

A publicidade testemunhal de medicamentos difundida por influenciadores digitais e seu enquadramento no direito luso-brasileiro

The testimonial advertising of medicines disseminated by digital influencers and its framework in Portuguese-Brazilian law

Ana Clara Azevedo Amorim¹

 <http://orcid.org/0000-0003-4121-2723>

¹ Universidade Portucalense, Departamento de Direito, Porto, Portugal.

RESUMO

A indústria farmacêutica tem encontrado novas técnicas para promover os medicamentos isentos de prescrição médica junto do público geral. Neste contexto, a publicidade testemunhal permite incrementar a credibilidade da mensagem, ficando o seu enquadramento dependente da categoria do emissor nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Adotando uma perspectiva de direito comparado, o presente trabalho visou analisar a publicidade testemunhal, com especial enfoque nos depoimentos veiculados por influenciadores digitais que recomendam o consumo de medicamentos. Trata-se de um estudo qualitativo, assente no levantamento bibliográfico e legislativo, bem como na análise detalhada de decisões dos organismos de autorregulação competentes, tanto em Portugal como no Brasil. Concluiu-se que alguns influenciadores digitais podem ser considerados pessoas famosas, e não meros consumidores, o que determina a ilicitude da publicidade difundida, atenta a necessidade de acautelar a objetividade e o uso racional dos medicamentos. No entanto, resultou das decisões analisadas uma abordagem tradicional destas novas técnicas de promoção de medicamentos, centrada ainda nas menções obrigatórias e nos princípios gerais vigentes em matéria de publicidade.

Palavras-chave: Influenciadores Digitais; Medicamentos Isentos de Prescrição Médica; Publicidade Testemunhal.

ABSTRACT

The pharmaceutical industry has found new techniques to promote over-the-counter drugs to the public. In this context, testimonial advertising makes it possible to increase the credibility of the message, its framework being dependent on the category of the sender, in the Portuguese and Brazilian legal systems. Adopting a comparative law perspective, the present work aimed at analysing testimonial advertising, with a special focus on testimonies given by digital influencers who recommend the consumption of drugs. It is a qualitative study, based on a bibliographic and legislative survey, as well as on a detailed analysis of decisions by competent self-regulatory bodies, both in Portugal and Brazil. It is concluded that some digital influencers can be considered famous people and not just consumers, which determines the unlawfulness of widespread advertising, considering the need to safeguard objectivity and the rational use of drugs. However, a traditional approach to these new techniques of drugs promotion, still focused on mandatory mentions and the general principles of advertising, resulted from the decisions analyzed.

Keywords: Digital Influencers; Over-the-counter Drugs; Testimonial Advertising.

Correspondência:

Ana Clara Azevedo Amorim
ana_amorim2003@hotmail.com

Recebido: 03/08/2020

Revisado: 04/10/2021

Aprovado: 06/12/2021

Conflito de interesses:

A autora declara não haver conflito de interesses.

Contribuição dos autores:

A autora é responsável por todo o desenvolvimento do artigo.

Copyright: Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do seu trabalho para fins não comerciais, desde que atribuam a você o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.



Introdução

O regime jurídico dos medicamentos isentos de prescrição médica tem sido alvo de progressiva liberalização, tanto em Portugal como no Brasil. Esta liberalização manifesta-se no domínio da publicidade, sobretudo quando estão em causa mensagens dirigidas ao público geral. A comunicação comercial favorece a automedicação, num contexto histórico em que se procura incentivar os indivíduos a assumir uma maior responsabilidade pela sua própria saúde, nomeadamente na escolha dos meios de tratamento. Em face dos riscos que este comportamento apresenta, o nível de informação dos consumidores tem sido acautelado com a exigência de menções obrigatórias e o reforço dos princípios gerais vigentes em matéria de publicidade.

A difusão de publicidade de medicamentos por influenciadores digitais constitui uma prática comercial cada vez mais frequente, tendo sido reconhecida como uma das principais tendências de *marketing* para os próximos anos na indústria farmacêutica (DMI, 2019). Contudo, estes depoimentos não só tendem a violar outras normas, como são suscetíveis de comprometer a objetividade e o uso racional dos medicamentos.

Depois de delimitados os fundamentos constitucionais do direito da publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela publicidade testemunhal de medicamentos isentos de prescrição médica. Neste sentido, será tratado o regime jurídico dos depoimentos de especialistas, pessoas famosas e consumidores, com recurso não só à doutrina e à jurisprudência, mas também às decisões dos organismos de autorregulação competentes. Por fim, serão abordadas as recomendações de medicamentos veiculadas por influenciadores digitais, considerando o respetivo enquadramento nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

I Perspetiva constitucional

O direito da publicidade regula a comunicação destinada a promover produtos ou serviços no exercício de uma atividade económica. A garantia da liberdade publicitária dos anunciantes funda-se axiologicamente na liberdade de expressão, enunciada no artigo 37º da Constituição da República Portuguesa (CRP) (PORTUGAL, 1976) e no artigo 5º, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988).

No nível legislativo em Portugal, o direito da publicidade resulta hoje sobretudo do Código da Publicidade (CPub) (PORTUGAL, 1990) e do Decreto-Lei (DL) n. 57/2008 (PORTUGAL, 2008), na sequência da transposição da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (EUR-Lex, 2005), relativa às práticas comerciais desleais das empresas em face dos consumidores no mercado interno. Com efeitos no setor de atividade concretamente abordado, vigora também o Estatuto do Medicamento (EM), aprovado pelo Decreto-Lei n. 176/2006 (PORTUGAL, 2006), resultante da transposição da Directiva 2001/83/CE (EUR-Lex, 2001), do Parlamento Europeu e do Conselho. Em sede de autodisciplina, é aplicável o Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária (ARP) (AUTO-REGULAÇÃO PUBLICITARIA) – pessoa coletiva sem fins lucrativos cujo objeto é a defesa dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial em Portugal – e, no domínio dos medicamentos, o Código Deontológico para as Práticas Promocionais da Indústria Farmacêutica e para as Interações com os Profissionais de Saúde e Instituições, Organizações ou Associações constituídas por Profissionais de Saúde da Associação Portuguesa da Indústria Farmacêutica (Apifarma) (APIFARMA) – pessoa coletiva sem fins lucrativos que representa as empresas associadas.

No Brasil, o direito da publicidade enquadra-se genericamente nos artigos 36º a 38º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990). A publicidade de medicamentos está regulada sobretudo na Lei de Vigilância Sanitária

(LVS, Lei n. 6.360/1976) (BRASIL, 1976), no artigo 7º da Lei n. 9.294/1996 (BRASIL, 1996) e na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) n. 96/2008 (BRASIL, 2008). Em sede de autodisciplina, vigora o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) – organização da sociedade civil cujo objeto é a defesa dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial no Brasil –, especialmente o Anexo I, relativo aos produtos farmacêuticos isentos de prescrição.

