

COMISSÃO DE APELO

Procº. Nº 11J/2020

Recorrente
BGP PRODUCTS, UNIPESSOAL, LDA.
vs.
BENE FARMACÊUTICA, LDA.

Relatório

Veio **BGP Products, Unipessoal, Lda.**, recorrer da deliberação da Primeira Secção do Júri de Ética da ARP que decidiu a queixa contra si apresentada por **Bene Farmacêutica Lda.**, sociedade com sede na Avenida Dom João II, Edifício Atlantis, n.º 44C, 1.º, 1990-095, Lisboa, Portugal.

A deliberação recorrida é do seguinte teor:

“ delibera a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida, relativa ao produto “Brufenon”, veiculada nos suportes vídeo (televisão) se encontra desconforme com os artigos 6.º e 11º do Código da Publicidade, os artigos 4.º e 9.º do Código de Conduta da ARP e a alínea c), do n.º 3 do artigo 150.º do Estatuto do Medicamento, pelo que não deverá ser repostos (considerando que o mesmo foi retirado por razões comerciais conforme alegado) - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.”

Alegou a recorrente:

1. O anúncio televisivo referido na Primeira Parte da Decisão, objeto do presente recurso, já não se encontra no ar desde o dia 27 de Dezembro 2020 por razões comerciais, tal como decorre da declaração emitida pela Agência de Meios enviada pela BGP à ARP, por e-mail de 13 de janeiro de 2021;

2. A Decisão, o Júri de Ética da ARP (página 13) que se baseia na conclusão que *"o anúncio transmitido na televisão é susceptível de enganar o consumidor médio em termos da origem comercial do produto (Brufen + Ben-u-ron), e dos direitos de propriedade industrial, e aí viola os artigos 6.º e 11.º do Código da Publicidade, os artigos 4.º e 9.º do Código de Conduta da ARP e o parágrafo 150.º, n.º 3, a. c) do Estatuto do Medicamento"*, não está correta e apresenta fragilidades em várias vertentes, contaminando a Decisão no seu todo;

3. Em tal Decisão (i) Não se especifica qual o elemento do anúncio que é considerado enganador; (ii) A avaliação feita, não tem em conta os argumentos relevantes para o apuramento do verdadeiro contexto, veiculados pela BGP, em particular que o Infarmed avaliou que não há risco de que o nome do BRUFENON possa ser confundido pelos doentes com outros medicamentos; (iii) Por outro lado, teve-se em conta informações ou que não eram relevantes ou que não são aplicáveis à avaliação, tais como declarações feitas por não-consumidores num contexto irrelevante; (iv) Tiram-se conclusões incorrectas, em particular da prova apresentada pela Bene na sua queixa que não têm relevância sobre a forma como um consumidor médio entenderia o anúncio; (v) Não é feita uma análise detalhada de todos os elementos e do contexto específico do anúncio televisivo relevante, que deveria revelar que o Júri de Ética analisou e avaliou minuciosamente o peso de todos os elementos, mas não, em vez disso, foram ignorados vários elementos e argumentos que evitam qualquer tipo de mal-entendido por parte do consumidor médio; (vi) São tiradas conclusões baseadas em pressupostos que não se baseiam em qualquer facto provado pela Bene, e que estão fora do escopo da

competência do Júri de Ética, designadamente quando refere "*o anúncio transmitido na televisão (...) é suscetível de induzir o consumidor médio em erro quanto (...) direitos de propriedade industrial*" – Decisão pág. 13;

4. O objeto da ARP enquanto associação de direito privado é a prossecução dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial - artigo 4º dos Estatutos da ARP - e a competência do Júri de Ética restringe-se a matérias relativas à publicidade e outras formas de comunicação comercial - artigo 30º dos mesmos Estatutos;

5. Por conseguinte, encontra-se fora do âmbito da competência do Júri de Ética rever actos administrativos do Infarmed, a autoridade competente no que respeita o nome de medicamentos, designadamente, se determinado nome é ou não passível de confusão com o nome de outros medicamentos;

6. Os medicamentos de referência e os medicamentos genéricos coexistem há cerca de 31 anos (desde o Decreto-Lei 81/1990 de 12 de Março) - o Júri de Ética ignora, mas não podia ignorar, que neste mercado muito particular, esta coexistência legal foi previamente aprovada pelo Infarmed o que não deve ser confundido com publicidade enganosa;

7. o anúncio televisivo ao BRUFENON menciona as duas substâncias ativas contidas no BRUFENON, o Ibuprofeno e o Paracetamol, substâncias ativas essas, muito bem conhecidas dos consumidores, (como resulta da prova levada ao processo pela Bene), as quais são exibidas de uma forma preponderante e muito clara que captava a atenção do telespectador;

8. O Paracetamol é uma designação genérica de um medicamento, designada por Denominação Comum Internacional ("DCI"), trata-se de um nome que não está sujeito a direitos de propriedade – tem que se ter em conta que o consumidor médio vive nesse contexto, facto relevante que a Decisão recorrida não considera;

9. É indiscutível que existe uma confiança significativa dos consumidores na marca "Brufen", tal facto é admitido na Decisão e que o

nome do produto e a embalagem do produto BRUFENON tem fortes ligações ao Brufen - O facto da palavra "*confiança*" ser utilizada no anúncio televisivo não permite concluir que o consumidor médio faz uma associação a quaisquer outros produtos apenas porque também podem gozar da confiança dos consumidores;

