

COMISSÃO DE APELO

Procº. Nº 2J/2021

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

«Relatório

1. Bene Farmacêutica Lda., sociedade com sede na Avenida Dom João II, Edifício Atlantis, n.º 44C, 1.º, 1990-095, Lisboa, adiante designada por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1, do artigo 7.º do Regulamento do JE contra **BGP Products, Unipessoal, Lda.**, sociedade com sede na Avenida Dom João II, Edifício Atlantis, n.º 44C, 7.3 e 7.4., 1990-095, Lisboa, adiante designada por Requerida,
relativamente à comunicação comercial que anuncia o produto **BRUFENON**, campanha esta que, conforme alega a Requerente, foi objeto de apreciação e decisão no Processo 11J/2020 da ARP.

De acordo com a Requerente “a ARP considerou que a campanha publicitária ao medicamento *Brufenon*, difundida junto do público, possuía um carácter enganador, por ser suscetível de induzir o consumidor médio em erro ou confusão, não podendo, por isso, ser reposta no todo ou em parte, o que fez através das seguintes decisões:

(a) a decisão da Primeira Secção do Júri de Ética, de 8 de janeiro de 2021; e, subsequentemente,

(b) a decisão da Comissão de Apelo, de 29 de janeiro de 2021.”

Alegou a Requerente:

a) *“A 12 de maio de 2021, a bene teve conhecimento de que a BGP mantinha a referida campanha publicitária ativa no respetivo website, a qual se encontrava disponível e era acessível através do seguinte link: <https://www.brufen.pt/pt-pt/brufenon>.*

No website, a BGP divulgava um vídeo e informação promocional, os quais incluíam alegações que os Exmos. órgãos decisores competentes da ARP consideraram contribuir para o carácter enganador da campanha e de reposição proibida, a saber (cfr. documento que se junta como Documento 1 e que se dá por integralmente reproduzido para os devidos efeitos):

(a) “uma evolução no tratamento da dor de cabeça da marca em que confia desde sempre”

(b) “Brufenon junta os dois gigantes da dor num só comprimido”

(c) “BRUFENON, A união faz a diferença”.

b) *“A 20 de maio de 2021, a bene tomou conhecimento de nova infração por parte da BGP: a reposição da campanha publicitária ao Brufenon noutros dois meios de difusão, a rádio e a televisão, em clara desconformidade com as decisões do Exmo. Júri de Ética e da Ilustre Comissão de Apelo (cfr. vídeos e ficheiros áudio que se juntam numa pen drive usb e que se dão por integralmente reproduzidos para os devidos efeitos).”*

A Requerente reconheceu que foram introduzidas pequenas e ligeiras alterações às alegações constantes da campanha publicitária anteriormente objeto de decisão pela ARP, quer no anúncio de rádio quer no de TV:

“Comparando com as respetivas versões anteriores, visualmente iguais e substancialmente semelhantes, as diferenças a destacar são apenas e tão somente duas:

- (i) a alegação “a marca em que confia traz-lhe uma inovação” foi retirada de ambos os anúncios (rádio e televisão); e*
- (ii) a alegação “Ibuprofeno e paracetamol num só comprimido” foi acrescentada apenas no anúncio televisivo.*

Por outras palavras, no anúncio televisivo, a BGP limitou-se a retirar a alegação “a marca em que confia traz-lhe uma inovação” e a introduzir informação a respeito da composição do medicamento, que já constava da dinâmica visual e do legal disclaimer do anúncio – o que torna, naturalmente, esta segunda alteração inconsequente. De resto, mantém toda a dinâmica visual, não tendo produzido quaisquer outras alterações.

Já no anúncio da rádio, a BGP limitou-se a retirar a alegação a respeito da marca. Não produziu, por conseguinte, quaisquer outras alterações.”

Após concluir que “a BGP repôs a campanha publicitária ao Brufenon, em clara desconformidade com as decisões deste Exmo. Júri de Ética e da avisada Comissão de Apelo”, a Requerente pediu a final, ao Júri de Ética, o seguinte:

- “ i). Defira a presente Queixa, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 7.º do Regulamento do Júri de Ética ou, caso esta não proceda, da alínea a) do mesmo artigo;*
- (ii). Determine a invalidade da reposição da campanha ao Brufenon, reconhecendo que os anúncios repostos na rádio e televisão são suscetíveis de induzir o consumidor médio em erro.”*

2. Notificada para o efeito, a **Requerida** apresentou **contestação** dentro do prazo e nos termos previstos no artigo 11.º, n.ºs 2 e 5 do Regulamento do Júri de Ética da ARP.

