

Extracto de Acta

Reunida no quarto dia do mês de Abril do ano de dois mil e vinte e dois, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 2J/2022 tendo deliberado o seguinte.

O Júri apreciou o processo n.º 2J/2022, tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 2J/2022

1. Objecto dos Autos

A ESSILOR PORTUGAL – SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ÓTICA LDA. (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por ESSILOR ou Requerente) veio, junto do Júri de Ética da ARP (adiante indiscriminada e abreviadamente designado por Júri ou JE), apresentar queixa - ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1, do artigo 7.º do respetivo Regulamento - contra a **CARL ZEISS VISION PORTUGAL, S.A.**, (adiante indiscriminada e abreviadamente designada por ZEISS ou Requerida), relativamente a comunicação comercial às lentes oftálmicas pela última comercializadas e comunicadas nos suportes televisão, *internet*, *outdoor* e MUPI, tal, por alegada violação dos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, n.º 1, alínea f) e 17.º do Código de Conduta da ARP, 6.º, 10.º e 15.º do Código da Publicidade, bem como do artigo 46.º, n.º 3, alínea f) do Decreto-lei n.º 145/2009, de 17 de junho, o qual estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respetivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de setembro.

1.2. Notificada para o efeito, a ZEISS apresentou a sua contestação.

Dão-se por reproduzidos a queixa, a contestação e os documentos juntos pelas Partes.

1.3. Questão prévia

Alega a Requerida, em sede de queixa, que "...a ZEISS tem vindo a comunicar através de *spots* publicitários, em televisão e redes sociais, Outdoors e Mupis afixados por todo o país, anúncios contendo o seguinte *claim* publicitário, associados à imagem da jornalista, apresentadora de televisão e embaixadora de Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População, Catarina Furtado: "*A minha marca de confiança*" tudo conforme **Documento n.º 1** que (...) junta e (...) se dá por integralmente reproduzido para todos os devidos efeitos legais" (sic. art.º 5) e que, "...a utilização de personalidades de grande exposição pública não constitui uma novidade para a ZEISS, na medida em que, conforme **Documentos 2, 3 e 4**, que (...) se juntam e (...) se dão por integralmente reproduzidos, a jornalista e apresentadora Catarina Furtado em anos anteriores já constava em múltiplos Outdoors, espalhados por todo o país, a recomendar a aquisição de dispositivos médicos". (sic. art.º 9).

Por seu turno, o art.º 4.º da contestação, impugna a Requerida, "... **em particular, o teor dos documentos n.º 2, 3 e 4 juntos com a Queixa**, por os mesmos se **reportarem a uma campanha anterior**, que decorreu durante o ano de 2021, e **que já não se encontra nem em vigor nem exposta ao público**, não sendo, por isso, objeto da presente queixa nem relevantes para a discussão em causa, **até porque na atual campanha da ZEISS Portugal não é feita qualquer alusão a dispositivos médicos**".

Entende o JE que, muito embora se possa concluir do articulado da petição que a denúncia efetuada pela ESSILOR se reporta à campanha publicitária

constante do Documento 1 que junta aos autos, qualquer suscetibilidade de repetição (parcial ou total) das campanhas supostamente cessadas (cfr. Docs de 2 a 4 da queixa) deverá ser ponderada por referência a eventuais ilícitos apurados pelo Júri em sede da presente deliberação, atento o desiderato de autorregulação da ARP de prevenção e dissuasão de condutas contrárias ao quadro ético-legal em matéria de regras aplicáveis a comunicações comerciais.

Com efeito, as deliberações do Júri, para além de dirimirem conflitos entre Partes - resultantes da difusão de determinada mensagem publicitária por via da apreciação da sua eventual desconformidade com o Código de Conduta da ARP - têm, igualmente, um objetivo pedagógico e preventivo no que tange quer a novas campanhas publicitárias, quer a repetições de atuais ou de antigas.

Assim sendo e na medida em que, no âmbito da auto-regulação, as deliberações do Júri são vinculativas em relação a todos os membros da ARP e seus representados, bem como a quem tenha submetido comunicações comerciais à apreciação do JE, pretende-se que para além do efeito célere, válido e eficaz das primeiras, a mesma auto-regulação propicie, também, a concretização do referido desiderato.