10. O Júri de Ética teve em consideração erroneamente que o que foi dito por jornalistas num programa de televisão da SIC Radical, chamado "Irritações", como a visão do consumidor médio - Os participantes no programa "Irritações" não representam "*consumidores médios*", nem sequer "*consumidores*" na aceção da lei;

11. Os jornalistas do referido programa de televisão tal como identificados no artigo 31 da queixa da Bene, não se qualificam como consumidores, são todos profissionais da comunicação social e foi nessa qualidade que participaram no programa "Irritações", estão fora do escopo da definição legal de consumidor;

12. O argumento da Bene seguido na Decisão do Júri de Ética de que o nome e o contexto do anúncio do BRUFENON, tal como exibido na publicidade na TV poderia alegadamente induzir em erro ou confundir o consumidor médio "em relação ao Ben-u-ron" não tem qualquer justificação, o que resulta claramente do design, do nome BRUFENON no qual prepondera o nome do BRUFEN, conforme da imagem reproduzida, imagem essa utilizada pela BGP não só na embalagem BRUFEN mas também noutros produtos da BGP e do grupo Mylan (agora Viatris) cuja imagem comercial e de outros produtos é totalmente ou predominantemente em azul claro;

13. Na sua queixa, a Bene não alegou, nem podia alegar, qualquer violação dos seus direitos de propriedade industrial, nem apresentou quaisquer factos, explicações ou provas relativas à existência de quaisquer direitos de propriedade industrial (que rejeitamos), por isso não se vislumbra de que forma os consumidores poderiam ser induzidos em erro sobre "direitos de propriedade industrial", e por que razão as

declarações na campanha televisiva Brufenon que são objecto do presente processo têm qualquer relevância neste contexto - Consequentemente, não existe qualquer base para qualquer conclusão do Júri de Ética da ARP no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual;

14. A fim de verificar se um determinado anúncio contém publicidade enganosa, é necessário verificar se, como mencionado na lei, induz ou é suscetível de induzir o consumidor em erro, criando confusão com qualquer produto que conduza ou seja capaz de levar o consumidor a tomar uma decisão de fazer uma transação que de outra forma não seria levada a cabo – este julgamento exige que o interprete utilize o conceito de consumidor médio e tenha em conta o contexto da transação;

15. O "consumidor médio" a ter em conta deve ser flexível, por forma a abranger vários sub-tipos, como o consumidor profissional e o especializado ou o mais atento, nos produtos de preço muito elevado, ou o menos diligente, no caso de produtos de preço baixo ou de largo consumo;

16. O BRUFENON é um medicamento não sujeito a receita médica, não participado pelo SNS, cuja publicidade está sujeita a regras específicas, no que respeita o respetivo conteúdo, nos termos do artigo 153º do EM, que impõe que informação específica obrigatória seja fornecida ao público e à fiscalização do Infarmed quanto ao cumprimento das normas aplicáveis à publicidade de medicamentos (incluindo a suscetibilidade de ser enganosa – artigo 153º nº 3 alínea c) do EM), devendo todos os materiais publicitários sido remetidos para a plataforma do Infarmed – GPUB;

17. A publicidade a medicamentos, passa, portanto, por um crivo especialmente apertado e está sujeita à fiscalização do Infarmed, a entidade que melhor conhece o mercado;

18. Por outro lado, os medicamentos para uso humano só podem ser adquiridos em farmácias ou em locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica, nos termos do disposto no artigo 79º do EM - As

transações sobre medicamentos para uso humano são permitidas, apenas em circuito fechado constituído por entidades licenciadas, apenas as farmácias e os locais de venda de medicamentos não sujeitos a receita médica, podem adquirir medicamentos nesse circuito fechado e vendê-los ao público, não há transação legal relativa a um medicamento para uso humano, sem a intermediação de um profissional de saúde ou de um técnico de farmácia – a Decisão do Júri devia ter tido, este fator fundamental, em consideração;

21. A publicidade televisiva ao BRUFENON que contém as substâncias ativas Ibuprofeno e Paracetamol, contendo a informações obrigatórias (artigo 150.º n. 3 a) e 153.º do Estatuto do Medicamento) não é enganosa, pelo seu conteúdo mas também porque o consumidor médio sabe que o medicamento publicitado é única e exclusivamente vendido num ambiente cauteloso e regulamentado - a farmácia ou o local de venda de MNSRM - não é suscetível de induzir o consumidor médio em erro;

22. O ambiente especialmente cauteloso em que a transacção tem lugar impedirá que ocorra erro, portanto, a publicidade em análise, também por essa razão não é enganosa e cumpre o disposto nos artigos 6º e 11º do Código da Publicidade (e o artigo 7º do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março), assim como o artigo 150º n. 3 c), do EM.

Neste termos, solicita-se a V.Exas que doutamente decidam a revogação da Decisão do Júri de Ética proferida no caso em apreço na parte recorrida pela ora recorrente, a BGP, porque infundada e desprovida de fundamento material e normativo.

Contra-alegou a recorrida invocando:

1.ENQUADRAMENTO

1. Este Recurso surge na sequência de uma Queixa apresentada pela bene contra a BGP, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, relativamente a uma campanha publicitária, difundida junto do público em geral e junto de profissionais de saúde, em diversos

suportes, nomeadamente, em formato digital, televisão e rádio, que visa a promoção do lançamento do medicamento Brufenon, na qual a bene alegou que a campanha publicitária é enganadora e desleal porque:

(i). Os consumidores são induzidos, erradamente, a acreditar que o medicamento Brufenon está associado ou relacionado com a marca e com o medicamento Ben-u-ron.

