

COMISSÃO DE APELO

Proc. n.º 2J/2020

Recorrente:
“MEDINFAR CONSUMER HEALTH, LDA.”
versus:
“FARMINVESTE, SA.
E
BAYER PORTUGAL, LDA.”

Veio **Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.**, pessoa colectiva número 504939980, com sede na Rua Henrique de Paiva Couceiro, nº 27, Venda Nova 2700-451 Amadora, recorrer da deliberação da Primeira Secção do Júri de Ética da ARP que decidiu no sentido de que *“a comunicação comercial da responsabilidade da 2ª Requerida, relativa ao produto dermocosmético “Bepanthen Baby”, veiculada nos suportes vídeo (televisão) e através do site “de Mãe para Mãe”, se encontra desconforme com os artigos 4.º, n.ºs 1 e 2 e 9.º, n.ºs 1 e 2 e 16º do Código de Conduta da ARP, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.*

Quanto aos restantes suportes através dos quais foi veiculada publicidade ao produto “Bepanthen Baby” considera este JE que os mesmos não violam qualquer dispositivo legal”.

I - RELATÓRIO.

Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda., apresentou queixa, nos termos do Regulamento do Júri de Ética Publicitária, contra **Bayer Portugal, Lda.**, pessoa colectiva número 500043256, com sede em Rua da Quinta do Pinheiro, Edifício Bayer, 2790 Carnaxide, e **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.**, pessoa colectiva número 502334967, com sede em Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-043 Lisboa, com os seguintes fundamentos:

A presente queixa tem por objecto uma campanha lançada pela **Bayer Portugal, Lda.** (adiante **Bayer**), parcialmente em parceria com a **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.** (adiante **Farminveste IPG**) anunciando o produto cosmético (dermacosmético como no mercado em causa se designa) **Bepanthen Baby**.

1.º É importante, antes de detalhar a campanha, clarificar que a Farminveste IPG é uma empresa do universo em que se insere a **Associação Nacional das Farmácias**, sendo uma subsidiária desta, conforme se pode verificar na informação institucional, publicamente disponível, constante do site <http://www.farminveste3.pt/pt/a-empresa.html>, cuja impressão se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida como **Doc. 1** e no qual se pode ler:

“Sobre a FARMINVESTE IPG

A Farminveste IPG desenvolve a atividade do universo empresarial da Associação Nacional das Farmácias em setores diversificados, através de participação em empresas nas áreas de distribuição farmacêutica, sistemas e tecnologias de informação, inteligência sobre o mercado farmacêutico e sector imobiliário. Adicionalmente, desenvolve atividades diretas, a nível da gestão do Programa Saúde e do Market Intelligence do sector farmacêutico.

A empresa é totalmente detida pela Farminveste - SGPS, S.A. com esta última a ser detida em 90,28% pela Associação Nacional das Farmácias, sendo os restantes 9,72% detidos por pequenos acionistas,

maioritariamente proprietários de farmácia, associados da Associação Nacional das Farmácias.

Sobre a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS FARMÁCIAS

A Associação Nacional das Farmácias (ANF) é uma associação patronal que tem por missão a defesa dos legítimos interesses dos proprietários de Farmácia, apoiando-os de forma transversal e multisectorial, de modo a garantir a evolução do sector e da atividade e a sustentabilidade do negócio, incluindo o apoio à gestão de tesouraria dos seus associados, o desenvolvimento de programas de adesão à terapêutica, em parceria com a indústria farmacêutica e apoio às farmácias na implementação e desenvolvimento de serviços farmacêuticos, a disponibilização de informação sobre medicamentos e saúde e o desenvolvimento de conteúdos formativos para os seus associados e outros públicos-alvo.

A atividade da Associação Nacional das Farmácias está organizada através dos seguintes quatro pilares: (i) atividade associativa, (ii) formação e inovação, (iii) área financeira e (iv) universo empresarial, este último desenvolvido essencialmente pela FARMINVESTE IPG.” – sublinhados da responsabilidade da Queixosa.

2.º É, assim, a Farminveste IPG que gere a insígnia “Farmácias Portuguesas” e a insígnia “Saúda” e o “Programa Farmácias Portuguesas” – melhor descrito em <https://www.farmaciasportuguesas.pt/>, cujas representações gráficas são as seguintes:



Vejamos então em detalhe como se compõe a campanha em causa:

3.º Em parceria com a Farminveste IPG, a Bayer lançou:

A. Spot de rádio, detectado a 9 de Janeiro de 2020, que se envia em formato digital por CD-Rom anexo para a ARP e aqui se dá por integralmente reproduzido – **Doc. 2**

B. MUIs, tendo sido detectado a 9 de Janeiro de 2020 na Avenida da Liberdade, em Lisboa, em equipamento da Cemark, cuja fotografia desse exemplo se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – **Doc. 3**

C. Folheto B&M 2020 do Programa Farmácias Portuguesas, acessível e disponível em https://www.farmaciasportuguesas.pt/pub/sauda/Campanhas/FolhetoB&M_2020.pdf – vide pág. 11 – cuja impressão da página 11 (relevante) se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – **Doc. 4**

Sem associação directa evidente com a Farminveste IPG e, portanto, assumindo que será apenas a Bayer a anunciante nestes casos:

D. Spot TV – na mesma linha editorial, e com o mesmo actor, da comunicação do folheto acima junto como **Doc. 4** –, difundido desde 6 de Janeiro de 2020 nos canais generalistas SIC e TVI, que se envia em formato digital por CD-Rom anexo para a ARP e aqui se dá por integralmente reproduzido – **Doc. 5**.

E. Conteúdo editorial pago, detectado a 9 de Janeiro de 2020, no site De Mãe para Mãe, detido e gerido sob responsabilidade da O Nosso Casamento, Lda., disponível em <https://demaeparamae.pt/artigos/dermatite-fralda-como-escolher-bom-creme> cuja impressão se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida – **Doc. 6**

conjuntamente identificados adiante como “a Campanha” sempre que adequado.

4.º A **Campanha** é, toda ela, relativa ao produto dermacosmético **Bepanthen Baby**, comercializado pela Bayer, que é um creme para muda de fralda.

5.º A Queixosa comercializa produtos sob a marca **Halibut**, nomeadamente os produtos:

- Halibut Muda Fraldas Creme Protetor
- Halibut Muda Fraldas Linimento
- Halibut Muda Fraldas Pomada Reparadora
- Halibut Derma Plus
- Halibut Pomada

cujas *artworks*, com excepção do Linimento por não ter o ingrediente relevante para a presente queixa, se juntam e aqui se dão por integralmente reproduzidas – **Doc. 7**

6.º Conforme resulta de dados de mercado de 2019 fornecidos pela hmR Portugal (que, não pode deixar de se referir, também é uma empresa do universo da Associação Nacional de Farmácias), – cuja impressão se junta e aqui se dá por integralmente reproduzida como **Doc. 8** – no “Mercado de Prevenção da assadura da fralda”, Halibut Muda Fraldas Creme Protetor tem 48% de quota de mercado em unidades vendidas e 50% em valor, sendo que Bepanthen Baby tem 12% em unidades e 11% em valor, *i.e.* **Halibut Muda Fraldas Creme Protetor é líder de mercado.**

7.º Também com interesse para a presente Queixa é de destacar nos dados ora junto como **Doc. 8** que, no mercado dos **medicamentos**, incluídos no segmento identificado no documento como “Mercado Cicatrização”, o produto Bepanthen medicamento tem 50% de quota de mercado em unidades e 41% em valor, sendo que o produto Halibut Pomada regista uma quota de mercado de 18% em unidades e 17% em valor, *i.e.* **Bepanthen medicamento é líder de mercado.**

8.º Acresce que o produto Halibut Muda Fraldas Creme Protetor tem sido, desde 2014, e já confirmado para 2020 também, Escolha do Consumidor, conforme se pode verificar em fontes publicamente acessíveis como:

- De 2014 a 2018: <https://grandeconsumo.com/tag/escolha-do-consumidor-2018/#.Xhg4i0f7RPY>

“HALIBUT DERMA CREME É ESCOLHA DO CONSUMIDOR 2018

Os consumidores elegeram o Halibut Derma Creme Muda Fraldas, **pelo quinto ano consecutivo, Escolha do Consumidor 2018** na categoria Cremes para a muda da fralda.” – sublinhado e itálico da responsabilidade da Queixosa

- 2019: <https://grandeconsumo.com/grande-consumo-e-escolha-do-consumidor-2019/#.Xhg4zEf7RPY>

“Top 25 Escolha do Consumidor 2019

(...)

| Marca | Categoria | Satisfação |
|--------------|------------------|-------------------|
|--------------|------------------|-------------------|

(...)

| | | |
|----------------|----------------------------------|--------------|
| <i>Halibut</i> | <i>Creme para Muda da Fralda</i> | <i>82,7%</i> |
|----------------|----------------------------------|--------------|

- 2020: <https://consumertrends.pt/portfolio/halibut/>

HALIBUT

VENCEDOR Halibut

CATEGORIA CREME PARA MUDA DA FRALDA

MARCAS AVALIADAS 10

CONSUMIDORES ENVOLVIDOS 952

ATRIBUTOS AVALIADOS

- Qualidade do produto
- Nível de Hidratação
- Testado dermatologicamente
- Conforto
- Eficiência / efeito rápido
- Tempo de conservação
- Facilidade de utilização
- Acessibilidade na compra
- Informação
- Composição dos produtos
- Embalagem fácil de usar

SATISFAÇÃO DE UTILIZAÇÃO 81,10%

INTENÇÃO/ RECOMENDAÇÃO 88,75%

NOTA GLOBAL 82,63%

METODOLOGIA UTILIZADA

1. Identificação de atributos através de focus group.
2. Priorização de atributos através de painel online.
3. Avaliação efetiva das marcas através da utilização do produto em ambiente real de consumo.

Os consumidores são sempre representativos da categoria em causa e da população portuguesa.

(...)

Categories: Escolha do Consumidor 2020

9.º Pela relevância para a ARP na qualificação e segmentação do mercado em causa, junta-se, e aqui se dá por reproduzido, o Relatório da Categoria Creme Para Muda de Fralda da 8ª Edição (2019) da Escolha de Consumidor – **Doc. 9** –, que esclarece como foi encontrado o Halibut Muda Fraldas Creme Protetor como vencedor e que é revelador de que

em segundo lugar ficou o Bepanthe confor me pág. 13 que abaixo se reproduz:

10.º

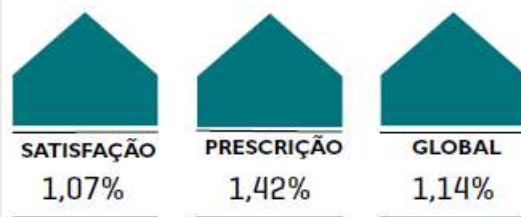
Sendo, assim, afirmado na pág. 15 do **Doc. 9** que **Bepanthen é o “mais direto concorrente” de Halibut**, conforme pág. 15 que abaixo se reproduz:



RESULTADOS CLASSIFICAÇÃO FINAL

| MARCA | SATISFAÇÃO [0 a 10] | INTENÇÃO DE COMPRA / RECOMENDAÇÃO [0 a 10] | SCORE FINAL * |
|----------|---------------------|--|---------------|
| Halibut | 8,11 | 8,88 | 82,63% |
| Bepanthe | 8,00 | 8,73 | 81,49% |

POSIÇÃO FACE AO MAIS DIRETO CONCORRENTE



11.º Entende assim a Medinfar que está devidamente comprovado que:

- As marcas Halibut e Bepanthen gozam de enorme reconhecimento junto dos consumidores e lideram segmentos de mercado
- O produto Halibut Muda Fraldas Creme Protetor é líder de mercado, Escolha do Consumidor por 7 anos consecutivos, tendo como concorrente directo o produto anunciado: Bepanthen Baby.

II – DETALHE DA PUBLICIDADE EM CAUSA

12.º Analisaremos de seguida em detalhe a Campanha, indicando os elementos relevantes de cada suporte.

A - SPOT RÁDIO – Doc. 2

Locutor:

“Vai agora tomar a palavra o conhecido especialista Dr. Joãozinho.”

Voz de bebé ficcionada/traduzida:

“As Farmácias Portuguesas são excelentes. Têm tudo o que é preciso para nós. As melhores promoções. São super simpáticos e sempre que a mamã tem alguma dúvida estão prontos para ajudar. E para a muda da fralda recomendamos Bepanthen Baby. A pomada que protege e regenera a pele, deixando-a respirar. O nosso rabinho agradece.”

Locutor (sublinhando as “assinaturas” da campanha):

“Os maiores especialistas recomendam.”

“Farmácias Portuguesas.”

“É para a vida.”

B - MUPI – Doc. 3



Texto relevante:

“Farmácias Portuguesas”

“É para a vida”

“Os maiores especialistas recomendam”

“Bepanthen Baby”

“Pomada para a muda da fralda”

Sendo ainda relevantes as imagens que adiante se destacam:



C - FOLHETO – Doc. 4

2€
desconto

Bepanthen Baby®
Pomada para a Muda da Fralda
DERMOCOSMÉTICO

Proteção Gigante,
suave para a pele.

SEM ÓXIDO DE ZINCO
Deixa a pele respirar

SEM INGREDIENTES DESNECESSÁRIOS
SEM CONSERVANTES SEM CORANTES SEM PERFUMES

Bepanthen Baby®
4 um. dermocosmético.
LPT 04/17/2019 21/18

6091216
3409330010040

BAYER

Texto relevante:

“Sem óxido de zinco”

“Deixa a pele respirar”

“Sem ingredientes desnecessários”

D – SPOT TV – Doc. 5

Personagem “Gigante”:

“É isso mesmo meu amor, não queremos pôr nada que faça mal a essa pele tão suave e perfeita. Com provitamina B5, mas definitivamente sem óxido de zinco”

Locução:

“Bepanthen Baby. Uma barreira protectora, transparente e respirável que protege da assadura da fralda. Protecção Gigante, suave para a pele. Bayer.”

E - Conteúdo editorial pago “De Mãe para Mãe” – Doc. 6

Texto relevante a destacar:

“Um escolha segura, e na qual o De Mãe para Mãe confia, é o [Bepanthen Baby®](#) Pomada para a Muda da Fralda, um creme tão suave que pode ser usado em cada muda da fralda para proteger a pele mais sensível, incluindo a pele dos bebés prematuros. Mas este creme tem ainda outras vantagens:

- ***Mantém os níveis de hidratação ideais;***
- ***Cria uma camada protetora respirável que permite que o mecanismo de regeneração cutâneo ocorra naturalmente;***
- ***Não tem corantes, conservantes ou perfumes.***
- ***Contém lípidos na sua fórmula o que lhe confere um poder hidratante, minimizando assim os efeitos da fricção;***
- ***Está clinicamente testado;***
- ***Não contém óxido de zinco.***

Este último ponto merece ser explicado pois, embora o óxido de zinco seja um componente comum deste tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé. O óxido de zinco cria uma barreira oclusiva (aquela barreira branca que todos nós já vimos na pele dos bebés) que deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação. Para além disto, esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado. Assim, o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como [Bepanthen Baby®](#) Pomada para a Muda da Fralda. - sublinhado

e negrito da responsabilidade da Queixosa.

III – ENQUADRAMENTO ÉTICO-JURÍDICO

13.º Salvo melhor entendimento, a Campanha em apreço contém duas principais mensagens que passam para os consumidores:

- **Bepanthen Baby é um produto recomendado com a chancela das “Farmácias Portuguesas”, com referência a**

recomendação dos “maiores especialistas” (que pode ter dupla leitura, sendo certo que o que é entendido como “Farmácias Portuguesas” pelos consumidores é algo questionável)

- **Óxido de zinco, não contido em Bepanthen Baby, é algo “que faça mal a essa pele tão suave e perfeita” do bebé do Spot de TV e este “componente comum deste tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé”** (entre outras características negativas apontadas no site De Mãe para Mãe), **pelo que “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como [Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda](#)”.**

14.º Ora, a Medinfar, cujo produto Halibut é concorrente directo do Bepanthen Baby, e que comercializa, para além desse, outros produtos contendo óxido de zinco, considera que a publicidade em apreço é ilícita porque transmite uma mensagem enganosa, viola os princípios da sã e leal concorrência e denigre os produtos da Medinfar, configurando concorrência desleal, bem como a violação de outros preceitos legais a que abaixo se fará referência.

“Farmácias Portuguesas” e Profissionais de Saúde

15.º Entende a Medinfar que quer o Spot de Rádio, quer o MUPI – Docs. 2 e 3 - transmitem a mensagem que as “Farmácias Portuguesas” recomendam o produto Bepanthen Baby.

16.º A narrativa de personificação do bebé como “especialista” deverá, salvo melhor opinião, ser entendida como uma ficção publicitária que mais não pretende do que transmitir que o produto em causa é a escolha acertada como “pomada para a muda da fralda”, o que é validado pelas “Farmácias Portuguesas”.

17.º Ainda que assim não se entenda, - i.e. se o JE entender que a leitura que os consumidores fazem da publicidade é de que são os bebés que “recomendam” o produto, sempre se coloca a questão de como será então possível fazer prova de tal afirmação....

18.º Sendo certo que quem decide a compra de tais produtos – os consumidores pais dos bebés – e por sua vez os utilizam nos bebés, destinatários desta publicidade, têm, desde 2014 a 2020, eleito o produto Halibut Muda Fraldas Creme Protetor como Escolha do Consumidor, pelo que a haver algum produto que pode afirmar ser “recomendado” pelos bebés, seria Halibut Muda Fraldas Creme Protetor e nunca Bepanthen Baby.

19.º Razão pela qual, sempre tal afirmação – de recomendação pelos bebés – será impossível de comprovar, sendo enganosa no sentido de que transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado.

20.º Mas atentemos na interpretação da mensagem publicitária no sentido de que são as “Farmácias Portuguesas”, e nestas os seus especialistas, quem recomenda o Bepanthen Baby: **o que entende o consumidor por Farmácias Portuguesas? E que farmácias identifica**

com a insígnia  ?

21.º Entende a Queixosa que os consumidores entendem que todo o mercado de farmácias, as existentes em Portugal, e que usam nas suas fachadas uma cruz verde, são, em conjunto com a Bayer, o anunciante desta mensagem e recomendam efectivamente Bepanthen Baby.

22.º É que a Queixosa já antecipa que a Farminveste IPG, bem como a Bayer, virão dizer, em resposta à presente queixa, que os consumidores sabem bem que “Farmácias Portuguesas” não inclui todas as farmácias comunitárias e que a mensagem se destina aos que são detentores do Cartão Saúde e que estes sabem igualmente bem em que farmácias podem usar o cartão.

Mas não é assim...

23.º A Medinfar sabe, claro, porque está no mercado, que o programa “Farmácias Portuguesas” inclui as farmácias aderentes a tal

programa e que, não obstante ser um universo alargado de farmácias, não inclui a totalidade das farmácias existentes em Portugal.

24.º Mas os consumidores sabem? Certamente que não. Para os consumidores as farmácias portuguesa são todas as farmácias portuguesas por oposição aos Espaços Saúde ou para-farmácias, conforme se prefira.

25.º Veja-se que mesmo no site do programa Farmácias Portuguesas <https://www.farmaciasportuguesas.pt/> a informação é ambígua e pouco (para não dizer nada) esclarecedora pois nem sequer existe uma secção onde se possa encontrar a lista das farmácias aderentes.

26.º Não obstante na secção de Questões Mais Frequentes se dizer:

“Como se reconhece uma Farmácia aderente?”

*As Farmácias aderentes exibem a marca Farmácias Portuguesas (uma nova Cruz Verde e nova decoração de montra). **A listagem actualizada das Farmácias aderentes está disponível no site do Programa, em www.farmaciasportuguesas.pt ou, se pretender, poderá saber qual a Farmácia aderente mais perto de si ligando o 707 273 273.**”*

a verdade é que tal “listagem actualizada” não consta e não existe. Existe apenas um motor de busca num mapa – disponível aqui <https://www.farmaciasportuguesas.pt/catalogo/pesquisar-farmacias> - e que procura tanto as farmácias aderentes como as não aderentes, sendo uma listagem global de farmácias existentes em Portugal.

27.º Pelo que nem no próprio site do programa se consegue obter informação esclarecedora....

28.º **Razão pela qual se deve entender que a publicidade em causa veicula a mensagem de que as farmácias portuguesas – todas no geral – recomendam Bepanthen Baby, pelo que, salvo melhor opinião, deverá a Farminveste IPG e a Bayer fazer prova disso mesmo.**

29.º No mínimo, sempre terão a Farminveste IPG e a Bayer de fazer prova de que todas as farmácias aderentes ao programa “Farmácias Portuguesas”, recomendam Bepanthen Baby.

30.º Quantas são as farmácias aderentes? Não existe informação. Consta que a Associação Nacional das Farmácias representará 97% das farmácias do mercado... Mas terá de ser a Farminveste IPG, bem como a Bayer a fazer prova do que afirmam.

31.º Sem o que a publicidade em causa terá de ser considerada enganosa por força do disposto no art.º 9º do Código de Conduta e do art.º 10º do Código da Publicidade.

32.º Não obstante o acima exposto, não pode deixar de se referir que a publicidade em causa está também ferida de inobservância dos princípios éticos que regem os profissionais de saúde farmacêuticos e os primados éticos da publicidade.

Se não, vejamos:

33.º Como acima se deixou evidenciado, a Farminveste IPG é uma subsidiária da Associação Nacional das Farmácias sendo esta composta, naturalmente, por associados farmácias, que têm direcção técnica assegurada por um farmacêutico e têm no atendimento aos consumidores técnicos de farmácia, ou seja, **profissionais de saúde**, todos.

34.º Certamente que será conhecimento do JE que, em acréscimo aos princípios reguladores da actividade publicitária em geral, a publicidade na área da saúde comporta ainda (necessariamente e não poderia ser de outra forma) regras mais restritivas.

35.º É exemplo a norma do Estatuto do Medicamento – art.º 153º, n.º 4, alínea f) do DL 176/2006 – que proíbe que a publicidade a medicamentos junto do público “Faça referência a uma recomendação emanada por cientistas, **profissionais de saúde** ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de medicamentos,” – negrito e sublinhado da responsabilidade da Queixosa.

Gama Bepanthere

X Eczema Queimaduras e irritações Cuidados oculares Feridas Bebê Lesões da Pele

Eczema Queimaduras e Irritações Cuidados oculares Feridas Bebê Lesões da Pele

Bepanthere® Eczema

Bepanthere® Eczema é um creme leve que ajuda a aliviar os sintomas do eczema e irritação cutânea, assegura uma hidratação prolongada e reforça as defesas naturais da pele.

Mais informação



38.º E dirá certamente a Farminveste IPG e a Bayer que o Bepanthen Baby é um cosmético e não um medicamento...

Eczema

Queimaduras e irritações

Cuidados oculares

Feridas

Bebê

Lesões da Pele

Bepanthere® Creme

Bepanthere® Creme regenera e cicatriza queimaduras e irritações. É especialmente indicado para irritações da pele e queimaduras domésticas e solares.

Mais informação



<https://www.bepanthere.pt/pt/gama-bepanthere/>

cujas

impressões

Eczema

Queimaduras e irritações

Cuidados oculares

Feridas

Bebê

Lesões da Pele

Bepanthere® Plus Creme

Bepanthere® Plus Creme está indicado no tratamento de feridas e queimaduras superficiais.

Mais informação



Eczema Queimaduras e irritações Cuidados oculares Feridas **Bebé** Lesões da Pele

Bepanthen Baby®

Bepanthen Baby® foi especialmente desenvolvido para proteção e regeneração diária da pele do rabinho do bebê, ajudando a prevenir a assadura da fralda.

[Mais informação](#)



The image shows the packaging for Bepanthen Baby Pomada. It includes a white box and a white tube with a blue cap. The box and tube are labeled with the product name 'Bepanthen Baby' and 'Pomada para a Muda da Fralda'. The box also mentions 'Proteção e regeneração diária da pele do rabinho' and '100 g'. The tube is labeled '100g'.