1 Proteção dos consumidores e direito à saúde

A proteção dos consumidores funda-se na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação em face dos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca na relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum (ANDRADE, 2002). A constatação da vulnerabilidade dos consumidores surgiu quando a procura deixou de se limitar aos bens de primeira necessidade. Na tomada de decisões económicas, os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos produtores e pelos distribuidores, detentores em exclusivo da informação sobre o mercado e do controlo da tecnologia (KITCHEN, 2003).

É no quadro desta relação de poder privado que se justifica o movimento de proteção dos consumidores, cuja origem simbólica se encontra na mensagem dirigida pelo presidente John Kennedy ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962. Este movimento concretizou-se depois com a aprovação da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor, de 17 de maio de 1973, e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores, de 14 de abril de 1975. Aqui se consagram os cinco eixos da proteção dos consumidores que viriam a influenciar a redação do artigo 60º, n. 1 da CRP: “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos” (PORTUGAL, 1976).

Ao contrário do que se verificava no início do século XX, a defesa dos consumidores passa a gozar de uma verdadeira visão de conjunto sobre os problemas que afetam a parte mais fraca na relação jurídica de consumo. Também no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor tem origem constitucional, decorrente das reivindicações que se faziam sentir num “movimento consumerista” (FILOMENO, 2018, p. 51). Assim, segundo o artigo 170º da CF/88:

A ordem económica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

V - defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Na sequência desta garantia constitucional, o artigo 4º, inciso I do CDC consagrou expressamente o princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor” (BRASIL, 1990). Esta vulnerabilidade, que pode ter natureza informacional, técnica, jurídica ou socioeconómica, decorre do elemento causal da relação jurídica de consumo, enunciado no artigo 2º do CDC (BRASIL, 1990), ao identificar o consumidor como o destinatário final do produto ou serviço. De acordo com a teoria finalista, a proteção do consumidor apenas se justifica, segundo o referido elemento causal, quando os sujeitos não utilizam o produto ou serviço no contexto da sua atividade profissional. Ou seja, ao contrário da teoria maximalista, que parece não atender à vulnerabilidade

do adquirente, esta teoria finalista coincide com a utilização do produto em proveito próprio, para satisfação de uma necessidade pessoal, e não como elemento da cadeia de produção (MARQUES, 2016).

Ora, a partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos setores de atividade, o escoamento de uma produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massa, que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior, mas também progressivamente no rádio, na televisão e no cinema. O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia, então, com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos.

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores e a relevância do produto na comunicação comercial justificaram a centralidade da publicidade enganosa no nível legislativo, que resulta, no ordenamento jurídico português, dos artigos 10º e 11º do CPub (PORTUGAL, 1990) e dos artigos 7º a 9º do DL n. 57/2008 (PORTUGAL, 2008) e, no ordenamento jurídico brasileiro, dos artigos 37º e 38º do CDC (BRASIL, Lei n. 8.078/1990). Estas normas incidem sobre elementos objetivos da oferta – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, as especificações e a origem geográfica – ou, ainda, sobre o preço e outras condições de aquisição.

Apesar da tendencial equiparação dos destinatários a consumidores, importa salientar que o direito da publicidade visa sobretudo a proteção dos recetores efetivos das mensagens, independentemente da existência de uma decisão de transação. Nos termos do artigo 5º, n. 1 alínea d do CPub (PORTUGAL, 1990), o destinatário é “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”. Este conceito abrange, por um lado, o segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais e potenciais do produto ou serviço, e, por outro lado, os recetores efetivos. Por estarem em contacto com o canal de difusão, os recetores efetivos são igualmente atingidos pela comunicação comercial, ainda que possam não ser consumidores do bem anunciado. Ao incluir os recetores efetivos, o conceito de destinatário traduz uma realidade mais ampla, por não depender da celebração de um negócio jurídico de consumo (AMORIM, 2018).

Nos termos do artigo 29º do CDC, releva, para efeitos da regulação das práticas comerciais – em que se insere a publicidade –, o “consumidor equiparado”, que abrange “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais” (BRASIL, 1990). Assim, o âmbito de aplicação das normas em matéria de publicidade delimita-se em função dos destinatários da comunicação comercial, na medida em que a norma amplia o conceito de consumidor resultante do artigo 2º do CDC (BRASIL, 1990; BAUERMANN, 2006). Considerando sobretudo os recetores efetivos – que são atingidos pela mensagem, mas não integram o público-alvo –, a titularidade dos interesses protegidos passa, então, a assentar num conjunto de circunstâncias de facto que inviabiliza a determinação dos sujeitos concretos, ao contrário do que se verifica relativamente aos consumidores. A par desta insusceptibilidade de determinação dos titulares dos interesses protegidos, que constitui um critério de natureza subjetiva, também a indivisibilidade do bem jurídico, de natureza objetiva, contribui para a qualificação da proteção dos destinatários maioritariamente como interesses difusos.

No setor dos medicamentos, a regulação da comunicação comercial visa especialmente a garantia do direito à saúde, consagrado no artigo 64º da CRP (PORTUGAL, 1976)

e no artigo 196º da CF/88 (BRASIL, 1988). Não está em causa apenas um direito social a prestações positivas do Estado, mas também uma dimensão negativa do direito à saúde, que corresponde à proibição de condutas lesivas (CANOTILHO; MOREIRA, 2007). Ou seja, as pretensões abrangidas por esta dimensão negativa têm uma estrutura análoga à dos direitos fundamentais de primeira geração.

Na verdade, os próprios mecanismos de proteção dos consumidores visam ainda a garantia da saúde enquanto bem jurídico, como resulta, no nível legislativo em Portugal, do artigo 5º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n. 24/96 (PORTUGAL, 1996), e do artigo 13º do CPub (PORTUGAL, 1990) em matéria de publicidade. No Brasil, a proteção da saúde foi reconhecida como direito fundamental dos consumidores no artigo 6º, inciso I, e nos artigos 8º a 10º do CDC (BRASIL, 1990). É também a garantia da saúde que justifica o agravamento da pena pelos crimes contra as relações de consumo praticados no setor dos medicamentos, de acordo com o disposto no artigo 76º, inciso V do CDC (BRASIL, 1990), nomeadamente nos casos de publicidade enganosa e abusiva.

2 Autorização prévia

À semelhança do que se verifica noutros setores de atividade, o regime jurídico da publicidade de medicamentos parte também da admissibilidade genérica da comunicação comercial, que traduz uma manifestação da tutela constitucional dos anunciantes. Assim, a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo e à forma das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela CRP (PORTUGAL, 1976) e pela CF/88 (BRASIL, 1988), como a proteção dos consumidores e o direito à saúde.

É neste contexto que se discute a questão da sujeição da publicidade a controlo ou autorização prévia. De acordo com o artigo 37º, n. 2 da CRP (PORTUGAL, 1976), o exercício da liberdade de expressão “não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura” e, segundo o artigo 34º, n. 4 da CRP (PORTUGAL, 1976), “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação”. Também nos termos do artigo 220º da CF/88, “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988). Configurada historicamente como mecanismo de tutela contra ingerências assentes em motivações de ordem política, a proibição da censura constitui hoje uma “regra definitiva de limite dos limites, à margem de qualquer ponderação, insuscetível por esse motivo de ser comprimida através de lei geral ou de outra lei especialmente direcionada à proteção de bens jurídicos determinados” (MACHADO, 2002, p. 502).