(ii). Cria a confusão com os produtos e com as marcas de um concorrente - o medicamento Ben-u-ron, comercializado sob a mesma marca pela bene.

(iii). Induz em erro o consumidor em relação aos direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual da BGP.

2. A Exma. 1.^a Secção concluiu, e bem, no sentido de que a comunicação comercial relativa ao medicamento Brufenon veiculada na televisão é enganosa, pois é susceptível de induzir o consumidor médio em erro quanto à origem comercial do produto e direitos de propriedade industrial, pelo que viola os artigos 6^o e 11^o do Código da Publicidade, os artigos 4^o e 9^o do Código de Conduta da ARP e a alínea c) do n.º 3 do artigo 150.º do Estatuto do Medicamento, pelo que não deverá ser repostos - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for.

3. A BGP, não contente com a decisão, veio apresentar Recurso, procurando, através da argumentação que já havia apresentado em sede de Contestação de Queixa, que esta Exma. Comissão de Apelo considere que o anúncio televisivo que ora se discute – ainda que não esteja, no presente momento a ser divulgado - não é suscetível de induzir o consumidor médio em erro, seja quanto à origem comercial do produto, seja quanto aos direitos de propriedade industrial da BGP.

4. Vê-se assim a aqui Recorrida bene obrigada a apresentar Contestação de Recurso e, assim, orientar o melhor entendimento desta Ilustre Comissão, impugnando tudo quanto alegado pela BGP e procurando prevenir quaisquer novas tentativas de reposição da campanha publicitária aqui em discussão.

5. Afinal, os factos, bem como o respetivo enquadramento legal e ético, porque simples e de sintética explicação, poderão ser resumidos em breves articulados e conduzidos à apreciação desta Comissão, que decerto reconhecerá razão à bene, por compreender que a posição da BGP carece de qualquer fundamento.

2. DO ERRO RELATIVAMENTE À ORIGEM DO BRUFENON E AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL DA BGP

6. A BGP apresenta como motivação para este Recurso o facto de a decisão da 1.^a Secção ter considerado que o anúncio televisivo que promove o medicamento Brufenon é *“susceptível de enganar o consumidor médio em termos de origem comercial do produto (Brufen + Ben-u-ron), e dos direitos de propriedade industrial”* – página 13 da Decisão.

a. Do nome Brufenon e dos pareceres da ARP

7. Tal como apresentado na Contestação, a BGP invoca, de forma exaustiva, que o nome do medicamento Brufenon foi aprovado pelo Infarmed aquando da avaliação do respetivo pedido de Autorização de Introdução no Mercado (“AIM”), alegando que o objeto da ARP, enquanto associação de direito privado, é a prossecução dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial, estando as competências do Júri de Ética circunscritas a matérias relativas a publicidade e outras formas de comunicação comercial; estando fora do âmbito das suas competências rever atos administrativos do Infarmed, no que respeita ao nome de medicamentos e se estes são ou não passíveis de confusão com o nome de outros medicamentos.

8. Ora, em primeiro lugar, e após uma leitura atenta da decisão da 1.^a Secção, a bene não consegue decifrar em que momento a 1.^a Secção procedeu à revisão do ato administrativo do Infarmed que aprovou o nome do medicamento Brufenon.

9. Se assim fosse, o Exmo. Júri de Ética teria procedido à introdução de alterações na AIM de que a BGP é titular, o que de modo algum sucedeu.

10. O que se discute, e tem vindo a ser discutido desde a Queixa apresentada pela bene, é uma campanha publicitária que, infelizmente, viola, entre outras normas legais, determinados princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial, a qual merece, por isso, toda a atenção do Júri de Ética da ARP.

11. Afinal, como bem se salienta em decisões anteriores, em sede de competência do Júri de Ética da ARP, uma campanha publicitária – seja de que produto for - é sempre analisada no seu todo, “*com base no Código de Conduta da ARP, no Código da Publicidade e nos normativos nacionais e europeus aplicáveis ao caso concreto*”¹ e independentemente dos antecedentes da introdução do produto no mercado.

12. Os antecedentes, de que é exemplo uma AIM, podem ser boas orientações para a análise do contexto publicitário; no entanto, não podem, nem devem, servir para desresponsabilizar os intervenientes do mercado, como parece pretender a BGP.

13. Consequentemente, pedir que o Júri de Ética da ARP ignore a presente campanha publicitária por o nome do medicamento Brufenon ter sido aprovado pelo Infarmed seria, sim, um atentado às competências deste Júri.

14. Em segundo lugar, é impossível para a bene ficar indiferente à posição adotada pela BGP face à aprovação do nome Brufenon por parte do Infarmed.

15. Se, por um lado, a BGP parece assumir que, pelo facto do nome Brufenon ter sido aprovado pelo Infarmed, pode fazer deste o uso que bem

¹ Extracto de Acta do Júri de Ética da ARP, de 20 de outubro de 2020, no âmbito do Processo n.º 7J/2020, disponível para consulta em www.auto-regulacaopublicitaria.pt

entender, acabando por desconsiderar o anúncio televisivo que ora se discute;

16. Por outro lado, a verdade é que a BGP submeteu à apreciação da ARP a publicidade, ou parte desta, em questão.

17. Assim, a bene não consegue deixar de se questionar do seguinte:

– Se a BGP estava segura do uso que podia fazer do nome Brufenon e da publicidade que poderia desenvolver em torno deste medicamento, porque foi submeter à apreciação da ARP a publicidade alvo dos pareceres juntos à Contestação apresentada pela BGP?

