

EXTRACTO DE ACTA

Reunida no décimo quarto dia do mês de Março do ano de dois mil e vinte e quatro, a Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 1J/2024 tendo deliberado o seguinte:

«Processo n.º 1J/2024

1. Objeto dos Autos **A) Da Queixa**

O MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A., adiante designada por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) da Auto Regulação Publicitária (ARP) ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do art.º 7º, do Regulamento do JE contra o PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A., adiante designada por Requerida, relativamente à campanha intitulada “*Quem não adora químicos, compra aqui.*”, iniciada a 18/02/2024 e veiculada através de vários meios de comunicação, mais precisamente, televisão, rádio, endereço eletrónico <https://www.pingodoce.pt/>, folheto em vigor de 20 a 26 de fevereiro de 2024, lojas, social média e digital (Facebook, Instagram e Youtube), conforme documentos juntos pela Requerente.

Em concreto, alega a Requerente que “(...) *para além de não ser verdadeira, na medida em que leva o consumidor a acreditar que o Pingo Doce tem a única marca própria com compromissos nutricionais (...)*”, a campanha é enganosa uma vez que “(...) 13. *Pela forma como é feita a utilização do termo “químicos”, na campanha publicitária em análise, a mesma é suscetível de ser entendida pelo consumidor – tendo-se como referência o homem médio – num sentido lato e abrangente, extensível a todos os tipos de químicos, 14. Quando, na verdade, a campanha apenas se refere à alegada não utilização, nos produtos alimentares da marca própria Pingo Doce, de*

duas classes de aditivos: intensificadores de sabor e corantes artificiais”, indicando outros aditivos, também considerados químicos, presentes nos produtos alimentares da Requerida.

Considera, também, a Requerente que a campanha “*não consubstancia uma comunicação devidamente esclarecedora, recorrendo ao uso de termos pouco claros e pejorativos*”.

Quanto às alegações “*Nenhum produto alimentar Marca Própria do Pingo Doce tem (...)*”, “*A única marca própria que pode fazer esta afirmação*” e “*(...) tornando-se o primeiro e único retalhista no país a apresentar um sortido isento destes aditivos sem que isso influencie o sabor e o preço de venda.*”, a Requerente alega não serem verdadeiras, exemplificando com os produtos da sua marca própria “Continente do Bebê”, que indica encontrarem-se isentos, na sua totalidade, de qualquer tipo de corantes, artificiais ou naturais, alegando não ser assim verdade que a Requerida tenha a única marca própria do mercado sem intensificadores de sabor e sem corantes artificiais.

Pelo exposto, entende a Requerente que a campanha em análise se encontra desconforme ao n.º 1, do art.º 4.º, o n.º 1, do art.º 7.º e ao n.º 1, do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP, ao art.º 10.º, n.º 1 do art.º 11.º e art.º 16.º do Código da Publicidade, bem como ao regime relativo às Práticas Comerciais desleais, art.,ºs 5.º, 7.º e 9.º, configurando uma prática de publicidade enganosa, e, como tal, uma prática comercial desleal.

Termina a Requerente pedindo que se determine a imediata aplicação da medida cautelar prevista no art.º 41.º do Código da Publicidade, ordenando a suspensão imediata da publicidade em análise, nos termos em que se encontra a ser divulgada em todos os meios de comunicação utilizados.

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

A requerida, a título prévio, informa não ser membro da ARP, razão pela qual considera que não se encontra vinculada ao cumprimento de normas ou deveres constantes dos respetivos Estatutos, tão-pouco do Regulamento do Júri de Ética, incluindo as regras processuais previstas no referido Documento e respetivas Deliberações.

Em contraditório, alega a Requerida que *“a informação divulgada através da campanha de Pingo Doce é rigorosa, exacta e verdadeira”*, porquanto *“não existe qualquer produto alimentar de Marca Própria Pingo Doce comercializado no mercado que contenha na sua composição intensificadores de sabor e/ou corantes artificiais”*, tal como é o *“primeiro retalhista no país a apresentar um sortido de marca própria alimentar totalmente isento dos aditivos acima mencionados”*.