Contudo, no domínio da publicidade, a proibição constitucional da censura parece ser afastada pela defesa de interesses gerais, como a transparência e a regularidade de funcionamento dos mercados dos produtos financeiros e dos medicamentos, conjugadas com a proteção dos investidores, no primeiro caso, e do direito à saúde, no segundo caso. Neste sentido, segundo o artigo 97º da Directiva 2001/83/CE, cabe a cada Estado-Membro a delimitação dos “meios adequados e eficazes para o controlo da publicidade dos medicamentos [...], que podem basear-se num sistema de controlo prévio” (EUR-Lex, 2001). A admissibilidade da autorização prévia da publicidade por entidade administrativa foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, entre outros, no caso *Lucien Ortscheit GmbH contra Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH* (Processo n. C-320/93, decisão de 10 de novembro de 1994) e no caso *Ludwigs – Apotheke München Internationale Apotheke contra Juers Pharma Import-Export GmbH* (Processo n. C-143/06, decisão de 8 de novembro de 2007).

Em Portugal, o legislador não consagra atualmente a necessidade de uma autorização prévia da Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde (Infarmed) (INFARMED) – instituto público integrado na administração indireta do Estado português, que tem por missão regular e supervisionar os setores dos medicamentos, dispositivos médicos e produtos cosméticos e de higiene corporal segundo os mais elevados padrões de proteção da saúde pública, qualidade, eficácia e segurança, exceto em casos pontuais como o das “campanhas de vacinação efetuadas pela indústria” e o das “campanhas de promoção de medicamentos genéricos”, previstos no artigo 152º, n. 3 do EM (PORTUGAL, 2006). Genericamente, os anunciantes ficam apenas obrigados a remeter um exemplar do suporte de cada peça publicitária no prazo de dez dias, para efeitos de registo e apreciação, nos termos do artigo 164º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006).

Também no Brasil, a autorização prévia começou por estar prevista na LVS (BRASIL, 1976), que contribuiu para reforçar as exigências legais em matéria sanitária (ARAÚJO; BOCHNER; NASCIMENTO, 2012). Estabelecia-se, no artigo 58º, que a publicidade de medicamentos apenas poderia “ser promovida após autorização do Ministério da Saúde” (BRASIL, 1976). Relativamente aos medicamentos isentos de prescrição médica, esta norma viria a ser afastada pelo artigo 118º do Decreto n. 79.094/1977, que passou a isentar de autorização prévia a publicidade, desde que fossem observados os requisitos de licitude genéricos, nomeadamente ao nível das menções obrigatórias.

Importa referir que, em face da eliminação da autorização prévia por entidade administrativa, a autorregulação assume relevância crescente como instrumento de segurança jurídica dos anunciantes (BALLESTEROS POMAR, 2017). Atento o seu carácter voluntário, os códigos de conduta fundam-se na autonomia privada e no princípio de reciprocidade, constituindo uma forma coletiva e não estatal de regular as relações entre agentes económicos. Na verdade, através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autorregulação contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a sua segurança jurídica. A relevância da autodisciplina no domínio da comunicação comercial tem sido reafirmada, em Portugal, pela ARP e, no Brasil, pelo Conar.

Em suma, ao contrário do que se verifica noutros setores de atividade, a garantia do direito à saúde viabiliza a autorização prévia das campanhas publicitárias relativas a medicamentos, não obstante a proteção constitucional do anunciante. No entanto, em face da progressiva liberalização, este mecanismo de controlo tem sido afastado na generalidade dos ordenamentos jurídicos.

II Regime jurídico da publicidade testemunhal

1 Medicamentos e menções obrigatórias

A aplicação do regime jurídico dos medicamentos exige desde logo a sua delimitação em relação a outras figuras, como os cosméticos ou os suplementos alimentares, que estão sujeitos a normas distintas. Assim, segundo o artigo 3º, n. 1, alínea kk do EM, constitui medicamento:

Toda a substância ou associação de substâncias apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas de doenças em seres humanos ou dos seus sintomas ou que possa ser utilizada ou administrada no ser humano com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou, exercendo uma ação farmacológica, imunológica ou metabólica, a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas (PORTUGAL, 2006).

De acordo com este conceito amplo, a qualificação de um produto como medicamento pode resultar da sua apresentação ou da sua função (GUTIÉRREZ DAVID; ACOSTA GALLO, 2017). Enquanto o primeiro critério, de natureza subjetiva, assenta na percepção do consumidor médio, o segundo critério, de natureza objetiva, incide especialmente sobre as características do produto.

Importa distinguir os medicamentos isentos de prescrição médica dos medicamentos sujeitos a prescrição médica, relativamente aos quais vigora uma proibição quase absoluta de publicidade dirigida ao público geral. No ordenamento jurídico português, tal proibição está consagrada no artigo 19º do CPub (PORTUGAL, 1990) e no artigo 152º, n. 2, alínea a do EM (PORTUGAL, 2006). No ordenamento jurídico brasileiro, resulta do artigo 58º, parágrafo 1º da LVS (BRASIL, 1976) e do artigo 27º da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008). Foi esta proibição que determinou, por exemplo, a sustação pelo Conar das campanhas publicitárias que promoviam os medicamentos Viagra (Representação n. 264/02, decisão de abril de 2003) e Organon (Representação n. 128/00, decisão de setembro de 2000).

Trata-se de uma restrição da liberdade de expressão publicitária, cujo fundamento assenta no elevado risco para a saúde inerente ao consumo de determinados medicamentos, bem como na vulnerabilidade acrescida dos consumidores decorrente de eventuais situações de doença. Neste sentido, no caso *MSD Sharp & Dohme* (Processo n. C-316/09, decisão de 5 de maio de 2011), o Tribunal de Justiça da União Europeia invocou as “consequências graves para a saúde suscetíveis de resultar da má utilização ou do consumo excessivo desses medicamentos”.

Considerando esta proibição, a análise do regime jurídico da publicidade testemunhal centra-se apenas nos medicamentos isentos de prescrição médica. Esta categoria permite transferir para os indivíduos uma parte da responsabilidade sobre a gestão da sua saúde, através do recurso à automedicação, enquanto se reduz igualmente a despesa dos sistemas públicos, atenta a não comparticipação destes medicamentos pelo Estado. Ora, numa estrutura concorrencial, a informação constante das mensagens publicitárias assume um papel relevante como garantia da racionalidade das decisões económicas e da liberdade de escolha dos consumidores. Esta preocupação acentua-se no domínio dos medicamentos relativamente a outros setores de atividade. Assim se justifica o elenco de menções obrigatórias consagrado no artigo 153º, n. 3 do EM:

A publicidade junto do público contém, pelo menos, e de forma legível, na própria peça publicitária, as seguintes informações:

- a) Nome do medicamento, bem como a denominação comum, caso o medicamento contenha apenas uma substância ativa, ou a marca;
- b) Informações indispensáveis ao uso racional do medicamento, incluindo indicações terapêuticas e precauções especiais;
- c) Aconselhamento ao utente para ler cuidadosamente as informações constantes do acondicionamento secundário e do folheto informativo e, em caso de dúvida ou de persistência dos sintomas, consultar o médico ou o farmacêutico (PORTUGAL, 2006).