1.4. Dos factos

A campanha publicitária da responsabilidade da ZEISS, a analisar pelo JE, é veiculada nos suportes televisão, *internet*, *outdoor* e MUPI. (Cfr. Doc.1 da queixa).

1.4.1. Das alegações publicitárias ou *claims*

Em conformidade com o referido nos pontos anteriores, são os seguintes, os *claims* ou alegações publicitárias colocados em crise (cfr. Documento 1 e art.ºs 4 e 5 da petição):

- (i) *claim* visual traduzido **por imagem de catarina Furtado**;
- (ii) *claim* verbal “**ZEISS A minha marca de confiança**”,

depoimento e, ou, *endorsement* feito por essa figura pública que se encontra associado ao *disclaimer* “**Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal**”.

1.5. Das alegações das Partes

1.5.1. Considerando que a campanha publicitária da responsabilidade da ZEISS constitui uma prática de publicidade testemunhal desconforme o respetivo quadro ético-legal, alega a ESSILOR em sede de queixa, e em síntese, que:

- (i) “A utilização da expressão “embaixadora da marca ZEISS” associada a Catarina Furtado corporiza (...) uma conduta reprovável pois a expressão **embaixadora** (...) continua a significar: *i.* representante máximo de um Estado junto de outro Estado, *ii.* emissário ou mensageiro ou, ainda, *iii.* representante de um domínio, geralmente cultural ou humanitário” (sic. art.º 7), acrescentando que “... Catarina Furtado é embaixadora de Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População, pelo que a utilização da expressão “embaixadora da marca ZEISS” não poderá deixar de ser considerada como uma infeliz e evitável alusão às funções desempenhadas pela jornalista junto da ONU e, bem assim, uma censurável tentativa de alavancar a notoriedade da marca ZEISS em tal facto” (sic. art.º 8);

- (ii) "...inexiste qualquer dado científico, estatístico ou comercial disponível com base no qual se possa classificar a marca em causa, como sendo uma marca de confiança" (sic. art.º 12), parecendo "...assomar dos diversos elementos publicitários que tal comunicação publicitária deriva dos prémios ganhos, nomeadamente o *Prémio Marca de Confiança*, atribuído pelas Seleções do Reader's Digest" (sic. art.13), acrescentando que, "A ESSILOR tem vindo a vencer o prémio Marca de Confiança acima referido, de forma ininterrupta, desde 2016 (...) na categoria de Lentes Oftálmicas corretivas, utilizando, por esse motivo o selo de "Marca de Confiança" atribuído pelas Seleções do Reader's Digest, de forma legítima..." (sic. art.º 15) e que "...a ZEISS pretende criar nos consumidores a imagem de marca de confiança, imagem essa cuja legítima utilizadora do *claim*, por via do prémio alcançado, é a ESSILOR e não a ZEISS." (sic. art.º 17);

- (iii) "...a ZEISS recorre a uma figura pública (...) para recomendar a escolha de dispositivos médicos ZEISS sem que, para o efeito e segundo se saiba, tenha conhecimentos técnicos, referindo ser esta a sua marca de confiança" (sic. art.º 19) não sendo "...escolhida pelo seu conhecimento em matéria de saúde visual, mas sim pelo amplo reconhecimento e prestígio que goza junto dos consumidores, beneficiando aliás a ZEISS, indevidamente, do seu estatuto de Embaixadora junto da ONU, que nada tem que ver com questões relacionadas com a marca recomendada." (sic. art.º 26);

- (iv) Requerente e Requerida atuam "...num mercado (...) altamente regulado e competitivo, pelo que a utilização de alegações publicitárias deverá revestir-se de particulares deveres de cuidado" (sic. art.º 21) que, "Neste sentido, um particular cuidado deveria ter assistido à ZEISS na construção das comunicações publicitárias, na medida em que seria expectável que a mesma tivesse um significativo impacto junto do consumidor, por natureza, insuficientemente informado em matéria de saúde visual" (sic. art.º 22), acrescentando que, "..., assiste-se a uma incessante promoção de mensagens erróneas, deturpadas ou capciosas, que visam exclusivamente criar a aparência de que os produtos ZEISS são os mais confiáveis no mercado" (sic art.º 23) e que, "...as informações divulgadas pela ZEISS nos anúncios

publicitários em apreço não se encontram ancoradas em estudos prévios que permitam à mesma fazer tais asserções junto dos consumidores, colocando-se deliberada e infundadamente numa posição de superioridade face a todos os seus concorrentes...” (sic. art.º 25).

