規定禁止一切誇耀或隱晦的廣告內容，然而，這並不同於法律禁止廣告使用正面意義的用語。正如本案司法上訴人擬使用“B”一詞，即便認為表示優質、良好或優越的正面意思，明顯難以說明為何即為誇張失實，再者，司法上訴人並沒有於廣告中使用“B”來具體形容或描述其所提供的醫療服務，而是純粹地將其已登記的商業名稱載於廣告中，按照一般經驗法則及常理，一般正常人或公眾並不會單純因為某商業企業主的商業名稱中包含了贊美、肯定或正面的字詞，便對有關服務或商品的品質造成誤解，更何況，將商業企業主的商業名稱載於廣告中乃是必要及慣常的宣傳內容，而使用該等正面的詞語作為商業名稱亦是社會常理。無容贅言，被訴實體基於司法上訴人的商業名稱中的“B”視為誇張又或隱晦誤導大眾的廣告內容，明顯錯誤解釋上述法例規定，構成違反法律瑕疵的主張成立。

至於司法上訴人主張事實前提錯誤的瑕疵，究其提出的理由實際上正是不認同被訴實體將其商業名稱中的“B”視為誇張或隱晦誤導成份，亦即錯誤解釋及適用上述法律規定。換言之，不存在對事實認定錯誤的問題。

最後關於絕對無權限方面，根據第7/89/M號法律第16條及第84/90/M號法令第26條規定，對於審批有關醫療場所或診所的廣告、招牌及廣告牌，亦即本案被訴行為的標的 - 審批司法上訴人的醫療廣告刊登屬於被訴實體的權限範圍；至於司法上訴人聲稱被訴實體無權限制定有關《衛生護理服務場所名稱之指引》，這並非為被上訴行為的決定內容，並不能作為無權限的主張理據。為此，司法上訴人主張絕對無權限的主張並不成立。

綜上所述，我們意見認為本案司法上訴理由部分成立，建議撤銷被上訴行為。”(cfr. fls. 106 a 108 dos autos).

*

Este Tribunal é o competente em razão da matéria e da hierarquia.

As partes são dotadas de personalidade e capacidade judiciária e de legitimidade “*ad causam*”.

O processo é o próprio.

Inexistem nulidades, ou questões prévias que obstem a apreciação “*de meritis*”.

II. Fundamentação

1. Matéria de facto

Resulta provada por documentos, a seguinte factualidade pertinente:

- B 牙科護理中心，准照編號為...，司法上訴人 A 為“B 牙科護理中心”的持牌人(見行政卷宗一第 38 頁及第 43 頁)。
- 司法上訴人為衛生局註冊執業牙科醫生，註冊編號為... (見行政卷宗一第 12 頁)。
- 2003 年 7 月 30 日，司法上訴人向被上訴實體提交開設“B 牙科護理中心”的申請。衛生局副局長於 2004 年 9 月 6 日批准有關申請，准許“B 牙科護理中心”營業，並將該批示刊登於 2004 年 9 月 30 日第 39 期澳門特別行政區公報第二組內 (見行政卷宗一第 14 頁及第 35 頁至第 38 頁)。
- 2018 年 8 月 6 日，衛生局發出編號 2418/OF/UTLAP/2018 公函通知司法上訴人，由於“B 牙科護理中心”名稱未完全符合《衛生護理服務場所名稱之指引》之規定，該中心在辦理場所執照續期時，應按照指引之規定申請更改場所中文或葡文名稱 (見行政卷宗二第 190 頁及第 191 頁)。
- 2018 年 9 月 10 日，司法上訴人致函被上訴實體詢問關於“B 牙科護理中心”的准照續期申請事宜。衛生局於 2018 年 9 月 14 日發函通知司法上訴人可辦理相關續期手續(見行政卷宗二第 459 頁至第 461 頁)。
- 2018 年 9 月 20 日，司法上訴人到衛生局辦理“B 牙科護理中心”的執照續期手續 (見行政卷宗二第 462 頁)。
- 2018 年 10 月 15 日，司法上訴人致函被上訴實體申請“B 牙科護理中心”的執照從 2019 年 9 月 5 日起續期，並維持其場所的名稱不變(見行政卷宗二第 216 頁至第 220 頁)。