A Requerida iniciou a sua contestação suscitando uma questão prévia de inutilidade superveniente, alegando que a *“Campanha do Brufenon a que se reporta a Queixa da Bene cessou e já não se encontra a ser difundida em qualquer meio da comunicação social, tendo tido como última data de difusão em TV, o dia 5 de Junho e como última data de difusão na Rádio, o dia 28 de Maio 2021, não tendo a partir dessa data sido difundida em qualquer meio da comunicação social, a pedido da BGP, conforme declaração da agência de meios (...)”*, que junta aos autos, justificando que a queixa da Requerente se encontra datada de 29 de junho, data em que a referida campanha já tinha cessado em todos os meios.

Concluindo que, tendo cessado a difusão da campanha do Brufenon, esta *“não se subsume ao conceito de comunicação comercial previsto na alínea b) do artigo 2.º do Código de Conduta da ARP, o qual integra o conceito de publicidade definido na alínea m) do artigo 2º do mesmo Código, pressupondo a difusão através de meios, que não se verifica no caso em apreço, donde decorre a referida inutilidade da presente lide.”*

Não obstante a questão prejudicial a Requerida contestou, também, a queixa da Requerente, considerando que nem a campanha publicitária anterior nem a atual ao *“Brufenon”* são enganosas.

Refere a Requerida que *“dirigiu uma consulta ao Gabinete Técnico Jurídico da ARP”,* como já o tinha feito relativamente à campanha anterior, a qual foi no sentido de que *“(…), considerando também a dimensão visual, que na designação do medicamento assinala com cores diferentes a marca conhecida do consumidor médio “Brufen” e “On”, o GTJ entende a peça publicitária não integra uma hipótese de publicidade enganosa. Face ao exposto, o GTJ entende que o projeto de publicidade em análise é compatível com as regras aplicáveis.”*

Afirmando que *“agiu diligentemente, em 2020 e em 2021, baseada em pareceres favoráveis da GTJ da ARP.”*

Acrescentando que, *“embora não sufragando o sentido da referida Deliberação do Júri de Ética, teve em consideração o teor da mesma, bem como da Decisão da Comissão de Apelo proferida no mesmo processo 11J/2020, em 2021 ao produzir uma campanha com alterações, que submeteu ao GTJ da ARP em 03/05/2021, o qual mais uma vez emitiu o seu parecer favorável “.*

Considerou ainda a Requerida que, *“A Bene ao reproduzir o teor da Deliberação do Júri de Ética no Processo 11J/2020 (artigo 3º da petição), omite a última frase deturpando o sentido da mesma, que se passa a reproduzir na íntegra:*

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

E que *“a frase “caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE” condiciona a deliberação, pois a contrario, conclui-se que caso os alegados ilícitos não se mantenham, a campanha poderia ser repostada”.*

Concluindo que *“a campanha do Brufenon não induzia, nem era suscetível de induzir o consumidor em erro quanto à origem do medicamento (...) “respeitou o princípio da veracidade estabelecido no artigo 6º do Código da Publicidade*

e no artigo 9º do Código de Conduta da ARP, não tendo violado artigos 6.º e 11.º do Código da Publicidade, os artigos 4.º e 9.º do Código de conduta da ARP e a alínea c), do n.º 3 do artigo 150º do Estatuto do Medicamento que proíbem a publicidade enganosa.”

A Requerida pediu, a final, o arquivamento do processo em razão da inutilidade superveniente da lide ou, igualmente, *“porque a petição da Bene é infundada e desprovida de fundamento material e normativo.”*

3. Em 15 de julho de 2021 a Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária emitiu a seguinte **deliberação**:

“Nos termos e fundamentos expostos a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP delibera:

*a) Relativamente à comunicação comercial veiculada através da Rádio e da Televisão ao produto “Brufenon”, a Requerida **BGP PRODUCTS, UNIPESSOAL LDA**, deu cabal cumprimento à decisão proferida no processo 11J/2020, não existindo qualquer ilícito que cumpra assinalar quanto a estes dois anúncios, negando assim provimento à queixa que foi apresentada pela Requerente **Bene Farmacêutica Lda.**, ao abrigo do disposto da alínea b) do n.º 1 do art.º 7 do Regulamento do JE;*

b) Relativamente à comunicação comercial veiculada através do website da Requerida ao produto “Brufenon”, após decisão proferida no processo 11J/2020 constitui violação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 30.º do Código de Conduta da ARP, sendo desconforme com os artigos 6.º e 11º do Código da Publicidade, os artigos 4.º e 9.º do Código de Conduta da ARP e a alínea c), do n.º 3 do artigo 150.º do Estatuto do Medicamento, pelo que não deverá ser repostos - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE no referido processo.”

4. A **Requerente Bene Farmacêutica Lda. recorreu** da deliberação da 1.^a Secção do Júri de Ética para esta Comissão de Apelo, tendo formulado as seguintes conclusões:

1. A BGP introduziu o medicamento Brufenon no mercado, divulgando uma campanha publicitária que foi considerada enganadora e desleal, por força das decisões do Júri de Ética, de 8 de janeiro, e da Comissão de Apelo da ARP, de 29 de janeiro de 2021.