1.5.2. Contestando a denúncia da ESSILOR, vem a ZEISS defender a ética e a legalidade da sua campanha publicitária referindo, designadamente, que:

- (i) “...faz parte do uso comum as empresas referirem-se às pessoas por si seleccionadas para publicitarem a sua marca como sendo suas “embaixadoras”, na medida em que estas, enquanto representantes de um conjunto de valores junto do público geral, potenciam e promovem a marca ao transmitir a sua opinião sobre a mesma” (sic. art.º 13.º), acrescentando que “...é manifestamente falso que a utilização da expressão “Embaixadora da marca ZEISS” seja uma alusão indireta às funções de Catarina Furtado como embaixadora de Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População” (sic. art.º 17.º) e que, “... em momento algum da sua campanha a ZEISS Portugal faz menção expressa à qualidade de Catarina Furtado enquanto Embaixadora das Nações Unidas, não procurando beneficiar desse seu estatuto nem sequer confundir os dois papéis desempenhados pela jornalista/apresentadora.” (sic. art.º 21.º);

- (ii) “...a ESSILOR Portugal parece pretender, com a presente Queixa, opor-se de forma genérica ao recurso a figuras públicas, o que não se revela admissível, nem fundamentado, nomeadamente, por estar em causa a mera promoção de uma marca (ZEISS), cuja respetiva promoção, divulgação e publicitação não está limitada nestes termos, uma vez que, conforme se irá explicar infra, a presente campanha não se destina a promover qualquer dispositivo(s) médico(s)” (sic. art.º 22.º) acrescentando que, aquela “...tem como objetivo único promover a marca ZEISS, e não um qualquer produto em concreto, nomeadamente, dispositivos médicos” (sic. art.º 25.º) que, “...tanto assim é, que na referida campanha não consta qualquer designação gráfica ou ilustrativa de qualquer produto, muito menos a dispositivos médicos...” (sic. art.º 26.º) e que uma vez que “...não promove qualquer dispositivo médico,

seria claramente desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional interpretar as normas legais aplicáveis à publicidade como sendo de tal ordem restritivas que impeçam, imediata e automaticamente, uma determinada empresa – que comercialize, entre outros produtos, dispositivos médicos – de utilizar figuras públicas para a sua promoção institucional ou divulgação e promoção da respetiva marca.” (sic. art.º 35.º);

- (iii) “...a expressão “marca de confiança” é uma expressão de uso corrente, que pertence ao domínio público e que se afigura necessária à publicidade dos produtos oferecidos por qualquer empresário, em particular na área da saúde e/ou da tecnologia” (sic. art.º 44.º), acrescentando que, “...a ZEISS Portugal não utilizou, em qualquer momento, o “selo” “Marca de Confiança” (o que, de facto, poderia ser considerado abusivo por se basear numa afirmação falsa), nos termos em que esta é promovida pela Seleções do Reader’s Digest.” (sic. art.º 49.º) e que “...tal falta de similitude resulta ainda do facto de a Requerida, na campanha em causa, dissociar a expressão entre si, dando maior ênfase/enfoque à palavra “Confiança” – apresentando-a de forma destacada no âmbito da expressão – o que permite a sua apreensão de forma totalmente distinta pelo público alvo” (sic. art.º 52.º), resultando “...demonstrado que não se trata de uma utilização abusiva do selo “Marca de Confiança” por parte da Requerida, na medida em que resulta claro da campanha que se trata da opinião de Catarina Furtado enquanto embaixadora da marca ZEISS Portugal, e não de uma qualquer outra entidade, para efeitos de “certificação”.” (sic. art.º 60.º);