- 2018年11月9日，衛生局私人醫務活動牌照技術委員會進行會議，委員會認為“B 牙科護理中心”場所名稱不符合《衛生護理服務場所名稱之指引》之規定，建議司法上訴人對場所名稱進行修改，並確保中、外文名稱基本對應(見行政卷宗二第224頁至第229頁)。
- 2019年1月15日，司法上訴人向被上訴實體提交醫療廣告申請書，申請於澳門XX商業中心大堂、XX樓走廊及“B 牙科護理中心”場所門口分別放置含有“B 牙科護理中心 B Oral Health Center B Centro Oral Da Saude”字樣的招牌(見行政卷宗三第771頁至第773頁)。
- 2019年2月26日，衛生局向司法上訴人發出編號628/OF/UTLAP/2019公函，通知其私人醫務活動牌照技術委員會於2018年11月9日會議上作出的上述建議(見行政卷宗二第270頁至第279頁及第486頁至第489頁)。
- 2019年3月18日，司法上訴人向被上訴實體提交關於“B 牙科護理中心”場所名稱及續期事宜的書面陳述(見行政卷宗二第289頁至第291頁)。
- 2019年10月15日，衛生局副局長於編號168/PP/UTLAP/2019建議書上作出同意批示，決定不批准“B 牙科護理中心”上述醫療廣告申請，但批准其續牌申請(見行政卷宗一第144頁及背頁至第146頁及背頁)。
- 同日，衛生局透過編號3124/OF/UTLAP/2019公函通知司法上訴人，有關醫療廣告刊登的申請不獲批准，以及透過編號2784/OF/UTLAP/2019公函通知司法上訴人，其續牌申請已獲批准(見行政卷宗一第148頁及行政卷宗三第774頁及背頁，有關內容在此視為完全轉錄)。
- 2019年11月22日，司法上訴人針對上述決定透過訴訟代理人向被上訴實體提起必要訴願(見行政卷宗三第795頁至第798頁)。
- 2020年2月21日，被上訴實體透過編號267/OF/UTLAP/2020公函通知其作出駁回司法上訴人必要訴願之決定，維持不批准其醫療廣告刊登的申請(見行政卷宗三第833頁至第836頁，有關內容在此視為完全轉錄)。
- 2020年3月27日，司法上訴人之訴訟代理人透過圖文傳真方式針對上述駁回必要訴願之決定向本院提起本司法上訴。

2. Matéria de direito

Começamos pela apreciação do segundo vício de ilegalidade invocado pela Recorrente – a ilegalidade das “instruções relativas às designações dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde”, juntas a fls. 62 a 65v dos autos, que serviram, alegadamente, à prática do acto recorrido. Contestou a Entidade recorrida, quanto a isto, que a decisão recorrida se baseou apenas nas normas legais que regulamentam a publicidade, não levando em conta, entretanto, as referidas instruções.

Importa saber portanto se integram os fundamentos da decisão recorrida as instruções em causa.

Desde logo, do acto de indeferimento do requerimento da publicidade praticado pelo Subdirector em primeiro grau, consta o seguinte:

“...事由：醫療廣告申請

B 牙科護理中心於2019年1月15日遞交的醫療廣告申請收悉，現按照十月十一日第57/99/M號法令核准的《行政程序法典》第六十八條及第七十條通知如下：

1. 由於 B 牙科護理中心廣告牌內容沒有遵守十二月三十一日第 84/90/M 號法令第二十六條第三款，以及九月四日第 7/89/M 號法律第六條第一款、第七條第二款 f) 項和第十條之規定，因此，本人按照九月四日第 7/89/M 號法律第十六條及五月十八日第 20/98/M 號法令修改的十二月三十一日第 84/90/M 號法令第二十六條之規定，並根據由衛生局局長通過八月十六日第 22/SS/2017 號批示授予一般衛生護理副局長的職權，於 2019 年 10 月 15 日作出了不予批准該則廣告刊登的決定。
2. 對於台端決定不修改“B 牙科護理中心”的中文名稱，現通知台端，由於該名稱不符合上述法律規定。因此，不得載於廣告牌內容。
3. 根據《商法典》第十七條第一款之規定，廣告牌內容只能載明場所的

葡文名稱。

4. 除牙科服務外，“B 牙科護理中心”也提供西醫服務，為此，需提醒台端關於適當的場所名稱對場所實際執行的醫療活動的重要性，如下：

- 1) 衛生護理服務場所的名稱(名字及標誌)，應能讓其潛在顧客以清晰易懂的方式去識別場所擬提供的醫療行為或服務，該名稱不能讓公眾對其業務性質及範圍產生疑惑。
 - 2) 第 84/90/M 號法令只對私人提供衛生護理活動的發牌事宜作出規範。鑒於以私人制度提供衛生護理服務也是一項涉及公共利益的業務，故衛生局有責任確保醫療專業人員具備從事職業所需的專業能力。
 - 3) 衛生局也有責任確保向澳門市民提供的私人衛生護理服務的安全性和質素。為此，亦認為衛生護理服務場所的名稱及標誌不應含有容易令人混淆其業務性質及範圍的元素。
 - 4) 由於本事宜背後所隱藏的公共利益，鼓勵衛生護理服務場所所有人採用適合其業務的、獨一且不會誤導潛在顧客的術語及符號作為其場所的名稱及標誌，尤為重要。
5. 若台端對上述第 1 點的決定不服，根據經十月十一日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第一百四十五條及第一百四十九條之規定，得自簽收本局通知函翌日起計 15 日內，向本人提出聲明異議；同時，根據《行政程序法典》第一百五十三條及續後數條之規定，對這一決定，按照衛生局局長通過八月十六日第 22/SS/2017 號批示第五條授予一般衛生護理副局長的職權之規定，得自簽收本局通知函翌日起計 30 日內向衛生局局長提起必要訴願。

倘若台端對上述內容有任何疑問或查詢，請致電醫務活動牌照科 28713734 或 28713735 與余小姐聯絡。

此致

衛生局副局長

XXX...”