Eczema Queimaduras e irritações Cuidados oculares Feridas **Bebé** Lesões da Pele

Bepanthen® Pomada

Bepanthen® Pomada protege e estimula a cicatrização da pele.

[Mais informação](#)



The image shows the packaging for Bepanthen Pomada. It includes a white box and a white tube with a blue cap. The box and tube are labeled with the product name 'Bepanthen Pomada' and 'Protege e estimula a cicatrização da pele'. The box also mentions '100g'.

41.º Pelo, salvo melhor opinião, um profissional de saúde ou a Associação Nacional das Farmácias que os representa, através do seu “braço” empresarial Farminveste IPG, recomendarem um cosmético com a marca Bepanthen que é comum, com o mesmo grafismo e identidade de cor, à utilizada em medicamentos, na prática é uma forma de contornar a proibição de recomendação de medicamentos por parte dos profissionais de saúde.

42.º Já que, obviamente, e o JE como especialistas em publicidade têm total consciência disso, há um nítido aproveitamento para a marca “chapéu” Bepanthen utilizada em medicamento, da publicidade em causa a um cosmético.

43.º E isto, salvo melhor opinião, não está conforme com o Código de Conduta, na medida em que viola os princípios no sentido de não respeitar os *“padrões e normas de ética pelos quais a Publicidade se deve reger”* que *“devem ser observados por toda e qualquer pessoa envolvida numa Comunicação Comercial, sejam Comerciantes/Anunciantes, publicitários, profissionais de publicidade ou agências, outros operadores de mercado, nos Meios ou em funções afins.”*, pelo que a publicidade em apreço não foi *“concebida com o sentido de responsabilidade social e profissional”* e não é conforme *“aos princípios da leal concorrência, tal como estes são comumente aceites em assuntos de âmbito comercial”*.

44.º Configurando, ainda, concorrência desleal, nos termos e para os efeitos do art.º 311º do Código de Propriedade Industrial, razões pelas quais a publicidade em causa deve, também, ser declarada ilícita.

Óxido de zinco

45.º O Spot de TV, o folheto e o conteúdo editorial pago no site De Mãe para Mãe – Docs. 4, 5 e 6 – transmitem uma mensagem, clara e evidente, de que o ingrediente óxido de zinco pode fazer mal à pele suave dos bebés - (*“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita”*) - é uma vantagem um produto ser *“Sem óxido de zinco”*, qualificando-o como *“ingredientes desnecessários”* e, portanto *“o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como [Bepanthen Baby®](#) Pomada para a Muda da Fralda”*.

46.º Esta é uma mensagem falsa.

47.º O óxido de zinco é um ingrediente permitido em produtos cosméticos e é recomendado em inúmeros artigos científicos, bem como por algumas Sociedades Médicas, como é o caso do Grupo Português de

Dermatologia Pediátrica, da Sociedade Portuguesa de Dermatologia e Venereologia.

48.º Acresce que, não existem estudos comparativos dos quais resulte que se deve utilizar outro produto em detrimento do óxido de zinco. O óxido de zinco é referido como opção válida em inúmeros artigos científicos.

49.º Por outro lado, afirmar que o Bepanthen Baby não tem “ingredientes desnecessários” é o mesmo que dizer que os produtos concorrentes os têm.

50.º É fundamental ter em conta que o Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão de 10 de Julho de 2013, que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos, dispõe, no ponto 1 do art.º 5º do seu anexo, sob a epígrafe “Imparcialidade”, que **“As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”**

51.º A publicidade em apreço viola frontalmente esta disposição de Direito Comunitário, aplicável directamente em Portugal.

52.º Conforme resulta das *artworks* dos produtos Halibut acima juntas como Doc. 7, o óxido de zinco é um ingrediente presente nos produtos da Queixosa.

53.º Sendo certo, como acima exposto, que Halibut Muda Fraldas Creme Protetor, tendo como concorrente directo o produto anunciado Bepanthen Baby, é líder de mercado, Escolha do Consumidor por 7 anos consecutivos, e assim, claramente, facilmente reconhecível pelos destinatários da publicidade em causa.

54.º Pelo que ao afirmar:

- a suposta vantagem do seu produto por não ter óxido de zinco,
- transmitir que óxido de zinco é um suposto ingrediente desnecessário,

- que este *“tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé.”*,

- que *“O óxido de zinco cria uma barreira oclusiva (aquela barreira branca que todos nós já vimos na pele dos bebés) que deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação.”*

- que *“esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado.”*

- concluindo que *“Assim, o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como [Bepanthen Baby®](#) Pomada para a Muda da Fralda.”*

a Bayer está a realizar uma comparação com Halibut Muda Fraldas Creme Protetor, ou caso assim não se entenda, estará a fazer uma comparação com todos os muda fraldas com óxido de zinco, e está a denegrir os produtos da Queixosa com óxido de zinco, imputando a um ingrediente uma desvantagem que não é real, nem cientificamente comprovada.

55.º De notar que basta uma mera consulta ao site da CUF, em <https://www.saudecuf.pt/mais-saude/artigo/mudar-a-fralda-os-segredos>, para encontrar um artigo de 7 de Agosto de 2013, onde se afirma *“Utilize um creme barreira com vitamina A e óxido de zinco”*, pelo que são os próprios profissionais de saúde que não hesitam em recomendar produtos com óxido de zinco, como o Halibut Muda Fraldas Creme Protetor.

56.º Para permitir ao JE que aprecie esta questão de forma totalmente documentada, juntam-se os seguintes artigos/estudos científicos que aqui se dão por integralmente reproduzidos como **Doc. 11:**

i) 0873-9781/07/38-5/200 Acta Pediátrica Portuguesa Sociedade Portuguesa de Pediatria, Luís Araújo Pinheiro, Ana Ehrhardt Pinheiro

“Nestes casos, para além das medidas já mencionadas, onde a diminuição da humidade da zona é fundamental (a dificuldade de nas crianças mais pequenas deixar a zona ao ar muito tempo, pode ser substituída pelo uso do secador do cabelo na posição de frio!), poderão ser então utilizados cremes de barreira ou pastas mais espessas e aderentes, à base de óxido de zinco, dióxido de titânio e amido, que possam minimizar as perdas transepidérmicas de água e diminuir a permeabilidade da pele desta zona.

De notar que os produtos usados que ficam aderentes, não devem ser removidos a cada muda de fralda, devendo-se ir colocando novo produto em cima do que vai ficando. Também se aconselha nos casos mais graves a colocar vaselina em cima dos cremes de barreira ou pastas para aumentar os seus efeitos^{30-33.}” – sublinhado da responsabilidade da Queixosa

ii) DERMATITE DAS FRALDAS Grupo Português de Dermatologia Pediátrica, Sociedade Portuguesa de Dermatologia e Venereologia (SPDV)

“A cada muda de fralda aplique um creme barreira contendo óxido de zinco que irá formar uma película protetora.” - sublinhado da responsabilidade da Queixosa

iii) Prevention of Diaper Dermatitis in Infants—a Literature Review Ulrike Blume-Peytavi, M.D.,* Matthias Hauser, Ph.D.,† Lena L€unnemann, M.D.,*

Georgios N. Stamatias, Ph.D.,‡ Jan Kottner, Ph.D.,* and Natalie Garcia Bartels, M.D.

“The application of ointments containing zinc oxide or petrolatum with or without vitamin A seems to have comparable effects on DD severity.” – pág. 1

“Bosch-Banyeras et al (33) reported a large decrease in DD incidence, from 50% or more at baseline to approximately 2% with active vitamin A or primrose oil and control ointment after 12 weeks of treatment.

This effect could be interpreted as a preventive effect of the zinc oxide-containing standard ointment or enhanced parent education.

“Experts recommend the application of topical products containing zinc oxide, petrolatum (8,12,13,15,16), or cod liver oil (12) and claim that they are effective in DD prevention and treatment. (...) Rowe et al (18) found some adequately controlled clinical trials that proved the effectiveness of zinc oxide and petrolatum in DD treatment” – pág. 14, sublinhado da responsabilidade da Queixosa

“To prevent DD, experts generally recommend minimizing diaper wearing time; changing diapers frequently; using disposable, superabsorbent, breathable diapers; bathing at least daily in water with baby oil or water-dispersible creams; cleansing gently; and applying protective ointments and pastes that are petrolatum based or contain substances such as zinc oxide (8,12,13,15,16) (...) Barrier preparations containing zinc oxide or petrolatum, usually recommended by experts, seem to protect the skin from wetness and may help reduce the severity of DD (18).” – pág. 15, sublinhado da responsabilidade da Queixosa

iv) TREATMENT OF DIAPER DERMATITIS, Susan Boiko, MD

“The most common ingredients in over-the-counter diaper rash products are zinc oxide and petrolatum. Zinc oxide cream, ointment, or paste is commonly applied a waterimpermeable barrier.” – pág. 4

v) J Med Assoc Thai. 2016 Nov;99 Suppl 8:S1-S6.

Comparative Study between Talcum and Zinc Oxide Cream for the Prevention of Irritant Contact Diaper Dermatitis in Infants.
Chaithirayanon S.

*“**CONCLUSION:** Topical **zinc oxide** cream was better than talcum powder for the prevention of irritant contact **diaper** dermatitis.”*

vi) At The Bottom: Evidence-Based Care of Diaper Dermatitis

“The literature supports that petrolatum and/or zinc oxide provide effective barriers against potential perineal skin irritants and maceration

(Association of Women's Health, Obstetric and Neonatal Nurses [AWHONN], 2007; Hoggarth, Waring, Alexander, Greenwood, & Callaghan, 2005; Lund, Kuller, Lane, Lott, & Raines, 1999; Nield & Kamat, 2007). Baldwin et al. (2001) studied disposable diapers that delivered a continuous zinc oxide- and petrolatum-based formulation to the skin. Infants wearing these diapers had reduced DD and skin erythema compared to the control group wearing regular diapers. Baldwin also found that an increased concentration of zinc oxide in an impregnated diaper led to an increased transfer of zinc oxide to the skin." pág. 3

57.º Da análise dos artigos e estudos ora juntos como Doc. 11 é possível retirar as seguintes conclusões:

- O óxido de zinco apresenta-se como **um dos ingredientes mais utilizados na muda da fralda**. Trata-se de um agente que **confere proteção à pele**, conforme descrito na base de dados da Comissão Europeia, CosIng aqui https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/cosing/index.cfm?fuseaction=search.details_v2&id=38968

- O artigo *At The Bottom: Evidence-Based Care of Diaper Dermatitis* – vi) acima - refere que a literatura suporta frequentes mudas da fralda mediante a proteção da pele perineal com um produto contendo *petrolatum* e/ou *zinc oxide*. Esta proteção é conferida mediante a formação de uma barreira contra potenciais irritações e macerações da pele perineal. O mesmo artigo refere o estudo levado a cabo por Baldwin et al. (2001) com a utilização de fraldas descartáveis que fornecem uma quantidade contínua de *zinc oxide* e *petrolatum* à pele. **Os resultados do estudo permitem concluir que as crianças que utilizaram estas fraldas apresentaram melhorias na dermatite da fralda e no eritema da pele comparando com o grupo de controlo.**

- A acção cicatrizante do óxido de zinco é amplamente conhecida, o que conduz à sua aplicação em produtos indicados para a cicatrização de feridas e regeneração da pele. A utilização desta

substância em medicamentos prende-se pela sua capacidade regeneradora e cicatrizante. Cremes barreira como os constituídos por petrolatum e zinc oxide previnem o aparecimento de humidade e irritações na pele, protegendo-a da assadura na fralda.

- Da mesma forma, o artigo Comparative Study between Talcum and Zinc Oxide Cream for the Prevention of Irritant Contact Diaper Dermatitis in Infants – v) acima - que contempla um estudo comparativo entre o óxido de zinco e pó talco, refere que a aplicação tópica de creme de zinc oxide é mais indicada na prevenção da dermatite irritante da fralda.

58.º Em conclusão, e tendo em conta o suporte bibliográfico apresentado acima, é irrefutável que o ingrediente óxido de zinco se apresenta adequado na muda da fralda, contribuindo para a proteção da pele e prevenindo a assadura da pele bem como que bibliografia existente não existe qualquer evidência que suporte a formação de uma barreira oclusiva impedindo a regeneração cutânea.

59.º Pelo que a Bayer ao inserir no site De Mãe para Mãe o texto *“O óxido de zinco cria uma barreira oclusiva (aquela barreira branca que todos nós já vimos na pele dos bebés) que deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação.”* e que *“esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado.”* tinha obrigação, ética e legal, de saber que tal não corresponde à verdade.

60.º Bem como ao promover o seu produto transmitindo uma mensagem de que os produtos concorrentes que contém óxido de zinco são algo *“que faça mal”* à *“pele tão suave e perfeita”* dos bebés, falta à verdade e denigre os produtos concorrentes, nomeadamente os da Queixosa.

61.º Para além de violar o princípio da veracidade, por força do disposto no art.º 9º do Código de Conduta e do art.º 10º do Código da Publicidade, a Bayer viola o disposto no art.º 16º do Código de Conduta

que proíbe a denegrição, e pratica igualmente, concorrência desleal proibida nos termos do art.º 311º do Código da Propriedade Industrial.

62.º Por tudo o acima exposto, deverá toda a Campanha ser considerada ilícita e determinada a sua cessação imediata.

Apresentou **FARMINVESTE – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.** a sua contestação nos seguintes termos:

I- QUESTÃO PRÉVIA: DA INUTILIDADE SUPERVENIENTE DA LIDE

1. Antes de nos pronunciarmos acerca das questões materiais suscitadas pela Medinfar na sua queixa, importa desde já salientar que, no entender da Farminveste, os poderes de cognição deste ilustre organismo face à queixa apresentada encontram-se esgotados.

2. Razão pela qual deve a mesma (a queixa) ser arquivada.

3. Com efeito, nos termos da queixa apresentada, é referido que a Bayer, parcialmente em parceria com a Farminveste, terá incumprido um conjunto de normas em matéria publicitária no âmbito de uma campanha de divulgação do produto *Bepanthen Baby*,

4. Sendo certo que, **na parte que à Farminveste aqui diz respeito**, foram utilizados os seguintes suportes publicitários: (i) Spot de rádio, (ii) Cartazes afixados em MUPI's, e (iii) Folheto Bebê e Mamã disponível nas farmácias de oficina e no site das Farmácias Portuguesas.

5. Significa isto, portanto, que, **no que à Farminveste diz respeito**, a existência de alguma desconformidade normativa (que, veremos em baixo, não existe) apenas poderia – ou poderá, melhor dizendo – ser avaliada tendo por referência os suportes acima mencionados.

6. Ora, no que diz respeito ao Spot de rádio, o mesmo foi composto por 136 inserções, numa média de 9 inserções por dia,

7. Tendo o mesmo sido difundido de 6 de janeiro de 2020 até ao dia 19 de janeiro seguinte.

8. No que se refere aos cartazes afixados em MUPI's, a divulgação da campanha neste suporte ocorreu de 8 de janeiro de 2020 a 14 de janeiro seguinte.

9. O que significa que, relativamente a estes dois formatos, a campanha já se encontra terminada.

10. Quanto ao Folheto Bebê e Mamã 2020, refira-se que a divulgação da campanha através do mesmo se encontra nos últimos dias de duração,

11. Sendo antecipável que, na data em que este ilustre Júri vier a deliberar sobre a queixa apresentada pela Medinfar, as ações publicitárias em causa, nos três suportes mencionados, estarão terminadas.

12. Ora, tal circunstância configura uma situação clara de preclusão das competências decisórias deste organismo em face da evidente ausência (superveniente) de objeto da queixa.

13. Isto é: não pode o Júri de Ética, no exercício das competências que estatutariamente lhe estão confiadas, determinar (caso a Medinfar tivesse alguma razão no que alega, que, salvo o devido respeito, não tem) a modificação ou cessação de uma campanha que já se encontra terminada.

14. A este respeito, o próprio Júri de Ética, em várias das suas deliberações, veio reconhecer que a circunstância de uma campanha já não estar no ar no momento em que sobre ela se deveria pronunciar configura uma situação de **inutilidade superveniente da lide**

15. Inexistindo, deste modo, fundamento ou base habilitante que lhe permita exercer as suas competências decisórias.

16. Deste modo, e concluindo, entende-se que deve o Júri de Ética declarar a inutilidade superveniente da lide no que respeita às ações publicitárias promovidas através dos suportes mencionados acima.

17. Ainda que assim não se entenda, isto é, ainda que se considere que esta causa de extinção do procedimento não se verifica –

o que não se concede e apenas por mera cautela de patrocínio se equaciona –, sempre se dirá, contudo, que as eventuais desconformidades normativas suscitadas pela Medinfar não se verificam.

Senão, vejamos.

I. ENQUADRAMENTO PRÉVIO

18. A Farminveste é uma sociedade comercial que se dedica ao desenvolvimento do negócio das suas participadas, as quais desenvolvem a sua atividade nas áreas de negócio das farmácias, distribuição farmacêutica, sistemas de informação, prestação de cuidados de saúde, inteligência de mercado, imobiliário e outros serviços.

19. A Farminveste tem, assim, como objetivo comum, criar serviços e produtos, autonomamente ou em parceria, que permitam desenvolver o negócio das farmácias com uma rentabilidade mais elevada e a um preço mais atrativo para o consumidor.

20. O Programa Farmácias Portuguesas é um dos produtos criados pela Farminveste como ferramenta de desenvolvimento do negócio das farmácias, e que tem por propósito principal promover a fidelização de clientes às farmácias, através de várias iniciativas, de que é exemplo o “Cartão Saúda” (antigo “Cartão Farmácias Portuguesas), que conta com mais de 2 milhões de consumidores aderentes.

21. No âmbito das iniciativas para desenvolvimento do negócio das farmácias, a Farminveste, através do programa Farmácias Portuguesas, desenvolve campanhas promocionais, de duração limitada, nos termos da qual são convidadas a participar várias marcas.

22. Foi justamente nesse âmbito que foi lançada a campanha em que se inserem os anúncios objeto de queixa por parte da Medinfar.

II. ACERCA DAS PRETENSAS DESCONFORMIDADES INVOCADAS

23. No âmbito das parcerias que a Farminveste estabelece com diversas entidades, foi lançada uma campanha no âmbito do Programa Farmácias Portuguesas relativa a produtos de cuidado bebé/mamã para vigorar de 1 a 31 de janeiro de 2020.

24. Para realização desta campanha, foram contactadas várias empresas da indústria farmacêutica e dermocosmética que comercializam produtos destas categorias para participação na campanha, mediante promoção dos seus produtos, nas quais se incluiu a Queixosa.

25. Outras marcas concorrentes foram convidadas a participar, e participam na campanha.

26. A própria Queixosa participa ativamente nas campanhas promovidas pela Farminveste no âmbito do programa Farmácias Portuguesas, em especial na campanha aqui em análise (ver *infra*).





27. No âmbito da campanha em discussão neste procedimento, e tal como acima mencionado, a Bayer promoveu o produto *Bepanthen Baby* através dos seguintes suportes publicitários: (i) Spot de rádio, (ii) Cartazes afixados em MUPI's, e (iii) Folheto Bebê e Mamã disponível nas farmácias de oficina e no site das Farmácias Portuguesas.

28. Quanto às restantes ações publicitárias referentes ao *Bepanthen Baby*, não nos pronunciaremos visto estarem fora do âmbito subjetivo que a Queixosa imputa à Farminveste.

Entrando mais em detalhe,

29. A respeito do alegado nos artigos 16.º e 18.º da queixa, entendemos que nada impede o Programa Farmácias Portuguesas de dar maior visibilidade numa determinada campanha a um determinado produto, ainda que não seja o mais vendido.

30. Sendo que é dada a visibilidade devida a cada um dos produtos que integram a campanha, como é o caso do *Bepanthen Baby* e do *Halibut Muda Fraldas*, consoante o pacote publicitário acordado entre o titular do registo e a Farminveste.

31. A “recomendação” a que se referem os suportes publicitários em análise está naturalmente relacionada com a indicação do produto para determinado tipo de situação ou sintoma, e não com qualquer ideia de comprovação científica de eficácia superior à dos restantes concorrentes.

32. Trata-se, assim, de uma “recomendação” em termos publicitários / promocionais.

33. Acresce que o facto de um determinado produto não ser o mais vendido não impede – nem poderia impedir – a sua recomendação nestes termos, sob pena de só os produtos mais vendidos (à partida os que menos necessitariam de promoção) poderem ser promovidos.

34. Cientificamente, o *Bepanthen Baby* é uma fórmula dermocosmética apropriada a tratar e prevenir a assadura da fralda no bebé, tal como o é o *Halibut Muda Fraldas*, e outras marcas concorrentes disponíveis no mercado.

35. Neste sentido, quer o *Bepanthen Baby*, quer o *Halibut Muda Fraldas*, quer outros produtos concorrentes disponíveis no mercado, são indicados para prevenção e tratamento da assadura da fralda no bebé visto que a sua composição é apta a esse fim.

36. O termo “recomenda” é, assim, utilizado no spot de rádio e nos MUPI’s em termos de adequação do produto à situação a prevenir ou tratar, e não no sentido de melhor alternativa disponível no mercado ou produto mais vendido.

37. Sem prejuízo do que antecede, não compreendemos o alcance das alegações da Queixosa, pois a própria, na promoção que faz ao seu produto *Halibut Muda Fraldas*, também inclui o selo da Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras - <https://www.medinfar.pt/index.html%3Fp=1440.html>.



38. Nos mesmos termos suscitados pela Queixosa, questiona-se o que querará significar a alegada “recomendação” da Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras? Que o *Halibut Muda Fraldas* é o melhor produto para a muda da fralda? Que o *Halibut Muda Fraldas* é o produto mais eficaz considerando os concorrentes disponíveis no mercado?

39. A utilização do selo da Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras, além de ser uma recomendação que provém diretamente de profissionais de saúde, prática que, segundo a Queixosa, é proibida por lei, não permite concluir em que dados assenta tal “recomendação”.

40. Quanto ao referido pela Queixosa no artigo 18.º, entendemos ser perfeitamente perceptível e estar ao alcance de um recetor médio que tal “recomendação” não provém do bebé.

41. Trata-se, assim, de um artifício publicitário que faz sentido atendendo ao tipo e segmento do produto em causa, sendo comumente utilizado em ações promocionais relativas a produtos para bebés.

42. No Doc. 3 junta pela Medinfar à sua queixa, o tipo de letra utilizado na expressão “*Os maiores especialistas recomendam*” comporta infantilidade, o que permite facilmente apreender quem é o locutor da mensagem: o bebé que nela figura.

43. Por seu turno, do spot de rádio junto como Doc. 2 à queixa, resulta também claro para um recetor médio que a mensagem é veiculada pelo bebé, e não pelas Farmácias Portuguesas, pois (i) não só a mensagem é veiculada como se fosse traduzida da linguagem do bebé para linguagem comum, (ii) como é expressamente referido “o *nosso rabinho agradece*” de seguida a “e *para a muda da fralda recomendamos (...)*”.

44. No próprio texto do spot de rádio (tal como transcrito pela Queixosa no seu artigo 13.º) é possível concluir que, quando se refere *Bepanthen Baby*, o locutor (no caso, o bebé) não fala em nome das Farmácias Portuguesas, nem refere que são as Farmácias Portuguesas que recomendam.

45. A mensagem começa com uma referência ao serviço prestado pelas Farmácias Portuguesas, findo o qual (como a própria Queixosa compreendeu, pois incluiu um ponto final na sua transcrição) é feita uma recomendação, por parte do locutor, ao *Bepanthen Baby*

46. A lógica inferida pela Queixosa quanto ao Spot de rádio deve, assim, ser invertida, devendo entender-se que é o bebé que faz publicidade aos serviços das Farmácias Portuguesas, seguido de uma recomendação ao *Bepanthen Baby*, e não as Farmácias Portuguesas que publicitam diretamente o *Bepanthen Baby*.