– Mais, porque veio a BGP na sua Contestação à Queixa alegar que esta campanha estava suportada nos tais pareceres que resultaram da apreciação da ARP?

18. É verdade que o Infarmed deve, aquando a aprovação do nome de determinado medicamento, guiar-se pela Resolução 144/CD/2012 de 08/11/2012 que aprova a “*norma orientadora para aceitação de nomes de medicamentos*”.

19. Contudo, também é verdade que desta norma orientadora resulta que:

- “*A verificação se a utilização de um nome de fantasia pode ou não constituir violação dos direitos de propriedade intelectual de terceiros, não é da responsabilidade do Infarmed, pelo que não será considerada na avaliação dos nomes propostos*”.

20. O que poderá também significar que a aprovação do nome de um medicamento pelo Infarmed não corresponde, necessariamente, à circunstância do mesmo não gerar confusão ou erro pela forma de promoção do medicamento em questão.

21. Sem prejuízo destas considerações, e de todas as questões suscitadas no âmbito do lançamento do medicamento Brufenon e da campanha publicitária que promoveu esse mesmo lançamento, – que, como a BGP sabe, também estão a ser discutidas junto do Tribunal de

Propriedade Intelectual e do Infarmed – o que parece evidente para a bene é que, ainda que o nome Brufenon tenha sido aprovado pelo Infarmed, por não ser passível de gerar confusão com outros medicamentos - a campanha em questão, em conjugação com o nome e pela forma como está construída, acaba por fazer isso mesmo, tal como referiu, e bem, a 1.^a Secção na sua decisão.

22. Com efeito, uma análise clara, como a BGP pediu no seu Recurso, exige que a ARP analise este anúncio televisivo de forma holística, e não que se foque isoladamente no nome do medicamento Brufenon.

23. Assim, a bene entende que a 1.^a Secção andou bem quando avaliou e suspendeu o anúncio televisivo como um todo, tendo considerado que o mesmo, também devido às alegações “*a marca em que confia*” e “*a união faz a diferença*”, estava assente e suportado em marcas, sendo enganador para um consumidor médio, quer em relação à origem do Brufenon, quer em relação aos direitos de propriedade industrial da BGP.

24. E não é a primeira vez que o faz.

25. De uma consulta pública às deliberações presentes no *website*: www.auto-regulacaopublicitaria.pt, a bene concluiu que o Júri de Ética já se pronunciou no mesmo sentido em decisões anteriores.

26. A título exemplificativo, vejam-se os seguintes casos: (i) “Consulta 2J/2020 – MEDINFAR vs. FARMINVESTE E BAYER Portugal”; (ii) “Consulta 6J/2020 – DECO vs. MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, SA” e (iii) “Consulta 5J/2020 – Pessoa Singular vs. SOLINCA – Health & Fitness, SA.”.

27. Nos três exemplos acima referidos o Júri de Ética da ARP deliberou que a divulgação dos conteúdos publicitários sob discussão deveria cessar de imediato e não deveria ser reposta – quer na sua totalidade, quer em termos parciais.

28. Adicionalmente, a bene sente-se no dever de esclarecer esta Exma. Comissão de Apelo que, ainda que o Infarmed tenha aprovado o nome deste medicamento, é impossível que tenha antecipado ou equacionado, até porque não precisava, a publicidade enganosa que pudesse vir a ser desenvolvida sobre o mesmo.

29. Em linha com os argumentos da Queixa apresentada pela bene nos artigos 12º a 18º (“Da designação imagem e fonética do Brufenon”), também contribui para este erro a forma como o interlocutor do anúncio televisivo apresenta e pronuncia o nome “Brufenon”, isto é, da mesma forma que se lê e que se pronuncia “Ben-u-ron”.

30. Como tal, parece-nos insuficiente que a BGP se tente refugiar na aprovação do nome pelo Infarmed para justificar a campanha ora desenvolvida.

31. A BGP refere ainda no artigo 46.º do seu Recurso que “*O BRUFENON é um medicamento (...), devendo todos os materiais publicitários ser remetidos para a plataforma do Infarmed – GPUB; concluindo no artigo 47º deste mesmo recurso que “a publicidade a medicamentos, passa, portanto, por um crivo especialmente apertado e à fiscalização do Infarmed, a entidade que melhor conhece o mercado”.*

32. A este propósito, a bene considera pertinente referir que o sistema de gestão de publicidade de medicamentos do Infarmed (GPUB) apenas exige que os titulares de AIM notifiquem o Infarmed das peças publicitárias que pretendam divulgar, para efeitos de registo e apreciação.

33. Contudo, o que é registado e apreciado é a notificação em si, e não o conteúdo das peças publicitárias.

34. Da leitura do artigo 46.º do Recurso da BGP podemos ficar com a ideia de que o Infarmed analisou e aprovou presente campanha, por estar conforme com a legislação aplicável à publicidade de medicamentos.

35. Contudo, tal não aconteceu, nem é verdade.

36. Para facilitar a compreensão deste sistema, a bene apresenta um *print screen* do formulário de notificação disponível no GPUB:

Nova Notificação

Dados da Peça Publicitária	
Medicamento(s)*:	
Nome Comercial:	<input type="text"/>
Nome do Representante Legal (quando diferente do titular de AIM):	<input type="text"/>
Entidade Responsável pela Promoção*:	<input type="text"/>
Nome da Peça:	<input type="text"/>
Código Interno:	<input type="text"/>
Descrição da Peça:	<input type="text"/>
Campanha*:	
<input type="text" value="Esta peça não faz parte de uma campanha. v"/>	Criar Nova: <input type="text"/>
	<input type="button" value="Criar"/>
	<input type="button" value="Cancelar"/> <input type="button" value="Criar Notificação >"/>

Difusão da Peça Publicitária
<input type="text"/>

Documentos de Suporte
O ficheiro não pode exceder 10MB. Só pode submeter documentos depois de criar a notificação.