(cfr. fls. 774 e v do P.A. Vol. 3).

O referido acto foi confirmado pela Entidade recorrida que deixou as seguintes considerações no acto recorrido:

“...事由：B 牙科護理中心醫療廣告申請-必要訴願通知函

XXX 律師:

台端代表 A 牙科醫生，就本局第 3124/0F/UTLAP/2019 號公函，關於本局一般衛生護理副局長於 2019 年 10 月 15 日作出不予批准 B 牙科護理中心醫療廣告刊登的決定(安裝廣告牌)而提起的必要訴願函件收悉，現按照十月十一日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第六十八條及第七十條通知如下:

一、醫務活動牌照科於 2019 年 12 月 3 日上呈第 204/PP/UTLAP/2019 號建議書，以及於 2020 年 1 月 16 日上呈第 144/NI/UTLAP/2020 號內部工作備註，提供了分析及審議意見，現節錄如下:

1. 《衛生護理服務場所名稱之指引》

(1) 根據法律辦公室意見，因沒有可適用《衛生護理服務場所名稱之指引》的法律依據，因此，就“B 牙科護理中心”醫療廣告申請並沒有引用《衛生護理服務場所名稱之指引》進行分析，而是引用了下列的法律條文:

-五月十八日第 20/98/M 號法令修改的十二月三十一日第 84/90/M 號法令第二十六條第三款;

-九月四日第 7/89/M 號法律第六條第一款、第七條第二款 f) 項、第十條，及第十六條。

(2) 根據由衛生局局長通過八月十六日第 22/SS/2017 號批示授予一般衛生護理副局長的職權、五月十八日第 20/98/M 號法令修改的十二月三十一日第 84/90/M 號法令第二十六條，以及九月四日第 7/89/M 號法律第十六條的規定，一般衛生護理副局長具權限對“B 牙科護理中心”醫療廣告申請進行審批。

(3) 因此，並非如必要訴願所述，本局在處理“B 牙科護理中心”醫療廣告申請時，以單方面的行政方式去延伸援用有關法律條文並將其加入《衛生護理服務場所名稱之指引》中，或延伸適用於廣告及廣告牌內容的監管和審批工作上。

(4) 而事實上，關於“B 牙科護理中心”醫療廣告的申請，並沒有引用《衛生護理服務場所名稱之指引》進行分析，而是引用第 7/89/M 號法律

第十六條及第 84/90/M 號法令第二十六條賦予衛生局的職權及相關法律條文進行分析的審批結果。

2. “B”一詞

(1) 必要訴願函指出，商號原本的中文名稱的發音並不存在誇獎、誤導或令潛在客戶產生嚴重混淆的情況。兩個中文用詞無論是寫法或意思都完全不同。“優越”指“優先”；而“B”指的是“質優和愉悅”。任何掌握中文的人士都有能力去識辨其分別，不會有被誇獎、誤導或引起混亂的情況。因此，不同意被訴批示所持的意見。

(2) 在此補充，在漢語中並沒有“B”一詞，“B”屬於自造詞，在發音上與“優越”相同，具有“優秀 超越”的意思，因此，公眾在聽到“B”一詞或第一眼看到“B”詞時，自然第一時間聯想到的為“優越”或“優秀 超越”，而在公眾經過考量後，不同人士對“B”這一自造詞亦有不同的理解，例如“優秀 愉悅”、“優質 喜悅”，故必要訴願主張“B”指“質優和愉悅”僅為利害關係人對該自造詞的其中一種理解。

(3) 衛生護理服務場所是透過其名字及標誌為公眾所認識，並圍繞該名稱去進行所有的廣告宣傳。而醫療服務與其他一般性服務不同，醫療服務提供者與就診者雙方的訊息認知差異大，就診者會傾向信任醫療人員，若場所名稱存有跨大失實、暗示治療效果等元素，一般的市民並沒有專業知識判斷，容易受到誤導。“B”一詞，隱晦地引導大眾對其的第一印象為“優越”，廣告內容沒有遵守第 84/90/M 號法令第二十六條第三款規定：“禁止一切誇耀及隱晦之廣告”。

(4) 但卻意圖以“B”一詞含糊地誤導消費者，使消費者對該場所的服務品質產生“優越”的誤解。廣告內容沒有遵守九月四日第 7/89/M 號法律第六條第一款、第七條第二款 f) 項和第十條之規定。