47. A respeito dos artigos 19.º e 20.º da queixa, não pode o ali alegado proceder pois, como já referido, nada impede que produtos não líderes de vendas possam ser indicados ou promovidos, não resultando tal promoção num qualquer desvio à concorrência, mensagem enganosa ou sendo, sequer, suscetível de denegrir os produtos concorrentes.

48. A indicação do *Bepanthen Baby* nos suportes publicitários utilizados na campanha não visa, assim, veicular a mensagem de que esta é a marca preferida do mercado, mas apenas que é recomendada para o fim a que se destina – prevenir e tratar a assadura da fralda – o que é inteiramente verdade.

49. Termos em que não pode qualificar-se como enganosa, pois não induz o público em erro quanto a nenhum dos aspetos referidos no artigo 7.º do Código da Publicidade.

50. Relativamente ao alegado pela Queixosa nos artigos 21.º a 33.º da queixa a respeito do selo Farmácias Portuguesas, não alcançamos em que base assenta a Queixosa a conclusão de que todos os consumidores “*entendem que todo o mercado de farmácias, as existentes em Portugal, e que usam na sua fachada uma cruz verde (...)*” integram o universo Farmácias Portuguesas.

51. Isto porque, não representando a Queixosa a totalidade dos consumidores, nem detendo a mesma o poder de representar a totalidade dos consumidores, não pode a mesma substituir-se aos mesmos.

52. A referência ao Cartão Saúde, no Doc. 3, deixa claro que a adesão ao Programa por parte do consumidor está dependente de inscrição prévia.

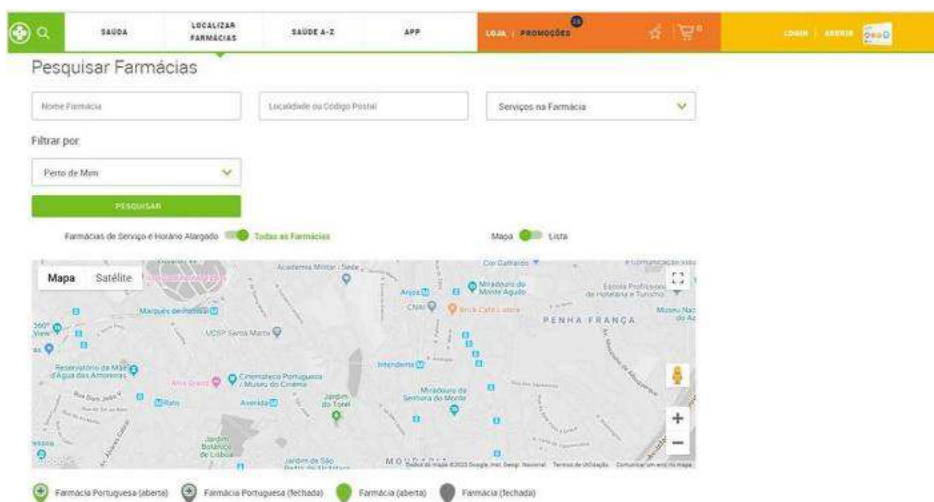
53. Sendo que, no momento da adesão ao Cartão Saúde, o consumidor tem que aceitar os termos e condições do programa de fidelização, disponíveis em <https://www.farmaciasportuguesas.pt/condicoes-gerais>.

54. Nesses termos e condições gerais, consta, do Capítulo II – Farmácias Aderentes: “*Para efeitos do disposto nas presentes Condições Gerais, consideram-se FARMÁCIAS ADERENTES as farmácias que, independentemente da forma empresarial que assumam, subscrevam o Protocolo de Adesão ao PROGRAMA. A listagem das FARMÁCIAS ADERENTES está disponível no Portal ou pode ser consultada através da linha de apoio ao cliente Saúde (707 273 273). As FARMÁCIAS ADERENTES estão identificadas através da cruz e da marca do PROGRAMA.*”

55. Sendo, pois, claro para o consumidor que pretende aderir ao programa Cartão Saúde que apenas poderá beneficiar das condições

especiais nas Farmácias Aderentes e não em qualquer farmácia de oficina.

56. No [site](#) das Farmácias Portuguesas é possível encontrar todas as farmácias a nível Nacional com a respetiva informação sobre se são ou não aderentes do Programa Farmácias Portuguesas (ver imagem *infra*).



57. Esta listagem é atualizada regularmente, sempre que existem entradas ou saídas de farmácias.

58. É a Queixosa quem tem o ónus de provar que os consumidores associam as Farmácias Portuguesas a todas as farmácias de oficina existentes em Portugal, e que, conseqüentemente, o consumidor apreende a mensagem como sendo uma “recomendação” da generalidade das farmácias de Portugal.

59. Entendemos, pois, como abusiva a ideia de que existe uma confusão entre o Programa Farmácias Portuguesas e a generalidade das farmácias de oficina existentes em Portugal.

60. Por maioria de razão, parece-nos descabido querer passar a ideia de que a campanha e os anúncios aqui em causa pode ser de alguma forma ser entendida como uma campanha feita pelos

farmacêuticos que exercem a sua actividade nas farmácias de oficina existentes no território nacional.

61. A respeito do alegado nos artigos 35.º a 38.º, cabe ter presente que o Estatuto do Medicamento não tem aplicação no presente caso, pois não estamos perante um caso de publicidade a medicamentos, mas sim a um produto de dermocosmética, como inclusivamente é indicado no Doc. 4 junto pela Queixosa.

62. É expressamente indicado no suporte publicitário constante do Doc. 4 que o *Bepanthen Baby* é um produto dermocosmético, pelo que o consumidor não pode, de modo algum, apreender esta publicidade como se referindo a um medicamento.

63. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, considera-se enganosa *“a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo factualmente correctas, induza ou seja susceptível de induzir o consumidor em erro em relação a um ou mais dos seguintes elementos, e que conduza o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo”*.

64. É ainda considerada enganosa, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, *“a prática comercial que envolva qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”*.

65. Ora, a campanha em análise não se subsume a nenhuma das situações previstas no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, visto não se verificar a divulgação de informações falsas e/ou que sejam suscetíveis de induzir o consumidor em erro ou que conduzissem o consumidor a tomar uma decisão que de outro modo não tomaria.

66. O creme *Bepanthen Baby* é adequado para as finalidades anunciadas: muda de fralda, prevenção e tratamento da assadura da fralda, regeneração da pele do bebé.

67. O produto *Bepanthen Baby* é anunciado na campanha com a natureza, vantagens e características que, comprovadamente, detém.

68. Logo, não estamos de modo algum perante uma situação enquadrável ou qualificável como publicidade como enganosa.

69. Aliás, a queixa apresentada não só carece de fundamento, como pretende denunciar práticas que a própria Queixosa implementa, sendo, portanto, no mínimo, ligeiramente abusiva.

70. De tudo o quanto antecede, resulta que a campanha em análise não configura qualquer prática desleal ou antiética, devendo como tal ser considerada improcedente a queixa apresentada pela Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.

Requer-se, assim, respeitosamente a V. Exa. que seja declarada a extinção do procedimento por inutilidade superveniente da lide, nos termos e com os fundamentos acima enunciados.

Caso assim não se entenda – o que por mera cautela de patrocínio se admite, sem conceder –, deverá o ilustre Júri de Ética deliberar no sentido da não procedência dos fundamentos invocados pela Medinfar, nos termos acima explanados.

Apresentou **Bayer Portugal, Lda.** a sua contestação nos seguintes termos:

1. Na queixa apresentada, a queixosa afirma que o objeto da mesma é a “Campanha” lançada pela Bayer Portugal, em parceria com uma empresa detida pela Associação Nacional das Farmácias, relativamente ao produto dermocosmético BEPANTHEN BABY®, **que é um creme para muda de fralda** (como a queixosa o reconhece no art. 5º da sua queixa).

2. No folheto informativo do BEPANTHEN BABY® consta a seguinte informação:

“Bepanthen BABY® é uma pomada de proteção e regeneração para a muda da fralda que contém 5% de dexpanthenol (provitamina B5),

que promove o processo natural de regeneração da pele, mantendo-a hidratada. Foi especificamente formulada para proteger e regenerar a pele delicada dos bebés da vermelhidão associada à zona do rabinho.

Pode utilizar Bepanthen BABY® em cada muda da fralda, desde o nascimento, incluindo bebés prematuros.

A formulação de Bepanthen BABY® não tem perfume, nem corantes, nem conservantes. Cuida suavemente da pele delicada com tendência a irritações, protegendo-a da secura, dos agentes irritantes e da fricção.”.

3. A queixosa identifica como “Campanha” o spot de rádio, os MUIPs, o conteúdo editorial pago no site “De Mãe para Mãe” e o Folheto B&M do Programa Farmácias Portuguesas.

4. A queixosa comercializa, entre outros produtos, o HALIBUT MUDA FRALDAS CREME PROTETOR, que também é um creme para muda de fralda.

5. A Bayer Portugal comercializa, entre outros produtos, o BEPANTHEN BABY®.

6. Como a queixosa refere na sua queixa, “o Bepanthen é o mais “direto concorrente” de Halibut” (cfr. art. 11º da queixa e doc. 9 junto com a mesma).

7. Sendo assim, salvo o devido respeito por opinião contrária, é completamente irrelevante a demais gama de produtos que ambas as empresas comercializam (nomeadamente no que diz respeito a medicamentos) ou qual a quota de mercado que cada um desses produtos tem.

8. É que, como a queixosa refere, o objeto da queixa diz respeito, apenas, à “Campanha” lançada pela Bayer Portugal relativamente a um produto dermocosmético (e não a um medicamento) concreto, perfeitamente identificado, o BEPANTHEN BABY®, o qual é concorrente do produto comercializado pela queixosa, denominado HALIBUT MUDA FRALDAS CREME PROTETOR.

9. E é este o mercado que importa ter em atenção.

10. Mercado este no qual a queixosa detém uma quota de mercado em unidades vendidas de 48% e 50% em valor, sendo o HALIBUT MUDA FRALDAS CREME PROTETOR líder de mercado (cfr. alegado pela queixosa no art. 8º da sua queixa e doc. 8 junto com a mesma).

11. Tendo, alegadamente, o produto aqui visado, o BEPANTHEN BABY®, apenas uma quota de mercado em unidades vendidas de 12% e 11% em valor (cfr. art. 7º da queixa e doc. 8 junto com a mesma).

12. Analisemos então a “Campanha”.

13. Começa a queixosa por concluir, dos vários conteúdos e meios publicitários, que a mensagem que é passada aos consumidores é a de que este produto é recomendado pelas “Farmácias Portuguesas” e pelos “maiores especialistas”, os quais, no entender da queixosa, seriam os farmacêuticos.

14. Mas, com o devido respeito, que é muito, não é correta tal interpretação.

15. Não resulta, de todo, que as “Farmácias Portuguesas” recomendem o produto BEPANTHEN BABY®.

16. E a queixosa sabe bem como seria a mensagem publicitária caso se tratasse de uma verdadeira recomendação, como resulta do spot publicitário do seu produto HALIBUT MUDA FRALDAS (<https://pt-pt.facebook.com/halibutderma/videos/690486751357033/?type=2&theater>), no qual expressamente afirma que o produto é **“recomendado pela Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras”**.

17. O que não é, de todo, a mensagem que consta no spot de rádio e no MUPI aqui em análise.

18. Como é sabido por todos, os consumidores sempre compraram os seus medicamentos e produtos de dermocosmética em farmácias, preferencialmente aquelas que se localizassem perto do seu local de trabalho ou da sua residência.

19. Entretanto, a propriedade das farmácias foi liberalizada e surgiram os espaços de saúde de venda de MNSRM, vulgarmente designados de parafarmácias, que oferecem um número crescente de serviços.

20. Este facto é positivo para o consumidor na medida em que existe uma maior concorrência e, por isso mesmo, uma maior probabilidade de existir uma oferta mais competitiva e diversificada.

21. Por outro lado, os proprietários de farmácias passaram a sentir uma maior pressão para conseguirem diferenciar-se e captar clientes, bem como a fidelizá-los.

22. É neste contexto que, salvo melhor opinião, se percebe a existência do Programa “Farmácias Portuguesas”, amplamente divulgado junto do público há bastantes anos.

23. E, como é sabido, para que os consumidores possam ganhar alguma coisa com esse Programa, precisam primeiro de subscrever o Cartão Saúde (anteriormente denominado Cartão Farmácias Portuguesas).

24. E para subscrever tal cartão, precisam de ler e aceitar as condições gerais de utilização do mesmo (disponíveis em <https://www.farmaciasportuguesas.pt/condicoes-gerais>).

25. Ora, nessas mesmas condições gerais, logo no Capítulo II, sob a epígrafe de “Farmácias Aderentes”, é expressamente referido que “A listagem das FARMÁCIAS ADERENTES está disponível no Portal ou pode ser consultada através da linha de apoio ao cliente Saúde (707 273 273).” e que “As FARMÁCIAS ADERENTES estão identificadas através da cruz e da marca do PROGRAMA.”.

26. Convenhamos que este Programa é bastante antigo, sendo já do conhecimento dos consumidores que, não raras vezes, munidos de tal cartão (e conhecedores das condições da sua utilização), terão entrado numa farmácia que não conheciam e terão perguntado se aceitava o cartão Saúde.

27. E nessa situação terão, por seu turno, sido certamente ouvidos por outros tantos consumidores, tivessem ou não estes o referido cartão.

28. Pelo que, evidentemente, é do conhecimento geral, entre os consumidores, que existem farmácias que aderiram a tal Programa (as tais que aceitam o cartão) e outras que não.

29. Donde, necessariamente, a expressão “Farmácias Portuguesas” não se confunde com o universo das farmácias a atuar em Portugal.

30. Quanto ao Consumidor médio, presume-se que possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência.

31. Ora, como facilmente se verifica na publicidade colocada no MUPI (doc. 3 junto com a queixa), consta, de forma bem visível, um desenho com o Cartão Saúde e a expressão “Aproveite as Promoções”, havendo depois um asterisco que remete para a duração da Campanha, onde expressamente se reitera que a mesma pressupõe o Cartão Saúde.

32. Quanto à expressão “Os maiores especialistas recomendam”, é evidente que se trata de uma graça, considerando os bebés como sendo os melhores especialistas nos cremes de muda fralda, razão pela qual foi colocada uma fotografia com a cara de um bebé num desenho simbolizando um finalista universitário.

33. Os “especialistas” aqui em causa não são os farmacêuticos, nem as farmácias.

34. São os bebés.

35. E nem sequer existem quaisquer dúvidas quanto a tal interpretação, conforme resulta bem claro do spot que a queixosa transcreveu na sua douta queixa.

36. Nesse spot, expressamente se começa por dizer que se vai dar a palavra ao especialista, o “Dr. Joãozinho”, que é um bebé.

37. É o bebé que fala e não um qualquer farmacêutico.

38. É um bebé que conta a sua relação com as farmácias portuguesas e o que ele pensa delas.

39. E é esse mesmo bebé que diz que essas mesmas farmácias ajudam a sua mãe sempre que esta tem alguma dúvida.

40. Sendo esse mesmo bebé quem recomenda o BEPANTHEN BABY®.

41. Aliás, esses “especialistas”, no âmbito da Campanha das “Farmácias Portuguesas”, não “recomendam” apenas o BEPANTHEN BABY®, mas igualmente produtos concorrentes, como o Atoderm, o Caladryl Derma Hidratante e Eczema, Aveeno BABY® e Dermexa e o Mitosyl Pomada (cfr. **DOCS. 1 a 6** ora juntos).

42. Mas também os produtos da queixosa são “recomendados” na referida Campanha, conforme se vê dos **DOCS. 7 e 8** ora juntos.

43. Onde não restam quaisquer dúvidas de que o “especialista” em creme muda fraldas é o bebé.

44. Não resultando no referido anúncio publicitário referente ao produto da Bayer Portugal qualquer recomendação feita pelas “Farmácias Portuguesas”, pelas farmácias portuguesas em geral, ou por qualquer outro profissional de saúde.

45. Pelo que não existe aqui qualquer publicidade enganosa já que a interpretação da queixosa, com o devido respeito, que é muito, não se afigura correta, não sendo esse o sentido da mensagem publicitária.

46. Quanto à invocação do Estatuto do Medicamento, não cremos que o mesmo possa ser aqui utilizado.

47. Não estamos perante qualquer medicamento, mas sim perante um produto dermocosmético.

48. Aliás, a introdução feita pela queixosa em torno dos diferentes produtos BEPANTHENE® não é inocente já que pretende, de forma propositada, criar a ideia de que os consumidores portugueses não sabem distinguir medicamentos de produtos dermocosméticos, para

desta forma socorrer-se do Estatuto do Medicamento a fim de suportar a sua tese.

49. Certo é que o que está aqui em causa é um produto dermocosmético, em concreto o produto BEPANTHEN BABY®.

50. E não existe qualquer profissional de saúde a recomendá-lo.

51. Já no caso do produto da queixosa, o HALIBUT MUDA FRALDAS surge como sendo *“recomendado pela Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras”*.

52. Quanto a isso não há quaisquer dúvidas de interpretação.

53. Assim, mesmo que, por absurdo, se quisesse defender, como faz a queixosa, que a recomendação é feita pelas farmácias portuguesas - o que não corresponde, de todo, ao que resulta do material e conteúdo publicitários - é difícil perceber como é que a queixosa vê nisso alguma ilegalidade quando ela mesma promove o seu produto, concorrente, afirmando que o mesmo é *“recomendado pela Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras”*.

54. Quanto ao material publicitário indicado nos docs. 4, 5 e 6 juntos com a queixa, com o devido respeito por opinião contrária, também não podemos concordar com o entendimento sufragado pela queixosa.

55. No doc. 4 a expressão “SEM INGREDIENTES DESNECESSÁRIOS” encontra-se na base do anúncio, junto com as seguintes expressões: “SEM CONSERVANTES”, “SEM CORANTES”, “SEM PERFUMES”.

56. Qualquer consumidor médio percebe que o que é considerado como sendo ingredientes desnecessários num creme de muda de fralda são os conservantes, os corantes e os perfumes.

57. E com isso não se pode concluir que os demais produtos concorrentes têm ingredientes desnecessários e, muito menos, que o facto de terem tais ingredientes é imediatamente negativo.

58. Não se pretendeu depreciar os concorrentes (os quais nem sequer são mencionados), nem quaisquer ingredientes utilizados de forma legal.

59. A mensagem é clara: a Bayer Portugal, no seguimento de estudos e publicações de especialistas na matéria, considera como ingredientes desnecessários, para um creme de muda de fralda, os conservantes, os corantes e os perfumes e é por isso que o seu produto não os tem.

60. Mas o facto de se considerar tais ingredientes como sendo desnecessários, no seguimento dos estudos que acompanha e que aqui são juntos (**DOCS. 9, 19 e 11**), não implica que tais ingredientes sejam automaticamente e sempre negativos ou prejudiciais.

61. Não é isso que é dito, nem tal resulta da mensagem publicitária.

62. Apenas se quer transmitir que é opção da Bayer Portugal que o seu produto não contenha tais ingredientes, considerando que os mesmos não acrescentam valor.

63. Existem inúmeros produtos, concorrentes entre si, em diferentes gamas, que são perfumados e outros que não o são, que são neutros.

64. Isso quer dizer que os produtos neutros, sem cheiro, são melhores? Ou serão os produtos perfumados melhores?

65. Nem uma coisa, nem outra.

66. Tal como existem produtos sem conservantes e outros com conservantes.

67. São variações e diferentes ofertas para um conjunto diversificado de clientes.

68. Não é indiferente o facto da Bayer Portugal ser uma empresa alemã e a circunstância da campanha aqui em análise não ser apenas nacional mas sim europeia.

69. A Dr.^a Yael Adler, a mais famosa dermatologista alemã, no seu livro “O Fascinante Mundo da Pele”, Edição Lua de Papel, defende expressamente a utilização de cosméticos sem perfume.

70. Segundo esta médica alemã, o ideal será optar sempre por produtos sem perfume, sem parabenos e sem corantes.

71. Utilizando mesmo a expressão “... *menos é mais no que toca aos cosméticos*”.

72. E é esta a ideia que a Bayer Portugal pretende adotar para o seu produto.

73. Os consumidores alemães demonstraram receptividade às ideias defendidas por esta médica alemã, tendo-se verificado uma mudança no padrão de consumo.

74. Que, de resto, constata-se que não é apenas uma realidade alemã mas sim internacional, no sentido dos consumidores diminuírem, na medida do que é possível, o contacto com produtos químicos como os conservantes, corantes e perfumes.

75. Ora, se a realidade está a mudar, se determinados consumidores parecem exigir um certo tipo de produtos, como poderá a Bayer Portugal ser impedida de ir ao encontro desses consumidores?!?!?

76. Está a Bayer Portugal impedida de publicitar o seu novo produto?

77. É que um tal entendimento consistiria num verdadeiro obstáculo à livre concorrência.

78. Ademais quando a queixosa é líder, podendo ver-se aqui uma forma de travar qualquer possibilidade de crescimento na demais concorrência, o que, com o devido respeito, é manifestamente ilegal e censurável.

79. Acresce que também existem estudos científicos onde é expressamente reconhecido que ingredientes como perfumes ou corantes não têm qualquer valor terapêutico, sendo mesmo desaconselhados:

“Contains no Potential Sensitizers, Such as Fragrances

The fragile nature of infant skin makes it susceptible to an array of environmental and biological

allergens. Established allergens should be avoided in the formulation of an IDD preparation. Recently, the EU reported 26 fragrance components with enhanced allergenicity, including some agents readily available in IDD preparations, such as benzyl alcohol, benzyl benzoate and benzyl cinnamate (Table 3)³⁵.

Contains no Antiseptics or Preservatives

*Antiseptics were not considered by the panel to be appropriate for an IDD preparation, as microorganisms have not been shown to have a pathogenic role in IDD⁶. Antimicrobial agents can alter the local composition of the protective commensal skin bacterial flora and thereby increase the risk of secondary infections⁶. In the prevention of IDD, the use of preservatives such as parabens was also discouraged by the panel³⁴.” (cfr. **DOC. 9**, página 7, ora junto).*

“Healthcare professionals have indicated unease over the widespread use of manufactured BABY[®] skincare

*products which are promoted as especially suitable for babies’ skin, but actually include ingredients that are potentially allergenic²⁶. For this reason, non-essential ingredients such as perfumes should be omitted, since they are strongly associated with allergic contact sensitization²⁷.” (cfr. **DOC. 11**, p. 647, ora junto).*

80. Ademais, quando quem pretende evitar isso é o principal concorrente da Bayer Portugal, o qual, aliás, detém a maior quota de mercado...

81. Invoca a queixosa o Regulamento nº 655/2013 da Comissão, de 10 de Julho de 2013, referindo que a Bayer Portugal teria violado o art. 5º, nº 1, ao utilizar alegações que depreciariam os ingredientes utilizados de forma legal pelos demais concorrentes.

82. Com o devido respeito, que é muito, não tem razão a queixosa.

83. Para facilitar a aplicação deste Regulamento, a Comissão Europeia publicou orientações, as quais foram atualizadas, em 3 de julho de 2017, através de um documento técnico denominado “Technical document on cosmetic claims Agreed by the Sub-Working Group on Claims“, o qual se junta como **DOC. 12**.

84. Este documento inclui um anexo (III) que clarifica a utilização de alegações específicas, designadamente, “livre de...” ou “sem...”.

85. O que daí resulta é que o que é proibido é alegar que determinado produto não tem ingredientes que são proibidos, ou que não costumam ser utilizados na indústria cosmética.

86. Não é, de todo, o caso.

87. Também não é aceitável que as alegações “livre de...” ou equivalentes atribuam uma determinada eficácia ao produto que não pode ser garantida ou assegurada.

88. Tal como não é aceite que um produto refira que é livre de conservantes ou de perfumes e depois tenha ingredientes que têm o exato efeito daqueles.

89. Mas também não é aqui o caso.

90. Na referida orientação da Comissão Europeia está aí claro que podem ser utilizadas alegações que refiram a inexistência de determinados ingredientes legais.

91. É, sim, preciso que tal alegação corresponda à verdade e que o produto efetivamente não contenha tais ingredientes.