As menções obrigatórias aplicam-se também na publicidade testemunhal, estando frequentemente omissas nas recomendações de medicamentos feitas por influenciadores digitais, o que configura uma prática comercial enganosa nos termos do artigo 9º do DL n. 57/2008 (PORTUGAL, 2008). Corresponde maioritariamente a uma omissão em sentido estrito ou a alegações publicitárias cuja ininteligibilidade decorre, por exemplo, da incompletude da mensagem ou do recurso a terminologia excessivamente técnica. Mas pode integrar também uma indução de erro em face das expectativas criadas no

destinatário. Atenta a consagração de uma cláusula de relevância, a proibição fica ainda dependente da existência de uma relação de causalidade entre a omissão e a suscetibilidade de distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. Importa referir que este comportamento económico tem sido entendido em sentido amplo, abrangendo a fase da formação de preferências e de captação da atenção dos consumidores, independentemente de qualquer decisão de transação ou negócio jurídico de consumo (AMORIM, 2018).

O ordenamento jurídico brasileiro enuncia também um conjunto de menções obrigatórias relativamente aos medicamentos isentos de prescrição médica, onde se incluem sobretudo as advertências quanto a seu abuso, de acordo com o disposto no artigo 7º, parágrafos 1º e 5º da Lei n. 9.294/1996 (BRASIL, 1996) e nos artigos 22º e 23º da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008). A resolução da Anvisa estabelece, ainda, critérios de apresentação destas menções obrigatórias (artigo 24º), em função do suporte utilizado para a difusão. Nos termos do artigo 37º, parágrafo 3 do CDC, “a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (BRASIL, 1990), sem que tenha sido consagrada a referida cláusula de relevância.

2 Mensagens dirigidas ao público geral

Concretizando o conceito de publicidade previsto no artigo 3º do CPub (PORTUGAL, 1990), o artigo 150º, n. 1, alínea a do EM considera publicidade de medicamentos “qualquer forma de informação, de prospeção ou de incentivo que tenha por objeto ou por efeito a promoção da sua prescrição, dispensa, venda, aquisição ou consumo [...] junto do público em geral” (PORTUGAL, 2006). De acordo com o artigo 150º, n. 2 do EM (PORTUGAL, 2006), a publicidade de medicamentos pode ser realizada por terceiro, como se verifica relativamente aos delegados de informação médica, mas também, em alguns casos, de publicidade testemunhal. Depois de amplamente discutida nos Estados-Membros, esta possibilidade foi reiterada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *Damgaard* (Processo n. C-421/07, decisão de 2 de abril de 2009) e *Association of the British Pharmaceutical Industry* (Processo n. C-62/09, decisão de 22 de abril de 2010).

Centrado na finalidade promocional, o conceito de publicidade de medicamentos exclui a mera informação veiculada em determinados suportes e caracterizada pela neutralidade, como a rotulagem e a bula ou folheto informativo que acompanham a embalagem do produto. No entanto, abrange já a publicidade institucional ou corporativa, que incide, por exemplo, sobre o desempenho económico das empresas farmacêuticas ou sobre as suas políticas de responsabilidade social. Este conceito, adotado na generalidade dos ordenamentos jurídicos, coincide com o disposto no artigo 2º da RDC n. 96/2008, que define a publicidade da seguinte forma:

Conjunto de técnicas e atividades de informação e persuasão com o objetivo de divulgar conhecimentos, tornar mais conhecido e/ou prestigiado determinado produto ou marca, visando exercer influência sobre o público por meio de ações que objetivem promover e/ou induzir à prescrição, dispensação, aquisição e utilização de medicamento (ANVISA, 2008).

Neste contexto, os legisladores distinguem as mensagens dirigidas a profissionais e as mensagens dirigidas ao público geral, estabelecendo uma disciplina mais rigorosa relativamente a estas últimas, dado que a assimetria de informação impede os consumidores de conhecer o valor terapêutico dos medicamentos. Para efeitos de aplicação do regime jurídico, é, em regra, possível aferir quem são os destinatários das mensagens com recurso a critérios objetivos, como o conteúdo dos anúncios, a linguagem utilizada ou o meio de difusão. No caso da internet, importa considerar que os sítios eletrónicos

permitem o acesso ao público geral, exceto se protegidos por palavra-passe atribuída apenas a profissionais de saúde. Pelo contrário, os influenciadores digitais dirigem-se sempre aos consumidores.

2.1 Princípios gerais

As normas gerais em matéria de publicidade aplicam-se também ao setor de medicamentos. Ora, atenta a necessidade de proteção dos consumidores e a garantia do direito à saúde, verifica-se que os legisladores atribuem especial enfoque ao princípio da veracidade, reiterando a centralidade da publicidade enganosa, tributária das teorias económicas neoclássicas, apesar de estar em causa sobretudo a tutela de interesses não económicos. Foram já analisadas as menções obrigatórias da publicidade de medicamentos, cuja omissão determina a qualificação como prática comercial enganosa.

Acresce que, nos termos do artigo 150º, n. 3, alínea a do EM (PORTUGAL, 2006) e do artigo 3º, parágrafo 2º da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008), o princípio da veracidade abrange a adequação das mensagens publicitárias à ficha técnica do medicamento. Importa referir que, para ser considerada enganosa, é suficiente que a comunicação comercial gere falsas expectativas nos consumidores, nomeadamente através de alegações ambíguas quanto aos benefícios decorrentes da utilização do medicamento. O problema foi suscitado perante o Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, nos casos que opuseram a Procter & Gamble à GSK Consumer Healthcare (Processo n. 4J/2019, decisão de 5 de dezembro de 2019, e Processo n. 7J/2019, decisão de 6 de dezembro de 2019), relativos aos medicamentos Voltaren Emulgel e Panadol Gripus. Estava em causa, respetivamente, a utilização das seguintes expressões: “duas vezes mais rápido no alívio da dor” e “alívio dos sintomas da gripe e constipação a partir de 15 minutos e até 6 horas”.

No ordenamento jurídico brasileiro, surgem várias manifestações legais do princípio da veracidade no setor dos medicamentos. Assim, o artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.294/1996 (BRASIL, 1996) e o artigo 7º da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008) estabelecem a necessidade de comprovação científica relativamente às informações veiculadas sobre medicamentos. De acordo com o que resultava já do artigo 59º da LVS (BRASIL, 1976) e do artigo 37º, parágrafo 1º do CDC (BRASIL, 1990), o artigo 14º da resolução da Anvisa (ANVISA, 2008) proíbe igualmente a publicidade enganosa. O Anexo I do Código do Conar (CONAR) obriga qualquer afirmação quanto à ação do produto a ser “baseada em evidência clínica ou científica” (alínea a do ponto 2).