二、經分析醫務活動牌照科第 204/PP/UTLAP/2019 號建議書、第 144/NI/UTLAP/2020 號內部工作備註之依據，以及本必要訴願，得出結論為，題述廣告牌內容不遵守十二月三十一日第 84/90/M 號法令第二十六條第三款、九月四日第 7/89/M 號法律第六條第一款、第七條第二款 f) 項及第十條之規定，因此，本人於 2020 年 2 月 21 日作出了駁回必要訴願的決定。

三、倘若對本決定不服，可根據 12 月 13 日第 110/99/M 號法令核准的《行政訴訟法典》第二十五條第二款 a) 項之規定，在三十日內向行政法院提起 司法上訴。

倘若 台端對上述內容有任何疑問或查詢，請致電醫務活動牌照科 28713734 或 28713735 與余小姐聯絡。

此致

衛生局局長

XXX...” (cfr. fls. 833 a 836 do P.A. Vol. 3).

Como se pode verificar, não obstante a Recorrente ter sido notificada para se pronunciar quanto à conformidade da denominação do seu estabelecimento com as normas das supra-referidas instruções, na fase de audiência escrita anterior à decisão final, conforme resulta das fls. 486 a 489 do P.A. Vol. 2, a consideração dessas instruções acabou por ser afastada, não tendo as respectivas normas integrado, por isso, a fundamentação da decisão de indeferimento, seja do primeiro grau, seja do segundo, conforme admitido pela própria Entidade recorrida na sua contestação.

Nesta medida, estamos de pleno acordo com o entendimento explanado no parecer do Ministério Público, que tal vício da ilegalidade concreta do acto, assente na ilegalidade normativa das instruções que o fundamentam carece da pertinência para obter os efeitos invalidantes deste.

Deve-se julgar improcedente o recurso quanto a este fundamento.

*

Passamos a ver então se se verifica o vício da violação da lei nos termos alegados pela Recorrente.

Ora bem, servem de fundamento à decisão recorrida as normas contidas no DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, nomeadamente, o artigo 26.º n.º 3, e na Lei n.º 7/89/M (Actividade publicitária) - os artigos 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 2, alínea f), 10.º e 16.º.

A competência fiscalizadora dos Serviços de Saúde, em matéria da utilização da publicidade, encontra-se estabelecida nas duas áreas abaixo indicadas.

Desde logo, dispõe o artigo 26.º do DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, o seguinte:

“Artigo 26.º

(Publicidade)

1. As cartas, envelopes, receitas e outros documentos ou papéis utilizados pelos profissionais ou entidades licenciadas ao abrigo deste diploma deverão conter, em português e em chinês, além do nome ou da denominação adoptada, a indicação da profissão ou da actividade exercida tal como consta da licença ou do alvará.

2. Os anúncios da actividade, os reclamos e as tabuletas utilizados nos consultórios ou estabelecimentos apenas poderão conter:

a) O nome do profissional ou a designação do estabelecimento;

b) A indicação da profissão ou da actividade exercida, tal como consta da licença ou alvará;

c) O horário de funcionamento ou atendimento;

d) A indicação do grau académico ou profissional de que o titular da licença ou alvará seja titular.

3. É proibida toda a publicidade elogiosa, mesmo aquela que se apresenta dissimulada.” (sublinhado nosso).

Por outro lado, estabelece-se no artigo 16.º, n.º 1 da Lei n.º 7/89/M, de 4 de Setembro, o seguinte:

“Artigo 16.º

(Medicamentos, próteses e tratamentos)

1. A publicidade relativa a medicamentos, produtos farmacêuticos,

próteses, tratamentos médicos ou paramédicos e objectos ou métodos apresentados como tendo efeitos benéficos para a saúde, tem de ser previamente autorizada pela Direcção dos Serviços de Saúde.

...”

Trata-se, nas referidas duas normas, das vertentes distintas a respeito do exercício da fiscalização em matéria da publicidade, que compete aos serviços sanitários regulamentar, na situação prevista na primeira norma, a publicidade atinente ao exercício privado da actividade médica profissional, concretamente, as expressões cuja utilização é permitida:

- nas cartas, envelopes, receitas e outros documentos ou papéis utilizados pelos profissionais ou entidades licenciadas (Artigo 26.º, n.º 1), e
- nos anúncios da actividade, os reclusos e as tabuletas utilizados nos consultórios ou estabelecimentos (Artigo 26.º, n.º 2).

Por sua vez, a questão da publicidade abordada na segunda situação respeita a medicamentos, produtos farmacêuticos, próteses, tratamentos médicos, ou paramédicos e objectos ou métodos apresentados como tendo efeitos benéficos para a saúde. A utilização da publicidade neste caso está sujeita à autorização prévia da Direcção dos Serviços de Saúde.