- (iv) “...a expressão “marca de confiança” não é – nem poderia ser! – uma marca registada e detida por qualquer entidade” (sic. art.º 65.º), citando a deliberação do JE “... de 29 de julho de 2016, proferida no âmbito da Consulta n.º 9J/2016 (...) quando se estabelece que (...) entende-se que este tipo de alegações, para poderem ser consideradas enganosas, devem induzir ou ser suscetíveis de induzir em erro os consumidores e ter, assim, uma influência determinante no comportamento económico dos mesmos. (...) Ora, **algumas destas expressões, como “conforto” e “estética”, traduzem apreciações de carácter subjetivo, não se fazendo um apelo a características objetivas de eficácia ou qualidade, mas evidenciando características que implicam uma valoração subjetiva que será necessariamente diferente de pessoa**

para pessoa. Por esta razão, entende-se que estas afirmações poderão ser entendidas e conformadas com o aceitável exagero que é em geral usado nas alegações publicitárias, não se entendendo que as alegações, como pretende a Requerente, tenham “base científica e médica” e sejam por isso suscetíveis de distorcer, de maneira substancial, o seu comportamento económico” (sic. art.º 69.º) e que, “...seguindo o referido entendimento do Júri de Ética, sendo a utilização da expressão “marca de confiança”, no âmbito da campanha aqui em análise, uma afirmação claramente subjetiva, já que é acompanhada do determinante possessivo “minha”, não é necessário, ao contrário do alegado pela Requerente, que a mesma seja passível de prova.” (sic. art.º 70.º).

2. Enquadramento ético-legal

2.1. Da alegada prática de publicidade testemunhal ilícita

2.1.1. Do disclaimer “*Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal*”

O conceito de embaixador de marca encontra a sua origem na área de conhecimento do Marketing Estratégico, tendo sido desenvolvido, designadamente, quer no âmbito do *Marketing* de Influência, quer no de Conteúdo, indo buscar o sentido figurado do termo embaixador (considerado este na aceção referida pela ESSILOR a art.º 7 da queixa), ou seja, *in casu*, o de mensageiro. Tal prejudica o entendimento da Requerente vertido no mesmo articulado, no sentido de que se tem vindo a assistir a uma vulgarização do termo.

Entende o Júri que, independentemente de se concordar ou não com tal expressão aplicada à publicidade e ao marketing, o certo é que, *per se*, a utilização de *disclaimers* como o que se encontra em crise não se encontra desconforme com qualquer normativo ético-legal em matéria de publicidade,

ou seja, caso outras alegações eventualmente associadas não lhe emprestem tal desconformidade.

Seria o caso, nomeadamente, de o *claim* “**Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal**” (cfr, Doc. 1 da queixa) permitir, junto do respetivo destinatário¹, a confundibilidade entre tal qualificação por parte da Requerida e as funções da figura pública em apreço junto da ONU, o que o Júri não crê como possível, dado constituir um facto público e notório a total ausência de interseção entre as atividades e os objetivos prosseguidas pela ZEISS e por aquela organização supranacional.

De onde, constitui posição do JE, quanto ao alegado a art.º 8 da petição no sentido de que, “ Consabidamente, Catarina Furtado é embaixadora de Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População, pelo que a utilização da expressão “embaixadora da marca ZEISS” não poderá deixar de ser considerada como uma infeliz e evitável alusão às funções desempenhadas pela jornalista junto da ONU e, bem assim, uma censurável tentativa de alavancar a notoriedade da marca ZEISS em tal facto”, que não faz parte da competência material da ARP, a análise desta alegada censurabilidade.

2.1.2. Da expressão “marca de confiança”

Alega a Requerente em sede de queixa que “...as informações divulgadas pela Zeiss nos anúncios publicitários em apreço não se encontram ancoradas em estudos prévios que permitam à mesma fazer tais asserções junto dos

¹ Entendido de acordo com o critério de consumidor médio, razoavelmente atento, esclarecido e informado defendido em jurisprudência comunitária. Segundo o disposto no n.º 5 do artigo 3.º do Código de Conduta da ARP, será o destinatário da publicidade “que possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência.”

consumidores, colocando-se deliberada e infundadamente numa posição de superioridade face a todos os seus concorrentes, criando nestes a ideia de que a Zeiss é a marca de confiança no mercado, ainda que baseado no testemunho exclusivo de Catarina Furtado” (sic. art.º 25) e que “...existe uma inegável afetação da imagem Essilor, em particular, e dos demais agentes económicos em geral, quando uma alegação publicitária visa, exatamente, depreciar todos os demais produtos comercializados pelos concorrentes, numa tentativa inócua de superlativar a sua marca”. (sic. art.º 27, sublinhado do JE).

Em suma, entende a ESSILOR que a ZEISS é responsável por uma prática de publicidade de tom exclusivo enganosa e denegridora, por via da utilização da expressão “...marca de confiança”.