37. Ora, ainda que este formulário possa requerer a divulgação de determinada informação (nome comercial do medicamento, nome do representante legal, etc.) não exige, de forma alguma, a submissão das peças publicitárias a divulgar.

38. E, mesmo que a BGP, por sua iniciativa, tenha submetido o conteúdo da presente campanha no GPUB, que desde já questionamos, nada nos garante que, tal como aconteceu nas peças que foram submetidas inicialmente à apreciação da ARP, a BGP tenha notificado o Infarmed da campanha que efetivamente foi difundida.

39. Como a 1.^a Secção referiu, a BGP “procurou munir-se, antes da apresentação da campanha publicitaria em televisão, de pareceres da ARP, porém existe uma diferença substancial entre o storyboard que foi objeto de parecer e o anúncio que foi transmitidos neste meio publicitário”

40. Não obstante, e não estando implementado um processo de aprovação a respeito de materiais promocionais junto do Infarmed, é impossível concluir-se que este anúncio televisivo foi avaliado e aprovado pelo Infarmed.

41. Por outro lado, é com alguma curiosidade que a bene reparou que, apesar do medicamento “Brufenon” ser comercializado em diversos países, apenas em Portugal assume esta designação.

42. Assim, e tal como resulta do Folheto Informativo junto à Contestação de Queixa apresentada pela BGP, o medicamento em discussão apresenta, por país, as seguintes designações:

- Croácia: Imensa Duo 200 mg/500 mg filmom obložene tablete;
- Hungria: Brufen Plus 500 mg/ 200 mg filmtabletta;
- Polónia: Ibuprofen/Paracetamol Mylan;
- Portugal: Brufenon.

43. Ora, a bene não pode deixar de mencionar que esta não é, nem nunca foi, a prática deste sector. Como V.Exas. certamente compreenderão, uma estratégia comercial devidamente estruturada passa por adotar a mesma designação a todos os níveis, local e internacional, com o propósito de familiarizar tanto os consumidores como os intervenientes nesta cadeia de comercialização, evitando-se, tanto quanto possível, as barreiras fronteiriças e linguísticas.

44. A não ser que os responsáveis pela gestão e comercialização deste medicamento considerem que podem tirar partido de um determinado mercado através da utilização de um outro nome, como parece ter acontecido no presente caso.

45. Com este enquadramento, parece que a BGP decidiu adotar o nome Brufenon em Portugal com este mesmo propósito, isto é, de beneficiar do reconhecimento do medicamento Ben-u-ron e da marca bene.

46. Em linha com este argumento, também verificámos que a BGP não procedeu ao registo da marca Brufenon, o que, mais uma vez, foge à regra deste sector.

47. O que, a ter acontecido, sempre teria levado a bene a deduzir a devida oposição,

48. E, eventualmente, a evitar toda a discussão em que agora nos encontramos.

b. Dos direitos de propriedade industrial

49. Para tentar refutar o erro que existe a respeito dos direitos de propriedade industrial da BGP, a BGP, com o propósito de demonstrar a coexistência que existe entre os medicamentos genéricos e os medicamentos de referência, propôs-se, nos artigos 19 a 20 do Recurso, a fazer um exercício que a bene, até este momento, não conseguiu alcançar.

50. A verdade é que a bene não consegue compreender como os conceitos abordados e definidos no Recurso permitem evitar que se conclua pela não indução em erro quanto aos direitos de propriedade industrial da BGP.

51. Para a bene, e que parece não ter sido alcançado pela BGP, o que está em causa é os consumidores considerarem que o Brufenon ou a marca que o comercializa, a BGP, detém quaisquer direitos sobre o medicamento ou sobre a marca Ben-u-ron, o que não é verdade.

52. Porém, é inequívoco que, como o anúncio está construído, incluindo as respetivas alegações – i) “*A marca em que confia*” e ii) “*a união faz a diferença*” - os consumidores são levados a acreditar que o Brufenon está associado ou relacionado com a marca e com o medicamento Ben-u-ron, o que induz em erro tanto em relação à origem do Brufenon como aos direitos de propriedade industrial da BGP.

53. Neste sentido, consideramos irrelevante, como bem terá considerado o Ilustre Júri de Ética, a coexistência legal entre

medicamentos genéricos e medicamentos de referência para o presente caso.

54. Aliás, a BGP perde tempo a explicar como funciona esta indústria ao Júri de Ética da ARP, enquanto dá por garantido que os consumidores médios não são induzidos em erro.

55. A bene não tem como não considerar, e sublinhar, que este exercício é um tanto quanto incoerente e / ou inconsistente.

c. Dos Consumidores Médios

56. Por outro lado, e tal como já tinha feito anteriormente, a BGP discorda que os intervenientes no programa “irritações” possam ser considerados como consumidores médios - chegando mesmo a alegar que aqueles intervenientes nem consumidores são.

57. Para este efeito, a BGP perdeu tempo a invocar uma série de referências aos conceitos de “consumidor” e “consumidor médio”, sem, contudo, ter conseguido fazer a interpretação correta dos mesmos.