Do que se trata, na situação vertente, é da colocação do reclamo ou tabuleta no local do estabelecimento de que a Recorrente é titular, em que contém as expressões como – “*B Oral Health Center*”, em chinês, “*B 牙科護理中心*”, conforme se junta a fls. 771 a 773 do P.A. Vol. 3. Não está em causa, neste contexto, a utilização da publicidade na promoção dos produtos ou serviços médicos, o que nos importa saber é apenas se o reclamo a ser utilizado no consultório da Recorrente contém as expressões para além daquelas legalmente permitidas – nos termos da supracitada norma, artigo 26.º, n.ºs 2 e 3 do DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro.

Julgamos que, à partida, a utilização do projecto do reclamo no caso não afrontou às referidas proibições legais, uma vez que não contém nada mais que a própria designação do estabelecimento, de acordo com a alínea a) do n.º 2 do citado preceito legal. O defeito deste reclamo, segundo a Entidade recorrida, reside afinal nas expressões utilizadas na própria designação chinesa de tal estabelecimento - B, foneticamente semelhante a “優越”, no sentido de “ser mais privilegiado ou melhor”, cuja função publicitária elogiosa parece ser evidente.

Entretanto, antes de saber se as palavras utilizadas são ou não elogiosas, a nossa dúvida diz respeito a uma outra questão prévia, isto é, será que o âmbito da proibição daquela norma do artigo 26.º, n.º 3 vai se entender até às expressões incorporadas na designação do estabelecimento para o exercício da actividade médica privada?

Em nosso entender, tratando-se das informações de natureza narrativa e distintiva do titular da licença médica e do respectivo estabelecimento, a serem utilizadas nos reclamos, basta, para a autorização da sua colocação, a satisfação das exigências legais previstas no n.º 2 do referido artigo 26.º, como se verificou no caso - a colocação do ora reclamo ou tabuleta cumpriu o disposto da alínea a) daquela norma. Nesta linha, a publicidade proibida referida no n.º 3 só se deve reportar a outros elementos não mencionados no n.º 2, que não sendo apenas literais, podem ser ainda, como por exemplo, gráficos, visuais, de logotipo, etc., aparentes ou dissimulados. Como se bem compreende, as informações publicitárias não se esgotam na descrição literal ou narrativa.

Por outras palavras, a publicidade elogiosa proibida não constitui uma exigência acrescentada aos elementos já referidos no n.º 2 do artigo 26.º, nomeadamente, a designação do estabelecimento na alínea a) da norma. Quanto à utilização das expressões já incorporadas nessa designação, deveria a mesma ter sido desde logo aprovada no anterior procedimento do licenciamento do estabelecimento, previsto no disposto

do artigo 11.º do DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, não podendo voltar a ser objecto de uma nova verificação autónoma, em sede da fiscalização da regularidade dos reclamos ou tabuletas a serem colocados.

Aliás, daquilo que se depreende de todo o percurso do procedimento administrativo, estamos em crer que a intenção da Entidade recorrida acabou por não ser a de regularização do termo de “B 牙科護理中心” enquanto designação utilizada para o seu estabelecimento, mas no sentido de impor, por via indirecta, a sua correcção enquanto as informações publicitárias tal como apresentadas no reclamo ou tabuleta a ser colocado pela Recorrente.

Pois enquanto designação do próprio estabelecimento, tal termo tem sido mantido intocado, não obstante as hesitações por parte da entidade administrativa, desde a concessão do alvará, de 6 de Outubro de 2004, devidamente publicada no Boletim Oficial da RAEM, em 30 de Setembro de 2004, conforme resulta das fls. 38v a 43 do P.A. Vol. 1.

O que não nos parece ser possível, como já vimos, face à letra da norma do artigo 26.º do DL n.º 84/90/M, se a utilização da expressão, ainda que se trata das expressões elogiosas, apenas contém-se dentro do limite do mínimo de elementos permitidos pela norma do artigo 26.º, n.º 2, inexistirá margem para censurar e consequentemente proibir a sua utilização com base no n.º 3 do mesmo artigo.

Nestes termos expostos, é-nos patente que a decisão recorrida incorreu em erro na interpretação da norma do artigo 26.º, n.º 3 do DL n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, cujo alcance de proibição não se estende à situação vertente.

Por fim, não ignoramos, como acima referido, que foram ainda invocadas as normas gerais da Lei n.º 7/89/M (Actividade publicitária) para fundamentar o acto recorrido, em especial, os artigos 6.º, n.º 1 e 7.º, n.º 2. Contudo pelo mesmo raciocínio acima exposto, e por maioria da

razão, parece-nos que, se a norma especial prevista no artigo 26.º, n.º 3 do DL n.º 84/90/M não tem aplicação, muito menos as normas gerais reguladoras da actividade publicitária em geral, que não podem ser chamadas à colação no caso dos autos.

Tudo visto, deve-se julgar procedente o recurso contencioso.