Mal compreende o Júri o raciocínio subjacente a tais alegações da Requerente.

Ao contrário do pretendido pela ESSILOR, a denunciada expressão “**a marca de confiança**” não consta da campanha publicitária em análise. (Cfr. Doc.1 da queixa). Com efeito, o determinante típico das práticas de publicidade de tom exclusivo não é utilizado. Na realidade, a expressão “marca de confiança” é, sim, antecedida da palavra “minha”, sendo absolutamente claro para o destinatário da mensagem publicitária (entendido, este, de acordo com a aceção já referida) que se pretende divulgar um testemunho de Catarina Furtado indissociado de quaisquer juízos de superioridade.

Assim sendo, entende o Júri que o depoimento traduzido pela expressão “...**a minha marca de confiança**” associado à imagem da referida figura pública (cfr. Doc. 1 da petição) em nada equivalente à pretensa mensagem “**a marca de confiança**”. Daí, não ser suscetível de direta ou indiretamente ser

percebida como alegação de supremacia da ZEISS face aos seus concorrentes.

Cumpra ao JE lembrar que a publicidade de tom exclusivo constitui uma modalidade de comunicação que a doutrina estrangeira (*maxime* a alemã e a espanhola) tem definido como aquela através da qual “o anunciante pretende excluir da posição que ocupa os restantes concorrentes (...) alcançando uma posição superior à dos seus rivais” (vd. Carlos Lema Devesa in “*La Publicidad de Tono Excluyente*”, Editorial Moncorvo, 1980), limitando-se “a realçar a sua posição de proeminência sem fazer nenhuma referência directa aos seus concorrentes.” (vd. Anxo Tato Plaza in “*La Publicidad Comparativa*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.50).

Ora, não restam dúvidas de que, quem afirma no contexto das restantes alegações publicitárias (cfr. 1.4.1. supra): “**ZEISS A minha marca de confiança**” não se encontra a praticar publicidade de tom exclusivo.

Por maioria de razão do que expendeu, igualmente não está a denegrir a concorrência. (Cfr. artigos 15.º, n.º 1 e 2, alínea f) do Código de Conduta da ARP, 16.º, n.ºs 1 e 2, alínea e) do Código da Publicidade e 46.º, n.º 4 do Decreto-lei n.º 145/2009 de 17 de junho).

Defende, ainda, a ESSILOR de art.ºs 12 a 25 da petição que a expressão “...**marca de confiança**” utilizada no *endorsement* de Catarina Furtado constitui uma apropriação indevida por parte da ZEISS do prémio “*Marca de Confiança*”, atribuído pelas Seleções do Reader’s Digest e, logo, uma prática de publicidade enganosa, já que a “... Essilor tem vindo a vencer o prémio (...) referido, de forma ininterrupta, desde 2016, conforme **Documentos 5, 6, 7, 8, 9, 10** na categoria de Lentes Oftálmicas corretivas, utilizando, por esse motivo o selo de “*Marca de Confiança*” atribuído pelas Seleções do Reader’s Digest, de forma legítima e com fundamento no prémio ganho.” (sic. art.º 15).

Entende o Júri que o testemunho traduzido pela expressão "...a minha marca de confiança" associada à imagem da referida figura pública (cfr. Doc. 1 da petição) consubstancia uma opinião pessoal sua. Dito de outra forma, configura um testemunho ou *endorsement* que é percebido como pessoal e não como uma certificação atribuída por terceiros, assistindo razão à ZEISS quanto ao por si alegado, nomeadamente, a art.º 60.º da contestação.

2.1.3. Do *claim* "ZEISS A minha marca de confiança"

Uma campanha publicitária envolvendo uma figura pública como Catarina Furtado, como a que é objeto dos autos (cfr. Doc. 1 da petição), beneficiando de divulgação em meios ou suportes diversos assume, inevitavelmente, um considerável impacto junto do público, sendo que este tipo de comunicação comercial tem - em sede de quadro ético-normativo aplicável e de jurisprudência - a designação de publicidade testemunhal.