2. Em maio de 2021, na sequência destas decisões, a bene tomou conhecimento da reposição daquela campanha publicitária, no *website* da BGP, e com pequenas e ligeiras alterações sem impacto substancial, noutros meios publicitários, como a rádio e a televisão.

3. A 1.^a Secção do Júri de Ética, por deliberação tomada no dia 15 de julho de 2021, considerou que, enquanto a reposição da campanha no *website* da BGP violava as decisões tomadas no âmbito do Processo n.º 11J/2020, a reposição da campanha na televisão e na rádio estava conforme.

4. Conclusão de que, com a devida vénia, a Bene discorda profundamente, por entender que a campanha publicitária ao Brufenon, nos termos em que foi reposta na rádio e na televisão, mantém o seu pendor enganoso e desleal, induzindo o consumidor médio em erro.

5. Nestes termos, respeitosamente requer a V. Exa. que:

(i) Defira o presente Recurso, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 15.º do Regulamento do Júri de Ética;

(ii) Determine a revogação parcial da Decisão do Júri de Ética, tomada por deliberação de 15 de julho de 2021, consequentemente reconhecendo a invalidade da reposição da campanha ao Brufenon, na rádio e televisão.

Com o recurso a Recorrente juntou dois documentos.

5. A **Requerida** apresentou **contestação** ao Recurso, terminando com as seguintes conclusões:

A BGP reitera que a cessação da campanha do Brufenon a que se reporta a petição de recurso da Bene origina a inutilidade da lide em virtude ainda que assim não se entenda, com base na factualidade do caso e os argumentos expostos, contrariamente ao alegado pela Bene, a BGP respeitou o princípio da veracidade estabelecido no artigo 9º do Código de Conduta da ARP e no artigo 10º do Código da Publicidade, não tendo violado o disposto nos artigos 4.º e 9.º do Código de Conduta da ARP, nem no artigo 11.º do Código da Publicidade, ou o disposto na alínea c), do n.º 3 do artigo 150º do Estatuto do Medicamento que proíbem a publicidade enganosa. Nestes termos, solicita-se a V.Exas que decidam doutamente em conformidade e que o recurso da Bene seja indeferido porque infundado e desprovido de fundamento material e normativo.

Com a contestação ao recurso a Requerida juntou dois documentos.

II. Apreciação do recurso

1. Questões prévias

a) Documentos apresentados pela Recorrente

A **Recorrente** apresentou dois documentos juntamente com o recurso. Ora, de acordo com o disposto nos artigos 10.º n.º 2 e 11.º n.º 3 do Regulamento do Júri de Ética, as provas devem ser apresentadas com a petição e a contestação. Na fase do recurso, apenas se consente a junção de novas provas, “*se comprovadamente não puderam ter sido apresentadas perante a Secção*” (art.º. 15.º, n.º 5). Os documentos ora apresentados são imagens ilustrativas das embalagens dos medicamentos *Atralidon* e *Dol-u-ron Forte*. Com a sua apresentação a Recorrente pretende contrariar a alegação, contida no art.º 22.º da contestação e acompanhada de documentação comprovativa, de que existem 144 medicamentos comercializados em Portugal cuja

designação inclui a expressão “on”. Ora, não se lobriga, nem a Requerente alegou, qualquer razão para que a Requerente, se considerava tais documentos relevantes, os não tivesse apresentado à 1.ª Secção, a tempo de esta, se tal julgasse pertinente, os levar em consideração na sua decisão. Acresce que a aludida listagem de 144 medicamentos comercializados em Portugal cuja designação inclui a expressão “on” não foi explícita ou implicitamente relevante na tomada da decisão ora recorrida – pelo que irrelevantes são os documentos ora apresentados pela Recorrente.

Pelo exposto, tais documentos não serão considerados neste recurso.

b) Documentos apresentados pela Requerida

Também a **Requerida** fez acompanhar a contestação ao recurso de dois documentos. Há que apreciar a sua admissibilidade.

O primeiro documento constitui repetição de um outro que a Requerida havia apresentado perante a 1.ª Secção do JE juntamente com a contestação à queixa deduzida pela Requerente. Isto é, trata-se de uma declaração datada de 6 de julho de 2021, emitida por Havas Media Publicidade S.A., comprovativa de que a Requerida havia cessado a campanha publicitária relativa ao Brufenon na televisão e na rádio. O aludido documento não deve ser admitido perante esta Comissão de Apelo por duas razões: o documento, atenta a sua data, podia ter sido apresentado perante a 1.ª Secção do Júri de Ética (argumento da extemporaneidade); e tal documento foi efetivamente apresentado perante a 1.ª Secção do Júri de Ética, pelo que a sua junção com a contestação ao recurso é desnecessária (argumento da inutilidade).