58. Com efeito, conseguir excluir os intervenientes do programa “irritações” como consumidores médios dos medicamentos em questão por serem jornalistas e estarem a atuar no âmbito profissional é, no mínimo, e perdoem-nos a expressão, descabido.

59. Perante tamanha confusão, a bene vê-se forçada a esclarecer alguns conceitos e, conseqüentemente, planos de análise, que a BGP parece estar a confundir.

60. É que, por um lado, a BGP reporta-se ao conceito de consumidor, conforme previsto na legislação de proteção do consumidor. Este conceito procura, simplesmente, determinar se perante determinada relação contratual, a parte tipicamente adquirente está a adquirir com um propósito não profissional, sendo por isso merecedora de uma abrangente proteção legal (i.e. um leque vasto de direitos, dada a sua posição enfraquecida na relação contratual).

61. Por outro lado, e baseando-se naquela noção de consumidor, a BGP reporta-se já ao conceito de consumidor médio, conforme previsto,

por exemplo, no enquadramento ético-legal da legislação em matéria publicitária. Este conceito, contrariamente ao anterior, é apenas uma *bitola* de avaliação, i.e., um conceito indeterminado que permite, de forma mais ou menos homogênea, integrar um padrão de conhecimento médio em relação aos produtos comercializados no mercado.

62. Aliás, recordando a definição que consta no Artigo 3 do Código de Conduta da ARP, o consumidor médio é aquele que *“possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência”*.

63. Isto significa, por outras palavras, que apesar de a BGP pretender fazer depender a noção de consumidor médio, enquanto padrão de análise, da noção de consumidor, patente da legislação de proteção do consumidor, estas nada têm que ver.

64. E, mesmo que tivessem, nunca seria nos termos que a BGP tenta demonstrar a esta avisada Comissão de Apelo. Senão vejamos.

65. A bene considera que é ponto assente que, conforme a BGP demonstra no seu Recurso, os intervenientes do programa “irritações” exercem a sua atividade no setor da comunicação social; pelo que não têm, nem podem ter, conhecimentos especializados em matéria de medicamentos.

66. Ou seja, não possuem qualquer grau razoável de experiência, conhecimento, capacidade de observação ou prudência relativamente a medicamentos, porque não é esse, justamente, o *core* da atividade profissional daqueles.

67. De qualquer forma, e por outro lado, a bene também considera importante esclarecer o seguinte: não tem qualquer importância, nesta sede, se a observação que é feita a respeito do Brufenon é-o no exercício da atividade profissional dos intervenientes.

68. Efetivamente, com esse raciocínio, a BGP demonstra não compreender os pressupostos da legislação de proteção do consumidor, a saber: os intervenientes do programa “irritações” só deixariam de ser

consumidores, para efeitos da legislação de proteção do consumidor se, eventualmente, adquirissem medicamentos com um propósito profissional/comercial, o que não é de todo o caso.

69. Por outro lado, os intervenientes só deixariam de ser consumidores, para efeitos de aferição do padrão de consumidor médio, se desenvolvessem, por exemplo, a sua atividade profissional no setor do fabrico de medicamentos, dispondo assim de um conhecimento especializado relativamente a estes produtos, o que também não se verifica.

70. Na opinião da bene, independentemente das considerações que a BGP fez deste programa ou dos seus intervenientes, resulta de forma evidente que estes últimos foram induzidos em erro, quando, de forma natural e espontânea, qualificaram o Brufenon como a junção do Brufen e do Ben-u-ron.

71. Assim, a bene também não entende como a BGP pode alegar que ficou por provar como seria este anúncio compreendido por um consumidor médio. Tal situação não poderia ter ficado melhor demonstrada do que com a apresentação do excerto do programa “irritações”.

d. Das Ações Enganosas

72. A BGP refere ainda que para se verificar se um anúncio é enganoso, nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei sobre Práticas Comerciais Desleais – “*Ações Enganosas*”, é necessário confirmar que induz ou é susceptível de induzir em erro o consumidor, criando confusão com qualquer produto que conduza ou seja capaz de levar o consumidor a tomar uma decisão de fazer uma transação que de outra forma não seria levada a cabo.

73. Concordamos com o normativo apresentado pela BGP. No entanto, não acompanhamos nem compreendemos o seguinte raciocínio da BGP: não vemos como a publicidade do Brufenon deixa de ser enganosa pelo facto dos consumidores saberem que os medicamentos

apenas podem ser adquiridos em farmácias e/ou noutros locais de venda apropriados.

74. A BGP faz uma extrapolação impossível quando diz que, por o Brufenon ser vendido neste ambiente cauteloso e regulamentado, os consumidores nunca seriam induzidos em erro.

75. Este argumento, levado às últimas consequências, significaria que em situação alguma poderia existir publicidade enganosa neste mercado, o que não corresponde à verdade, nem tão pouco ao entendimento da BGP. De outro modo, e lamentando a repetição, porque teria a BGP pedido apreciação da campanha do Brufenon à ARP?

76. No entender da bene, e *a contrário* do referido pelo BGP, parece difícil que um consumidor médio, após ver a campanha do Brufenon, se dirija a uma farmácia e solicite a junção de paracetamol e ibuprofeno, e não o medicamento Brufenon.

77. Para mais, e manifestando o consumidor vontade em adquirir o Brufenon, nem vemos como o responsável pela venda deste medicamento esteja obrigado a desmistificar a composição do Brufenon, o que retira qualquer fundamento às conclusões da BGP.