Este princípio da veracidade manifesta-se também no regime jurídico da publicidade testemunhal, que reflete opiniões ou experiências emanadas por uma pessoa distinta do anunciante, procurando incrementar a credibilidade da mensagem junto aos destinatários (SÁNCHEZ RUIZ, 2016). Assim, independentemente do setor de atividade em causa, nos termos do artigo 15º do CPub:

A publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão (PORTUGAL, 1990).

Em sentido semelhante, o Código do Conar, no artigo 27º, parágrafo 9, relativo aos testemunhais, prevê que:

- a. O anúncio abrigará apenas depoimentos personalizados e genuínos, ligados à experiência passada ou presente de quem presta o depoimento, ou daquele a quem o depoente personificar;
- b. O testemunho utilizado deve ser sempre comprovável;
- c. Quando se usam modelos sem personalização, permite-se o depoimento como “licença publicitária” que, em nenhuma hipótese, se procurará confundir com um testemunhal;
- d. O uso de modelos trajados com uniformes, fardas ou vestimentas características de uma profissão não deverá induzir o consumidor a erro e será sempre limitado pelas normas éticas da profissão retratada (CONAR);

Ambos os diplomas distinguem os depoimentos personalizados e os depoimentos sem personalização, enquadrando os primeiros no princípio da veracidade e aproximando os segundos da proibição de práticas comerciais agressivas ou publicidade abusiva. Neste sentido, os testemunhos que não possam ser imputados a pessoas concretas – e por estas comprovados – são proibidos sempre que invoquem as qualificações de determinadas profissões. Este regime jurídico mais restritivo da publicidade testemunhal assenta na proteção dos destinatários contra a exploração da confiança depositada em determinadas profissões, por exemplo, médicos e farmacêuticos. Se, por um lado, como resulta do conceito de coação, importa não criar nos destinatários a convicção de que a adoção de um comportamento económico permite evitar uma situação negativa ou alcançar um benefício em termos de saúde, por outro lado, para efeitos da influência indevida, importa garantir que a assimetria de informação não seja utilizada como posição de poder para pressionar o consumidor a adquirir medicamentos.

Também o princípio da identificabilidade, especialmente relevante na publicidade veiculada por influenciadores digitais, foi reiterado pelo legislador português no artigo 153º, n. 2 do EM, segundo o qual “a publicidade dos medicamentos junto do público é inequivocamente identificada enquanto tal, indicando expressamente que se trata de um medicamento e incluindo as informações previstas no número seguinte” (PORTUGAL, 2006).

No artigo 4º, parágrafo único da RDC n. 96/2008, o legislador brasileiro estabeleceu igualmente que:

Fica vedado utilizar técnicas de comunicação que permitam a veiculação de imagem e/ou menção de qualquer substância ativa ou marca de medicamentos, de forma não declaradamente publicitária, de maneira direta ou indireta, em espaços editoriais na televisão; contexto cênico de telenovelas; espetáculos teatrais; filmes; mensagens ou programas radiofônicos; entre outros tipos de mídia eletrônica ou impressa (ANVISA, 2008).

O princípio da identificabilidade da comunicação comercial obriga o anunciante a revelar inequivocamente a natureza publicitária da mensagem, de acordo com o disposto genericamente no artigo 8º, n. 1 do CPub (PORTUGAL, 1990) e no artigo 36º do CDC (BRASIL, 1990). Representa uma exigência de transparência relativa à forma ou à configuração externa dos anúncios, permitindo que os consumidores tenham previamente consciência da finalidade promocional das mensagens para que possam optar por não as visualizar (SANCHEZ DEL CASTILLO, 2007). No entanto, no setor dos medicamentos, o princípio da identificabilidade não incide apenas sobre o elemento teleológico da mensagem, como resulta das referidas normas gerais, abrangendo também o tipo de produto. O problema da publicidade oculta surge independentemente do suporte utilizado para a difusão da mensagem e dos seus destinatários. Por exemplo, nas relações da indústria farmacêutica com profissionais

de saúde, suscita-se a propósito de material com conteúdo aparentemente neutro em publicações de caráter científico.

2.2 Objetividade e uso racional

Para além dos referidos princípios gerais vigentes em matéria de publicidade, aplicáveis independentemente dos destinatários da mensagem, os ordenamentos jurídicos consagraram normas destinadas a garantir a objetividade e o uso racional dos medicamentos, que visam sobretudo a proteção dos consumidores. Uma das manifestações legais deste princípio foi abordada a propósito das menções obrigatórias da publicidade.

Daqui decorre a prevalência da natureza informativa da comunicação comercial, em detrimento da sugestão publicitária, dominante em face da adoção de uma gestão estratégica de *marketing* que sugere a abordagem das relações de mercado centrada nos consumidores. Na verdade, noutros setores de atividade, as campanhas deixaram de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto para passarem a incidir não só sobre as necessidades e os desejos, mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. Ou seja, a comunicação comercial invoca agora benefícios extrínsecos ao produto, potenciando uma diferenciação emocional ou simbólica, já não estritamente técnica ou funcional. É esta transição que justifica também o papel dos influenciadores digitais.

Contudo, o regime jurídico da publicidade de medicamentos assenta sobretudo na proteção da saúde pública (COSTA, 2007). De acordo com o princípio do uso racional enunciado no artigo 5º do EM (PORTUGAL, 2006) e na Política Nacional de Medicamentos brasileira, aprovada pela Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, importa evitar os riscos inerentes à automedicação induzida pela publicidade. Isto porque, apesar de os medicamentos isentos de prescrição médica estarem sujeitos a uma elevada monitorização de segurança, a saúde do utente pode ser afetada pela sua utilização indevida.

No ordenamento jurídico português, de acordo com o artigo 150º, n. 3, alínea b do EM, a publicidade “deve promover o uso racional dos medicamentos, fazendo-o de forma objetiva e sem exagerar as suas propriedades” (PORTUGAL, 2006). Daqui decorre a inadmissibilidade do exagero publicitário – nas suas várias modalidades de publicidade hiperbólica, superlativa ou de tom excludente –, genericamente aceite noutros setores de atividade. A generalidade das proibições enunciadas no artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006) tem fundamento na promoção do uso racional dos medicamentos. Também no ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 8º e 26 da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008) proíbem várias manifestações do uso não racional, como o recurso a determinadas formas de sugestão (“saboroso, gostoso, delicioso ou expressões equivalentes”) ou a associação dos medicamentos a excessos etílicos ou gastronómicos. Mas o artigo 9º da mesma resolução (ANVISA, 2008) admite, desde que devidamente comprovadas, a utilização de expressões relativas à segurança e eficácia que seriam proibidas em Portugal (“absoluta, excelente, máxima”).

Em ambos os ordenamentos jurídicos, a promoção do uso racional justifica, ainda, a proibição de distribuição direta dos medicamentos e de concessão de prémios, ofertas, bónus ou benefícios aos consumidores, de acordo com o disposto no artigo 153º, n. 6 e 7 do EM (PORTUGAL, 2006) e no artigo 5º da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008), bem como a proibição de mensagens publicitárias dirigidas a crianças, nos termos do artigo 153º, n. 4, alínea e do EM (PORTUGAL, 2006) e do artigo 26º, inciso VII da resolução brasileira (ANVISA, 2008). Acresce que a promoção do uso racional dos medicamentos se manifesta na proibição de recurso a formas de coação, que serão analisadas a propósito dos requisitos de licitude da publicidade testemunhal.