Quanto ao segundo documento apresentado pela Requerida, é uma declaração da mesma, datada de 22 de julho de 2021, na qual a Requerida informa a ARP de que a versão da comunicação comercial a que se refere a Bene na petição inicial, veiculada pela internet, que foi objeto da decisão do Júri de Ética, cessou e não se encontra disponível e não voltará a ser difundida.

A admissibilidade da junção deste segundo documento é evidente: trata-se da comprovação da cessação da comunicação comercial a que se refere o art.º 14.º do Regulamento do JE – Júri de Ética.

Pelo exposto, o documento apresentado pela Requerida sob o n.º 1 não será levado em consideração.

O documento apresentado pela Requerida sob o n.º 2 é admitido.

c) Inutilidade superveniente da lide

Na contestação ao recurso a Requerida retoma a questão da inutilidade da lide. Afirma que, tendo a comunicação comercial objeto da queixa já cessado, o presente processo perdeu utilidade.

Ora, a 1.ª Secção do JE pronunciou-se sobre esta temática, pela seguinte forma:

“A Requerida alega e comprova através de documento que a comunicação comercial ao “*Brufenon*”, objeto da queixa apresentada pela Requerente, teve como última data de difusão em TV, o dia 5 de junho e como última data de difusão na Rádio, o dia 28 de Maio 2021, tendo a queixa da Requerente sido apresentada a 29 de junho na ARP e notificada à Requerida em 2 de julho.

Relativamente à comunicação no sítio da internet (website) a Requerida nada alega, pelo que se dá o facto como provado: isto é a Requerida apesar de ter sido notificada de que não poderia repor a mensagem publicitária objeto de decisão no processo 11J/2020 deste JE, deliberadamente manteve-a naquele meio de comunicação sem quaisquer alterações desrespeitando, assim a decisão deste JE, confirmada pela Comissão de Apelo.

Pelo teor das alegações da Requerente a campanha no *website* à data da apresentação da queixa não estaria visível.

Ou seja, na data de apresentação da queixa não existia qualquer comunicação comercial da Requerida ao produto “*Brufenon*” a ser divulgada em qualquer um dos meios indicados pela Requerente (TV, Rádio e *website*), o que na opinião da Requerida será motivo para este JE não apreciar a queixa da Requerente, com base na inutilidade superveniente da lide, dado não se subsumir “*ao conceito de comunicação comercial previsto na alínea b) do artigo 2º do Código de Conduta da ARP, o qual integra o conceito de publicidade definido na alínea m) do artigo 2º do mesmo Código, pressupondo a difusão através de meios, que não se verifica no caso em apreço, donde decorre a referida inutilidade da presente lide.*”

Ora, a alínea b) do n.º 2 do Código de Conduta da ARP, sob a epígrafe “Definições”, dispõe:

“a expressão “Comunicação Comercial” abrange a Publicidade bem como outras técnicas, tais como promoções, patrocínios e marketing directo e deve ser interpretada de forma lata de modo a poder designar toda a comunicação produzida directamente, por ou em representação de um operador de mercado, que pretenda essencialmente promover Produtos ou influenciar o comportamento dos Consumidores;”

E a alínea m) do art. 2º do Código de Conduta da ARP, dispõe:

o termo “Publicidade” ou “Anúncio” significa uma forma de Comunicação Comercial difundida através dos Meios;

Dúvidas não restam que a comunicação comercial da Requerida consubstancia um *anúncio* e que o mesmo foi difundido através dos *Meios* (TV, Rádio e Website) e que poderá, a qualquer momento, voltar a ser objeto de difusão.

Atualmente não existe qualquer normativo, nem no Código de Conduta da ARP, nem no Regulamento do JE, que vede a apreciação de queixas sobre comunicações comerciais que, no exato momento de sua apresentação, não se encontrem no “ar”, contrariamente ao que estava previsto na alínea a) do nº 1 do art. 5º do Regulamento que focava a competência dos JE, num processo de queixa, em questões controvertidas atuais e não em abstracto, tendo sido esta “atualidade” interpretada no sentido de as campanhas ainda estarem ativas. E nesse sentido e ao abrigo do referido normativo foi doutrina pacífica na ARP, até à entrada em vigor do novo Regulamento e do Código de Conduta da ARP, que o facto de uma campanha não estar no ar determinava a inutilidade superveniente da lide.

Não negamos que a atuação do JE tem um objetivo pedagógico e preventivo, e que a sua missão primordial é a apreciação de alegações comerciais que se encontram ativas, pondo termo a práticas que venham a ser consideradas desconformes, sendo esta possibilidade o que motiva a urgência da tramitação processual e decisão do caso concreto.

Neste enquadramento pode ser entendido que estando o objetivo da deliberação do JE precludido pela inexistência de comunicação comercial dirigida aos consumidores, ficaria sem objeto e conseqüentemente ocorreria a inutilidade superveniente da lide.