III. Decisão

Assim, pelo exposto, decide-se:

Julgar procedente o presente recurso contencioso, com a consequente anulação do acto recorrido.

*

Sem custas pela Entidade recorrida, por ser subjectivamente isenta.

*

Registe e notifique.

Não se conformando com essa sentença, veio a entidade administrativa recorrer da mesma concluindo e pedindo que:

- i. O ora Recorrente não pode concordar nem com os fundamentos, nem com o sentido da sentença do Tribunal *a quo*, por isso dela recorre por isso dela recorre por estar convicto de que a sentença recorrida enferma do vício de errada interpretação de lei, incorrendo o douto Tribunal *a quo* em erro de julgamento.
- ii. O n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, que regula o licenciamento para o exercício da actividade privada de prestação de cuidados de saúde, não deve ser interpretado no sentido de que apenas se reporta a outros elementos não mencionados no n.º 2 da mesma norma legal, sob pena de esvaziar a intenção legislativa.

- iii. O n.º 3 do sobredito artigo refere expressamente que “*é proibida toda a publicidade elogiosa, mesmo aquela que se apresente dissimulada*”, não fazendo qualquer ressalva ao constante nos números anteriores.
- iv. O utente de cuidados de saúde, sobretudo na perspectiva dos prestadores privados, é um potencial consumidor de serviços e, como tal, pode ser objecto das mais diversificadas técnicas de angariação de clientela, entre as quais se destaca a publicidade.
- v. O carácter particular da prestação de cuidados de saúde não pode deixar de impor regras e limites apertados e exigentes a quem faz publicidade e tem como público alvo os potenciais utentes.
- vi. Por isso é que a publicidade está sujeita não só às regras gerais previstas na Lei n.º 7/89/M, de 4 de Setembro, mas também às regras específicas aplicáveis à prestação de cuidados de saúde, incluindo aos próprios prestados de cuidados de saúde, regras essas que impõem limites decorrentes da protecção dos interesses dos utentes, bem como do dever de respeito pela sã concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde.
- vii. É precisamente neste dever de respeito pela sã concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde que o caso em apreço deve ser analisado, uma vez que o nome em chinês do estabelecimento em causa visa, mesmo que indirectamente, fazer com que os consumidores dos serviços por ele oferecidos o prefiram, em detrimento dos seus concorrentes.
- viii. A Recorrente contenciosa, ora Recorrida, conhecedora da importância dos tons na língua chinesa, jogou com a tonalidade dos caracteres de forma a elogiar a sua clínica dentária, dando a entender que aquele estabelecimento prestador de cuidados de saúde presta serviços excepcionais e de grande qualidade e, bem assim, que os serviços ali prestados são superiores aos das outras clínicas.
- ix. E tudo isso é conseguido pelo facto do nome em chinês do estabelecimento prestador de cuidados de saúde conter a palavra “B” que, apesar de não ser habitualmente utilizada na escrita da

língua chinesa, tem a mesma tonalidade da palavra “B”, que significa "excelente", "prioridade" e "superação".

- x. O uso da palavra “B” faz com que haja um exagero na qualidade do serviço que o estabelecimento da ora Recorrida pretende prestar e esse exagero tem o potencial de influenciar e de induzir em erro os potenciais utentes, o que legitima a aplicação do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro.
- xi. É pela designação comercial que o estabelecimento se dá a conhecer ao público e é à volta dessa designação que gravita toda a publicidade que será feita a esse estabelecimento, como é disso prova o presente caso.
- xii. A publicidade, enquanto instrumento de promoção do consumo, deve respeitar os direitos dos consumidores, nomeadamente o direito a uma informação correcta, verdadeira, completa e inteligível sobre o prestador de cuidados de saúde, bem como o dever de respeito pela sã concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde, o que claramente não é respeitado pela ora Recorrida ao utilizar na designação chinesa do estabelecimento a palavra “B”.
- xiii. A relação estabelecida entre os prestadores de cuidados de saúde e os seus utentes deve pautar-se pela verdade, completude e transparência, devendo tais características manifestar-se em todos os momentos da relação, incluindo os que antecedem a própria prestação de cuidados de saúde, onde obviamente se inclui a actividade publicitária que tem em vista a captação da clientela.
- xiv. E no caso *sub judice* a captação da clientela é susceptível de ser conseguida através do próprio nome em chinês do estabelecimento prestador de cuidados de saúde, pois este, como bem reconhece a sentença recorrida na página 13, contém expressões elogiosas, em clara violação do consagrado no n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro.
- xv. A aludida norma legal é clara ao impor a proibição de toda a publicidade elogiosa, mesmo aquela que se apresente dissimulada, norma essa que deve ser sempre respeitada, independentemente de

estar em causa a publicidade aos anúncios da actividade, aos reclamos e às tabuletas utilizados nos consultórios ou nos estabelecimentos ou a qualquer outro suporte publicitário.