A Requerida contesta, também, o alegado quanto à clareza da comunicação e ao seu carácter pejorativo, alegando tratar-se de um *“registo cómico e jogo de palavras/trocadilho”* próprio de um *“contexto comunicacional humorístico”*, sendo *“claramente compreendido por qualquer consumidor médio, em função do contexto e da restante informação que é prestada”*.

Considera, ainda, a Requerida que resulta claro da campanha que a expressão *“Químicos”*, *“apenas se circunscreve a dois tipos de aditivos: intensificadores de sabor e corantes artificiais”*. A Requerida indica que esta informação é *“evidenciada e reforçada com destaque”*, através de um texto de cor distinta (verde), com caracteres de maior dimensão, com a identificação expressa dos concretos aditivos a que a mensagem publicitária se refere (intensificadores de sabor e corantes artificiais), sendo

acompanhado, no spot publicitário através da “voz off” que refere que o *“Pingo Doce é o único que não tem intensificadores de sabor e corantes artificiais.”*, pelo que considera que a informação é prestada de forma clara e devidamente contextualizada em todos os meios de comunicação utilizados. Mais informa a Requerida que *“a campanha publicitária em causa foi precedida de um moroso, complexo e exigente processo, desenvolvido ao longo de vários anos por parte da sociedade Pingo Doce, destinado a eliminar a presença de intensificadores de sabor e corantes artificiais da totalidade dos seus produtos alimentares de Marca Própria, (...) especificamente visados por se tratarem efectivamente de substâncias que resultam de um processo de “síntese” química e, acima de tudo, pelo facto de desempenharem uma função iminentemente artificial em aspectos relevantes do produto, como é o caso do sabor e cor.”*

Atendendo a que a demonstração da ausência dos aditivos mencionados na campanha publicitária implicaria, à data, a apreciação de mais de 1354 produtos alimentares, a Requerida, apesar deste facto não ser alegado pela Requerente, disponibiliza-se para colaborar nesta apreciação, caso este JE venha a considerar necessário.

Contestando que existam outros distribuidores que não tenham produtos alimentares de marca própria com os aditivos em análise, a Requerida apresenta exemplos de produtos alimentares da marca própria da Requerente, bem como dos principais distribuidores/retalhistas, a saber, Continente, Mercadona, LIDL, ALDI, Intermarché, Auchan, El Corte Inglés, Dia e E.Leclerc, que contêm na sua composição os aditivos em análise, afirmando, assim, ser verdadeira a alegação de que é a única marca própria cujos produtos alimentares não têm intensificadores de sabor e corantes artificiais, respeitando a campanha *“todas as regras e princípios previstos no Código da Publicidade e, em especial, no que diz respeito a publicidade comparativa”*.

Conclui alegando não existirem fundamentos para conceder provimento às pretensões apresentadas pela Requerente.

Dão-se por reproduzidos a queixa, a resposta da Requerida e os documentos juntos pelas Partes.

2. Enquadramento ético-legal

2.1. Questões prévias

Vem a Requerida invocar que, não sendo membro da ARP, não se encontra vinculada ao cumprimento de normas ou deveres constantes dos respetivos Estatutos, do Regulamento ou Deliberações do Júri de Ética.

Ora, cumpre referir que a atuação do JE, no âmbito da ARP, baseia-se no compromisso voluntário que toda a Indústria assume de forma a respeitar e seguir as normas de conduta assentes nos princípios da legalidade, decência, honestidade e veracidade, promovendo assim a legalidade e a transparência da comunicação publicitária em benefício de uma concorrência honesta e preservando assim os direitos dos consumidores, fazendo parte do sistema de autorregulação europeu — European Advertising Standards Alliance (EASA) — e internacional — International Council of Advertising Self-Regulation (ICAS).

Por este motivo, bem como pelo prestígio e idoneidade que a Associação angariou, a regulação da ARP é reconhecida pelos próprios media, que, numa base voluntária, assumiram o compromisso de aderir ao Código de Conduta da ARP e às decisões tomadas pelos órgãos desta associação.