Não nos parece que esta matéria possa ser generalizada. Se casos há em que a comunicação comercial se esgota num determinado período, como por exemplo uma campanha publicitária sobre um determinado evento cuja realização está perfeitamente balizada no tempo, outras campanhas há, como é público e notório, que são repostas, *ipsis verbis*, de forma cíclica ou sazonal, perdurando por largos períodos de tempo, sendo, conseqüentemente, sempre atuais.

As campanhas publicitárias aos medicamentos são um destes casos de reposição sazonal pelo que não deixa de ser pertinente, e conseqüentemente não é inútil ou extemporânea, a sua apreciação.

No caso em apreço a Requerida não logrou provar que não iria, **jamais**, voltar a usar a campanha ao “*Brufenon*”. Antes pelo contrário, a reposição da campanha publicitária, com a introdução de algumas alterações com vista a conforma-la à decisão deste JE, demonstra que a Requerida pretende retirar proveito de todo o investimento realizado na sua produção e que tenderá a ser reposta.

Nesta conformidade entende este JE que não há fundamento para declarar a inutilidade superveniente da lide e que o documento junto pela Requerida, emitido pela Agência de Meios, não comprova que a campanha não será reposta a breve trecho.”

Por conseguinte, a 1.^a Secção pronunciou-se expressamente sobre a questão prévia suscitada pela Requerida, concluindo pela sua improcedência. E, não tendo tal decisão sido impugnada (a Recorrente, como é óbvio, não questionou esse segmento da deliberação da 1.^a Secção do JE e a Requerida não recorreu da deliberação), a mesma tornou-se caso julgado (nessa parte), não cabendo a esta Comissão de Apelo reapreciá-la.

2. Objeto do recurso

O presente recurso tem por objeto a seguinte questão: se as supra identificadas comunicações comerciais levadas a cabo pela Requerida/Recorrida, através da televisão e da rádio, tendo por objeto o medicamento Brufenon, violam as deliberações de proibição emitidas pelo Júri de Ética (1.^a Secção e Comissão de Apelo) suprarreferidas, apesar das

alterações introduzidas pela Recorrida nessas comunicações após as referidas deliberações.

3. Enquadramento normativo e apreciação dos factos

As deliberações das Secções e da Comissão de Apelo do JE, relativas a queixas, são vinculativas relativamente a todos os membros da Auto Regulação Publicitária e seus representados e a quem tenha submetido questões à apreciação do JE (art.º 13.º n.º 3 do Regulamento do JE).

Concomitantemente, podem ser submetidas ao JE queixas sobre comunicações comerciais decorrentes de alterações naquelas que tenham sido objeto de deliberações proferidas pelo JE (art.º 7.º n.º 1 al. b) do Regulamento do JE).

A 08 de janeiro de 2021 a **1.ª Secção do Júri de Ética** considerou que a comunicação comercial veiculada no suporte vídeo (televisão) que havia sido levada a cabo por iniciativa da ora Requerida/Recorrida, para promover o medicamento Brufenon, encontrava-se *“desconforme com os artigos 6.º e 11º do Código da Publicidade, os artigos 4.º e 9.º do Código de Conduta da ARP e a alínea c), do n.º 3 do artigo 150.º do Estatuto do Medicamento”*, pelo que não deveria ser reposta (considerando que a mesma havia sido retirada por razões comerciais conforme alegado) – *“quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE”*.

A comunicação comercial que suscitou essa proibição tinha o seguinte conteúdo, conforme descrição constante na deliberação da 1.ª Secção do JE:

“(Num ambiente de escritório a protagonista apresenta um ar de mau estar, olha-se ao espelho da casa de banho e coloca a mão na testa.)

Em voz off:

“Dor de cabeça? O que costuma tomar?”

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

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

(A imagem evolui para um comprimido e posteriormente para a embalagem de Brufenon acompanhada de informação visual com a composição do comprimido: Ibuprofeno (200mg) e paracetamol (500mg))

Em voz off:

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

É o efeito Brufenon!

(Reaparece a protagonista com um sorriso de alívio.)

A voz off conclui:

A união faz a diferença!

A imagem final é a da embalagem de Brufenon.



Esta mensagem publicitária mereceu à 1.ª Secção do JE as seguintes considerações (os negritos e os sublinhados constam no texto transcrito):

“Claramente a alegação transporta o consumidor para uma situação real de uma dor de cabeça e para o **medicamento de “marca”** que habitualmente toma para a redução da dor de cabeça. O consumidor é assim levado a pensar, não na substância ativa, mas na **marca**. Não vai pensar, tão pouco, em genéricos.