O princípio da objetividade afasta as mensagens com juízos valorativos ou apreciações subjetivas, que não contribuem para a informação dos consumidores e a transparência do mercado. Assim, é maioritariamente neste princípio da objetividade e uso racional que assenta o regime jurídico da publicidade testemunhal de medicamentos.

3 Requisitos de licitude da publicidade testemunhal

A publicidade testemunhal pode ser agrupada em três categorias, de acordo com o seu emissor: especialista, pessoa famosa e consumidor (LEMA DEVESA, 2007). Exclui-se aqui o atestado ou endosso, a que faz referência o Anexo Q do Código do Conar (CONAR), na medida em que não integra verdadeira publicidade testemunhal, mas uma posição oficial emitida por pessoa jurídica.

Em Portugal, a alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM proíbe a publicidade de medicamentos para o público geral que “faça referência a uma recomendação emanada por cientistas, profissionais de saúde ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de medicamentos” (PORTUGAL, 2006). Ficam abrangidos por esta proibição absoluta os depoimentos de especialistas – cientistas e profissionais de saúde – e de pessoas famosas. Ou seja, ao contrário do que resulta da norma geral consagrada no artigo 15º do CPub (PORTUGAL, 1990), o legislador não salvaguardou aqui os depoimentos personalizados, proibindo toda a publicidade testemunhal de medicamentos com recurso a especialistas, ainda que o seu conteúdo possa ser verdadeiro.

A questão suscitou-se perante o Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, num caso que opôs a Procter & Gamble à GSK Consumer Healthcare (Processo n. 6J/2019, decisão de 5 de dezembro de 2019), devido a um anúncio protagonizado por um ator em ambiente semelhante a uma farmácia. Afirmou-se que apenas seria admissível o testemunho “personalizado, genuíno, comprovável e ligado à experiência do depoente” enquanto profissional qualificado e identificado como tal. Esta decisão assenta no artigo 15º do CPub (PORTUGAL, 1990), e não na alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006). Viria depois a Comissão de Apelo considerar válido este testemunho, na medida em que o ator não tinha qualquer sinal distintivo de um profissional de saúde e não se encontrava atrás do balcão, fazendo crer que se trataria de um utente.

O EM (PORTUGAL, 2006) aborda em conjunto os testemunhos de especialistas e pessoas famosas, que se beneficiam da credibilidade junto do público, visando acautelar através da referida proibição o uso racional de medicamentos. Pelo contrário, no Brasil, nos termos do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.294/1996, apenas fica vedado o recurso a “depoimentos de profissionais que não sejam legalmente qualificados para fazê-lo” (BRASIL, 1996). A admissibilidade de testemunhos de especialistas resulta, ainda, do artigo 21º da RDC n. 96/2008:

No caso específico de ser apresentado o nome e/ou imagem de profissional de saúde, como respaldo das propriedades anunciadas do medicamento, é obrigatório constar, de maneira clara, na mensagem publicitária, o nome do profissional interveniente e seu número de inscrição no respetivo Conselho ou outro órgão de registro profissional (ANVISA, 2008).

Também o Anexo I do Código do Conar, relativo aos produtos farmacêuticos isentos de prescrição, reconhece que qualquer referência a profissionais de saúde deve “ser suportada por documentação hábil, exigível a qualquer tempo” (CONAR) (ponto 4). E o Anexo Q reitera que, no caso dos testemunhos de especialistas, “o anúncio deverá sempre nomear o depoente e apresentar com fidelidade a sua qualificação profissional ou técnica (CONAR)” (alínea a do ponto 1). Ou seja, ao contrário

do que se verifica no ordenamento jurídico português, a publicidade testemunhal de especialistas é admitida no setor dos medicamentos brasileiro, desde que em conformidade com o princípio da veracidade. Apenas não são aceites os depoimentos protagonizados por atores caracterizados como se fossem profissionais de saúde, nomeadamente, trajando jaleco branco. Esta proibição foi atendida num conjunto de casos decididos pelo Conar, como os relativos aos medicamentos Cicatricure (Representação n. 183/17, decisão de setembro de 2017), Flanax (Representação n. 018/16, decisão de julho de 2016), Energil Life (Representação n. 105/15, decisão de novembro de 2015), Unhaplus (Representação n. 215/14, decisão de outubro de 2014), Gerovital Phytos (Representação n. 246/13, decisão de outubro de 2013), Asepxia Antiacnil (Representação n. 359/10, decisão de fevereiro de 2012) e Sonridor (Representação n. 71/007, decisão de julho de 2007).

Contudo, relativamente às pessoas famosas, o artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 proíbe na publicidade de medicamentos:

Apresentar nome, imagem e/ou voz de pessoa leiga em medicina ou farmácia, cujas características sejam facilmente reconhecidas pelo público em razão de sua celebridade, afirmando ou sugerindo que utiliza o medicamento ou recomendando o seu uso (ANVISA, 2008).

Acresce que o Anexo Q do Código do Conar (CONAR) prevê relativamente aos testemunhais de pessoas famosas alguns requisitos de licitude associados à responsabilidade social do depoente e do anunciante. No entanto, no caso dos medicamentos, deve considerar-se que prevalece a proibição setorial enunciada no referido artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008), como se verá a propósito das recomendações veiculadas por influenciadores digitais.

Já os depoimentos de consumidores ficam abrangidos em Portugal pela alínea j do artigo 153º, n. 4 do EM, ao proibir a publicidade de medicamentos que “se refira de forma abusiva, assustadora ou enganosa a demonstrações ou garantias de cura” (PORTUGAL, 2006). A norma incide sobre as designadas “atestações de cura”, que confirmam o papel do medicamento no tratamento de doenças ou lesões. É ainda especialmente aplicável aos depoimentos de consumidores a alínea c do artigo 153º, n. 4 do EM, ao proibir a publicidade que “sugira que o estado normal de saúde da pessoa pode ser melhorado através da utilização do medicamento” (PORTUGAL, 2006). Como afirmou o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Gintec* (Processo n. C-374/05, decisão de 8 de novembro de 2007), a propósito de mensagens apresentadas sob a forma de resultados de um inquérito a consumidores, “para que essas referências sejam qualificadas de atestações de cura, é necessário que seja evocada a eficácia terapêutica do medicamento em termos de redução ou cura de doenças e lesões”, não bastando “uma apreciação global positiva do medicamento que apenas contenha referências ao reforço da sensação geral de bem-estar da pessoa”. Neste sentido, as referências a declarações de terceiros não são genericamente proibidas. Pelo contrário, a sua utilização na comunicação comercial “só pode ser limitada em razão do seu conteúdo específico ou da qualidade do seu autor”.