78. De todo o modo, para o normativo invocado pela BGP, o que importa é que esta confusão “*conduza ou seja capaz de levar o consumidor a tomar uma decisão de fazer uma transação*”, o que já aconteceu em todo o caso.

79. Assim, e tal como aconteceu com a discussão em torno do conceito de consumidor médio, a BGP foi capaz de apresentar determinadas normas e definições, mas não conseguiu fazer a leitura correta dos mesmos.

II – Apreciação do recurso.

Qualificação dos factos à luz das normas aplicáveis.

Constitui objecto do presente recurso a comunicação publicitária feita ao produto **BRUFENON**, através da promoção do lançamento deste medicamento e da concepção, produção e realização de campanha publicitária difundida junto do público em geral.

Trata-se de um medicamento não sujeito a receita médica, sendo o Grupo Mylan o titular da respectiva AIM com o n.º de registo 5787619.

Concretamente, o medicamento **BRUFENON** é apresentado como:

“A marca em que confia”; “a união faz a diferença” e “o melhor desempenho sem comprometer a segurança, atua em apenas cerca de 15 minutos, tem efeito prolongado entre 8 a 9 horas, mais eficácia sem aumentar os efeitos secundários das substâncias em separado”.

A apreciação jurídica da situação sub judice tem a ver com a aplicação ao caso dos seguintes normativos:

O artigo 6.º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-lei nº 330/90 de 23 de Outubro com as alterações legislativas posteriormente introduzidas, sendo a última a realizada pelo Decreto-lei nº 66/2015, de 29 de Abril, segundo o qual a publicidade deve reger-se pelos **princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.**

O artigo 11.º do Código da Publicidade, bem como pelo Estatuto do Medicamento, nos termos da alínea c), do n.º 3 do artigo 150º, que **proíbe a publicidade enganosa** e submete a actividade publicitária do medicamento

aos princípios gerais do Direito da Publicidade, podendo constituir uma prática comercial desleal nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

Por sua vez, o artigo 9.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, que prescreve: *“A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa e deve proscriver qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, direta ou indiretamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser suscetível de induzir, em erro o Consumidor, designadamente no que respeita a: características essenciais do Produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do Consumidor, como por exemplo: a natureza, a composição, o método e data de fabrico, campo de aplicação, eficácia e desempenho, quantidade, origem comercial ou geográfica ou impacto ambiental; direitos de propriedade intelectual, tais como direitos de autor, e direitos de propriedade industrial tais como patentes, marcas comerciais, desenhos e modelos e nomes comerciais”*.

Acresce que, nos termos do mesmo Código de Conduta, presume-se que o consumidor médio possui um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, e detém uma razoável capacidade de observação e prudência.

Consta concretamente do anúncio da TV em análise:

Em ambiente laboral (escritório em *open space*), surge uma figurante evidenciando padecer de mau estar e encontrar-se em visível sofrimento. Olha-se ao espelho da casa de banho, colocando simultaneamente a mão na testa.

Ouve-se em voz off:

“Dor de cabeça? O que costuma tomar?”

A marca em que confia traz-lhe uma inovação. Chegou o Brufenon!

A evolução científica demonstra que algo que dantes era impensável agora faz todo o sentido”.

Visualiza-se, de seguida, a imagem de um comprimido e posteriormente a da embalagem de Brufenon acompanhada de informação visual quanto à composição (misturada) do comprimido :Ibuprofeno (200mg) e Paracetamol (500mg)).

E de novo em voz off:

“Melhor desempenho sem comprometer a segurança. Brufenon actua em apenas cerca de 15 minutos. Tem um efeito prolongado entre 8 a 9 horas. Mais eficácia sem aumentar os efeitos secundários das substâncias em separado.

É o efeito Brufenon!”

Reaparece a protagonista a olhar-se no espelho, agora com um sorriso aberto de alívio, percebendo-se que o mau estar passou e que já se sente bem graças à ingestão e pronta eficácia do dito Brufenon.

A voz off conclui:

“A união faz a diferença!”

Por fim, é feita a exibição da embalagem do medicamento Brufenon.

Vejamos:

Importará saber, a respeito do carácter alegadamente enganador da exibição deste anúncio televisivo, qual a mensagem que poderá ser instintivamente apreendida pelo espectador por via da sua visualização, conjugada com a notoriedade das marcas de medicamentos que vêm imediatamente ao pensamento do público destinatário deste tipo de comunicação comercial.

Ora, o consumidor comum e razoavelmente informado, colocado perante a exposição das características do produto (medicamento que combate as “dores de cabeça”) anunciado nestes termos, centrar-se-á primordialmente na eficácia curativa que lhe garante a marca do medicamento – Brufenon -, sendo perfeitamente secundária e marginal a referência às suas substâncias

activas, bem como o que tem a ver com os denominados medicamentos genéricos.

O que irá reter, de imediato, em termos da sua impressão e convencimento, é que a marca Brufenon tem agora algo mais, em termos de eficácia curativa, do que o Brufen – marca que bem conhece -, vindo-lhe instintivamente à ideia outro medicamento comumente conhecido no combate às dores de cabeça, febre e mau estar em geral, o medicamento da marca Ben-u-ron.

Sendo as marcas Brufen e Ben-u-ron sobejamente conhecidas do público em geral, que as reconhece facilmente, associando-as imediatamente ao alívio das dores de cabeça e constipação, a expressão “*Brufenon*” contextualizada em torno da ideia de que a “*união faz a diferença*” induz o consumidor médio a pensar que tal produto congregará, por associação, os benefícios conjugados das duas marcas, juntando-as, num cenário à partida impensável, mas que fará agora, “*dada a evolução científica*”, todo o sentido.