De acordo com o estudo da Nielsen - junto como Anexo II pela Requerente – *“80% dos 1200 (mil e duzentos) entrevistados associa a marca Ben-u-ron à frase “de confiança”, sendo que apenas 20% dos mesmos entrevistados associa tal frase à marca Brufen”,* concluindo a Requerente, com base no referido estudo, *“que o Ben-u-ron se assume como a marca mais notória, preferida e mais pedida de medicamentos para a febre e dores de cabeça (...).*

Por seu turno a Requerida, relativamente ao medicamento Brufen por si comercializado refere que *“O Brufen existe há quase 50 anos em Portugal sendo um facto público e notório, que é altamente reconhecido pelo público – tendo, designadamente, ganho durante dois anos (2017 e 2019) o prémio Consumer’s Choice e tendo sido eleito como Superbrand 2020 dos consumidores. “*

(...)

O Ben-u-ron, cuja substância ativa é o paracetamol, não é um anti-inflamatório e é especialmente indicado para o tratamento da dor e da febre, não sendo por isso indicado para doenças que tenham muita inflamação. Ben-U-Ron 500mg *é um analgésico e antifebril indicado no tratamento de dores de cabeça e enxaquecas de intensidade ligeira a moderada, dores de dentes, dores musculares e articulares, dores menstruais, dores de garganta, e sintomas gripais.*

<https://www.farmaciasportuguesas.pt/catalogo/catalog/product/view/id/441607/s/ben-u-ron-comprimidos/? SID=U>

O Brufen, por seu turno é um anti-inflamatório, cuja substância ativa é o ibuprofeno. Brufen 200mg *é um medicamento anti-inflamatório, analgésico e antifebril indicado no tratamento da febre (com duração inferior a 3 dias) e na dor ligeira a moderada, como dor de dentes, dor de cabeça, dores musculares e nas dores menstruais.*

https://www.farmaciasportuguesas.pt/catalogo/catalog/product/view/id/441612/s/brufen-200-comprimidos/?_SID=U

De acordo com o Estudo apresentado pela Requerente, e que se dá por integralmente reproduzido, pode concluir-se que o consumidor está perfeitamente familiarizado com as marcas Ben-u-ron e Brufen, sendo ambas marcas de referência e de confiança, no combate da febre e dores de cabeça, sendo muitas vezes prescritos e tomados de forma alternada e complementar. Ambos são comparticipados pelo SNS.

É indiscutível que as duas são marcas conhecidas e de confiança do consumidor e que este, sendo questionado sobre marcas, não irá responder paracetamol ou ibuprofeno.

A inovação anunciada junta, imediatamente na ideia do consumidor médio, as duas marcas que dão origem ao novo medicamento anunciado sob a nova marca: Brufenon. E esta associação acontece, naturalmente, quer a sua marca de confiança seja o Brufen, quer seja o Ben-u-ron.

A apresentação da embalagem e as cores da nova marca induzem igualmente nesse sentido. A alusão à “**marca**” é determinante nesta associação de ideias.

O *claim* final “*A união faz a diferença*” - considerando que o que despertou a atenção do consumidor foi a interação que desde o início o anúncio criou com ele - é a união de marcas, dos dois medicamentos de confiança para o combate

às dores de cabeça. O que o consumidor regista, consciente ou inconscientemente, são as marcas, neste caso as de confiança, não as substâncias ativas.”

Reportando-se aos pareceres favoráveis que a Requerida havia previamente recebido da parte da ARP, a 1.ª Secção do JE notou o seguinte (o negrito está no texto transcrito):

“... existe uma diferença substancial entre o *storyboard* que foi objeto de parecer e o anúncio que foi transmitido neste meio publicitário.

O projeto de anúncio submetido à apreciação preliminar da ARP não provoca qualquer interação com o consumidor, não o questiona sobre a marca do medicamento que toma para lhe aliviar a dor de cabeça.

Na verdade, a mensagem inicial constante do *storyboard* atira a atenção do consumidor para a existência de um novo medicamento para a dor de cabeça: o Brufenon.

Iniciar a mensagem publicitária com a frase “*Chegou o Brufenon*”, é muito diferente de iniciar a mensagem com a pergunta “*Dores de cabeça? O que costuma tomar? A marca que confia traz-lhe uma inovação. Chegou o Brufenon!*”

Se a marca de confiança para o consumidor for o ben-u-ron a associação é ainda mais imediata.

Note-se que ao perguntar o que costuma tomar e seguidamente falar em marca, a pergunta não é apreendida como: Costuma tomar paracetamol ou ibuprofeno?

A única referência à marca, no *storyboard* submetido à apreciação da ARP, aparece apenas no final “*Inovação para a dor de cabeça da marca que tão bem conhece BRUFENON, a união faz a diferença.*”.

Neste contexto o consumidor fica focado na marca Brufen e possivelmente não fará associação à marca ben-u-ron.”

Pela descrição constante do segundo parecer da ARP (junto como documento n.º 6 pela Requerida) é possível compreender que as imagens que acompanham a voz off é a do comprimido com referência às substâncias ativas que o compõem: ibuprofeno e paracetamol, pelo que neste contexto a referência aos “*dois gigantes da dor em que confia*” seriam as duas substâncias ativas. No entanto esta referência (“*aos dois gigantes da dor em que confia*”) não consta da mensagem publicitária que foi transmitida em televisão.”