Estabelecida esta admissibilidade genérica, importa referir os requisitos de licitude da publicidade testemunhal de medicamentos protagonizada por consumidores, que assentam sobretudo na necessidade de promover o uso racional. Ao abrigo da alínea j do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006), constituem requisitos de licitude da comunicação comercial o seu carácter não abusivo, não assustador e não enganoso. O legislador reitera aqui a preocupação com o princípio da veracidade, que coincide com o disposto no artigo 15º do CPub (PORTUGAL, 1990), mas proíbe também formas de coação, como a exploração do medo, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários da comunicação comercial, suscetível de condicionar a sua liberdade de escolha. Este

apelo a emoções negativas na publicidade parece especialmente censurável quanto aos medicamentos. Na verdade, “a maioria dos anúncios publicitários acentua o aspeto psicológico da representação do corpo (medo da doença), em detrimento de uma precisão científica” (SATO, 2002, p. 99).

No Brasil, nos termos do Anexo Q do Código do Conar, os testemunhais de consumidores são igualmente admitidos, desde que em conformidade com o princípio da veracidade e, sobretudo, desde que se limitem à sua “experiência pessoal com o produto” (CONAR) (alínea c do ponto 3). Esta admissibilidade foi afirmada pelo Conar em face de campanhas publicitárias que promoviam os medicamentos Advil (Representação n. 162/15, decisão de outubro de 2015) e Z-33 (Representação n. 076/99, decisão de maio de 1999).

Reiterando o disposto genericamente no artigo 37º, parágrafo 2 do CDC (BRASIL, 1990), o artigo 2º da RDC n. 96/9008 integra na publicidade abusiva, entre outras hipóteses, aquela que “explora o medo ou superstições [...] ou que seja capaz de induzir o usuário a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (ANVISA, 2008). Algumas manifestações da publicidade abusiva são expressamente consagradas na resolução brasileira: no artigo 8º, inciso XI, que proíbe “usar expressões ou imagens que possam sugerir que a saúde de uma pessoa poderá ser afetada por não usar o medicamento” (ANVISA, 2008) e no artigo 26º, inciso II, que proíbe “sugerir que o medicamento é a única alternativa de tratamento” (ANVISA, 2008). Também o Anexo I do Código do Conar, relativo aos produtos farmacêuticos isentos de prescrição, proíbe as “afirmações ou dramatizações que provoquem medo ou apreensão no consumidor, de que ele esteja, ou possa vir, sem tratamento, a sofrer de alguma doença séria” (CONAR) (alínea k do ponto 2). Para efeitos da publicidade testemunhal de consumidores, releva ainda o artigo 8º, inciso III da RDC n. 96/2008, segundo o qual é proibido “incluir imagens de pessoas fazendo uso do medicamento” (ANVISA, 2008).

Em suma, a proibição de publicidade testemunhal de medicamentos não é absoluta, subsistindo apenas quando protagonizada pelas pessoas enunciadas na alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006) e no artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008). É ao abrigo destas normas que importa abordar o problema das recomendações feitas por influenciadores digitais.

4 Recomendações de medicamentos por influenciadores digitais

Com a generalização do acesso à internet, os anunciantes passaram a recorrer a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos, aproveitando a identificação dos consumidores com as motivações, as personalidades e os estilos de vida veiculados nos blogues e nas redes sociais. A influência sobre as decisões de consumo dos seguidores assenta frequentemente na simulação de experiências relativas aos produtos em mensagens que não são identificadas como comunicação comercial, mas que podem ser imputadas ao anunciante, independentemente da existência de remuneração.

A relevância dos blogues e das redes sociais como instrumentos publicitários resulta da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores (SCOTT, 2007). De facto, a sociedade da informação e os efeitos de rede decorrentes do recurso a plataformas de colaboração contribuíram para o desenvolvimento da técnica do passa-palavra, que constitui o mecanismo mais antigo e mais eficaz de influência nas decisões de consumo (KAPFERER, 1990). Esta confiança depositada em opiniões de desconhecidos manifestou-se especialmente a partir do momento em que os próprios consumidores passaram a disponibilizar na internet conteúdos relevantes

e independentes sobre os produtos. Estes conteúdos estiveram na origem do afastamento do predomínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, transferindo para os consumidores um papel determinante nas relações de mercado (SEYBOLD, 2002).

O efeito persuasivo da comunicação comercial deixa agora de coincidir apenas com a objetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, dependendo sobretudo de um envolvimento assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos influenciadores digitais. Esta prevalência da dimensão emocional e simbólica, resultante do afastamento da estrita racionalidade das decisões de consumo desenvolvida pelas teorias económicas neoclássicas, justifica também a interatividade e a bidirecionalidade da publicidade, na sequência do declínio dos tradicionais meios de comunicação de massas (AMORIM, 2017).

Na medida em que conquistam a fidelidade de um segmento de mercado, caracterizado por atividades e interesses comuns, os influenciadores digitais estão em condições de provocar mudanças de comportamento e mentalidade. Neste contexto, as mensagens salientam os efeitos subjetivos gerados pelo consumo e o impacto social da compra, potenciando a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência. Na verdade, com a transição para a sociedade de consumo, a aquisição de produtos deixou de visar apenas a satisfação das necessidades, no sentido de utilidade natural ou subsistência, para passar a surgir sobretudo como processo de significação (BAUDRILLARD, 1995).

No setor dos medicamentos, a dimensão emocional e simbólica da publicidade contraria o princípio da objetividade e do uso racional. Ora, alguns influenciadores digitais podem ser considerados pessoas famosas. Assim, nos termos da alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006) e do artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008), não podem promover medicamentos. Apesar desta proibição genérica, parece admissível a participação de influenciadores digitais em campanhas de promoção de estilos de vida saudáveis ou de consciencialização sobre determinadas patologias, ainda que resultem da iniciativa de laboratórios farmacêuticos (MONTEAGUDO MONEDERO; GARCÍA PÉREZ, 2018). Os influenciadores digitais podem intervir como protagonistas destas campanhas ou participar na respetiva difusão. Esta admissibilidade funda-se na proteção da saúde pública, em que assenta o próprio regime jurídico da publicidade de medicamentos.

No entanto, nos casos decididos pelo Conar a propósito de postagens em mídias sociais de blogueiros, a sustação tem atendido à falta de clareza quanto à natureza publicitária da mensagem, como se verificou relativamente à promoção dos medicamentos Leite de Magnésia Phillips (Representação n. 262/16, decisão de março de 2017) e Hirudoid (Representação n. 007/17, decisão de abril de 2017). Ou seja, foi considerada a violação do princípio da identificabilidade, mas não o artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008), que proíbe a publicidade testemunhal veiculada por pessoas famosas. No caso relativo ao medicamento Anador (Representação n. 145/16, decisão de agosto de 2016), o Conar tinha exigido que as postagens contivessem as informações exigidas pela legislação sanitária, recomendando apenas a alteração das peças publicitárias, sem considerar igualmente que se tratava de uma pessoa famosa, e não de um mero consumidor, para efeitos da aplicação do regime jurídico da publicidade testemunhal. Em Portugal, não existem decisões nesta matéria.