92. É o caso aqui em apreço.

93. O produto BEPANTHEN BABY® não tem conservantes, nem corantes e nem perfumes.

94. Tal como não contém óxido de zinco.

95. Ora, de acordo com o Regulamento (UE) nº 655/2013, conforme resulta das orientações da Comissão Europeia, estas alegações podem ser utilizadas, sendo legais desde que verdadeiras - o que é o caso.

96. É verdade que não podem ser utilizadas alegações que transmitam uma mensagem depreciativa assente na ideia de que determinados ingredientes legais não são seguros - o que não é, de todo, a ideia que aqui se transmite.

97. Sendo correto afirmar que certos parabens são seguros quando utilizados em cumprimento do Regulamento (UE) nº 1223/2009.

98. Pelo que, da conjugação de tais princípios, concluiria a queixosa que a utilização da alegação “sem parabens”, “sem conservantes” ou “sem perfume” seria automaticamente depreciativa.

99. Mas, salvo o devido respeito por opinião contrária, não pode ser assim.

100. É que é preciso ter presente que tal legislação permite a utilização de alegações “livre de ...” (ou equivalentes) quando se destinam a um específico público-alvo de utilizadores.

101. Em causa está um produto cosmético para ser utilizado apenas no corpo de bebés (é uma pomada para a muda fralda).

102. Sabendo-se que se trata de uma pele especialmente sensível.

103. Sendo do conhecimento geral que a pele dos bebés é uma pele que tem propensão para sofrer reacções face aos produtos cosméticos com a qual entra em contacto.

104. O produto BPANTHEN BABY® destina-se a ser utilizado apenas em bebés, tal como o nome indica e resulta claro na publicidade.

105. Aliás, muitos outros produtos cosméticos para a pele dos bebés não têm parabens, fazendo mesmo alusão expressa a tal facto.

106. Atente-se o que refere a marca Corine de Farme no seu site (<https://www.corinedefarme.pt/conselhos-de-beleza/Descubra-os-nossos-produtos-de-Cuidado-bebe-sem-parabens/>):

“Os parabens, ingredientes exclusivos da composição dos produtos Corine de Farme.

Banidos dos produtos para bebês, os parabenos são ingredientes temidos e alvo de pesquisa por parte da maioria dos pais, na lista de composição dos cosméticos.

O que são os parabenos? São conservantes utilizados nos produtos de cuidados a fim de evitar a proliferação das bactérias e micróbios. Mesmo que nenhum estudo tenha provado a toxicidade dos parabenos, existem supostas ligações entre a sua utilização e o seu perigo/impacto para a saúde da pele.

Por precaução, os parabenos não entram na composição dos produtos para bebê da nossa marca. Com aproximadamente 95% de ingredientes de origem natural, respeitam a pele da criança.”

107. Mas nem sequer é o único, existindo várias marcas que também anunciam que os seus produtos não contém parabéns ou perfume.

108. É o caso do A-Derma Primalba Baby Creme.

109. Trata-se de um creme que, segundo a publicidade do produto, *“ajuda a hidratar e proteger o rabinho do bebê a cada muda da fralda. Previne o eritema da fralda. Minimiza o risco de irritações e assaduras da fralda. Forma um filme protetor na pele. Cuida e previne irritações, irritações e o eritema da fralda. Proporciona conforto imediato e deixa a pele respirar. Ideal para o rabinho do bebê. De elevada tolerância, sem parabenos, sem perfume e sem álcool.”* (nosso sublinhado)

110. Acresce que a legislação não pode ser interpretada sem conexão com a evolução social.

111. O Regulamento nº 655/2013 data de 30 de Novembro de 2013.

112. Sucede que a realidade tem vindo a mudar.

113. Cada vez mais os consumidores preferem produtos naturais, sem conservantes e sem corantes.

114. Mesmo que tais conservantes e corantes sejam legais.

115. Sendo certo que os consumidores também não ignoram que as listas de substâncias autorizadas estão constantemente a ser modificadas, e que o que hoje é permitido, amanhã poderá passar a ser proibido.

116. É o caso, por exemplo, do propilparabeno, um ingrediente que existia nos cremes de muda de fralda mas que depois foi proibido pela Comissão Europeia por suspeita de provocar problemas hormonais.

117. Não é disso que se trata.

118. E no que diz respeito aos bebés, determinado conjunto de mães e de pais têm procurado no mercado produtos que não contenham essas mesmas substâncias, que os próprios adultos começam a nem sequer querer para eles mesmos.

119. Trata-se de uma evolução do mercado, o qual não é estático mas dinâmico.

120. E a Bayer Portugal, conforme já se referiu, vai ao encontro desse específico público-alvo.

121. Não podendo ser impedida de publicitar o produto que fabricou especialmente para esse público-alvo.

122. Quanto à alegação “Sem óxido de zinco”, trata-se de uma alegação verdadeira, já que o produto não contém tal ingrediente.

123. E, como se disse, essa alegação tem como alvo aquele específico grupo de consumidores que pretende adquirir produtos com o mínimo possível de ingredientes.

124. É preciso ter presente que no mercado do eritema da fralda, 90% dos produtos correspondem a fórmulas COM óxido de zinco, sendo o BEPANTHEN um dos dois produtos no mercado que tem fórmula sem óxido de zinco (dados HMR).

125. Assim, incluir esta alegação na publicidade feita ao produto permite informar o consumidor da diferenciação da fórmula do BEPANTHEN face ao mercado, assegurando assim que o consumidor

tem toda a informação necessária na hora da compra para tomar a sua decisão.

126. O óxido de zinco é percebido/associado pelo consumidor a fórmulas oclusivas e que deixam a característica “mancha branca” na zona da fralda.

127. E a expressão “Deixa a pele Respirar” é uma consequência da inexistência de uma barreira oclusiva.

128. O óxido de zinco é uma substância autorizada para utilização em produtos cosméticos mas que tem características diferentes quando comparada com a fórmula BEPANTHEN: antimicrobiana, antiinflamatória, desbridante.

129. Em oposição, a fórmula de BEPANTHEN está indicada para hidratação e regeneração cutânea, permitindo proteção diária da pele do bebê.

130. Conforme resulta da Informação retirada do RCM do Medicamento HALIBUT Pomada, a função do óxido de zinco é a seguinte: *“O óxido de zinco através da sua ação autodesbridante, anti-infecciosa, antiinflamatória e promotora da epitelialização desempenha uma função protetora, calmante, adstringente e antisséptica.”*

131. Segundo o que é alegado pela queixosa, o óxido de zinco tem propriedades antissépticas.

132. Em conclusão, se assim é, a utilização, a cada muda da fralda, altera a flora microbiana cutânea, não sendo considerada necessária a sua utilização pela comunidade científica.

133. Atente-se no estudo ora junto como **DOC. 10**:

Características que deben evitarse

La piel del bebé (<12 meses) es estructural y funcionalmente diferente de la de los niños mayores y, por tanto, podría ser menos capaz de soportar factores externos irritantes⁸. En este sentido, las fórmulas barrera deberán cumplir con la máxima hipocrática de *primum non nocere*. Las fórmulas deben ser hipoalergénicas y de alta tolerabilidad, sin ingredientes innecesarios y/o potencialmente sensibilizantes, como perfumes, conservantes o antisépticos⁸.

Los antisépticos no se consideran apropiados para una fórmula barrera, principalmente porque los microorganismos no han demostrado tener un papel relevante en la patogenia de la DIP y, además, podrían alterar la composición de la flora microbiana protectora

134. Ainda no mesmo estudo, resulta o seguinte:

Las pastas constan de un contenido en polvos $\geq 10\%$ (p. ej., óxido de zinc) con una función secante que, a la vez, forma una capa blanca no transparente. Para comprobar la evolución de la lesión es necesario retirar las pastas con un arrastre vigoroso que puede dañar la piel. Por ello, se desaconseja aplicarlas diariamente de forma preventiva³.

Con el fin de mantener un nivel de hidratación óptimo, las formulaciones barrera incluyen ingredientes activos como el dexpantenol, un análogo del ácido pantoténico (vitamina B₅) o la vitamina A. El dexpantenol al 5% ha demostrado tener una acción dual, hidratante y regeneradora⁴⁵; su uso es preventivo y mejora la irritación, incluso en bebés prematuros⁴⁶.

135. Atente-se ao que é referido no estudo junto como **DOC**.

11:

Selecting a barrier preparation for IDD management

In many countries, pastes have been a popular class of formulation for IDD, containing a high proportion (at least 10%) of finely powdered material such as zinc oxide or titanium dioxide, suspended in a water-in-oil (lipophilic) or an oil-in-water (hydrophilic) vehicle. Whereas all pastes were traditionally believed to be able to dry the skin, it is now known that lipophilic pastes cannot absorb water, and are in practice highly occlusive²⁴. Conversely, hydrophilic pastes are able to take up certain amounts of water²⁴, but will not be as effective as a barrier¹⁹. In general, water-in-oil formulations, with a lipid content $\geq 50\%$, provide a superior moisture barrier than lighter oil-in-water products¹⁹. For this reason, ointments are generally more effective than creams and lotions²⁵.

When considering what would constitute the ideal everyday barrier preparation, one needs to consider the relevance, tolerability and safety of constituents other than the lipids alone. Every ingredient should have a

136. Conforme resulta dos estudos acima mencionados, a utilização de antimicrobianos altera a flora microbiana protetora da pele, favorecendo o risco de infecções secundárias.

137. Esta informação deve ser tida em consideração em fórmulas para uso diário.

138. No doc. 4, é utilizada a expressão “*SEM ÓXIDO DE ZINCO. Deixa a pele respirar.*”

139. A queixosa alega que a Bayer Portugal está a fazer uma comparação com todos os muda fraldas com óxido de zinco, estando a denegrir os produtos da queixosa com óxido de zinco, imputando a um ingrediente uma desvantagem que não é real.

140. Com o devido respeito por opinião contrária, não se está a denegrir qualquer produto concorrente.

141. Por outro lado, não se refere, expressa ou implicitamente, neste anúncio que o óxido de zinco é um ingrediente desnecessário.

142. A ideia que aparece associada ao óxido de zinco é que sem tal ingrediente a pele respira: “*SEM ÓXIDO DE ZINCO. DEIXA A PELE RESPIRAR.*”

143. E é um facto objetivo e verdadeiro que o BEPANTHEN BABY® não tem, como ingrediente, o óxido de zinco.

144. Como se referiu, o público-alvo do BPANTHEN BABY® é diferente.

145. E a verdade é que o óxido de zinco é o ingrediente responsável pela barreira branca que todos nós já vimos no rabo dos bebés aquando da muda de fralda, sendo do conhecimento geral que a mesma não é fácil de retirar do rabo dos bebés.

146. Existem vários estudos que desaconselham a utilização do óxido de zinco nos cremes muda fralda.

147. No estudo conjunto apresentado pelo médico dermatologista Antonio Torrelo-Fernández, pela parteira María Victoria

Cambredó-Aparicio, pelo médico pediatra Fernando García-Sala-Viguer e pelo farmacêutico Santiago Gomez-Facundo (DOC. 10), uma das razões prende-se com as dificuldades em verificar a evolução da lesão na pele dos bebés já que perante uma capa branca, não transparente, tem de se retirar esse mesmo produto, que está agarrado à pele, podendo agredir a pele do bebé.

148. Sendo expresso o desaconselhamento desse tipo de produtos, de forma diária, com intuitos preventivos (fazendo-se referência ao estudo de Atherton D., “A review of the pathophysiology, prevention and treatment of irritant diaper dermatitis.”, Curr Med Res Opin. 2004; 20(5): 645-9).

149. Num outro estudo (A review of the pathophysiology, prevention and treatment of irritant diaper dermatitis, de David J. Atherton), é expressamente reconhecido que os cremes com óxido de zinco são altamente oclusivos (cfr. DOC. 11, remetendo para o estudo de West DP, Worobec S, Solomon LM. Pharmacology and toxicology of infant skin. J Invest Dermatol 1981;76(3):147-50):

“In many countries, pastes have been a popular class of formulation for IDD, containing a high proportion (at least 10%) of finely powdered material such as zinc oxide or titanium dioxide, suspended in a water-in-oil (lipophilic) or an oil-in-water (hydrophilic) vehicle. Whereas all pastes were traditionally believed to be able to dry the skin, it is now known that lipophilic pastes cannot absorb water, and are in practice highly occlusive²⁴.”

(...)

“Currently, a wide range of products is available to prevent and treat IDD, yet few fulfil all the criteria

proposed above. Zinc or titanium oxide-containing preparations are commonly used to prevent and treat

IDD. However, as we have discussed, hydrophilic paste formulations do not provide a very effective barrier and are generally unsuitable for daily use in a preventive role.

On the other hand, lipophilic formulations containing zinc or titanium oxides will be reasonable barriers, but are very difficult to remove; this can result in frictional damage to the skin when attempts to remove them are over-vigorous.”

150. Mas no que diz respeito diretamente às propriedades terapêuticas do óxido de zinco, não se pode deixar de ter presente o que é referido no estudo acima referido:

“Zinc oxide, which has historically been applied as an occlusive paste, is thought to have anti-bacterial properties; however, there are no published reports from controlled studies in infants with IDD31. Furthermore, there is no evidence to suggest a primary bacterial or fungal component in the pathology of IDD6. Vitamin A (from cod liver oil) has also been suggested to ameliorate IDD progression; however, there are no published clinical studies to support this claim32.”

151. Daqui se retira que o óxido de zinco no creme de muda fraldas constitui uma pasta oclusiva.

152. Atente-se ao que é referido pela DECO no que diz respeito aos cremes de muda-fraldas (<https://www.deco.proteste.pt/saude/beleza-cuidados-pele/noticias/cremes-eficazes-para-o-rabinho-do-bebe>):

“Concluimos também que estes cremes pouco ou nada aumentam a velocidade de recuperação da pele. Não é necessário nem desejável usá-los como prevenção. A aplicação massiva pode ter um efeito contrário ao desejado: é possível que as pomadas com elevada concentração de óxido de zinco não deixem a pele respirar, causem maceração e inflamação. A melhor forma de evitar as assaduras é limpar a zona com algodão embebido em água morna e secar bem.” (nosso sublinhado).

153. Ora, é a própria associação de defesa dos consumidores que afirma que as pomadas com elevada concentração de óxido de zinco não deixam a pele respirar.

154. Onde não se apresenta falsa nem incorreta a informação de que o óxido de zinco não deixa a pele respirar, tal como, de resto, os estudos acima referidos o indicam.

155. Sendo certo que também a DECO terá na sua posse os estudos que lhe permitiram fazer tal alegação.

156. Tal como referido nos estudos aqui juntos, trata-se de uma pasta que cria uma barreira oclusiva, difícil de remover, pelo que também não está errada a informação veiculada no site “De Mãe para Mãe”.

157. Não sendo verdade que a mensagem que se transmite é a de que os cremes de muda fralda, que contenham óxido de zinco, façam mal à pele do bebé.

158. Não só tal mensagem não resulta da publicidade feita ao produto, como nem sequer tal resulta implícito, não se vislumbrando de que modo é que os consumidores poderiam chegar a tal conclusão.

159. Com o devido respeito, não cremos que a interpretação legal deva ser feita de forma tão estrita e literal.

160. Mas acaso se pretenda fazê-lo, não se pode deixar de chamar a atenção para o Regulamento nº 1233/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2009 , relativo aos produtos cosméticos.

161. Nos termos do art. 20º, nº 1, *“Na rotulagem, na disponibilização no mercado e na publicidade dos produtos cosméticos, o texto, as denominações, marcas, imagens ou outros sinais, figurativos ou não, não podem ser utilizados para atribuir a esses produtos características ou funções que não possuem.”*

162. Ora, também a queixosa comercializa medicamentos e produtos cosméticos sob a marca “chapéu” HALIBUT - cfr. **DOC. 13**.

163. Donde também se poderia fazer idêntico raciocínio de que a queixosa, ao invocar que o seu produto cosmético é recomendado pela Associação Portuguesa dos Enfermeiros Obstetras, pretende com tal publicidade fazer um aproveitamento para a marca “chapéu” HALIBUT utilizada em medicamento, contornando desta forma a proibição de recomendação de medicamentos por parte de profissionais de saúde.

164. Donde, por coerência, acaso se decida, por absurdo, que o material publicitário referente ao produto BEPANTHEN BABY®, da Bayer Portugal, não está conforme com a lei, idêntica posição deverá recair sobre a publicidade do produto cosmético da queixosa.

165. E se quisermos ir mais longe, então teríamos de considerar ilegal a publicidade que a queixosa faz ao seu produto quando alega que o mesmo “Previne a assadura da fralda”:



166. De acordo com a definição legal, um produto cosmético é qualquer substância ou mistura destinada a ser posta em contacto com as partes externas do corpo humano (epiderme, sistemas piloso e capilar, unhas, lábios e órgãos genitais externos) ou com os dentes e as mucosas bucais, tendo em vista, exclusiva ou principalmente, limpá-los, perfumá-los, modificar-lhes o aspeto, protegê-los, mantê-los em bom estado ou corrigir os odores corporais.

167. Não são considerados produtos cosméticos os produtos destinados a evitar doenças.

168. Nos termos do disposto no art. 11º do DL nº 189/2008, de 24 de Setembro, os folhetos respeitantes aos produtos cosméticos, bem como as menções publicitárias não devem ser susceptíveis de

induzir o consumidor em erro sobre as suas características ou ser utilizados para atribuir qualidades ou propriedades que não possuem ou que produtos cosméticos não podem possuir, designadamente, indicações terapêuticas.

169. Assim, a utilização na publicidade e na comunicação do produto HALIBUT da palavra “Prevenção” transmitiria a ideia de que o produto tem um efeito terapêutico, o que afrontaria diretamente a lei.

170. Aliás, o mesmo se passaria com o outro produto da queixosa, a pomada reparadora:



171. A informação incluída na embalagem é a seguinte: “Ajuda a controlar a proliferação de microrganismos na pele”.

172. O miconazol é um antifúngico utilizado em formulações para aplicação cutânea, classificadas como medicamento.

173. O miconazol inibe a biossíntese de ergosterol em fungos e altera a composição de outros componentes lipídicos da membrana, resultando na necrose de células fúngicas.

174. O miconazol associa uma atividade antifúngica contra dermatófitos comuns, leveduras e outros fungos com uma atividade antibacteriana contra alguns cocos e bacilos Gram-positivos.

175. Este produto está a comunicar propriedades antimicrobianas e anti-infecciosas o que não é permitido num produto cosmético.

176. De acordo com o Regulamento nº 1223/2009, Anexo II, Lista de substâncias Proibidas nos Produtos Cosméticos, não são permitidas substâncias com efeito antibiótico.

177. Pelo que também aqui a publicidade (e o rótulo) de tal produto seria ilegal.

178. Não obstante o atrás exposto, e sendo séria convicção da Bayer Portugal de que a publicidade em questão não é enganosa nem deprecia qualquer marca ou ingrediente concorrente, não se afasta a possibilidade de trabalhar e modificar todos os materiais publicitários desta campanha, nomeadamente para mitigar ou, no limite, retirar algumas das alegações referidas pela queixosa.

179. Mas, como facilmente se compreende, também a queixosa deverá estar disponível para mostrar idêntico compromisso no que diz respeito à publicidade dos seus produtos.

180. Ou seja, se porventura a Bayer Portugal estiver disponível para, eventualmente, retirar da sua publicidade a alegação “sem óxido de zinco”, também a queixosa se deveria comprometer a alterar as irregularidades atrás apontadas, nomeadamente a menção da alegação “prevenção” no seu produto Halibut muda fralda, creme reparador, bem como as alegações “antimicrobianas” no produto Halibut muda da fralda, pomada reparadora.

Nestes termos e nos demais de direito, deverá a queixa apresentada pela queixosa ser arquivada, não se declarando a ilicitude da publicidade denunciada.

Deliberação da 1ª Secção do Júri de Ética do Instituto da Auto Regulação Publicitária.

A 1ª Secção do Júri de Ética do Instituto da Auto Regulação Publicitária julgou parcialmente procedente a queixa com base nos seguintes fundamentos essenciais:

“(...) 2. Enquadramento ético-legal

2.1 Importa analisar o conteúdo de cada um dos suportes publicitários juntos aos autos, podendo ser considerados dois conjuntos:

a) Aqueles que promovem o produto, bem como o Programa “Farmácias Portuguesas; e

b) Os que promovem exclusivamente o produto Bepanthen Baby.

Os primeiros são da responsabilidade das duas Requeridas, os segundos apenas da 2ª Requerida.

Assim, cabem na alínea a): o spot de rádio, os MUPI’s e o Folheto B&M 2020 do Programa “Farmácias Portuguesas” (docs. nºs 2, 3 e 4 juntos pela Requerente) e, na alínea b), o suporte vídeo e conteúdo editorial no site “De Mãe para Mãe” (docs. 5 e 6 juntos pela Requerente).

Importa, pois, para este JE, proceder à identificação em matéria de comunicação comercial, do que é controvertido no âmbito das mensagens publicitárias veiculadas.

Assim, relativamente aos suportes identificados em a), no que toca ao “Spot de Rádio” e ao MUPI, alega a Requerente que, a mensagem que os mesmos transmitem, é suscetível de constituir publicidade enganosa por deles se inferir que “todas” as farmácias de Portugal, bem como os “especialistas” que nelas trabalham, recomendam o uso do produto, porquanto “transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado.”.

O art.º 9.º do Código de Conduta da ARP estabelece que a comunicação comercial deve ser “verdadeira e não enganosa”, proscrevendo como enganosa qualquer declaração ou alegação 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.

As alegações e a publicidade aos produtos, bem como outras formas de comunicação comercial, são instrumentos essenciais para transmitir aos consumidores as características e qualidades de produtos, promover a comparabilidade e uma escolha informada por parte do consumidor quanto ao produto que melhor corresponde às suas necessidades e expectativas.

Ora, quer o “Spot de rádio”, quer o “Mupi”, quer o Folheto B&M 2020 visam a promoção, em primeiro lugar, do Programa “Farmácias Portuguesas”, no caso concreto através da “Campanha Promocional Bebê e Mamã 2020”, a decorrer durante o mês de janeiro, conforme se pode ver no site [farmaciasportuguesas.pt](https://www.farmaciasportuguesas.pt):

“(<https://www.farmaciasportuguesas.pt/sauda/bebe-mama-2020.html>)



No referido site é feito o enquadramento da “campanha”, contendo “Os termos e condições” da mesma, o que nos parece relevante para contextualizar de forma correta o claim em análise:

“Maternidade, essa palavra tão cheia de doçura, mas que vem também com tantas angústias, dúvidas e incertezas.

Quem tem um bebê em casa sabe bem o quanto, às vezes, é importante o apoio de alguém que conheça as dúvidas dos pais e que tenha uma resposta ou uma sugestão para acalmar um bebê que chora e que não se sabe porquê...

As Farmácias, pela sua disponibilidade e pelos seus profissionais de saúde altamente qualificados, estão na linha da frente para acalmar uma mãe ansiosa (muitas vezes, também o pai). E os bebês agradecem!

Conheça todos os produtos que integram a campanha aqui.

Termos e condições gerais da campanha:

– Vigência: A campanha começa a 01 de janeiro de 2020 às 00h.00m e termina a 31 de janeiro de 2020, às 23h:59m.

– Mecânica: Os produtos que são alvo de benefício (descontos ou atribuição de pontos adicionais no Cartão Saúde) no âmbito da Campanha de Bebê e Mamã das Farmácias Portuguesas são aqueles que constam do folheto promocional.

Considerações gerais:

– Limitado aos detentores de Cartão Saúde e às farmácias aderentes às Farmácias Portuguesas”

E, na capa do Folheto B&M 2020, a mesma informação:



O lema “Farmácias Portuguesas é para a Vida” é inequívoco. É entendimento deste JE que os suportes em causa têm por finalidade, em primeiro lugar, promover o Programa “Farmácias Portuguesas”, chamando a atenção para a existência de promoções nas farmácias aderentes, de vários artigos para bebés.