Para a 1.ª Secção do JE o vício da dita comunicação publicitária era a insinuação de que duas marcas de produtos farmacêuticos (Brufen e Ben-u-ron), mais precisamente as entidades suas titulares (a Requerida e a Requerente), haviam unido esforços para comercializar um produto que, juntando o princípio ativo particular de cada um deles, se mostrava especialmente eficaz no alívio da dor de cabeça. Tal confusão seria provocada pelo apelo, feita por interpelação do consumidor, à ideia de **marca**, e por aí ao produto em que o telespectador sentiria confiança, o que evocaria no consumidor a lembrança dos produtos *brufen* e *ben-u-ron*.

Para a 1.ª Secção do JE o grafismo da embalagem ou o nome do medicamento (*Brufenon*) não eram, aqui, o aspeto decisivo: “note-se que a questão não se prende com o nome dado ao medicamento ou até com o grafismo da embalagem, mas pelo contexto em que vêm anunciados e que no limite pode até constituir infração ao disposto no n.º 2 do artigo 19.º “*A Comunicação Comercial não deve, em caso algum, retirar indevidamente proveito da*

reputação ligada ao nome, marcas ou a qualquer outro elemento de propriedade intelectual relativo a uma outra Entidade, pessoa ou instituição (...).”

A **Comissão de Apelo**, na deliberação de 29 de janeiro de 2021, em que se pronunciou sobre o recurso que a Requerida interpôs contra a deliberação da 1.^a Secção do JE, confirmou essa deliberação.

Na sua deliberação a Comissão de Apelo exarou o seguinte:

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

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

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

Sendo as marcas Brufen e Ben-u-ron sobejamente conhecidas do público em geral, que as reconhece facilmente, associando-as imediatamente ao alívio das dores de cabeça e constipação, a expressão *“Brufenon”* contextualizada em torno da ideia de que a *“união faz a diferença”* induz o consumidor médio a pensar que tal produto congregará, por associação, os benefícios conjugados

das duas marcas, juntando-as, num cenário à partida impensável, mas que fará agora, “*dada a evolução científica*”, todo o sentido.

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

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

Se a expressão “*Brufenon*”, por si só, é objectivamente susceptível de sugerir alguma relação com o Ben-u-ron – independentemente da inexistência de confundibilidade que, no plano da tutela dos direitos de propriedade industrial, o Infarmed legitimamente considerou -, a alusão a que “*união que faz a diferença*” (em termos da “*força curativa*” do medicamento), reforça a acentuadamente essa hipotética ligação que não é verdadeira, nem deve passar como tal.

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

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

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

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

E mais adiante:

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

- é anunciada a chegada de um novo produto que combate as *“dores de cabeça”*;

-esta inovação científica tornou real o impensável;

- a mesma tem a ver com o *“efeito Brufenon”*;

-tal efeito resultará da inesperada união de duas forças, o que faz toda a diferença, acrescentando alguma coisa mais que o Brufen, por si só, não detinha.

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

União de quê, perguntará o consumidor médio?

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

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

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

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

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

Na sua deliberação a Comissão de Apelo reiterou a ideia, presente na deliberação da 1.ª Secção do JE, de que o dito anúncio televisivo provocava nos telespectadores a convicção de que surgira, no mundo dos medicamentos analgésicos e antipiréticos, uma inovadora solução que conjugava os efeitos, não de duas particulares substâncias ativas (*Iboprufero + Paracetamol*), cuja menção, no contexto do anúncio, passava despercebida, mas de duas marcas bem conhecidas do público, o Brufen e o Ben-u-ron. Para essa percepção também contribuiria a aparente aglutinação fonética composta pela designação do medicamento promovido: Brufenon = Brufen + Bem-u-ron.

Essa ideia era enganadora, uma vez que o produto em causa era da lavra apenas da entidade responsável pela produção e comercialização do conhecido medicamento Brufen, a ora Requerida.

Analisemos agora a comunicação comercial transmitida em **televisão**, por iniciativa da Requerida, após a proibição ditada pelo JE (1.ª Secção e Comissão de Apelo).

As imagens são as mesmas. O que muda é o que é dito em voz “off”:

“Dor de cabeça? O que costuma tomar?”

A evolução científica demonstra que algo que dantes era impensável agora faz todo o sentido. Chegou o Brufenon!

“Ibuprofero e paracetamol num só comprimido.

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

É o efeito Brufenon!”

“BRUFENON, A união faz a diferença”.

Relativamente ao anúncio anteriormente apreciado pelo JE, foi **retirado** um elemento e **aditado** um outro.

Foi retirado o segmento em que se dizia “*A marca em que confia traz-lhe uma inovação*”.

E foi aditado o seguinte conteúdo verbal: “*Ibuprofeno e paracetamol num só comprimido*”.