- xvi. O n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, consagra um princípio geral aplicável à actividade publicitária promovida através de todo e qualquer suporte publicitário.
- xvii. Torna-se, pois, manifesto o erro de julgamento incorrido pelo Tribunal *a quo* ao considerar que a publicidade elogiosa proibida pelo n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, não constitui uma exigência acrescentada aos elementos referidos no n.º 2 desse mesmo artigo.
- viii. Incorreu, igualmente, o Tribunal *a quo* em erro de julgamento ao decidir que *“se a norma especial prevista no artigo 26.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, não tem aplicação, muito menos as normas gerais reguladoras da actividade publicitária em geral podem ser chamadas à colação no caso dos autos”* (cfr. página 15 da sentença recorrida).
- xix. Com óbvia ressalva do muito respeito devido, o caso em apreço deve ser analisado à luz da norma especial do n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro, bem como das normas gerais que regulam a actividade publicitária ínsitas na Lei n.º 7/89/M, de 4 de Setembro, sob pena de se incorrer numa má interpretação dos normativos legais que na RAEM regulam a matéria relativa à actividade publicitária na área da saúde.
- xx. Ao assim não ter entendido, incorreu o Tribunal *a quo* em erro de julgamento.

Nestes termos e nos melhores de direito, sempre com o douto suprimento de V. Exas., deve o presente recurso jurisdicional ser julgado procedente, por provado, e ser revogada a sentença recorrida, com as demais consequências legais.

Assim, estarão Vossas Excelências,

Senhores Venerandos Juizes,

Fazendo a boa e sã

JUSTIÇA!

Ao recurso jurisdicional não respondeu a particular recorrida..

Subidos os autos a esta segunda instância e devidamente tramitados, o Ministério Público emitiu oportunamente em sede de vista o seu douto parecer, pugnando pela improcedência do recurso.

Foram colhidos os vistos, cumpre conhecer.

II

Antes de mais, é de salientar a doutrina do saudoso PROFESSOR JOSÉ ALBERTO DOS REIS de que “*quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão*” (in *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO*, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, 1984, pág. 143).

Conforme resulta do disposto nos artºs 563º/2, 567º e 589º/3 do CPC, ex vi dos artºs 1º e 149º/1 do CPAC, são as conclusões do recurso que delimitam o seu objecto, salvas as questões cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras e as que sejam de conhecimento oficioso.

In casu, não há questões que nos cumpre conhecer *ex officio*.

O recurso contencioso de anulação tem por objecto o despacho do Director dos Serviços de Saúde que, em sede de recurso hierárquico necessário, manteve o despacho do Subdirector dos mesmos serviços que indeferiu o pedido de uso de um anúncio dos serviços no estabelecimento de que é titular a particular ora recorrida A, com fundamento de que o próprio nome do estabelecimento, utilizado no anúncio, contém conteúdo elogioso, o que é proibido pelo artº 26º/3 do Decreto-Lei nº 84/90/M

Em sede de decisão do contencioso de anulação, não tendo emitido qualquer juízo valorativo quanto ao carácter elogioso ou não da própria designação B, o Tribunal *a quo* anulou o acto administrativo recorrido com fundamento de que a publicidade elogiada proibida não constitui uma exigência acrescentada aos elementos já referidos no artº 26º/2 do mesmo decreto, nomeadamente, a designação do estabelecimento, que tendo sido objecto da aprovação no anterior procedimento do licenciamento do estabelecimento, não podia voltar a ser objecto de uma nova verificação autónoma, em sede da fiscalização da regularidade dos reclamos ou tabuletas a serem colocados.

Em face do teor das conclusões tecidas nas alegações do recurso jurisdicional, a única questão que a recorrente vem suscitar aqui é o erro na interpretação do artº 26º/2 e 3 cometido pela sentença recorrida.

A este propósito, o Ministério Público emitiu em sede da vista o seu parecer:

Nas alegações do presente recurso jurisdicional, o Sr. Director dos SSM assacou, à douda sentença *in quaestio* que traduz em anular o acto impugnado no correspondente recurso contencioso, a violação do n.º3 do art.26º do D.L. n.º84/90/M e das normas gerais que regulam a actividade publicitária ínsitas na Lei n.º7/89/M.

*

A título de “Publicidade”, o art.26º do D.L. n.º84/90/M prevê:

1. As cartas, envelopes, receitas e outros documentos ou papéis utilizados pelos profissionais ou entidades licenciadas ao abrigo deste diploma deverão conter, em português e em chinês, além do nome ou da denominação adoptada, a indicação da profissão ou da actividade exercida tal como consta da licença ou do alvará.

2. Os anúncios da actividade, os reclamos e as tabuletas utilizados nos consultórios ou estabelecimentos apenas poderão conter: a) O nome do profissional ou a designação do estabelecimento; b) A indicação da profissão ou da actividade exercida, tal como consta da licença ou alvará; c) O horário de funcionamento ou atendimento; d) A indicação do grau académico ou profissional de que o titular da licença ou alvará seja titular.