Assim, tendo a campanha este fito - promover artigos para os bebés, vendidos nas farmácias aderentes ao programa “Farmácias Portuguesas” - os bebés aparecem, em sentido figurativo, como “os maiores especialistas” a recomendar as “Farmácias Portuguesas”.

“Os Maiores Especialistas Recomendam” é o claim utilizado na declinação de todas as peças da campanha referidas na alínea a), com a figura associada do Bebé com o “Chapéu de Doutor”, o “Doutor Joãozinho”.

Note-se que no interior do folheto estão anunciados inúmeros produtos em promoção, designadamente o produto da 2ª Requerida, mas também os produtos da Requerente, com utilização do mesmo “especialista” que surge no MUPI em que é feita promoção às “Farmácias Portuguesas” e ao produto da 2ª Requerida.

SCAC E MAMÃ

DODOT
Ajudar a mudar as fraldas

Ajudar a reduzir o risco de irritações

2,5€
Desconto

2€
Desconto

Bepanthen Baby
Pomada para a Mudar de Fralda

Proteção Gigante, suave para a pele.

SIM, INGREDIENTES DE QUALIDADE

Halibut Fraldas Creme

2€
Desconto

SCAC E MAMÃ

HALIBUT MUDA FRALDAS® LIMPIENTO (200 ML)

2€
Desconto

HALIBUT MUDA FRALDAS® POMADA REPARADORA (50 G)

3€
Desconto

HALIBUT MUDA FRALDAS® CREME PROTETOR

2€
Desconto

Oferta

O spot rádio aponta no mesmo sentido. O “Dr. Joãozinho” enaltece as “Farmácias Portuguesas” chamando a atenção para as promoções e para os conselhos que podem ser obtidos juntos dos profissionais, recomendando “en passant” o produto da 2ª Requerida, concluindo com a declinação presente em toda a “Campanha” “os maiores especialistas recomendam” e com o Lema “Farmácias Portuguesas. É para a Vida”.

A “recomendação” não é, portanto, das “Farmácias Portuguesas” ou dos seus profissionais, mas ainda que fosse, a conclusão seria de que todos os produtos do folheto tinham merecido a mesma “recomendação”-designadamente o Produto da Requerente, “Halibut Fraldas Creme” cuja inserção também vem acompanhada do cartão “Saúda” acompanhado do logo “Farmácias Portuguesas”.

Uma recomendação não é mais do que uma mera indicação, ou aconselhamento, que não tem de estar fundamentada numa liderança do mercado ou preferência do consumidor. Uma recomendação, é uma sugestão deixando ao livre arbítrio de quem a recebe uma escolha ou opção.

E o consumidor médio sabe distinguir o que é uma recomendação, sobretudo no contexto publicitário.

Quanto à alegada confusão entre o universo das farmácias de Portugal e o universo das farmácias aderentes ao Programa “Farmácias Portuguesas”, que seria suscetível de poder configurar, também, publicidade enganosa, considera este JE, sem necessidade de mais delongas, que a mesma não existe para o consumidor médio, que é minimamente informado, acompanhando e fundamentando a sua posição na argumentação produzida pela 1ª Requerida a este respeito.

Acresce que, ainda que o consumidor médio possa ser “distráido” e não reconheça todas as farmácias que aderiram ao programa “Farmácias Portuguesas”, conhece as vantagens que pode obter, como consumidor nestas farmácias, e que as mesmas estão associadas a um

cartão a que pode aderir voluntariamente e de forma informada – o Cartão Saúde.

Não acompanha, portanto, este JE a Requerente na sua interpretação, de que a mensagem veiculada nos suportes referidos na alínea a) “transmite para os consumidores uma ideia, falsa, de que Bepanthen Baby é a marca preferida do mercado.”, não se encontrando reunidos os pressupostos vertidos no art.º 9º do Código de Conduta da ARP e do art.º 10º do Código da Publicidade para considerar, neste aspeto, a mensagem como enganosa.

Quanto aos suportes referidos na alínea b), os mesmos não fazem qualquer alusão ao Programa “Farmácias Portuguesas” ou aos “Maiores Especialistas”, razão pela qual este JE sobre esta matéria nada mais tem a acrescentar.

2.2 A Requerente, na sua queixa vem alegar que a afirmação, na mensagem publicitária, de que “Bepanthen Baby não contém óxido de zinco”, associado a outras referências, denigre a imagem de todos os concorrentes que têm produtos similares com este ingrediente.

Seguirá este JE a mesma metodologia de analisar as mensagens veiculadas através dos suportes referidos em 2.1 a) (Spot de rádio, Mupi e Folheto BM2020) e, posteriormente os referidos na alínea b) (suporte vídeo e conteúdo editorial pago no site de “Mãe para Mãe”).

Assim, cumpre verificar se as mensagens publicitárias contidas nos suportes referidos nas alíneas a) e b), violam o princípio da concorrência, da veracidade ou o Regulamento (CE) n.º 1223/2009, de 30 de novembro, relativo aos produtos cosméticos, que estabelece que os consumidores devem ser protegidos contra alegações enganosas e garante que a informação transmitida através dessas alegações é útil, compreensível e fiável, permitindo aos consumidores tomar decisões informadas e escolher os produtos que melhor se adequem às suas necessidades e expectativas, competindo à pessoa responsável assegurar a conformidade, nos termos do Regulamento (UE) n.º

655/2013, de 10 julho, que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.

Bem como, analisar as referidas mensagens publicitárias à luz do art.º 9.º e 10º do Código de Conduta da ARP (veracidade e legalidade), que estabelece que a comunicação comercial deve ser “verdadeira e não enganosa”, proscrevendo como enganosa qualquer declaração ou alegação 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.

As alegações e a publicidade aos produtos, bem como outras formas de comunicação comercial, são instrumentos essenciais para transmitir aos consumidores as características e qualidades de produtos, promover a comparabilidade e uma escolha informada por parte do consumidor quanto ao produto que melhor corresponde às suas necessidades e expetativas.

Entende o JE que as alegações publicitárias em causa devem ser avaliadas pelo possível impacto que possam ter sobre um Consumidor médio, e atendendo ainda às características do público-alvo e do meio utilizado, devendo tomar em consideração os conhecimentos, a experiência e a capacidade de discernimento de um Consumidor médio. É a esta luz que devem ser enquadrados os claims em análise, sem perder de vista os princípios gerais aplicáveis à publicidade dos produtos cosméticos.

Elimina, este JE desde logo, o spot rádio (doc. n.º 2 da queixa) por o mesmo não conter qualquer alegação relativa à existência ou não do “óxido de zinco” no produto “Bepanthen Baby” ali anunciado.

Pelo mesmo motivo, este JE elimina também o MUPI (doc. n.º 3 da queixa), uma vez que se limita a referir que o produto é uma “pomada muda fralda, sem mencionar a sua composição.

Quanto ao folheto do Programa “Farmácias Portuguesas” que divulga a Campanha “Bebés e Mamãs”, por fazer menção à inexistência de óxido de zinco na sua composição iremos analisá-lo em conjunto com os restantes suportes (vídeo e conteúdo editorial do site de “Mãe para Mãe”).

Afirma a Requerente que “O Spot de TV, o folheto e o conteúdo editorial pago no site “De Mãe para Mãe” – Docs. 4, 5 e 6 – “transmitem uma mensagem, clara e evidente, de que o ingrediente óxido de zinco pode fazer mal à pele suave dos bebés - (“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita”) - é uma vantagem um produto ser “Sem óxido de zinco”, qualificando-o como “ingredientes desnecessários” e, portanto “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda”.

De acordo com n.º 5, n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, “Imparcialidade”, “As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”

Ora, no folheto a referência relativa ao óxido de zinco é expressa de forma destacada de outras menções, da seguinte forma: “Sem óxido de zinco” e em letras pequenas “Deixa a pele respirar”.

Em rodapé, mas ainda com maior destaque, encontramos outras informações sobre o produto: “Sem ingredientes desnecessários” e por baixo desta informação são elencados os referidos “ingredientes”: “✓ sem conservantes ✓ sem corantes ✓ sem perfumes”.

Sublinha-se que não existe qualquer alusão de que o óxido de zinco é um ingrediente desnecessário. O claim “Sem Óxido de Zinco /Deixa a pele respirar” refere-se às propriedades daquele específico produto “pomada muda fralda”.

Refere a Requerente que a alusão “deixa a pele respirar” é depreciativo face a todos os restantes produtos concorrentes que servem a mesma finalidade e que na sua composição contém óxido de zinco.

Não concordamos com a Requerente, designadamente pela leitura dos estudos juntos quer pela Requerente quer pela 2ª Requerida, que comprovam que o óxido de zinco cria uma camada oclusiva e, portanto, não deixa a pele respirar. Não existe qualquer referência (no anúncio do folheto) se, pelo facto do óxido de zinco não estar patente na fórmula do produto da 2ª Requerida o torna melhor ou pior do que os dos seus concorrentes, se este componente é necessário ou desnecessário, nem qualquer afirmação de que o óxido de zinco é proibido neste tipo de produtos cosméticos para a muda da fralda dos bebés.

A verdade é que as pomadas muda fralda com óxido de zinco podem até ser “recomendadas”, tendo em conta a pele do bebé, o facto de estar “assado” ou ser mais propenso à assadura. Nestes casos os consumidores, com a advertência feita pela 2ª Requerida, sabem que não deverão comprar o “Bepanthen Baby”, pois, por não ter o óxido de zinco, não é suscetível de proteger eficazmente a pele do seu bebé.

Bastará olhar com atenção para os produtos da Requerente para verificar a multiplicidade de pomadas muda fralda a utilizar em função de cada situação.

Sendo certo que o consumidor médio é especialmente atento em matéria das necessidades dos bebés e avalia os produtos em função das mesmas.

Quanto aos “Produtos Desnecessários”, no qual não está incluído, no caso do folheto, o óxido de zinco, considera este JE que não é depreciativo para os outros concorrentes, mas simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebés.

Dos estudos científicos juntos por Requerente e 2ª Requerida não é possível concluir que a pomada muda fralda de uma ou de outra, com ou sem óxido de zinco, é melhor ou pior, mas pode-se concluir com firmeza que o óxido de zinco cria uma “barreira protetora “mais oclusiva.

Por outro lado e citando o estudo junto pela Requerente, pág. 204 “A limpeza da zona das fraldas é uma situação muito controversa e com algumas particularidades” A regra deve ser “pouca humidade e muito ar! (...)

“Se a pele é normal, não é necessário o uso por rotina de cremes protetores para a prevenção da dermatite das fraldas” (...) (sublinhado do JE)

“A dermatite das fraldas é devida a vários fatores, sendo a humidade e o ambiente quente muito importantes. Por outro lado as ureases fecais (...) aumentam o pH local (...) Este ambiente quente, húmido e com pH aumentado vai ajudar também à proliferação bacteriana ou fúngica.

Nestes casos, para além das medidas já mencionadas, onde a diminuição da humidade da zona é fundamental (a dificuldade de nas crianças mais pequenas deixar a zona ao ar muito tempo, pode ser substituída pelo uso do secador do cabelo na posição de frio!), poderão ser então utilizados cremes de barreira ou pastas mais espessas e aderentes, à base de óxido de zinco, dióxido de titânio e amido, que possam minimizar as perdas transepidermicas de água e diminuir a permeabilidade da pele desta zona.

De notar que os produtos usados que ficam aderentes, não devem ser removidos a cada muda de fralda, devendo-se ir colocando novo produto em cima do que vai ficando. Também se aconselha nos casos mais graves a colocar vaselina em cima dos cremes de barreira ou pastas para aumentar os seus efeitos.” (sublinhado do JE)

As restantes citações constantes da queixa da Requerente apontam no mesmo sentido, concluindo este JE que estamos perante produtos cosméticos muda fralda com objetivos e propósitos diferentes.

E seguindo, de novo o estudo junto pela Requerente e em apoio ao entendimento deste JE, não podemos deixar de citar a conclusão:

“Depois de caracterizarmos os produtos para a pele da criança algumas regras devem ser seguidas antes de os utilizarmos.

Assim é importante começar pela caracterização do tipo de pele da criança (normal, seca, oleosa), e pela identificação do que se pretende: se limpar, se proteger ou se tratar. Depois é fundamental conhecer exatamente o tipo de produto que queremos utilizar, se é um creme, uma loção, um emoliente, uma pasta, uma pomada, saber as suas funções e propriedades, ver a sua composição (suspeitar se não apresentada na embalagem), enfim saber se é adequado à situação em causa”.

O consumidor médio tem esta noção em relação aos produtos para os bebés e, provavelmente, por esse motivo o produto muda fralda da Requerente é líder de mercado, porque sendo tão difícil evitar a humidade e “dar muito ar” o consumidor opta, à cautela, por criar a barreira oclusiva evitando e prevenindo (e não só protegendo) a assadura.

Consequentemente considera este JE que não é enganosa a mensagem da 2ª Requerida neste suporte promovido pela 1ª Requerida, e que o claim chama a atenção para as propriedades reais do creme muda fraldas Bepanthen Baby, sem denegrir os produtos que atuam no mesmo mercado, mas com propriedades distintas, in casu não tem o efeito cicatrizante e regenerador da pele, não se podendo afirmar se são melhores ou piores, porquanto dependem de cada caso concreto.

Analisados os conteúdos do suporte vídeo e do conteúdo editorial da 2ª Requerida no site de “Mãe para Mãe”, afigura-se para este JE, que a situação é algo diferente da anterior.

No suporte Vídeo (doc. n.º 5)

“Personagem “Gigante:

“É isso mesmo meu amor, não queremos pôr nada que faça mal a essa pele tão suave e perfeita. Com provitamina B5, mas definitivamente sem óxido de zinco” (sublinhados do JE).

Locução:

“Bepanthen Baby. Uma barreira protectora, transparente e respirável que protege da assadura da fralda. Protecção Gigante, suave para a pele. Bayer.”

E do conteúdo editorial publicado no site de “Mãe para Mãe”, destacamos:

(...)

“Mas este creme tem ainda outras vantagens:

(...)

Não contém óxido de zinco.

Este último ponto merece ser explicado pois, embora o óxido de zinco seja um componente comum deste tipo de cremes, pode não ser a melhor opção para a pele do bebé. O óxido de zinco cria uma barreira oclusiva (aquela barreira branca que todos nós já vimos na pele dos bebés) que deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação. Para além disto, esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado. Assim, o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda.” (sublinhado e negrito do JE)

Considerando o anteriormente exposto sobre as propriedades do óxido de zinco, parece abusiva, enganosa e suscetível de denegrir os produtos da Requerente, e da restante concorrência que atuam no mesmo mercado dos produtos muda fraldas com óxido de zinco, a afirmação “não queremos pôr nada que faça mal a essa pele tão suave e perfeita. (...) mas definitivamente sem óxido de zinco”

Note-se que a 2ª Requerida, na sua contestação nada refere sobre o suporte vídeo junto como documento n.º 5 pela Requerente que terá sido veiculado nos canais de TV, SIC e TVI.

Do mesmo modo considera este JE que o conteúdo editorial de “Mãe para Mãe”, no que se refere às frases “deixa resíduos difíceis de remover, o que não é desejável na pele sensível e em recuperação” “esta mesma barreira bloqueia o mecanismo de regeneração cutânea e aumenta o pH da pele, o que também não é desejado” e o claim final , “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda”, extravasa os princípios de ética publicitária, da concorrência e da promoção de produtos cosméticos.

Note-se, designadamente, que existem conselhos da 2ª Requerida que são veementes contestados pela comunidade científica. As pomadas oclusivas, não devem ser totalmente removidas precisamente para não afetar a pele do bebé. Ou seja, os resíduos difíceis de remover devem permanecer, colocando-se uma nova camada (conclusão que é atestada pelo documento junto pela Requerente atrás referido e transcrito em parte).

Tendo em conta os documentos -alegadamente de teor científico - juntos pela 2ª Requerida sobre as propriedades das pomadas muda fraldas, convém notar que apresentam conclusões muito idênticas ao documento junto pela Requerente, sendo de sublinhar que os autores reconhecem da “escasez de estudos científicos de alta calidad que permitran extraer conclusiones definitivas sobre la cuestion, y de que las recomendaciones administradas son más bien fruto del consenso de expertos. Igualmente, la comparativa com otras guías de cuidados de la zona del pãnal viene dificultada por la escasez de evidencias científicas y las diferencias sociales, climáticas y culturales de los distintos países donde se hayan elaborado.” (pag. e12 do Doc. junto sob o n.º 10 da 2ª Requerida).

Ou seja, cada caso é um caso. O consumidor médio terá a percepção, a cada momento, para escolher o produto que mais se adequa às necessidades do bebé, podendo ser induzido em erro com a mensagem transmitida pela 2ª Requerida, tanto mais sendo uma entidade de reputação internacional.

Considera, assim este JE que a publicidade contida no suporte vídeo difundido em canais de TV e o conteúdo editorial pago no site de “Mãe para Mãe” (este nas partes devidamente assinaladas) é enganosa, violando o n.º 1 e 2 do art.º 4.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial (Código de Conduta da ARP).

Assim como violam o princípio da veracidade e constituem alegações enganosas pela sua forma de apresentação, não permitindo ao consumidor médio a percepção do alcance da alegação, violando o n.º 1 e a alínea a) do n.º 2 do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP, nos termos dos quais a comunicação comercial deve ser verdadeira, não enganosa e proscrever 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, no caso, à sua eficácia e desempenho do produto da 2ª Requerida.

Considera, também, este JE que a 2ª Requerida depreciou os produtos da concorrência violando, assim o ponto 5, n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013, da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, “Imparcialidade”, “As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.” e, o artigo 16º do Código de Conduta da ARP que, sob a epígrafe “Denegrição”, o qual determina que “A Comunicação Comercial não deve denegrir qualquer pessoa, categoria de pessoas, Entidade, organização, actividade comercial ou industrial, profissão ou Produto, nem procurar colocá-las a

ridículo ou desrespeito ou sobre as mesmas suscitar o desprezo público”, configurando assim um ato de concorrência desleal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 311.º do Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro que aprova o novo Código da Propriedade Industrial, que considera desleais “As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes”.

Quanto ao documento junto pela 2ª Requerida sob o n.º 12, refere-se que o mesmo não tem qualquer força legal, sendo um documento de trabalho“.

Recurso apresentado pela Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.,

Não se conformando a com esta deliberação e dela foi interposto pela o competente **recurso**.

Alegou, essencialmente, a recorrente:

I – QUESTÃO PRÉVIA DE ENQUADRAMENTO

1 - A Recorrente tomou conhecimento, por e-mail remetido pela ARP datado de 5 de Fevereiro de 2020 aos mandatários da Recorrente, da comunicação por e-mail dirigida pela **Bayer Portugal, Lda.** (adiante apenas Bayer) à ARP, em que dava conta da cessação da publicidade que foi julgada ilícita, dando conta de cessação do Spot de TV, mas em que juntava também “o novo projeto de comunicação publicitária naquele suporte”, *i.e.* um ficheiro com o projecto do novo Spot TV, ou, se se preferir, da reformulação do Spot TV que foi visado no Processo 2J/2020.

2 - Analisado este novo projecto de Spot de TV a Recorrente concluiu que, formalmente, este não desvirtua ou infringe o que foi a deliberação da douda Primeira Secção do JE, pelo que não está em

causa uma reapreciação da publicidade em apreço ou da sua conformidade com a deliberação do JE.

3 - Na verdade, entende a Recorrente que, aproveitando o contexto da deliberação do JE, a Bayer reformulou a sua comunicação para ficar na fronteira do admissível pela referida deliberação do JE, mas – entende a Recorrente – de uma forma que não pode ser aceite nem considerada leal e lícita.

4 - O que está em causa em concreto – e este documento novo, em formato de ficheiro digital, está já na posse da ARP – é o facto de a Bayer ter reformulado o seu Spot TV considerado ilícito para passar a incluir um “super” em grande destaque, com a expressão “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, conforme melhor se pode ver pela imagem do *frame* em causa que a Recorrente retirou:



5 - A Bayer, certamente, tomou a decisão de incluir o *claim* “SEM ÓXIDO DE ZINCO” desta forma, porque se balizou na seguinte secção da deliberação da dita Primeira Secção do JE (págs. 23 a 26 - relativa

à comunicação do **folheto** que esteve em análise em tal deliberação) proferida no processo em causa:

*“De acordo com n.º 5. n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, "Imparcialidade", **"As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal."***

Ora, no folheto a referência relativa ao óxido de zinco é expressa de forma destacada de outras menções, da seguinte forma: "Sem óxido de zinco" e em letras pequenas "Deixa a pele respirar". Em rodapé, mas ainda com maior destaque, encontramos outras informações sobre o produto: "Sem ingredientes desnecessários" (...) Sublinha-se que não existe qualquer alusão de que o óxido de zinco é um ingrediente desnecessário. O claim "Sem óxido de Zinco /Deixa a pele respirar" refere-se às propriedades daquele específico produto "pomada muda fralda".

(...)

Não concordamos com a Requerente, designadamente pela leitura dos estudos juntos quer pela Requerente quer pela 2ª Requerida, que comprovam que o óxido de zinco cria uma camada oclusiva e, portanto, não deixa a pele respirar. Não existe qualquer referência (no anúncio do folheto) se, pelo facto do óxido de zinco não estar patente na fórmula do produto da 2ª Requerida o torna melhor ou pior do que os dos seus concorrentes, se este componente é necessário ou desnecessário, nem qualquer afirmação de que o óxido de zinco é proibido neste tipo de produtos cosméticos para a muda da fralda dos bebés. A verdade é que as pomadas muda fralda com óxido de zinco podem até ser "recomendadas", tendo em conta a pele do bebé, o facto de estar "assado ou ser mais propenso à assadura. Nestes casos os consumidores, com a advertência feita pela 2ª Requerida, sabem que

não deverão comprar o "Bepanthen Baby", pois, por não ter o óxido de zinco, não é suscetível de proteger eficazmente a pele do seu bebê.

(...)

Quanto aos "Produtos Desnecessários", no qual não está incluído, no caso do folheto, o óxido de zinco, considera este JE que não é depreciativo para os outros concorrentes, mas simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebês. Dos estudos científicos juntos por Requerente e 2ª Requerida não é possível concluir que a pomada muda fralda de uma ou de outra, com ou sem óxido de zinco, é melhor ou pior

(...)

Assim é importante começar pela caracterização do tipo de pele da criança (normal, seca, oleosa), e pela identificação do que se pretende: se limpar, se proteger ou se tratar. Depois é fundamental conhecer exatamente o tipo de produto que queremos utilizar, se é um creme, uma loção, um emoliente, uma pasta, uma pomada, saber as suas funções e propriedades, ver a sua composição (suspeitar se não apresentada na embalagem), enfim saber se é adequado à situação em causa".

O consumidor médio tem esta noção em relação aos produtos para os bebês e, provavelmente, por esse motivo o produto muda fralda da Requerente é líder de mercado, porque sendo tão difícil evitar a humidade e "dar muito ar" o consumidor opta, à cautela, por criar a barreira oclusiva evitando e prevenindo (e não só protegendo) a assadura.

Consequentemente considera este JE que não é enganosa a mensagem da 2ª Requerida neste suporte promovido pela 1ª Requerida, e que o claim chama a atenção para as propriedades reais do creme muda fraldas Bepanthen Baby, sem denegrir os produtos que atuam no mesmo mercado, mas com propriedades distintas, in casu não tem o efeito

cicatrizante e regenerador da pele, não se podendo afirmar se são melhores ou piores, porquanto dependem de cada caso concreto.”.

6 - Percebe-se que, com base no decidido pela douta Primeira Secção do JE, transcrito no ponto anterior, a Bayer tenha sentido o “conforto” de colocar no projecto do seu novo Spot TV o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO”.

7 -Pois, em resumo, as conclusões da douta Primeira Secção do JE são de que:

a) Afirmar que um produto cosmético muda fraldas não tem óxido de zinco “*chama a atenção para as propriedades reais do creme muda fraldas Bepanthen Baby, sem denegrir os produtos que atuam no mesmo mercado, mas com propriedades distintas*”;

b) “*não é enganosa a mensagem da 2ª Requerida neste suporte promovido pela 1ª Requerida*” - por referência ao folheto que estava em análise.