Ora, com estas alterações o foco da atenção do espectador passa a incidir sobre os efeitos da atuação conjugada de duas substâncias ativas, Ibuprofeno e paracetamol. De facto, contrariamente à mensagem anterior, em que as substâncias ativas que compõem o medicamento eram mencionadas apenas em imagem, agora esse aspeto é reforçado, de forma bem clara e audível, pela voz em *off*.

A “união” que “faz a força” é consubstanciada pela ação dos dois elementos químicos que são apontados na comunicação publicitária, seja visualmente, seja auditivamente: Ibuprofeno e Paracetamol.

Desaparece a referência à “marca” em que o consumidor “confia”. Isto é, desaparece a eventual evocação da marca Ben-u-ron, associada ao tratamento de dores de cabeça, que seria um dos elementos dessa alegada união, a qual teria como outro membro desse par o Brufen.

É certo que no início do anúncio se mantém a interpelação ao espectador “*Dor de cabeça? O que costuma tomar?*”. Podemos questionar-nos se o espectador que toma *ben-u-ron* quando tem dores de cabeça irá associar esse medicamento ao *brufenon*, acreditando que dele faz parte o *ben-u-ron*, sendo o *brufenon* fruto da ligação entre o *ben-u-ron* e o *brufen*.

Pensamos que a resposta positiva a essa questão é muito forçada. Com a referida interpelação o consumidor é confrontado com a solução que costuma adotar quando está com dores de cabeça, seja ela qual for, para de imediato lhe ser apresentada uma solução melhor, que associa entre si duas substâncias químicas que, em união, lhe proporcionam um alívio mais rápido e seguro. Essas substâncias ativas não contêm na sua designação qualquer referência a *ben-u-ron*.

Na nova versão da comunicação comercial em análise está corrigida a falha que era apontada pelo Júri de Ética (1.^a Secção e Comissão de Apelo), ou seja, a diminuta relevância dada à indicação da composição química do medicamento publicitado, que passava despercebida, de modo que outros elementos sobressaíam, apontando para a (falsa) união entre as marcas *Brufen* e *Ben-u-ron*.

Concorda-se, pois, com a 1.^a Secção do JE, quando, na decisão ora recorrida, ponderou o seguinte:

“Ora, as alterações introduzidas pela Requerida no anúncio, ao contrário do que a Requerente afirma, não são insignificantes, quer no *spot* de rádio quer no de TV.

Na verdade, a nova forma de anunciar o “*Brufenon*” transporta o consumidor para um universo diferente do das “marcas” dos medicamentos, levando-o para o das substâncias ativas presentes nos medicamentos, chamado a atenção do consumidor que este novo medicamento que conseguiu juntar duas substâncias ativas que, anteriormente, só eram vendidas em separado.

No spot de TV existe, na verdade uma alteração radical
(...)

A afirmação final “*BRUFENON, A união faz a diferença*”, que na anterior versão do anúncio não fazia sentido senão pela inferência da junção de duas

marcas, agora é perfeitamente claro na junção das substâncias ativas presentes no “*Brufenon*”: o Ibuprofeno e o paracetamol e não o Brufen + Ben-U-Ron.

Acresce que a chamada de atenção, em voz off, para as substâncias ativas do Brufenon dão agora à imagem visual um contexto totalmente diferente, totalmente impercetível na versão anterior do *spot*.

Quanto à comunicação comercial veiculada através da **rádio**, vejamos o seu conteúdo, tal como vem transcrito na deliberação ora recorrida:

“Dor de cabeça.

Brufenon. Algo que antes era impensável, agora faz todo o sentido.

Ibuprofeno + Paracetamol

Brufenon atua em apenas 15 minutos. Tem efeito prolongado entre 8 a 9 horas.

Mais eficácia sem aumentar os efeitos secundários das substâncias em separado.

Dor de cabeça?

BRUFENON, a união faz a diferença.”

Também aqui a tónica da mensagem é colocada no efeito terapêutico proporcionado pela força conjugada de dois princípios ativos, Ibuprofeno + Paracetamol, sem qualquer referência à marca Ben-u-ron.

O que levou a 1.^a Secção do JE a considerar que “*a nova comunicação comercial ao Brufenon difundida através da Rádio e da Televisão está conforme*”.

Juízo esse que, pelas razões apontadas, esta Comissão de Apelo subscreve.

O recurso é, pois, improcedente.

III. Decisão

Pelo exposto, delibera esta Comissão de Apelo negar provimento ao recurso interposto pela queixosa **Bene Farmacêutica Lda.**, confirmando-se a deliberação tomada em 15 de julho de 2021 pela 1.^a Secção do Júri de Ética da Associação da Auto Regulação Publicitária.».

Lisboa, 12 Agosto de 2021

Jorge Leitão Leal
Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral
Vice-Presidente da Comissão de Apelo

Clara Moura Guedes
Vice-Presidente da Comissão de Apelo