3. É proibida toda a publicidade elogiosa, mesmo aquela que se apresente dissimulada.

Salvo merecido e elevado respeito, não podemos acompanhar a tese do MMº Juiz *a quo*, no sentido de que a publicidade proibida referida no n.º3 só se deve reportar a outros elementos não mencionados no n.º2. Ou seja, a proibição prescrita no n.º3 do art.26.º acima citado não se aplica aos elementos mencionados no n.º2 do mesmo preceito.

Na nossa modesta opinião, os n.º2 e n.º3 desempenham diferentes funções: o n.º2 elenca positivamente o limite máximo dos elementos que podem constar dos anúncios da actividade, dos reclamos e das tabuletas utilizados nos consultórios ou estabelecimentos, por seu turno, o n.º3 estabelece uma proibição genérica que, por natureza das coisas, se aplica a quaisquer meios e/ou elementos publicitários, inclusive todos os itens enunciados no n.º2, sob pena de os quais poderem ser elogiosos.

De outro lado, o art.2º do D.L. n.º84/90/M determina imperativa e categoricamente: A prestação de cuidados de saúde pelos profissionais e pelas entidades referidas no artigo anterior é uma actividade de interesse público que faz parte integrante do sistema de saúde do Território.

Importa ter presente que este art.2º não tem preceito congénere no D.L. n.º30/95/M, todavia, cujo art.16º prescreve a genérica aplicabilidade à publicidade de medicamentos dos princípios e regras constantes da Lei n.º7/89/M que estabelece o regime geral da actividade publicitária.

Em virtude da supremacia do interesse público, inclinamos a extrair que a publicidade prescrita no art.26º do D.L. n.º84/90/M deve ser mais exigente do que a regulamentada no D.L. n.º30/95/M, por isso, os princípios consignados nos arts.3.º a 6º da Lei n.º7/89/M regem igualmente a publicidade disciplinada no art.26º do D.L. n.º84/90/M.

Nesta linha de raciocínio, e sem embargo do respeito pelo melhor entendimento em sentido diferente, afigura-se-nos que a sentença em escrutínio incorre na errada aplicação e interpretação da disposição no n.º3 do art.26º do D.L. n.º84/90/M, portanto deve ser revogada.

Nos termos do princípio do duplo grau de jurisdição, opinamos que incumbe ao MMº Juiz *a quo* conhecer dos restantes vícios arrojados na petição inicial. O que implica a baixa dos autos.

Por todo o expendido acima, propendemos pelo *provimento* do presente recurso jurisdicional.

Ora, estamos inteiramente de acordo com o Douto parecer do Ministério Público na parte que defende a interpretação do normativo do nº 3 do artº 26º/3 do Decreto-Lei nº 84/90/M no sentido de que a proibição aí estabelecida se deve aplicar aos elementos mencionados no seu nº 2.

Todavia, nem por isso o presente recurso jurisdicional não merece provimento.

Pois, tal observou e bem o Tribunal *a quo*, o carácter elogioso do próprio nome da clínica deve ser objecto de controlo *a montante* em sede nos procedimentos administrativos de licenciamento

inicial do estabelecimento e/ou das sucessivas renovações da licença, e não a jusante agora em sede do controlo do conteúdo do anúncio de publicidade que a ora recorrida pretendia afixar nas instalações da clínica.

Portanto, enquanto válida a licença da clínica, donde consta o nome do estabelecimento, o uso desse nome para a publicidade dos serviços que a clínica se encontra licenciada para prestar não pode ser impedido com fundamento no seu carácter elogioso.

Resumindo e concluindo:

4. O normativo do nº 3 do artº 26º do Decreto-Lei nº 84/90/M deve ser interpretado no sentido de que a proibição aí estabelecida se deve aplicar aos elementos mencionados no seu nº 2.
5. O carácter elogioso do próprio nome da clínica deve ser objecto de controlo *a montante* em sede nos procedimentos administrativos de licenciamento inicial do estabelecimento e/ou das sucessivas renovações da licença, e não *a jusante* em sede do controlo do conteúdo do anúncio de publicidade que o titular do estabelecimento pretende afixar nas instalações da clínica.
6. Enquanto válida a licença da clínica, donde consta o nome do estabelecimento, o uso desse nome para a publicidade dos serviços que a clínica se encontra licenciada para prestar não pode ser impedido com fundamento no seu carácter elogioso.

Tudo visto resta decidir.

III

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam negar provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida no sentido de anulação do acto recorrido.

Sem custas por isenção subjectiva do recorrente.

Notifique.

RAEM, 10MAR2022

Lai Kin Hong

Fong Man Chong

Ho Wai Neng

Mai Man Ieng