8 -Atendendo à forma como a Bayer, respaldada pela decisão da douta Primeira Secção do JE supra citada, está a preparar a sua nova comunicação, e entendendo a Recorrente – como melhor explanará de seguida - que efectivamente a afirmação de que um produto muda fraldas não tem óxido de zinco transmite uma mensagem denegritória dos demais produtos concorrentes que contêm tal ingrediente (e não meramente informativa) a Recorrente tem necessidade de apresentar o presente Recurso para cabal esclarecimento desta questão e não permitir o aproveitamento de uma deliberação do JE para perpetuar uma conduta de concorrência desleal e ilicitude face aos normativos comunitários que regem esta matéria.

II – DO RECURSO

9 - A Recorrente considera que a decisão da douta Primeira Secção do JE está correctamente elaborada e doutamente fundamentada, porém discorda respeitosamente da interpretação quanto

à licitude da utilização do *claim* “SEM ÓXIDO DE ZINCO” presente no suporte **Folheto** que foi analisado no presente processo.

10 - Em concreto, a Recorrente põe em crise a fundamentação da deliberação acima citada no ponto 5., e que aqui, neste ponto, dá por reproduzida para apreciação em sede de recurso, bem como da decisão de não considerar ilícita a inclusão do referido *claim* no suporte Folheto.

11 - Vejamos em concreto porque discorda a Recorrente da douda Primeira Secção do JE quanto ao claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO”:

12 – O Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão de 10 de Julho de 2013, estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos, e dispõe, no ponto 1 do art.º 5º do seu anexo, sob a epígrafe “Imparcialidade”, que **“As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”**

13 - Este Regulamento está devidamente adoptado, implementado, e é seguido em Portugal, devendo ser interpretado em conjunto com o documento técnico “Technical document on cosmetic claims Agreed by the Sub-Working Group on Claims”, acessível neste link <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/24847/attachments/1/translations/en/reconditions/native>, conforme resulta das Circulares Informativas emitidas pelo INFARMED, nomeadamente:

- Circular Informativa N.º 169/CD/8.1.6. Data: 15/07/2013

Disponível neste link:

<https://www.infarmed.pt/documents/15786/1149710/9010269.PDF/950b4d2c-e2c5-4d45-9d93-5f76da10bbc7?version=1.0>

- Circular Informativa N.º 097/CD/550.20.001. Data: 05/06/2019

Disponível neste link:

<https://www.infarmed.pt/documents/15786/2897018/Alega%C3%A7%C3%B5es+em+produtos+cosm%C3%A9ticos/6eefd752-03be-47af-9fc6-38c41c9834e7?version=1.1>

Da qual resulta expressamente que **o INFARMED alerta para a necessidade de cumprir com o Regulamento n.º 655/2013 e a alerta para a necessidade de utilizar em conjugação com este o “Technical document on cosmetic claims” no que respeita a alegações “livre de”, que é o mesmo que dizer “sem...”:**

“Conforme referido na Circular Informativa n.º 106/CD/100.20.100/2018, de 27/07/2018, o Regulamento (CE) n.º 1223/2009, de 30 de novembro, relativo aos produtos cosméticos, estabelece que os consumidores devem ser protegidos contra alegações enganosas e garante que a informação transmitida através dessas alegações é útil, compreensível e fiável, permitindo aos consumidores tomar decisões informadas e escolher os produtos que melhor se adequem às suas necessidades e expectativas.

*A circular mencionada teve o propósito de esclarecer perguntas frequentes quanto ao entendimento do prazo para utilização de **alegações específicas incluídas nos novos anexos III e IV do documento Technical document on cosmetic claims, designadamente, para aplicação do Regulamento (UE) n.º 655/2013 no que respeita às alegações “livre de...” e “hipoalergénico”.***

*Apesar do referido documento não ter um caráter vinculativo, cumpre à pessoa responsável assegurar a conformidade (...) com o Regulamento (UE) n.º 655/2013, de 10 julho **que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.**” – sublinhados e negritos da responsabilidade da Recorrente.*

14 - Antes de analisarmos o que resulta do **Technical document on cosmetic claims**, que é o instrumento interpretativo primordial do Regulamento n.º 655/2013, é importante, para melhor enquadramento

jurídico da questão, salientar que este documento foi elaborado após uma extensa consulta a todos os Estados-Membros e que resultou no “RELATÓRIO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO sobre alegações relativas aos produtos baseadas em critérios comuns no domínio dos cosméticos” que se pode aceder neste link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-580-PT-F1-1.PDF>.

15 - Deste relatório destacam-se as seguintes referências:

“As alegações e publicidade relativas aos produtos constituem ferramentas essenciais para informar os consumidores sobre as suas características e qualidades, bem como para ajudá-los a escolher os produtos que melhor sirvam as suas necessidades e expectativas. Hoje em dia, praticamente qualquer produto colocado no mercado da UE ostenta um tipo de comunicação que é abrangido pelo âmbito das alegações relativas aos produtos.

As alegações relativas aos produtos são também instrumentos de marketing utilizados pelas empresas de cosméticos para distinguirem os seus produtos dos produtos da concorrência e, por conseguinte, podem contribuir para o funcionamento do mercado interno e para fomentar a inovação e a concorrência entre empresas.

Para que as alegações relativas aos produtos cosméticos satisfaçam adequadamente as suas finalidades, é importante dispor de um quadro eficiente que assegure que são legítimas e não induzem os consumidores em erro, tendo em conta o contexto e as ferramentas de comercialização (independentemente de se tratar de material impresso, de um anúncio televisivo ou da utilização de qualquer tipo de novos meios de comunicação, como a Internet ou os smartphones), nas quais são exibidas.

Para o conseguir, as autoridades competentes responsáveis pela fiscalização do mercado devem ser capazes de verificar facilmente todas as alegações baseadas em critérios comuns harmonizados a nível da

UE. A Comissão adotou critérios comuns através do Regulamento (UE) n.º 655/2013 (o regulamento relativo às alegações)¹, para a justificação das alegações feitas em relação aos produtos cosméticos. (...)

O presente relatório tem por objetivo principal avaliar a conformidade legal das alegações relativas aos cosméticos com os critérios comuns adotados e especificar as medidas corretivas que a Comissão e os Estados-Membros equacionam adotar nos casos de não conformidade.

(...)

3.3.3. Isento de ingredientes autorizados

Dez Estados-Membros levantaram a questão do critério da «imparcialidade» ser infringido nas alegações verificadas devido à depreciação de ingredientes autorizados. Tais alegações incluem, por exemplo, «sem parabenos» ou «sem alumínio». Uma percentagem de 20 % dos produtos cosméticos monitorizados tinha uma alegação «sem» e muitas delas eram «sem parabenos». Esta alegação é atrativa para efeitos de marketing devido à atenção dos meios de comunicação social. Contudo, os Estados-Membros consideraram ser contrária ao critério da «imparcialidade», porquanto deprecia ingredientes legalmente autorizados. Por outro lado, muitos Estados-Membros afirmaram que as alegações que abordam a ausência de ingredientes como o álcool, óleos essenciais ou sabão eram consideradas conformes, dado que é essencial que o consumidor seja capaz de evitar estes ingredientes por motivos específicos como a religião ou alergias.»

Em resultado deste relatório foi então elaborado o **Technical document on cosmetic claims** (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/24847/attachments/1/translations/en/renditions/native>), pelo que é da maior relevância analisar em pormenor o que dele resulta:

16 - No Anexo III, pág. 12, encontramos uma tabela relativa a “Free from claims”, ou seja afirmações “livre de....” ou “sem....”, com três colunas: *Criterion* (i.e. Critério), *Description* (i.e. Descrição) e *Examples of claims (only illustrative and not exhaustive) and remarks* (i.e. Exemplos de alegações (apenas ilustrativos e não exaustivos) e comentários).

17 - Na secção relativa ao “Critério” *Fairness* (que se poderá traduzir para Imparcialidade), pág. 13, encontramos o seguinte texto nas colunas “Descrição” e “Exemplos de alegações (apenas ilustrativos e não exaustivos) e comentários”:

“Free from” claims or claims with similar meaning should not be allowed when they imply a denigrating message, notably when they are mainly based on a presumed negative perception on the safety of the ingredient (or group of ingredients).”

o que pode ser traduzido para português como:

Alegações “Livre de” ou alegações com um significado semelhante não devem ser permitidas quando convierem uma mensagem denegritória, nomeadamente quando forem principalmente baseadas numa presunção de percepção negativa quanto à segurança do ingrediente (ou grupo de ingredientes)

e nos exemplos:

“Certain parabens are safe when used in accordance to Regulation (EC) No 1223/2009. Considering the fact that all cosmetic products must be safe, the claim 'free from parabens' should not be accepted, because it is denigrating the entire group of parabens. Phenoxyethanol and triclosan are safe when used according to the Cosmetics Regulation. Hence the claim free from these substances should not be accepted because it is denigrating authorised substances.”

o que pode ser traduzido para português como:

Alguns parabenos são seguros quando usados em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 1223/2009. Tendo em consideração que todos os produtos cosméticos devem ser

seguros, a alegação "livre de parabenos" não deve ser aceite por estar a denegrir todo o grupo de parabenos. O fenoxietanol e o triclosan são seguros quando usados de acordo com o Regulamento de Cosméticos. Portanto, a alegação de isenção dessas substâncias não deve ser aceite porque está a denegrir substâncias autorizadas.

18 - Assim é, exactamente da mesma forma e pelas mesmas razões, com a alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”.

19 - Está claro que óxido de zinco é um ingrediente autorizado e seguro.

20 - Pelo que a questão a decidir é a de saber se o *claim* “SEM ÓXIDO DE ZINCO” é ou não denegritório do óxido de zinco e, por arrasto, dos produtos que o contêm, como é o caso do produto da Recorrente, concorrente do Bepanthen Baby.

21 - A Recorrente socorre-se ainda das orientações da Cosmetic, Toiletry and Perfumery Association Ltd. – CTPA –, a associação industrial do sector no Reino Unido, disponíveis neste link <https://www.ctpa.org.uk/news/cosmetic-claims-focus-on-free-from-claims-4115>, que afirma o seguinte:

“When making 'free from' claims, as with all cosmetic claims, companies should consider the understanding of the averagely well-informed consumer and therefore the message the consumer is likely to understand when reading the claim. In the case of 'free from' claims, consumers may act based on negative perception such claims could infer around the safety of cosmetic ingredients. Companies should also consider if there is a real benefit to the consumer for a product to be identifiable as free from certain ingredients. In most cases, there is no justification for this. Ultimately, consumers could be led to think that a cosmetic product featuring certain 'free from' claims is safer than another product that doesn't have those claims, which cannot be true. According to the CPR, all cosmetic products must be safe.

CTPA strongly recommends companies follow the guidance of the Technical Document. We would encourage the use of claims that talk more positively about the ingredients being used and the innovative benefits they impart, rather than the absence of ingredients.”

o que pode ser traduzido para português como:

Ao fazer alegações “livre de”, como em todas as alegações cosméticas, as empresas devem considerar o entendimento do consumidor geralmente bem informado e, portanto, a mensagem que o consumidor provavelmente entenderá ao ler a declaração. No caso de alegações de “livre de”, os consumidores podem agir com base na percepção negativa de que tais alegações poderiam inferir sobre a segurança dos ingredientes cosméticos. As empresas também devem considerar se existe um benefício real para o consumidor para que um produto seja identificável como isento de certos ingredientes. Na maioria dos casos, não há justificção para isso. Por fim, os consumidores podem ser levados a pensar que um produto cosmético que apresenta certas afirmações “livres de” é mais seguro do que outro produto que não tem essas afirmações, o que não pode ser verdade. De acordo com a RCP, todos os produtos cosméticos devem ser seguros.

A CTPA recomenda vivamente que as empresas sigam as orientações do Documento Técnico. Nós encorajamos o uso de alegações que falem mais positivamente sobre os ingredientes que estão sendo utilizados e os benefícios inovadores que eles proporcionam, em vez falar na ausência de ingredientes.

22 - E é exactamente isto que está em causa.

- **Qual é a motivação da Bayer em utilizar o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO”?**
- **Qual é o benefício real para o consumidor que justifique a utilização de tal alegação?**

- **Qual a percepção do consumidor médio quanto lê “sem óxido de zinco”, (quer saiba, ou não, e muito provavelmente não sabe, o que significa “ÓXIDO DE ZINCO” e para que serve), em claro destaque/realce numa comunicação?**

23 - Entende a Recorrente que a Bayer, ao utilizar a alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” da forma como faz em claro destaque, está precisamente a passar a mensagem de que:

- existe uma clara vantagem do seu produto por não ter esse ingrediente,
- que o ingrediente em causa tem desvantagem, e
- que os produtos que contêm tal ingrediente poderão não ser bons (seguros);

pois se assim não fosse, não estaria a ser comunicado pelo anunciante.

24 - A Recorrente discorda respeitosamente da Primeira Secção do JE quanto ao facto de considerar que o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO” é *“simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebés”*.

25 - A ser permitido que um concorrente faça este tipo de comunicação, rapidamente a percepção geral em todo o mercado será de que o óxido de zinco terá algo de negativo.

- **Se assim não for, por que razão então se investe em publicidade para dizer “SEM ÓXIDO DE ZINCO”?**

- **Qual é então a justificação para destacar a ausência de um ingrediente se não for porque é algo mau, ou menos bom?**

26 - Acrescente-se que dificilmente o consumidor médio e até mesmo esclarecido sabe o que é o óxido de zinco e para que serve, pelo que ao ouvir em destaque comunicado “SEM ÓXIDO DE ZINCO” seguramente que só pode interpretar que é algo que, pelo menos, é menos bom, ou não estariam a anunciar a sua ausência.

27 - É exactamente por isto que os claims “sem” ou “livre de” só são admissíveis em situações muito específicas em que a informação é efectivamente essencial como forma de evitar estes ingredientes por motivos específicos como a religião ou faixa etária.

28 - Pelo que, por tudo o acima exposto, entende a Recorrente que, não obstante ter elaborado uma decisão ponderada, bem fundamentada e analisando devidamente em detalhe todas as questões que foram suscitadas, a Primeira Secção do JE, com o devido respeito, não terá andado bem na decisão da utilização do claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO” no folheto, **que não pode ser considerada lícita em qualquer comunicação de um produto cosmético.**

29 - **Pugnando a Recorrente pela alteração de tal decisão pela douta Comissão de Apelo.**

30 - Pois tal claim, para além de violar o princípio da veracidade, por força do disposto no art.º 9º do Código de Conduta e do art.º 10º do Código da Publicidade, na medida em que é uma comunicação enganosa, - transmiti a ideia que é algo mau, ou menos bom, e que por isso Bepanthen Baby é melhor - a Bayer viola o disposto no art.º 16º do Código de Conduta que proíbe a denegrição e pratica igualmente, concorrência desleal proibida nos termos do art.º 311º do Código da Propriedade Industrial, tudo porque, desde logo, viola o princípio da imparcialidade previsto no n.º 5. n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013.

31 - A Recorrente antecipa quais serão os argumentos da Bayer em defesa do seu claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, apoiando-se na decisão da douta Primeira Secção do JE:

a) O claim é meramente informativo para que os consumidores, que não querem um produto com óxido de zinco, possam saber que Bepanthen Baby não o tem.

b) No Anexo III do documento **Technical document on cosmetic claims** também encontramos um Critério “Informed decision-making” de onde resulta que:

"Free from" claims or claims with similar meaning should be permitted when they allow an informed choice to a specific target group or groups of end users."

o que pode ser traduzido para português como:

Alegações "livre de" ou alegações com significado semelhante devem ser permitidas quando permitirem uma escolha informada para um grupo-alvo específico ou grupos de utilizadores finais.

E estes exemplos

"The following claims should be permitted if they also comply with the other common criteria:

'free from alcohol', e.g. in a mouthwash intended as a family product;

'free from animal-derived ingredients', e.g. in products intended for vegans; or

'free from acetone', e.g. in nail polish, for users wishing to avoid its particular smell."

o que pode ser traduzido para português como:

As seguintes alegações devem ser permitidas se também cumprirem com os outros critérios comuns:

"sem álcool", e.g. num elixir bucal destinado a ser utilizado como um produto familiar;

"isento de ingredientes derivados de animais", e.g. em produtos destinados a veganos; ou

“isento de acetona”, e.g. no verniz para unhas, para utilizadores que desejam evitar o seu cheiro específico.

32 - A Recorrente entende ser claro que o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO” não integra a categoria de claim informativo, nos termos em que

“claim informativo” é delimitado pelo *Technical document on cosmetic claims*, até porque em bom rigor todos os claims são informativos.

33 - Aliás, o efeito é precisamente o inverso. É “desinformativo”.

34 - Pois destacar na comunicação, da forma como a Bayer o faz, em particular no folheto analisado pelo JE, que o seu produto é “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, é alarmante, transmite uma ideia de que se trata de um ingrediente prejudicial, e está, na prática, na mesma esteira do claim “SEM PARABENOS” que está expressamente proibido, (e usado a título de exemplo), por ser alarmante e transmitir a ideia que se trata de algo que é prejudicial, quando na verdade existem parabenos que não representam qualquer problema na sua utilização.

35 - A Recorrente está ciente de que a presente matéria tem fronteira com a área da regulamentação dos produtos cosméticos, enquanto produto de saúde, cuja fiscalização cabe, primordialmente, ao INFARMED.

36 - Porém, e para além do Regulamento supracitado, à publicidade a produtos cosméticos são sempre aplicáveis as normas gerais de publicidade, e bem assim, também, *in casu*, o Código de Conduta da ARP.

37 - Acresce que a Recorrente tem total confiança na competência técnica de todo o JE, particularmente a Comissão de Apelo para apreciar a matéria em questão.

38 - Não obstante, face à competência em matéria de supervisão dos cosméticos que o INFARMED tem, e considerando que nos termos do disposto no art.º 12º do Regulamento do JE é admissível, “*a qualquer momento, e para esclarecimento das questões a decidir, solicitar quaisquer outras diligências, nomeadamente recorrendo (...) a terceiros*”, **a Recorrente requer que essa Comissão de Apelo coloque ao INFARMED a seguinte questão:**

Um produto cosmético a ser comercializado em Portugal pode utilizar a alegação, na publicidade ao mesmo, “sem óxido de zinco”?

39 - Tal questão poderá ser dirigida por escrito para a seguinte morada e também por e-mail para os seguintes endereços:

Morada:

INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.

Parque de Saúde de Lisboa - Avenida do Brasil, 53

1749-004 Lisboa - Portugal

E-mails:

infarmed@infarmed.pt

pchc@infarmed.pt

equipa.publicidade@infarmed.pt

cimi@infarmed.pt

40-A Recorrente colocou, também, tal questão por escrito ao INFARMED na véspera da apresentação do presente Recurso, mas não obteve resposta a tempo de juntar tal elemento, podendo vir a fazê-lo (i) se, entretanto, obtiver resposta e (ii) se a Comissão de Apelo autorizar a junção em momento posterior.

41 -Nestes termos, requer-se a V. Exa. que a Farminveste IPG e a Bayer sejam notificadas para contestar o presente Recurso (uma vez que o folheto é um suporte conjunto), e que, a final, seja declarada a ilicitude da utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” para anunciar um produto cosmético em causa e seja ordenada a cessação imediata e definitiva da publicidade no folheto em que estava a ser divulgada ou em qualquer outro meio, comunicando-se a decisão aos associados da ARP para que a mesma se possa efectivar com a maior celeridade.

Contra-alegaram as recorridas nos seguintes termos:

1. O Regulamento (UE) nº 655/2013 estabelece as regras respeitantes às alegações feitas em produtos de dermocosmética.

2. Como é sabido, as alegações e publicidade relativas aos produtos constituem ferramentas essenciais para informar os consumidores sobre as suas características e qualidades, bem como para ajudá-los a escolher os produtos que melhor sirvam as suas necessidades e expectativas.

3. Aliás, as alegações relativas aos produtos são também instrumentos de marketing utilizados pelas empresas de cosméticos para distinguirem os seus produtos dos produtos da concorrência e, por conseguinte, podem contribuir para o funcionamento do mercado interno e para fomentar a inovação e a concorrência entre empresas.

4. Para que as alegações relativas aos produtos cosméticos satisfaçam adequadamente as suas finalidades, é importante que sejam legítimas e não induzam os consumidores em erro, tendo em conta o contexto e as ferramentas de comercialização nas quais são exibidas.

5. Como é sabido, os produtos de dermocosmética têm várias alegações, as quais podemos organizar sob as seguintes categorias:

a) alegações relacionadas com a eficácia dos produtos (p. ex.: creme para a pele com um fator de proteção solar);

b) alegações relacionadas com os ingredientes ou com as funções do produto (p. ex.: “anti-envelhecimento”);

c) alegações que salientam a ausência de substâncias (p. ex.: “sem perfume”);

d) alegações que abordam a compatibilidade do produto com a pele (p. ex.: “hipoalergénico” ou “para peles sensíveis”);

e) alegações que abordam benefícios para a saúde ou adicionais, além da finalidade cosmética (por exemplo, protetores solares ou produtos de higiene íntima).

6. Em 03/07/2017 o referido Regulamento foi alterado, tendo sido adicionado um Anexo III, relacionado com as alegações “Livre de”, o qual é aplicável desde 01/07/2019.

7. Com o referido Regulamento, foram adotados critérios comuns para as alegações relativas aos cosméticos.

8. O principal objetivo dos critérios comuns é garantir um elevado nível de proteção para os consumidores, designadamente contra quaisquer alegações enganosas relativas aos cosméticos.

9. Os seis critérios comuns são a conformidade legal, a veracidade, a sustentação de prova, a honestidade, a imparcialidade e a tomada de decisão informada.

10. Para facilitar a aplicação deste Regulamento, a Comissão Europeia publicou **orientações** (assinalando expressamente que não são vinculativas), as quais foram atualizadas, em 3 de julho de 2017, através de um documento *técnico denominado “Technical document on cosmetic claims Agreed by the Sub-Working Group on Claims”*.

11. Refere a Recorrente que este documento técnico “é o instrumento interpretativo primordial do Regulamento nº 655/2013...”.

12. Sucede que, com o devido respeito, isso não está correto pois, como se sabe, quem tem por função e competência a interpretação das normas de direito comunitário é o Tribunal de Justiça.

13. Aliás, o referido documento técnico não deixa de o reconhecer expressamente, logo na primeira página quando refere (em bold) o seguinte:

“THE VIEWS EXPRESSED IN THIS DOCUMENT ARE NOT LEGALLY BINDING; ONLY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CAN GIVE AN AUTHORITATIVE INTERPRETATION OF UNION LAW. THIS DOCUMENT CANNOT BE REGARDED AS REFLECTING THE OFFICIAL POSITION OF THE EUROPEAN COMMISSION. IT REMAINS A WORK IN PROGRESS SUBJECT TO MODIFICATIONS.”

14. O que, numa tradução livre, significa o seguinte: **“As visões expressas neste documento não são vinculativas; apenas o Tribunal Europeu de Justiça pode dar uma interpretação vinculativa do Direito da União. Este documento não pode ser visto como refletindo a posição oficial da Comissão Europeia. Permanece como um trabalho em curso e sujeito a modificações.”**

15. De qualquer modo, analisemos o documento.

16. Este documento inclui um anexo (III) que clarifica a utilização de alegações específicas, designadamente, “livre de...” ou “sem...”.

17. O que daí resulta é que o que é proibido é alegar que determinado produto não tem ingredientes que são proibidos, ou que não costumam ser utilizados na indústria cosmética.

18. Não é, de todo, o caso.

19. Também não é aceitável que as alegações “livre de...” ou equivalentes atribuam uma determinada eficácia ao produto que não pode ser garantida ou assegurada.

20. Tal como não é aceite que um produto refira que é livre de conservantes ou de perfumes e depois tenha ingredientes que têm o exato efeito daqueles.