Esta apreensão, natural e compreensível, – em detrimento da ideia (real e verdadeira) de que o que está em causa é afinal a simples conjugação de duas substâncias activas – é susceptível de gerar uma situação de engano no consumidor médio, levando-o a acreditar que o Brufenon, reunindo o *melhor de dois mundos* – a união da força curativa do Brufen e do Ben-u-ron – tem a ver com as duas marcas conjugadas ou em associação.

O que é totalmente falso e não deve, em momento algum, ser minimamente propiciado pelo anunciante, que daí retirará os inerentes benefícios em desfavor da sua concorrente.

Se a expressão “*Brufenon*”, por si só, é objectivamente susceptível de sugerir alguma relação com o Ben-u-ron – independentemente da inexistência de confundibilidade que, no plano da tutela dos direitos de propriedade industrial,

o Infarmed legitimamente considerou -, a alusão a que *“união que faz a diferença”* (em termos da *“força curativa”* do medicamento), reforça a acentuadamente essa hipotética ligação que não é verdadeira, nem deve passar como tal.

Repara-se que a expressão *“on”* não pode ter, para o consumidor, mais explicação aparente senão a associação ao nome *“ben-u-ron”*.

E, fora de qualquer dúvida, onde não há semelhança alguma é com a palavra *“paracetamol”*.

O consumidor, se quer compreender a mensagem publicitária que lhe é apresentada, só encontra saída no *“on”* de *“ben-u-ron”*.

E este, apesar de ser uma marca, presentemente é muito conotado com aquele substância activa.

Sustenta, em termos essenciais, a recorrente em sentido oposto:

- o Infarmed avaliou que não há risco de que o nome Brufenon possa ser confundido pelos doentes com outros medicamentos;
- não foi feita uma análise detalhada de todos os elementos e do contexto específico do anúncio televisivo relevante.
- a decisão não cumpre, os requisitos essenciais de uma análise e ético-decisão jurídica fundamentada.
- o anúncio menciona duas substâncias activas contidas no Brufenon, o Ibuprofeno e o Paracetamol, que são bem conhecidas dos consumidores e que são exibidas de forma preponderante e muito clara.

Vejamos:

1º - O que está em causa na apreciação da situação sub judice pela Comissão de Apelo da Associação da Auto Regulação Publicitária é a concepção, sentido, composição e concreta estrutura da mensagem publicitária difundida em relação ao produto Brufenon e, em especial, se a mesma é susceptível de gerar engano no consumidor médio, levando-o erroneamente a deduzir a existência de uma união entre as duas marcas (incluindo Brufen e Ben-u-ron).

Tal juízo (de natureza ético e jurídico) nada tem que ver com o normal exercício de competências por parte do Infarmed em matéria de proibição da confundibilidade entre as duas marcas (Brufenon e Ben-u-ron), no circunscrito âmbito do Direito da Propriedade Industrial.

Trata-se de dois planos de análise que não se contradizem, não colidem entre si, nem se confundem.

2º - O exame detalhado do anúncio – a que se procedeu - que nos leva a reputá-lo de potencialmente enganador para o consumidor médio resume-se basicamente no seguinte:

- é anunciada a chegada de um novo produto que combate as *“dores de cabeça”*;
- esta inovação científica tornou real o impensável;
- a mesma ter a ver com o *“efeito Brufenon”*;
- tal efeito resultará da inesperada união de duas forças, o que faz toda a diferença, acrescentando alguma coisa mais que o Brufen, por si só, não detinha.

De imediato é exibida a embalagem do produto, com a impressionante legenda *“Brufenon. A união faz a diferença”*.

União de quê, perguntará o consumidor médio?

E aí a ideia que o pode instintivamente assaltar é a que se trata de uma associação entre as duas marcas que tão bem conhece no combate às incómodas *“dores de cabeça e mau estar”*.

Concretamente, poderá tratar-se (hipoteticamente) de uma espécie de parceria entre o Brufen e o Ben-u-ron, conforme explicitamente parece sugerir, em forma de aglutinação fonética, a expressão *“Brufenon”* (Brufen + Ben-u-ron).

3º - A menção às substâncias activas do medicamento – que a mensagem publicitária efectivamente contém – não reveste virtualidade nem visibilidade suficiente para ficar retida no pensamento do consumidor, o qual é sim impressivamente sugestionado pelas marcas de referência, que fazem parte do seu quotidiano aquando das aflições relacionadas com *“dores de cabeça ou mau estar”*.

O consumidor vulgar estará obviamente muito mais familiarizado com as expressões *“Brufen”* e *“Ben-u-ron”*, que identificam e particularizam tais medicamentos, do que com as substâncias activas *Ibuprofeno* e *Paracetamol* que para si pouco significam ou esclarecem.

Daí o carácter potencialmente enganador da mensagem publicitária que, por esse mesmo motivo, é de proibir.

Pelo que o recurso terá que improceder.

III – Decisão

Nestes termos, delibera esta Comissão de Apelo negar provimento ao recurso interposto pela denunciada **BGP Products, Unipessoal, Lda.**, confirmando-se a deliberação tomada em 8 de Janeiro de 2021, pela 1ª Secção do Júri de Ética da Associação da Auto Regulação Publicitária.».

Lisboa, 29 Janeiro de 2021

Luis Espirito Santo
Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral
Vice-Presidente da Comissão de Apelo

Clara Moura Guedes
Vice-Presidente da Comissão de Apelo