No âmbito da autodisciplina, tal tipo de publicidade encontra-se regulada no artigo 17.º do seu Código de Conduta, sob a epígrafe "Testemunhos". Nele se dispõe que a "Comunicação Comercial não deve reproduzir ou citar qualquer testemunho, recomendação qualificada ou documentação de apoio que não seja genuíno, responsável, verificável e pertinente" e que a "veracidade das afirmações expressas por quem protagonize o testemunho deve ser **comprovada** em conformidade com o previsto no artigo 12 - Comprovação, deste Capítulo" (n.º 1, negrito e sublinhado do JE). De acordo com o n.º 2 do mesmo normativo, "Os testemunhos ou recomendações qualificadas devem ser relacionados com a experiência de quem os presta e, quando tornados obsoletos ou enganosos, nomeadamente devido ao decurso de tempo, não devem ser utilizados".

Por seu turno, consigna-se no referido artigo 12.º, n.º 1, que “As descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma Comunicação Comercial, devem ser suscetíveis de comprovação”.

A lei portuguesa consagra também a figura da publicidade testemunhal. E fá-lo ao estipular no artigo 15.º do Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de Outubro que, “...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”, normativo a que o Júri atenderá ao abrigo do artigo 4.º, n.º 1 do Código de Conduta da ARP segundo o qual, “Toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira”.

A importância que o legislador nacional confere à influência que resulta dos apelidados depoimentos personalizados ficou, aliás, perfeitamente clara quando o mesmo legislador consagrou no Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de outubro) que a punição de uma pessoa singular ou coletiva por violação deste preceito deve ser feita através da aplicação com a mais elevada sanção no mesmo prevista.

Já em matéria de princípio da veracidade, o artigo 9.º do mesmo Código de Conduta determina que, “... A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa” (n.º 1) devendo “...proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que, **direta** ou **indiretamente**, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser suscetível de induzir, em erro o Consumidor.” (negrito e sublinhado do Júri).

Tais normativos encontram correspondência no Código da Publicidade, concretamente, nos artigos 10.º e no Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março 11.º (aplicável por força do respetivo artigo 11.º), consignando o primeiro destes artigos que “...a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.”

De salientar, ainda, que foi entendido quer pelo legislador português, quer pela União Europeia (cfr. Directivas 84/450/CEE e 97/55/CE) que, como norma de instrução em matérias de observância do princípio da veracidade, se devia instituir uma regra de direito probatório (cfr. artigo 10.º e atual n.º 3 do artigo 11.º do Código da Publicidade) nos termos da qual se presumem como inexatos os dados referidos pelo anunciante na falta de apresentação de provas, ou na insuficiência das mesmas no que, aliás, o articulado do artigo 12.º do Código de Conduta da ARP se encontra em consonância.

Em conformidade com o quadro ético-legal exposto, não restam dúvidas ao Júri de que, em ordem a respeitá-lo, ter-se-á que estabelecer a veracidade e a susceptibilidade de comprovação objetiva das seguintes alegações constantes da comunicação comercial em apreciação:

- “**ZEISS A minha marca de confiança**”, associado à imagem de Catarina Furtado, depoimento e, ou, *endorsement* feito por esta figura pública que se encontra associado ao *disclaimer* “**Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal**”.

Segundo a ESSILOR, “...a ZEISS recorre a uma figura pública – Catarina Furtado – para recomendar a escolha de dispositivos médicos ZEISS sem que, para o efeito e segundo se saiba, tenha conhecimentos técnicos, referindo ser esta a sua marca de confiança.” (sic. art.º 19 da queixa).

Sendo irrelevante para a análise a que agora se procede, a questão de se apurar se o testemunho em apreço comunica só à marca ou, igualmente, os seus dispositivos médicos, constata o Júri que a Requerida não junta aos autos qualquer tipo de prova sobre conhecimentos técnicos de Catarina Furtado. A propósito, e apoiando a sua argumentação na decisão do processo 9J/2016 do ICAP, alega a ZEISS que “...seguindo o referido entendimento do Júri de Ética, sendo a utilização da expressão “marca de confiança”, no âmbito da campanha aqui em análise, uma afirmação claramente subjetiva, já que é acompanhada do determinante possessivo “minha”, não é necessário, ao contrário do alegado pela Requerente, que a mesma seja passível de prova.” (sic. art.º 70.º da contestação).

À luz da moldura ético-legal que ficou referida e da própria jurisprudência da ARP - designadamente, a que decorre do processo 6J/2007 – discorda o Júri do entendimento da Requerida, no que tange à invocada desnecessidade de prova com base na arguição de subjetividade.