Ainda como nota prévia e quanto ao pedido efetuado pela Requerente solicitando *“que se determine a imediata aplicação da medida cautelar*

prevista no art.º 41.º do Código da Publicidade, ordenando a suspensão imediata da publicidade em análise, nos termos em que se encontra a ser divulgada em todos os meios de comunicação utilizados.”, cumpre referir que o mesmo se encontra desenhado do âmbito de atuação da ARP e deste JE.

Com efeito, as deliberações deste JE são tomadas ao abrigo do Código de Conduta da ARP, que, exigindo que a comunicação comercial seja lícita, obriga também a considerar a demais legislação aplicável, mas não compete à ARP a determinação das medidas cautelares previstas no Código da Publicidade, reservadas aos meios jurisdicionais. A deliberação de suspensão de uma comunicação comercial baseia-se, antes, no disposto no art.º 30.º do Código de Conduta da ARP e no compromisso dos seus associados no respeito pelos valores e princípios nele inscritos.

2.2. Enquadramento ético-legal

Da queixa apresentada pela Requerente verifica-se serem três as questões fundamentais a apreciar na decisão do caso concreto:

- Se a utilização do termo “químicos” induz o consumidor a acreditar que não são utilizados quaisquer químicos nos produtos alimentares de marca própria da Requerida ou se a publicidade, tal como é apresentada, é clara no sentido de restringir os químicos não existentes às duas classes de aditivos artificiais;
- Se a publicidade usa termos pouco claros e pejorativos;
- Se a publicidade comparativa de tom excludente é verdadeira e como tal lícita.

Para dirimir a primeira questão, cumpre a análise dos diversos meios utilizados na campanha, constantes dos documentos juntos pela Requerente.

- a) Spot publicitário TV (Doc. 1.1.)

Conforme indicado pela Requerente, o spot televisivo consiste em
“uma conversa entre dois elementos do sexo masculino, que se encontram num elevador cheio de pessoas, com o seguinte conteúdo:

*“- HUM... EH PÁ, ADOREI ESTES IOGURTES DO PINGO DOCE.
SABES PORQUÊ?
- PORQUÊ?
- ODEIO QUÍMICOS.
- QUÍMICOS?
- NÃO OS SUPORTO.”*

Neste momento, a porta do elevador abre-se para um local onde decorre um congresso mundial de químicos, onde se entende participariam os restantes elementos presentes no elevador.

Em voz off ouve-se *“Há químicos de que ninguém gosta, por isso é que o Pingo Doce é o único que não tem intensificadores de sabor e corantes artificiais em nenhum produto alimentar de marca própria.”*

Ao contrário do alegado pela Requerente, a informação complementar surge a acompanhar o áudio, na imagem à direita, através de dois bullet points com os disclaimers: *“Sem intensificadores de sabor”* e *“Sem Corantes artificiais”*, destacadas através de cor distinta (verde) e com caracteres de dimensão adequada.

Concorda-se, assim, com a Requerida que a informação prestada na campanha não é suscetível de induzir o consumidor em erro, sendo claro que a utilização da expressão “Químicos” é realizada num contexto comunicacional humorístico. Conforme contestado, há um *“recurso a um registo cómico e jogo de palavras/trocadilho, com inclusão de referências a um evento associado a uma classe profissional (Congresso Mundial de Químicos), sendo tal contexto claramente compreendido por*

qualquer consumidor médio, em função do contexto e da restante informação que é prestada.”

b) Spot publicitário Radio (Doc. 1.2.)

Quanto ao spot destinado a ser veiculado pela radio, entende este JE que, à semelhança, do spot televisivo, decorre do texto apresentado, de forma clara, que as características essenciais a que a comunicação comercial respeita são a ausência de intensificadores de sabor e corantes artificiais, ambos produtos químicos, mas não a ausência de todos os produtos químicos. Com efeito, após o trocadilho com a menção aos profissionais químicos (o primo que é boa pessoa) surge a clarificação, mediante a frase *“E intensificadores de sabor e corantes artificiais? Também são químicos”* e, também, pelo texto em voz off que esclarece *“Há químicos de que ninguém gosta, por isso é que o Pingo Doce não tem intensificadores de sabor e corantes artificiais em nenhum produto alimentar de marca própria.”*

c) Publicidade site institucional (Doc. 2, 3 e 8)