21. Mas também não é aqui o caso.

22. Na referida orientação da Comissão Europeia está aí claro que podem ser utilizadas alegações que refiram a inexistência de determinados ingredientes legais.

23. É, sim, preciso que tal alegação corresponda à verdade e que o produto efetivamente não contenha tais ingredientes.

24. É o caso aqui em apreço.

25. O produto BEPANTHEN BABY não contém óxido de zinco.

26. Ora, de acordo com o Regulamento (UE) nº 655/2013, conforme resulta das orientações da Comissão Europeia (conforme documento técnico denominado “Technical document on cosmetic claims

Agreed by the Sub-Working Group on Claims”), esta alegação pode ser utilizada, sendo legal desde que verdadeira - o que é o caso.

27. É verdade que não podem ser utilizadas alegações que transmitam uma mensagem depreciativa assente na ideia de que determinados ingredientes legais não são seguros - o que não é, de todo, a ideia que aqui se transmite.

28. Compreende-se que a Recorrente pretenda subsumir a alegação em causa (“Sem óxido de zinco”) à categoria de alegações “Livre de ...” + ingrediente”, de modo a defender a ilegalidade da alegação feita pela Recorrida no seu produto, com a consequente restrição da publicidade ao produto da Recorrida.

29. Mas, com o devido respeito por opinião contrária, não tem razão.

30. Conforme a Recorrida teve oportunidade de expor na sua resposta apresentada junto do JE, no caso estamos perante uma alegação que se enquadra na categoria das alegações “Livre de ...” que permitem uma escolha informada da parte de um específico grupo de utilizadores/consumidores.

31. Em causa está um produto cosmético para ser utilizado apenas no corpo de bebés (é um creme de muda de fralda).

32. Sabendo-se que se trata de uma pele especialmente sensível.

33. O produto BEPANTHEN BABY destina-se a ser utilizado apenas em bebés, tal como o nome indica e resulta claro na publicidade.

34. A alegação “Sem óxido de zinco”, é uma alegação verdadeira, já que o produto não contém tal ingrediente.

35. E, como se disse na resposta apresentada junto do JE, essa alegação tem como alvo aquele específico grupo de consumidores que pretende adquirir produtos com o mínimo possível de ingredientes.

36. Cada vez mais os consumidores preferem produtos naturais, sem conservantes e sem corantes.

37. Mesmo que tais conservantes e corantes sejam legais.

38. Sendo certo que os consumidores também não ignoram que as listas de substâncias autorizadas está constantemente a ser modificada, e que o que hoje é permitido, amanhã poderá passar a ser proibido.

39. É o caso, por exemplo, do propilparabeno, um ingrediente que existia nos cremes de muda de fralda mas que depois foi proibido pela Comissão Europeia por suspeita de provocar problemas hormonais.

40. Mas não é disso que se trata.

41. E no que diz respeito aos bebés, determinado conjunto de mães e de pais têm procurado no mercado produtos que não contenham essas mesmas substâncias, que os próprios adultos começam a nem sequer querer para eles mesmos.

42. Trata-se de uma evolução do mercado, o qual não é estático, mas dinâmico.

43. E a Bayer Portugal, ora Recorrida, conforme já se referiu, vai ao encontro desse específico público-alvo.

44. Não podendo ser impedida de publicitar o produto que fabricou especialmente para esse público-alvo.

45. Quanto à alegação “Sem óxido de zinco”, trata-se de uma alegação verdadeira, já que o produto não contém tal ingrediente.

46. E, como se disse, essa alegação tem como alvo aquele específico grupo de consumidores que pretende adquirir produtos com o mínimo possível de ingredientes.

47. É preciso ter presente que no mercado do eritema da fralda, 90% dos produtos correspondem a fórmulas COM óxido de zinco, sendo o BEPANTHEN BABY um dos dois produtos no mercado que tem fórmula sem óxido de zinco (dados HMR).

48. Assim, incluir esta alegação na publicidade feita ao produto permite informar o consumidor da diferenciação da fórmula do BEPANTHEN BABY face ao mercado, assegurando assim que o

consumidor tem toda a informação necessária na hora da compra para tomar a sua decisão.

49. O óxido de zinco é percebido/associado pelo consumidor a fórmulas oclusivas e que deixam a característica “mancha branca” na zona da fralda.

50. O óxido de zinco é uma substância autorizada para utilização em produtos cosméticos mas que tem características diferentes quando comparada com a fórmula BEPANTHEN: antimicrobiana, antiinflamatória, desbridante.

51. Em oposição, a fórmula de BEPANTHEN BABY está indicada para hidratação e regeneração cutanêa, permitindo proteção diária da pele do bebé.

52. E a verdade é que, conforme é do conhecimento geral, o óxido de zinco é o ingrediente responsável pela “mancha branca” na zona da fralda que todos nós já vimos no rabo dos bebés aquando da muda de fralda, sendo também do conhecimento geral que a mesma não é fácil de retirar do rabo dos bebés já que está bastante agarrada à pele.

53. Mas, se dúvidas permanecem, expliquemos melhor:

54. Atente-se que no art. 1º do Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de Julho de 2013, é feita expressamente alusão ao conceito de “público-alvo”, quando se refere que tal diploma legal “...é aplicável a qualquer alegação, independentemente do suporte ou tipo de instrumento de comercialização utilizados, funções alegadas para o produto e público-alvo”, dispondo-se, ainda, no ponto 6.1. do respetivo Anexo, que as mensagens de natureza comercial devem ter em conta a capacidade de o público-alvo compreender a comunicação.

55. Ou seja, as mensagens de natureza comercial devem ser claras, exatas, pertinentes e compreensíveis pelo público-alvo.

56. E, seguramente, não é a Recorrente quem poderá decidir qual o público-alvo do produto comercializado pela Recorrida.

57. O produto em causa, um creme de muda de fraldas, destina-se a um concreto público-alvo:

a) consumidores que pretendem adquirir produtos dermocosméticos com o mínimo de ingredientes e químicos, na esteira desta crescente tendência de se procurar consumir produtos com os ingredientes “artificiais” reduzidos ao mínimo necessário para se obter o efeito pretendido (de acordo com a tendência “Less is more”);

b) consumidores que não pretendem que o creme de muda de fraldas tenha aquela “mancha branca” na zona da fralda, espessa e difícil de remover que, como é sabido, decorre do ingrediente óxido de zinco.

58. É esse o público-alvo do produto comercializado pela Recorrida.

59. Acresce que o produto comercializado pela Recorrida não tem efetivamente óxido de zinco.

60. Sendo que os demais produtos concorrentes no mercado têm tal ingrediente.

61. Sabendo-se que é com este ingrediente que obtemos a referida “mancha branca” na zona da fralda.

62. Ora, é evidente que na ausência da alegação “Sem óxido de zinco” no produto comercializado pela Recorrida, todo e qualquer consumidor que adquirisse o produto Bepanthen Baby seria confrontado, logo na primeira utilização, com a inexistência de qualquer “mancha branca” na zona da fralda (associada a todos os cremes de muda de fraldas).

63. Donde, facilmente o consumidor seria levado a acreditar que o produto não criaria qualquer barreira protetora da pele do bebé, não sendo apto para os fins desejados, ou, pior, que o produto estaria estragado.

64. Sentindo-se o consumidor lesado, enganado.

65. É fácil de antecipar todos os problemas que tal situação traria para a imagem e reputação da Recorrida, com os efeitos nocivos que

adviriam daí para a marca e para o produto comercializado pela Recorrida.

66. Saliente-se que se dispõe no artigo 4.º, n.º 1 do Código da Auto-Regulação Publicitária, sob a epígrafe “Princípios Fundamentais” que, *“Todas as comunicações comerciais devem ser legais, decentes, honestas e verdadeiras”*.

67. Aplicam-se aqui os princípios da veracidade e do respeito pelos direitos do consumidor consignados no Código da Publicidade.

68. Ora, com o devido respeito, omitir que um creme de muda de fraldas não contém óxido de zinco – que, efetivamente, não consta da sua composição –, como é pretendido pela Recorrente, sabendo-se que é esta a substância que forma a “mancha branca” na zona da fralda, típica dos cremes de muda de fralda, não se afigura honesto, nem decente.

69. Tal como seria criar um problema enorme para a Recorrida e para a sua marca e produto, já que, como atrás referido, não tendo o Bepanthen Baby o referido ingrediente, não seria capaz de formar qualquer pasta branca, como ocorre com os demais cremes de muda de fralda, criando a convicção no consumidor de que tal produto não prestava ou se encontrava estragado.

70. Como facilmente se compreende, isto mudaria a oferta existente no mercado dos cremes para a muda de fralda, em claro prejuízo da Recorrida que veria a sua imagem afetada.

71. Tal como seria o fim de qualquer inovação.

72. Ora, a utilização de tal alegação permite, antecipadamente, dar a conhecer ao consumidor que o produto Bepanthen Baby não contém aquele ingrediente, pelo que o consumidor não terá qualquer expectativa de encontrar qualquer “mancha branca” na utilização do produto.

73. Tal como permite ao público-alvo escolher uma nova gama de produtos, sem tal ingrediente e sem a tal “mancha branca”.

74. Conforme atrás referido, as alegações relativas a um determinado produto também se destinam a distingui-lo dos produtos da concorrência e, por conseguinte, podem contribuir para o funcionamento do mercado interno e para fomentar a inovação e a concorrência entre empresas.

75. E é disso mesmo que se trata.

76. Tratando-se, como já referido, de uma alegação legítima e verdadeira, sem criar qualquer confusão junto dos consumidores quanto à natureza e características do creme de muda de fraldas.

77. Aliás, como facilmente se compreenderá, a omissão dessa alegação é que poderia induzir os consumidores em erro quanto às qualidades do produto Bepanthen Baby, com prejuízos incalculáveis para o produto da Recorrida e para a sua credibilidade e reputação.

78. Quanto ao pedido que é feito pela Recorrente, no sentido de ser colocada ao Infarmed uma questão, com o devido respeito por opinião contrária, o JE é capaz de aplicar a legislação em causa sem o auxílio de tal autoridade.

Por sua vez a denunciada **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.**, apresentou a seguinte resposta ao recurso:

1 - Antes de mais refira-se que o Recurso ora em apreço se afigura inútil atento o facto de, conforme referido na Contestação apresentada pela Farminveste, a campanha do programa Farmácias Portuguesas objeto de queixa ter terminado por completo no passado dia 31 de janeiro.

Sem prejuízo,

2 - O Recurso apresentado visa a reapreciação da decisão proferida pelo Júri de Ética na parte relativa à alegação “SEM OXIDO DE ZINCO” utilizada no folheto da campanha Mamã e Bebê das Farmácias Portuguesas.

3 - Segundo alega a Recorrente, a utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, veicula a mensagem de que (i) existe uma vantagem clara dos produtos que não contém esse ingrediente, (ii) que o óxido de zinco apresenta desvantagens, e (iii) que os produtos que contêm óxido de zinco poderão não ser “bons” (seguros).

4 - Neste âmbito, adere a Farminveste, totalmente, à fundamentação do Juri de Ética no que respeita à utilização desta alegação no folheto de campanha nos termos do qual conclui que tal alegação é “*simplesmente informativa, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito aos produtos para bebés*”.

5 - A Recorrente assenta a sua fundamentação nas orientações da Comissão Europeia em matéria de alegações a produtos cosméticos, aprovadas pelo Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, que estabelece os critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.

6 - Segundo alega a Recorrente, a utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” infringe o disposto no ponto 1 do artigo 5.º, no qual se determina que “*As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal*”.

7 - Ora, conforme já referido na Contestação apresentada pela Farminveste e acolhido, e bem, pelo Jurí de Ética, não alcançamos de que modo a utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” sem mais, pode ser violadora do disposto no ponto 1 do supracitado artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013.

8 - Isto porque, referir-se que determinado produto não tem um determinado ingrediente, ainda que se destaque por esse facto face aos concorrentes, e que o ingrediente em causa seja legal, não determina, necessariamente, que a alegação visa depreciar os produtos concorrentes.

9 – A valorização de uma característica de um produto, em termos publicitários, não tem que acarretar, necessariamente, a depreciação dos restantes.

10 – Cada produto cosmético poderá destinar-se a uma utilização diversa, ainda que para um mesmo fim (muda da fralda), sendo todos aptos para o efeito nas suas concretas características e composição.

11 - É, pois, assente neste racional, que, tal como anteriormente, entende a Farminveste não haver qualquer infração ao disposto no Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, em matéria de alegações a cosméticos, pela mera utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”.

12 - A Recorrente fundamenta, ainda, a alegada ilicitude do emprego da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, nas orientações fornecidas pela Comissão Europeia em matéria de alegações a cosméticos vertidas no “*Technical document on cosmetic claims*”.

13 -Na argumentação da Recorrente, as alegações “sem” ou “livre de” não poderão ser utilizadas atento o disposto no Anexo III (página 12), o qual inclui as alegações “*Free from*” no leque de alegações que devem ser alvo de análise criteriosa e casuística.

14 – Há, porém, que ter em conta que o “*Technical document on cosmetic claims*”, no qual a Recorrente assenta é um documento meramente orientador, não tendo força vinculativa, nem para os Estados Membros, nem para os particulares.

15 - Aliás, no próprio documento é possível ler:

“THIS TECHNICAL DOCUMENT WAS PREPARED BY THE SUB-WORKING GROUP ON CLAIMS AND THEN ENDORSED BY THE WORKING GROUP ON COSMETIC PRODUCTS. IT IS NOT A EUROPEAN COMMISSION DOCUMENT. THIS DOCUMENT SHALL ONLY SERVE AS “TOOL” AND IS A COLLECTION OF BEST PRACTICE FOR THE CASE-BY-CASE APPLICATION OF UNION LEGISLATION BY THE MEMBER-STATES. IT IS FOR THE NATIONAL

COMPETENT AUTHORITIES AND NATIONAL COURTS TO ASSESS ON A CASE-BY-CASE BASIS WHICH CLAIMS MADE IN RELATION TO COSMETIC PRODUCTS ARE ALLOWED. THE VIEWS EXPRESSED IN THIS DOCUMENT ARE NOT LEGALLY BINDING; ONLY THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CAN GIVE AN AUTHORITATIVE INTERPRETATION OF UNION LAW. THIS DOCUMENT CANNOT BE REGARDED AS REFLECTING THE OFFICIAL POSITION OF THE EUROPEAN COMMISSION. IT REMAINS A WORK IN PROGRESS SUBJECT TO MODIFICATIONS.”

16 -Conforme é possível compreender pelo alerta deixado pelo próprio grupo de trabalho no documento, a análise relativa às alegações deve ser feita numa base casuística.

17 - Pelo que se conclui que a utilização de alegação “livre de ...” e “sem...” não são proibidas, devendo apenas ter-se em atenção, no caso concreto, se as normas do Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, não poderão resultar infringidas pelo uso de tais alegações, análise que, em todo o caso, deve ser feita caso a caso.

18 - Ora, conforme já referido na nossa Contestação, e confirmado pelo Jurí de Ética, a utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”, nos termos concretos empregues no folheto da campanha Bebé e Mamã, das Farmácias Portuguesas, não comporta qualquer infração ao Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, visto que se limita a veicular ao público um facto real e comprovável, que corresponde a uma característica concreta do produto, e não a denegrir qualquer produto concorrente.

19 - Para fundamentação da sua posição no Recurso apresentado, a Recorrente socorre-se ainda das orientações da Cosmetic, Toiletry ans Perfumery Association Ltd.

20 – Mais uma vez, sem prejuízo, de estas orientações realçarem a análise casuística que deverá ser feita a respeito das alegações, é

importante salientar um aspeto importante das orientações transcritas pela Recorrente no seu Recurso, e que correspondem a parte da fundamentação que o Jurí de Ética utilizou quando concluiu pela não ilicitude da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”.

21 – Segundo as orientações da Cosmetic, Toiletry and Perfumery Association Ltd., quando utilizem alegações “livre de ...” ou “sem ...”, as empresas deverão ter em conta o nível de entendimento do utilizador geralmente bem informado, e conseqüentemente, a mensagem que esse consumidor irá retirar da alegação (...)¹.

22 - Este aspeto é fulcral para avaliar que tipo de mensagem o utilizador médio de produtos para bebé da categoria muda fralda irá depreender da utilização da alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO”.

23 - É que o público alvo concreto dos produtos de puericultura e cuidados para bebé não é um consumidor comum, mas sim um consumidor com um conhecimento acima da média quanto a este tipo de produtos e suas características concretas.

24 - É isso, aliás, que o Jurí de Ética entende, e que deve ser considerado na análise casuística das alegações utilizadas na publicidade a esta categoria de produtos – “(...) Sendo certo que o consumidor médio é especialmente atento em matéria das necessidades dos bebés e avalia os produtos em função das mesmas” (cfr. página 24 do extrato de ata do Jurí de Ética).

25 - É forçoso concluir que o grupo de consumidores de produtos de puericultura e cuidados de bebé é um grupo mais informado que a generalidade dos consumidores.

26 - Termos em que, tal como é avançado pela própria Recorrente, parece ter plena aplicação a orientação constante do Anexo III do “*Technical document on cosmetic claims*”, no qual se prevê que alegações “livre de ...” ou alegações com significado semelhante devem

¹ Traduzido diretamente do documento em inglês.

ser permitidas quando permitirem uma escolha informada para um grupo-alvo específico ou grupos de utilizadores finais².

27 – Sem prejuízo do que antecede, cabe sempre ter presente que, tal como o “*Technical document on cosmetic claims*”, as orientações da Cosmetic, Toiletry and Perfumery Association Ltd. não assumem força vinculativa, tendo uma função meramente orientadora.

28 - Nestes termos, refuta a Farminveste, terminantemente, o alegado pela Recorrente nos artigos 21.º a 27.º do Recurso, dado corresponderem a meras construções da Recorrente, sem qualquer demonstração de facto.

29 – A mensagem veiculada pela alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” pode ser sempre apreendida pelo consumidor de outro modo, mediante leitura da lista de ingredientes do produto, de onde se extrai que, não constando o óxido de zinco dessa lista, o Bepanthen Baby não tem esse ingrediente na sua formulação.

30 - Trata-se, assim, de uma divulgação objetiva da formulação do produto publicitado, sem qualquer intenção de chamar à colação quaisquer marcas concorrentes ou tentar denegri-las.

31 - De tudo o quanto antecede, resulta que a alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” não pode ser considerada ilícita, nos termos pugnados pela Recorrente, devendo ser declarado totalmente improcedente o Recurso apresentado pela Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.

Requer-se, assim, respeitosamente a V. Exa. que seja declarada a extinção do procedimento por inutilidade superveniente da lide, nos termos e com os fundamentos acima enunciados.

Caso assim não se entenda – o que por mera cautela de patrocínio se admite, sem conceder –, deverá a ilustre Comissão de Apelo deliberar no sentido da não procedência dos fundamentos

² Traduzido diretamente do documento em inglês.

invocados pela Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda. no Recurso apresentado, nos termos acima explanados.

II – Apreciação do recurso. Do mérito da causa.

2.1. Documento que a recorrente fez chegar ao processo quando decorria o prazo para a elaboração do acórdão. Impertinência. Inadmissibilidade.

Quando já se encontrava em curso o prazo para a elaboração do presente acórdão, a recorrente **Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.**, entendeu fazer chegar aos autos uma cópia de um e-mail, datado de **19 de Fevereiro de 2002**, trocado com alguém ligado à Infarmed e dirigido a Paulo Sampaio Neves, no qual se conclui:

“(...)informamos que a alegação “sem óxido de zinco” não deverá constar do produto cosmético “muda fraldas”.

Trata-se de uma resposta directa, dada pela emitente da missiva, à questão jurídica essencial suscitada no presente processo, e que lhe foi especificamente colocada por uma das partes, visando interferir, influenciando, o juízo a emitir por este órgão decisor, num momento em que a longa discussão travada entre os opositores sobre a temática se encontrava claramente esgotada.

É bem patente a impertinência e a falta de cabimento do presente documento.

Trata-se, no fundo e na prática, de uma mera opinião ou tomada de posição, absolutamente informal, sem fundamentação minimamente desenvolvida e convincente, fornecida informalmente a uma das partes, com vista a tentar condicionar directa e abertamente o veredicto deste Júri da Comissão de

Apelo, tendo sido aliás precisamente esse o sentido e desiderato com que foi expressamente solicitada pela ora recorrente.

Ora, se a tomada de posição opinativa quanto ao presente diferendo é, em termos gerais, plenamente livre, legítima e respeitável – cada entidade assumirá a postura que bem lhe aprouver -, já no plano concreto e jurídico da decisão a tomar nos autos nada releva, uma vez que o órgão decisor é apenas um, inteiramente autónomo e independente, e não se subordina a opiniões ou convicções avulsas de outrem, por maior consideração que nos mereçam (como efectivamente merecem).

Assim, sem quebra do respeito devido à emitente do documento, a pessoa que subscreve a missiva, bem como à entidade em nome do qual se pronuncia sobre a questão sub judice, cumpre deixar claro que o Infarmed não reveste quaisquer poderes decisórios nos presentes autos, não sendo sequer o teor do referenciado *e-mail*, pelo seu carácter lacónico e conclusivo, susceptível de ser qualificado enquanto parecer.

Assim, pela sua manifesta impertinência e falta absoluta de cabimento, **não se admite a junção aos autos do dito documento.**

2.2. - Qualificação dos factos à luz das normas aplicáveis.

O presente recurso interposto pela denunciante **Medinfar Consumer Health – Produtos Farmacêuticos, Lda.**, restringe-se ao segmento da decisão da Primeira Secção do Júri de Ética que concluiu pela licitude da utilização do *claim* “SEM ÓXIDO DE ZINCO” presente no suporte **Folheto** que foi analisado no presente processo.

Ou seja, a recorrente coloca em crise o ponto 5. da fundamentação do Júri de Ética, onde pode ler-se:

“A Requerente, na sua queixa vem alegar que a afirmação, na mensagem publicitária, de que “Bepanthen Baby não contém óxido de zinco”, associado a outras referências, denigre a imagem de todos os concorrentes que têm produtos similares com este ingrediente.

Seguirá este JE a mesma metodologia de analisar as mensagens veiculadas através dos suportes referidos em 2.1 a) (Spot de rádio, Mupi e Folheto BM2020) e, posteriormente os referidos na alínea b) (suporte vídeo e conteúdo editorial pago no site de “Mãe para Mãe”).

Assim, cumpre verificar se as mensagens publicitárias contidas nos suportes referidos nas alíneas a) e b), violam o princípio da concorrência, da veracidade ou o Regulamento (CE) n.º 1223/2009, de 30 de novembro, relativo aos produtos cosméticos, que estabelece que os consumidores devem ser protegidos contra alegações enganosas e garante que a informação transmitida através dessas alegações é útil, compreensível e fiável, permitindo aos consumidores tomar decisões informadas e escolher os produtos que melhor se adequem às suas necessidades e expectativas, competindo à pessoa responsável assegurar a conformidade, nos termos do Regulamento (UE) n.º 655/2013, de 10 julho, que estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.

Bem como, analisar as referidas mensagens publicitárias à luz do art.º 9.º e 10º do Código de Conduta da ARP (veracidade e legalidade), que estabelece que a comunicação comercial deve ser “verdadeira e não enganosa”, proscrevendo como enganosa qualquer declaração ou alegação 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.

As alegações e a publicidade aos produtos, bem como outras formas de comunicação comercial, são instrumentos essenciais para

transmitir aos consumidores as características e qualidades de produtos, promover a comparabilidade e uma escolha informada por parte do consumidor quanto ao produto que melhor corresponde às suas necessidades e expectativas.

Entende o JE que as alegações publicitárias em causa devem ser avaliadas pelo possível impacto que possam ter sobre um Consumidor médio, e atendendo ainda às características do público-alvo e do meio utilizado, devendo tomar em consideração os conhecimentos, a experiência e a capacidade de discernimento de um Consumidor médio. É a esta luz que devem ser enquadrados os claims em análise, sem perder de vista os princípios gerais aplicáveis à publicidade dos produtos cosméticos.

(...)