O problema da identificabilidade foi abordado pelo Parlamento Europeu no “Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores”, de 23 de novembro de 2010, onde manifestou uma preocupação com a

divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destringam, pelo seu teor, de meras opiniões; há portanto um risco de o consumidor ser conduzido a tomar decisões erradas convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económicos financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial (ponto 17) (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

No ordenamento jurídico português, a hipótese enquadra-se na alínea ab do artigo 8º do DL n. 57/2008, que qualifica como enganosa em qualquer circunstância a prática comercial que consista em “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor” (PORTUGAL, 2008).

Estas novas técnicas publicitárias, cada vez mais frequentes também no setor dos medicamentos, traduzem opiniões aparentemente pessoais, que simulam experiências relativas aos produtos. Em mensagens semelhantes às designadas “atestações de cura”, os influenciadores digitais afirmam o papel do medicamento no tratamento de doenças ou lesões. Apesar da admissibilidade genérica da publicidade testemunhal de medicamentos protagonizada por consumidores, importa referir que, tratando-se de mensagens enganosas, os influenciadores digitais que tenham obtido algum proveito com a sua divulgação são também responsáveis pelos danos causados aos consumidores (GUIMARÃES, 2007).

No entanto, sempre que possam ser considerados pessoas famosas, os influenciadores digitais ficam ainda abrangidos pela proibição de publicidade testemunhal de medicamentos prevista na alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006) e no artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008). Acresce que, em qualquer caso, deve ser identificada a finalidade promocional das mensagens imputadas ao anunciante (DIAS, 2018). Em face de violação deste princípio da identificabilidade, continua a verificar-se um engano dos consumidores quanto à forma ou configuração externa dos anúncios, independentemente da veracidade do seu conteúdo.

Conclusão

Este artigo teve como principal motivação abordar, em face dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, as recomendações de medicamentos veiculadas por influenciadores digitais enquanto prática comercial reconhecida como uma das principais tendências de *marketing* na indústria farmacêutica. Para o efeito, considerou-se o regime jurídico da publicidade testemunhal de medicamentos isentos de prescrição médica, em função da categoria do emissor e na medida em que os depoimentos de especialistas, pessoas famosas e consumidores suscitam problemas diversos.

Considerando estas diferentes categorias de publicidade testemunhal, alguns influenciadores digitais podem ser considerados pessoas famosas, pelo que lhes fica vedada a promoção de medicamentos, nos termos da alínea f do artigo 153º, n. 4 do EM (PORTUGAL, 2006) e do artigo 26º, inciso III da RDC n. 96/2008 (ANVISA, 2008). Nos casos em que seja admitida, esta publicidade não pode deixar de apresentar as menções obrigatórias, acautelando especialmente a objetividade e o uso racional dos medicamentos. As mensagens devem, ainda, identificar a sua finalidade promocional.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada n. 96, de 17 de dezembro de 2008*. Dispõe sobre a propaganda, publicidade, informação e outras práticas cujo objetivo seja a divulgação ou promoção comercial de medicamentos. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/rdc0096_17_12_2008.html. Acesso em: 15 out. 2022.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina, 2017.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Manual de direito da publicidade*. Lisboa: Petrony, 2018.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito*, Lisboa, v. 78, p. 43-64, 2002.
- ARAÚJO, Carolina Pires; BOCHNER, Rosany Bochner; NASCIMENTO, Álvaro César. Marcos legais da propaganda de medicamentos: avanços e retrocessos. *Physis: revista de saúde coletiva*, v. 22, n. 1, p. 331-346, 2012.
- ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA - APIFARMA. Disponível em: <https://www.apifarma.pt/>.
- AUTO-REGULAÇÃO PUBLICITARIA. Disponível em: <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/>.
- AUTORIDADE NACIONAL DO MEDICAMENTO E PRODUTOS DE SAÚDE - INFARMED. Disponível em: <https://www.infarmed.pt/>.
- BALLESTEROS POMAR, Raquel. Publicidad de medicamentos dirigida al público. In: AA.VV. *Tratado de derecho farmacéutico*. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 851-884.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- BAUERMANN, Sandra. Estudo comparativo da publicidade enganosa no Brasil e em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 48, p. 11-39, dez. 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 15 out. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 9.294, de 16 de julho de 1996*. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19294.htm. Acesso em: 15 out. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1.
- CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR. *Código de Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 out. 2022.
- COSTA, João Ribeiro da. Publicidade de medicamentos e saúde pública: algumas reflexões a partir do novo estatuto do medicamento. *Sub Iudice*, n. 38, p. 77-85, mar. 2007.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DIGITAL MARKETING INSTITUTE – DMI. *5 Digital Marketing Strategies for the Pharma Industry*. Mar. 2019. Disponível em: <https://digitalmarketinginstitute.com/blog/5-digital-marketing-strategies-for-the-pharma-industry-corporate>.
- EUR-Lex. Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0083>. Acesso em: 15 out. 2022.
- EUR-Lex. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n. 2006/2004 (“directiva relativa às práticas comerciais desleais”). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>. Acesso em: 15 out. 2022.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella; ACOSTA GALLO, Pablo. El derecho de la publicidad en el sector farmacéutico. In: SANTASUSANA, Jordi Faus; VIDA FERNÁNDEZ, José (Eds.). *Tratado de derecho farmacéutico: estudio del régimen jurídico de los medicamentos Navarra: Aranzadi*, 2017. p. 719-841.
- KAPFERER, Jean-Noël. *Rumeurs. Le plus vieux média du monde*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.
- KITCHEN, Philip. *The future of marketing: critical 21st century perspectives*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.
- LEMA DEVESA, Carlos. *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. (Studia Iuridica, n. 65).
- MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano; GARCÍA PÉREZ, Francisco. Publicidad e información sobre medicamentos: una frontera difusa. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n. 84, p. 111-126, 2018.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 15 out. 2022.
- PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 176, de 30 de agosto de 2006*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/176-2006-540387>. Acesso em: 15 out. 2022.
- PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 330, de 23 de outubro de 1990*. Código de Publicidade. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1990-34537375>. Acesso em: 15 out. 2022.
- PORTUGAL. *Decreto-Lei n. 57, de 26 de março de 2008*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/57-2008-246504>. Acesso em: 15 out. 2022.
- PORTUGAL. *Lei n. 24, de 31 de julho de 1996*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/24-1996-406882>. Acesso em: 15 out. 2022.
- SANCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La publicidad en internet régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Madrid: La Ley, 2007.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. La publicidad de medicamentos engañosa. *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 41, p. 77-109, 2016.
- SATO, Miriam Keiko. A propaganda e a publicidade de medicamentos e a informação ao consumidor. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 3, p. 89-115, nov. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/83839/86720>.
- SCOTT, David Meerman. *The new rules of Marketing & PR*. Nova Jersey: Wiley, 2007.
- SEYBOLD, Patricia. *The customer revolution*. London: Business Books, 2002.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Conselho Europeu. *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*. 23.11.2010. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2010-0338_PT.html. Acesso: 15 out. 2022.