Analisados os documentos apresentados, verifica-se que a frase *“Se também não adora químicos”* é complementada pelo claim *“Os produtos alimentares da Marca Própria Pingo Doce não têm corantes artificiais nem intensificadores de sabor!”*, sendo de realçar que o tamanho e destaque que é dado aos claims complementares é adequado. De seguida, é prestada informação aos consumidores quanto aos aditivos constantes dos claims, a saber, os corantes e intensificadores de sabor, o que, no entender do JE, contribui para que a comunicação não seja suscetível de induzir o consumidor em erro, sendo perceptível, para o consumidor médio, que as alegações comerciais se restringem às duas classes de aditivos mencionados.

Note-se que, conforme Doc. 8 junto pela Requerente, a publicidade é enquadrada com o relato do pretendido pela empresa,

ênfatizando tratar-se das classes relativas aos corantes artificiais e intensificadores de sabor.

d) Folheto, publicidade em loja e redes sociais (Doc. 4, 5, 6 e 7)

Também nestes meios a alegação quanto aos químicos surge complementada pela indicação dos aditivos de uma forma clara e destacada, permitindo uma percepção correta do que é alegado.

Dirimido o primeiro ponto, considera, assim, o JE que a campanha publicitária em análise não é suscetível de induzir o consumidor em erro fazendo-o acreditar que não são utilizados quaisquer químicos nos produtos alimentares de marca própria da Requerida, sendo perceptível para esse consumidor médio o carácter humorístico e o jogo de palavras/trocadilho, percebendo que o que se pretende anunciar é a ausência de intensificadores de sabor e corantes artificiais nos produtos alimentares da marca própria Pingo Doce.

Sendo indiscutível o carácter humorístico da campanha, entende este JE que não têm cabimento as alegações de publicidade de tom pejorativo por parte da Requerente. Com efeito, a publicidade de tom pejorativo é aquela que utiliza linguagem ou imagens negativas para desacreditar um concorrente, produto ou serviço, em vez de promover as suas próprias qualidades, o que no caso, não acontece. E entendemos que não acontece mesmo considerando a publicidade de tom excludente contida na afirmação da Requerida.

A publicidade de tom excludente é aquela em que uma marca procura obter uma vantagem sobre a concorrência ao destacar características exclusivas ou superiores do seu produto ou serviço em comparação com os dos concorrentes. Neste tipo de publicidade, que utiliza um tom excludente para ênfatar a superioridade do produto anunciado, o foco é colocado na exclusividade do produto anunciado, o que poderá implicar um juízo de

inferioridade ou inadequação dos concorrentes. Apesar desta “superioridade” que é assumida, entende este JE que a publicidade em análise, tal como é apresentada, não procede à denegrição da imagem dos concorrentes, nos termos estabelecidos no art.16.º do Código de Conduta da ARP, não colocando os concorrentes “a ridículo ou desrespeito”, não sendo, também, suscetível de suscitar o seu desprezo público.

Apesar de nos termos do art.º 15.º do Código de Conduta da ARP, em linha, aliás, com o disposto no art.º 16.º do Código da Publicidade, se indicar que “*É comparativa a Comunicação Comercial que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.*”, a doutrina tem considerado que a publicidade de tom excludente, ao estabelecer também uma comparação, ainda que indireta, dever-se-á enquadrar na definição de publicidade comparativa, devendo portanto, para ser considerada lícita, obedecer aos requisitos estabelecidos para este tipo de publicidade em particular.

Resta assim apurar se a comunicação comercial da Requerida cumpre os requisitos estabelecidos no art.º 16.º do Código de Ética da ARP e, em primeira linha, se as alegações “*nenhum produto alimentar marca própria tem (...)*”, “*a única marca própria que pode fazer esta afirmação. E isso não tem comparação*” e “*(...) tornando-se o primeiro e único retalhista do país (...)*” são verdadeiras e, como tal, não enganosas.

Decorre do disposto no art.º 12.º do Código da ARP que a prova dos factos constantes das alegações comerciais incumbe ao anunciante, devendo ser suscetíveis de comprovação e encontrar-se prontamente disponíveis para apresentação.