Quanto ao folheto do Programa “Farmácias Portuguesas” que divulga a Campanha “Bebés e Mamãs”, por fazer menção à inexistência de óxido de zinco na sua composição iremos analisá-lo em conjunto com os restantes suportes (vídeo e conteúdo editorial do site de “Mãe para Mãe”).

Afirma a Requerente que “O Spot de TV, o folheto e o conteúdo editorial pago no site “De Mãe para Mãe” – Docs. 4, 5 e 6 – “transmitem uma mensagem, clara e evidente, de que o ingrediente óxido de zinco pode fazer mal à pele suave dos bebés - (“que faça mal a essa pele tão suave e perfeita”) - é uma vantagem um produto ser “Sem óxido de zinco”, qualificando-o como “ingredientes desnecessários” e, portanto “o ideal é que escolha um creme sem óxido de zinco, como Bepanthen Baby® Pomada para a Muda da Fralda”.

De acordo com n.º 5, n.º 1 do Regulamento (UE) N.º 655/2013 da Comissão, de 10 de julho de 2013, sob a epígrafe, “Imparcialidade”, “As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”

Ora, no folheto a referência relativa ao óxido de zinco é expressa de forma destacada de outras menções, da seguinte forma: “Sem óxido de zinco” e em letras pequenas “Deixa a pele respirar”.

Em rodapé, mas ainda com maior destaque, encontramos outras informações sobre o produto: “Sem ingredientes desnecessários” e por baixo desta informação são elencados os referidos “ingredientes”: “✓ sem conservantes ✓sem corantes ✓sem perfumes”.

Sublinha-se que não existe qualquer alusão de que o óxido de zinco é um ingrediente desnecessário. O claim “Sem Óxido de Zinco /Deixa a pele respirar” refere-se às propriedades daquele específico produto “pomada muda fralda”.

Refere a Requerente que a alusão “deixa a pele respirar” é depreciativo face a todos os restantes produtos concorrentes que servem a mesma finalidade e que na sua composição contém óxido de zinco.

Não concordamos com a Requerente, designadamente pela leitura dos estudos juntos quer pela Requerente quer pela 2ª Requerida, que comprovam que o óxido de zinco cria uma camada oclusiva e, portanto, não deixa a pele respirar. Não existe qualquer referência (no anúncio do folheto) se, pelo facto do óxido de zinco não estar patente na fórmula do produto da 2ª Requerida o torna melhor ou pior do que os dos seus concorrentes, se este componente é necessário ou desnecessário, nem qualquer afirmação de que o óxido de zinco é proibido neste tipo de produtos cosméticos para a muda da fralda dos bebés.

A verdade é que as pomadas muda fralda com óxido de zinco podem até ser “recomendadas”, tendo em conta a pele do bebé, o facto de estar “assado” ou ser mais propenso à assadura. Nestes casos os consumidores, com a advertência feita pela 2ª Requerida, sabem que não deverão comprar o “Bepanthen Baby”, pois, por não ter o óxido de zinco, não é suscetível de proteger eficazmente a pele do seu bebé.

Bastará olhar com atenção para os produtos da Requerente para verificar a multiplicidade de pomadas muda fralda a utilizar em função de cada situação.

Sendo certo que o consumidor médio é especialmente atento em matéria das necessidades dos bebés e avalia os produtos em função das mesmas.

Quanto aos “Produtos Desnecessários”, no qual não está incluído, no caso do folheto, o óxido de zinco, considera este JE que não é depreciativo para os outros concorrentes, mas simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências atuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebés.

Dos estudos científicos juntos por Requerente e 2ª Requerida não é possível concluir que a pomada muda fralda de uma ou de outra, com ou sem óxido de zinco, é melhor ou pior, mas pode-se concluir com firmeza que o óxido de zinco cria uma “barreira protetora “mais oclusiva.

Por outro lado e citando o estudo junto pela Requerente, pág. 204 “A limpeza da zona das fraldas é uma situação muito controversa e com algumas particularidades” A regra deve ser “pouca humidade e muito ar! (...)

“Se a pele é normal, não é necessário o uso por rotina de cremes protetores para a prevenção da dermatite das fraldas” (...) (sublinhado do JE)

“A dermatite das fraldas é devida a vários fatores, sendo a humidade e o ambiente quente muito importantes. Por outro lado as ureases fecais (...) aumentam o pH local (...) Este ambiente quente, húmido e com pH aumentado vai ajudar também à proliferação bacteriana ou fúngica.

Nestes casos, para além das medidas já mencionadas, onde a diminuição da humidade da zona é fundamental (a dificuldade de nas crianças mais pequenas deixar a zona ao ar muito tempo, pode ser substituída pelo uso do secador do cabelo na posição de frio!), poderão

ser então utilizados cremes de barreira ou pastas mais espessas e aderentes, à base de óxido de zinco, dióxido de titânio e amido, que possam minimizar as perdas transepidérmicas de água e diminuir a permeabilidade da pele desta zona.

De notar que os produtos usados que ficam aderentes, não devem ser removidos a cada muda de fralda, devendo-se ir colocando novo produto em cima do que vai ficando. Também se aconselha nos casos mais graves a colocar vaselina em cima dos cremes de barreira ou pastas para aumentar os seus efeitos.” (sublinhado do JE)

As restantes citações constantes da queixa da Requerente apontam no mesmo sentido, concluindo este JE que estamos perante produtos cosméticos muda fralda com objetivos e propósitos diferentes.

E seguindo, de novo o estudo junto pela Requerente e em apoio ao entendimento deste JE, não podemos deixar de citar a conclusão:

“Depois de caracterizarmos os produtos para a pele da criança algumas regras devem ser seguidas antes de os utilizarmos.

Assim é importante começar pela caracterização do tipo de pele da criança (normal, seca, oleosa), e pela identificação do que se pretende: se limpar, se proteger ou se tratar. Depois é fundamental conhecer exatamente o tipo de produto que queremos utilizar, se é um creme, uma loção, um emoliente, uma pasta, uma pomada, saber as suas funções e propriedades, ver a sua composição (suspeitar se não apresentada na embalagem), enfim saber se é adequado à situação em causa”.

O consumidor médio tem esta noção em relação aos produtos para os bebés e, provavelmente, por esse motivo o produto muda fralda da Requerente é líder de mercado, porque sendo tão difícil evitar a humidade e “dar muito ar” o consumidor opta, à cautela, por criar a barreira oclusiva evitando e prevenindo (e não só protegendo) a assadura.

Consequentemente considera este JE que não é enganosa a mensagem da 2ª Requerida neste suporte promovido pela 1ª Requerida, e que o claim chama a atenção para as propriedades reais do creme muda fraldas Bepanthen Baby, sem denegrir os produtos que atuam no mesmo mercado, mas com propriedades distintas, in casu não tem o efeito cicatrizante e regenerador da pele, não se podendo afirmar se são melhores ou piores, porquanto dependem de cada caso concreto”.

Pugnando, em sede de recurso, pela modificação do decidido neste ponto, refere essencialmente a recorrente:

- O Regulamento (UE) n.º 655/2013 da Comissão de 10 de Julho de 2013, estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos, e dispõe, no ponto 1 do art.º 5º do seu anexo, sob a epígrafe “Imparcialidade”, que **“As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.”**

- O óxido de zinco é um ingrediente autorizado e seguro.

- Pelo que a questão a decidir é a de saber se o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO” é ou não denegritório do óxido de zinco e, por arrasto, dos produtos que o contêm, como é o caso do produto da Recorrente, concorrente do Bepanthen Baby.

- A denunciada Bayer, ao utilizar a alegação “SEM ÓXIDO DE ZINCO” da forma como faz em claro destaque, está precisamente a passar a mensagem de que:

- existe uma clara vantagem do seu produto por não ter esse ingrediente,
- que o ingrediente em causa tem desvantagem, e
- que os produtos que contêm tal ingrediente poderão não ser bons (seguros);

pois se assim não fosse, não estaria a ser comunicado pelo anunciante.

- Discorda da Primeira Secção do JE quanto ao facto de considerar que o claim “SEM ÓXIDO DE ZINCO” é *“simplesmente informativo, indo ao encontro das preferências actuais dos consumidores no que diz respeito a produtos para bebés”*.
- A ser permitido que um concorrente faça este tipo de comunicação, rapidamente a percepção geral em todo o mercado será de que o óxido de zinco terá algo de negativo.

Apreciando:

Diga-se, antes de mais, que contrariamente ao invocado pelos recorridas, entendemos que o conhecimento objecto do recurso mantém actualmente todo o seu pleno interesse, importando esclarecer, com profundidade, rigor e pertinência, a questão jurídica em apreciação, designadamente face à eventualidade da continuação da actividade publicitária em análise (do que a recorrente dá nota, em termos fundamentados).

Não se verifica, portanto, causa para a declaração de extinção da instância, por inutilidade ou impossibilidade da lide.

No que concerne ao mérito do recurso, adiantamos desde já não assistir razão à recorrente, não sendo necessário recolher os elementos sugeridos na parte final do seu recurso, insusceptíveis de interferir relevantemente com o sentido da decisão que se adoptará.

Vejamos:

O Júri de Ética (1ª secção) foi especialmente cuidadoso e meticoloso na análise jurídica a que proficientemente procedeu, localizando os segmentos da mensagem publicitária da denunciada que ferem disposições legais do Direito da Publicidade, impedindo-a de deles fazer uso, e conferindo provimento, nessa parte, à queixa apresentada.

Por outro lado, fez improceder a queixa relativamente ao segmento publicitário onde se alude a que o produto comercializado não contém óxido de zinco – concretamente a expressão “*sem óxido de zinco*” - (tendo sido colocada, pela anunciante, alguma ênfase neste ponto da sua mensagem).

E fê-lo – a decisão do Júri de Ética - de forma absolutamente acertada, particularmente desenvolvida e convincente.

Seria suficiente remeter para tais pertinentes justificações, sem especial necessidade de acrescentar novo argumentário.

De todo o modo, sempre se dirá que:

A simples expressão inserta na mensagem comercial “*Sem óxido de zinco*”, desacompanhada de qualquer outro tipo de consideração ou ilustração (de cariz negativo ou pejorativo), é de facto de natureza informativa.

Significa que na composição do produto publicitado – ao contrário do que sucede em produtos concorrentes – não entra este elemento/ingrediente específico (óxido de zinco).

Apenas isso.

Daqui não se retira, em termos objectivos e verdadeiramente relevantes, que a utilização desse elemento/ingrediente (óxido de zinco) seja em si

prejudicial ou nociva, ou que os produtos que o integrem não seja seguros ou fiáveis.

Ou ainda que o anunciante vise dessa forma denegrir, desvalorizar ou prejudicar os seus concorrentes que usem nos seus produtos tal elemento (óxido de zinco), deixando no ar a possibilidade de tal ingrediente não ser seguro ou revestir *quicá* alguma perigosidade ou incómodo.

Trata-se de uma opção de cariz técnico que, por verdadeira, é perfeitamente legítimo que seja valorizada ou enaltecida pelo respectivo anunciante, indo aliás ao encontro do interesse do público consumidor a ser devida e completamente informado.

Constitui basicamente uma aposta (a não utilização de óxido de zinco) que comportará os seus riscos.

Tudo dependerá dos efectivos resultados – favoráveis ou desfavoráveis – que serão atestados e comprovados pelos consumidores.

Certo é que nada tem de ilícito ou censurável, podendo ser naturalmente assumida no plano da sua divulgação publicitária, desde que nesta forma singela e anódina (“*sem óxido de zinco*”).

De resto, não será ainda crível que o público consumidor deste tipo de produtos (pomadas dermatológicas), destinados a serem aplicados em bebés, com o extremo cuidado, a particular atenção e a exigível delicadeza que envolvem em termos da defesa da sua saúde e bem estar, não se interesse e não se informe quanto às vantagens ou desvantagens da inserção desse elemento (o óxido de zinco), podendo mesmo, e por hipótese, concluir afinal pelas suas vantagens ou benefícios, afastando a

intenção de escolha de produtos que o não contenham (como é o caso da denunciada).

Nesta hipótese, tal alusão beneficiaria inclusive a própria denunciante que retiraria os dividendos associados à premeditada opção pela utilização o óxido de zinco nos seus produtos destinados à aplicação de pomadas dermatológicas em bebés.

É do conhecimento comum – e não merece qualquer dúvida – que a integração do óxido de zinco no produto (da denunciante) torna-o especialmente adequado quando a sua aplicação se destina a sarar feridas, fissuras ou *assaduras* no corpo do bebé, como qualquer utente, minimamente diligente e informado, certamente saberá.

Ora, não existe normativo legal que, consistindo a mensagem publicitária apenas na alusão a “*sem óxido de zinco*”, estabeleça qualquer tipo de proibição de divulgação, assente na conjectural possibilidade de prejuízo para a imagem de terceiros concorrentes.

O Regulamento (EU) nº 655/2013, de 10 de Julho de 2013, estabelece critérios comuns para justificação das alegações relativas a produtos cosméticos.

Dispõe o seguinte:

“CRITÉRIOS COMUNS

1. Conformidade legal

1) *Não devem ser permitidas as alegações que indiquem que o produto foi autorizado ou aprovado por uma autoridade competente da União.*

2) *A aceitabilidade de uma alegação deve ser baseada na percepção de um produto cosmético que tenha o utilizador final comum,*

razoavelmente bem informado, razoavelmente atento e prudente, tendo em conta fatores sociais, culturais e linguísticos no mercado em questão.

3) Não devem ser permitidas alegações que veiculem a ideia de que um produto tem uma ação benéfica específica quando esta é simplesmente conforme com as exigências legais mínimas.

2. Veracidade

1) Se, em relação a um produto, for feita a alegação de que o mesmo contém um ingrediente específico, deve, de facto, verificar-se a presença desse ingrediente.

2) As alegações relativas a um ingrediente e que façam referência às suas propriedades não devem implicar que o produto acabado tem as mesmas propriedades se não for este o caso.

3) As mensagens de natureza comercial não devem implicar que expressões de opinião constituem alegações verificadas, salvo se essa opinião refletir evidência verificável.

3. Sustentação de prova

1) As alegações relativas a produtos cosméticos, explícitas ou implícitas, devem ser baseadas em elementos comprovativos adequados e verificáveis, independentemente dos tipos de suporte probatório em que as mesmas se apoiam, incluindo avaliações de peritos, quando apropriado.

2) A substanciação da evidência das alegações deve ter em conta as práticas do estado da arte.

3) Sempre que sejam utilizados estudos como evidência, os mesmos devem ser relevantes para o produto e para o benefício alegado, e devem obedecer a metodologias (válidas, fiáveis e reproduzíveis) bem concebidas, bem conduzidas e que respeitem considerações éticas.

4) O nível de evidência ou de substanciação deve ser coerente com o tipo de alegação apresentada, em especial no caso de alegações em que a falta de eficácia pode originar um problema de segurança.

5) *As afirmações em que o exagero é patente, as quais não são tomadas à letra pelo consumidor final comum (hipérbole), ou afirmações de natureza abstrata não requerem substanciação.*

6) *Uma alegação que extrapole (de forma explícita ou implícita) as propriedades de um determinado ingrediente do produto acabado deve ser sustentada por evidência adequada e verificável, por exemplo, através da demonstração da presença do ingrediente com uma concentração efetiva.*

7) *A avaliação da aceitabilidade de uma alegação deve ser feita com base na suficiência da prova de todos os estudos, dados e informações disponíveis de acordo com a natureza da alegação e com o conhecimento geral prevalecente dos utilizadores finais.*

4. Honestidade

1) *As apresentações de desempenho de um produto não devem ir para além da evidência de suporte disponível.*

2) *As alegações não devem atribuir ao produto em causa características específicas (ou seja, únicas), caso produtos semelhantes possuam as mesmas características.*

3) *Se a ação de um produto estiver associada a condições específicas, como, por exemplo, a utilização em associação com outros produtos, este facto deve ser claramente indicado.*

5. Imparcialidade

1) *As alegações relativas a produtos cosméticos devem ser objetivas e não devem depreciar os concorrentes, nem depreciar os ingredientes utilizados de forma legal.*

2) *As alegações relativas a produtos cosméticos não devem criar confusão com o produto de um concorrente”.*

Apreciando:

Não se vislumbra que a invocação “*sem óxido de zinco*” infrinja qualquer destes comandos, antes se conformando plenamente com cada um deles.

Designadamente no que se reporta ao dever de “**Imparcialidade**”, (ponto 5) que o denunciante aponta, não é concebível que tal segmento publicitário – “*sem óxido de zinco*” – constitua qualquer tipo de infracção aos princípios aí genericamente enunciados.

Em primeiro lugar, trata-se de uma menção de **pendor puramente objectivo**: o produto não contém determinado elemento/ingrediente.

Ou seja, esclarece objectivamente sobre a composição de um produto, em termos de exclusão, o que, como se compreende, constitui outrossim uma vertente do processo informativo.

Em segundo lugar, não existe aqui – tendo em atenção apenas a alusão citada, insista-se – qualquer tipo de depreciação de um concorrente. Não é dito nem sugerido que produtos alheios provoquem malefícios para a saúde dos destinatários, ou que não sejam seguros ou cómodos.

Em terceiro lugar, não há também depreciação de ingredientes utilizados por outrem, de forma legal.

O que é dito na mensagem comercial é apenas que o produto publicitado não contém um tipo específico de ingrediente.

Se o mesmo (o óxido de zinco) concorrer para a melhor eficácia e utilidade do produto face aos fins a que se destina, será uma contrariedade ou uma desvantagem.

O consumidor seguramente dará pela falta ou notará o seu desvalor.

Será, então, motivo para a sua rejeição.

Se, ao invés, constituir uma mais-valia, um reforço da qualidade e da eficácia do produto, o público consumidor aproveitará, reconhecido, o que não deixará de ser justo e razoável.

De todo o modo, o que está em causa é um efeito objectivo associado ao ingrediente – o *óxido de zinco* – que ao ser *dispensado* por uma das empresas do ramo, por mera opção comercial e técnica, *fará o seu caminho* e trará os resultados que os utentes terão oportunidade de julgar.

Em quarto lugar, é do interesse do público consumidor médio deste tipo de produtos (pomadas a utilizar em bebés), especialmente interessado, informado e atento, a concreta e discriminada informação quanto às respectivas características, que de forma fácil e acessível serão definitivamente esclarecidas junto dos diversos especialistas a que certamente recorrerão (como todos sabemos que recorrem).

Sendo, em qualquer circunstância, insofismável que em momento algum a (única) mensagem publicitária que está aqui e agora em causa – aquela que contém, sem mais, a expressão “*sem óxido de zinco*” – sugere ou faz supor malefícios ou perigosidades associadas à inclusão daquele ingrediente, depreciando produtos alheios.

Relativamente à questão das normas que contemplam a possibilidade legal de alusão nas mensagens publicitárias aos produtos “*livres de...*”, a mesma merece-nos um tratamento particular, especialmente detalhado e criterioso, sendo de grande importância na área do Direito da Publicidade (tendo-se inclusive em mente casos futuros).

Vejamos:

É absolutamente fundamental que tal mensagem publicitária – “*livres de*” – não deva ser percebida pelo consumidor médio como pejorativa ou negativa relativamente aos produtos que não são “*livres de...*”.

É que, mesmo não sendo denegridora de produtos concorrentes, a publicidade pode ser ilícita se for enganosa, isto é, se induzir em erro os seus destinatários.

Será que pode qualificar-se como enganoso um *claim* publicitário que diz uma verdade?

In casu é afirmado no anúncio questionado, por uma forma bem clara e legível, que o produto «*SEM ÓXIDO DE ZINCO*».

E efectivamente, faz-se prova dos autos que o produto não tem óxido de zinco.

A afirmação é, portanto, inteiramente verdadeira.

Mas seguir-se-á a inferência necessária de que, se a afirmação é verdadeira, não é enganadora e, por isso, tal publicidade não pode ser enganosa?

Não nos parece que assim aconteça necessariamente.

Apesar da aparente contradição, pode haver mensagens publicitárias enganadoras ao dizerem a verdade.

Com a verdade me enganas, diz o povo, na sua sabedoria empírica.

E tem razão.

Uma comunicação escrita, como é o caso, não vale apenas pelo texto, mas também pelo contexto.

O sentido duma mensagem semiológica em forma escrita não é apenas o *denotado*, mas também o *conotado*.

E este depende muito de circunstâncias exteriores à letra do texto e que ocorrem no destinatário da mensagem.

No caso vertente, há que fazer um exercício especulativo e tentar captar todo o sentido que o consumidor médio vai atribuir àquele *claim*, de que o produto não contém óxido de zinco.

E põe-se então a questão:

Será que o sentido captado por esse consumidor médio, além de que o produto não contém óxido de zinco (o que é verdade), não será também o de que o óxido de zinco é uma substância nociva ou, pelo menos, que faz mal à pele da criança (o que, dito assim geralmente, seria provavelmente mentira)?

E se, quanto a esse aspeto, for mentira, e se esta for relevante para a decisão do consumidor, de preferir adquirir esse produto a qualquer outro, da mesma ou doutra marca, que tenha óxido de zinco, será enganadora a mensagem publicidade em causa.

O contexto da afirmação, a forma como figura na imagem do anúncio, e quaisquer outros artifícios que acompanhem a simples frase, podem ser relevantes para o efeito.

É que a forma como consumidor médio entende a mensagem é decisiva.

Se concluirmos que ele a entende com um sentido que não corresponde à verdade (aqui, o de que o óxido de zinco seria geralmente nocivo para a pele da criança), estaremos perante uma publicidade enganosa.

O que nos parece é que, nos termos em que está sob apreciação, na presente fase de recurso, expurgado já duma terminologia mais enfática, não está nítido que o consumidor perceba desse modo enganador o *claim* de o produto não conter óxido de zinco.

No caso concreto, o “*sem óxido de zinco*” não será certamente lido, segundo a percepção do consumidor médio, como significando o afastamento de um perigo, mas apenas aquilo que é: a descrição de um produto que optou por uma fórmula diferente de outros e que será, nessa medida inovadora e relativamente ousada.

Daí o seu cariz lícito.

Não se vislumbra, portanto, que a utilização da expressão em apreço – tomada objectivamente e sem qualquer tipo de ilustração ou conotação - constitua uma violação ao Princípio da Veracidade consignado no artigo 9º do Código de Conduta da Associação da Auto Regulação Publicitária e no artigo 10º do Código da Publicidade.

Se o produto comercializado pela denunciada não contém efectivamente óxido de zinco, estamos perante uma afirmação conforme com a realidade e, logo, respeitosa para com o dever de dizer a verdade.

Já as considerações tecidas pela recorrente no sentido de que tal expressão transmite a ideia de que algo é mau ou menos bom não podem ser

acolhidas na medida em que, como se explicou supra, não é possível concluir que traduzam, em termos efectivos e reais, qualquer tipo de juízo depreciativo e denegritório relativamente aos produtos que integrem óxido de zinco (ideais aliás para sarar feridas, fissuras e *assaduras* dos bebés).

Acresce finalmente que o Direito da Publicidade só deve actuar de forma proibitiva quando são ultrapassados os níveis exigíveis de lisura, sã concorrência e respeito recíproco pela actividade de todos os agentes comerciais, aos quais competirá especialmente confiar e valorizar a composição própria dos produtos que difundem junto do público, sem especial preocupação com as diferentes e novas composições de produtos alheios que venham a surgir e a ser anunciados por rivais que lhes disputam legitimamente o mesmo nicho de mercado.

E desde que os direitos do público consumidor não sejam susceptíveis de ofensa em função do carácter enganoso da mensagem, o que entendemos não ser o caso.

O recurso terá, nestes termos, de ser julgado improcedente.

III – Decisão

Nestes termos, delibera esta Comissão de Apelo negar provimento ao recurso, confirmando a deliberação tomada em 30 de Janeiro de 2020, da 1ª Secção do Júri de Ética do Instituto da Auto Regulação Publicitária. ».

Lisboa, 21 Fevereiro de 2020

Luis Espírito Santo
Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral
Vice-Presidente da Comissão de
Apelo