Quanto a este aspeto, a Requerida, identificando e demonstrando que os seus concorrentes têm produtos alimentares de marca própria que contêm

intensificadores de sabor e corantes artificiais, consoante art.ºs 54.º a 85.º da contestação apresentada, consegue sustentar as alegações “*a única marca própria que pode fazer esta afirmação. E isso não tem comparação*” e “*(...) tornando-se o primeiro e único retalhista do país (...)*”.

Já quanto à alegação “*nenhum produto alimentar marca própria tem (...)*”, a Requerida confessa a dificuldade na realização da prova por se tratar da prova de facto negativo, não a apresentando, apesar de manifestar “*inteira disponibilidade para colaborar e prestar todas as informações e elementos que para o efeito possam ser úteis*”.

Ora, na publicidade comparativa de tom excludente, a prova das características anunciadas é essencial para garantir a credibilidade e a legalidade da campanha publicitária. No entanto, conforme assumido pela Requerida, a prova de características exclusivas ou superiores pode ser particularmente desafiadora, especialmente quando se trata da prova de um facto negativo, ou seja, de provar que os seus produtos não possuem determinada característica.

A dificuldade em provar características negativas reside na natureza da prova. Em vez de demonstrar que algo existe, como é o caso da prova de características positivas, a prova de uma característica negativa requer evidências que sustentem a sua ausência nos produtos. Tal poderá revelar-se difícil.

Na verdade, o princípio da proporcionalidade da prova é frequentemente invocado na jurisprudência e na doutrina portuguesa para lidar com a dificuldade de provar factos negativos, especialmente quando a parte contrária tem uma posição mais favorável em termos de prova.

No caso em apreço, verifica-se que a Requerente, na verdade, não põe em causa que os produtos alimentares da Requerida não tenham intensificadores de sabor ou corantes artificiais, o que seria facilmente demonstrável pela indicação de um só produto alimentar da marca própria da Requerida que contivesse estes aditivos. Ora, a Requerente, no seu art.º 16.º, não apresenta nenhum produto alimentar de marca própria da Requerida com os mencionados intensificadores de sabor ou corantes artificiais, o que facilmente demonstraria o carácter enganoso da alegação comercial, antes apresentando produtos alimentares com outros aditivos químicos.

Compulsada a queixa apresentada verifica-se que o efetivamente alegado pela Requerente é que tais produtos contêm outros químicos que não os anunciados como características exclusivas, indicando que “(...) 13. *Pela forma como é feita a utilização do termo “químicos”, na campanha publicitária em análise, a mesma é suscetível de ser entendida pelo consumidor – tendo-se como referência o homem médio – num sentido lato e abrangente, extensível a todos os tipos de químicos, 14. Quando, na verdade, a campanha apenas se refere à alegada não utilização, nos produtos alimentares da marca própria Pingo Doce, de duas classes de aditivos: intensificadores de sabor e corantes artificiais”,* sendo que, conforme já explanado, este JE não acompanha a Requerente na alegada confusão que a terminologia poderia suscitar no consumidor médio.

Assim, atendendo ao princípio da proporcionalidade, por um lado, e, por outro, ao disposto no art.º 12.º do Código de Conduta da ARP e ao facto da Requerida ter demonstrado disponibilidade para permitir a análise da composição e rotulagem da totalidade de produtos alimentares de Marca Própria Pingo Doce, bem como ao facto da Requerente não alegar expressamente o carácter enganoso das alegações tal como devem ser entendidas, antes baseando a sua argumentação na existência de outros aditivos e da potencial confusão com o trocadilho que é efetuado com a

expressão “químicos”, considera este JE não ter sido colocada em causa a alegação, que, nos moldes em que é difundida se deve considerar conforme e não enganosa.

Considera-se, assim que a comunicação comercial em análise não é suscetível de induzir o consumidor médio em erro, sendo as características diferenciadoras comunicadas de forma adequada e em conformidade com o Código de Conduta da ARP.

3. Decisão

Por todo o exposto, delibera a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP no sentido da improcedência da queixa apresentada pelo MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. quanto à comunicação comercial do PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A., na campanha intitulada “Quem não adora químicos, compra aqui.”. ».

A Presidente da Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação
Publicitária