Neste tocante, considera o JE dever tomar por referência o critério da percepção do destinatário sobre a comunicação feita na campanha publicitária em lide. Ora, aquele interiorizará a seguinte mensagem:

- A ZEISS é a marca de confiança de Catarina Furtado porque esta a usou antes da dita campanha ser divulgada, de um modo que pudesse gerar tal confiabilidade.

Com efeito, sendo o seu testemunho no sentido: “**ZEISS a minha marca de confiança**” (cfr. Doc. 1 da petição) e na medida em que “minha” é um pronome possessivo que traz consigo o significado de pertença e, logo, de uso pessoal continuado e anterior ao testemunho está-se, aqui, em presença de um depoimento personalizado, percebido como ligado à experiência do

depoente, o qual, deste modo, careceria de comprovação, de acordo com os normativos que se elencaram.

De acrescentar, ainda, que a comunicação comercial que foi apreciada no processo 9J/2016 referido pela ZEISS em nada se assemelha à que, agora, é objeto da questão controvertida. Na realidade, não só então não estava em causa uma prática de publicidade testemunhal, como as expressões “conforto” e “estética” não poderão ser consideradas semelhantes a alegações de confiança personalizadas, no que diz respeito à suscetibilidade de indução em erro do destinatário.

Ensina Baró i Balbet (1992) que a publicidade testemunhal que envolve figuras públicas “...pode resultar enganosa porque pode ser que não seja seguro que a personagem tenha utilizado ou conheça as características ou vantagens do produto ou serviço de que fala, não seja especialista naquela matéria ou (...) expresse aquelas opiniões porque recebeu uma compensação económica por fazê-lo²”.

Não tendo a ZEISS juntado aos autos qualquer documento que permita a comprovação da alegação “**ZEISS a minha marca de confiança**”, considerada de acordo com a percepção e a interiorização que esta permite e que ficou estabelecida, entende o Júri que a mesma configura uma prática de publicidade testemunhal enganosa, por desconformidade com o disposto nos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, n.ºs 1 e 2, 12.º e 17.º do Código de Conduta da ARP e 10.º e 15.º do Código da Publicidade, sendo que extravasa a competência material do JE a análise dos alegados conflitos de direitos constitucionais referidos pela Requerida, designadamente, de artigos 31.º a 34.º da sua contestação.

² Doutora Maria Josep Baró i Balbé in *La Publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Generalitat de Catalunya, 1992, pág. 181 e segs.,

2.1.3.1. Do *endorsement* do sinal forte da marca ZEISS

Sem prejuízo do exposto no número anterior, o quadro normativo aí elencado deve ser considerado subsidiário do regime jurídico da publicidade a dispositivos médicos que se encontra previsto no Decreto-lei n.º 145/2009 de 17 de junho e o qual estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respetivos acessórios, para além de transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro.

Ora, dispõe-se no artigo 43.º, n.º 3, alínea c) daquele Decreto-lei que a “...publicidade de dispositivos médicos junto do público não pode ser enganosa”, consignando-se no artigo 46.º, n.º 3, alínea f) a **proibição de “...qualquer elemento que faça referência a uma recomendação emanada por (...) pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de dispositivos médicos”** (negrito e sublinhado do Júri), considerados estes, nos termos do respetivo artigo 3.º, alínea t).

Analisada a campanha publicitária colocada em crise - com os *claims* e *disclaimer* definidos no ponto 1.4.1. supra, de acordo com o Doc. 1 junto aos autos com a queixa - entende o Júri que, a questão controvertida se reporta à totalidade da mensagem publicitária que é passada e percebida pelo respetivo destinatário que se sintetiza:

- (i) Uma celebridade com um elevado grau de envolvimento com os *stakeholders* (cfr. *claim* visual traduzido “**por imagem de catarina Furtado**”)
- (ii) recomenda, através de *endorsement*, os dispositivos médicos fabricados e comercializados pela ZEISS traduzidos por material ótico, já que este

consubstancia o sinal forte da marca (cfr. *claim* verbal “**ZEISS, A minha marca de confiança**”),

- (iii) fazendo-o enquanto mensageiro da marca e co-criando, deste modo, valor reputacional (cfr. *disclaimer* “**Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal**”).

Cumpra ao Júri esclarecer que:

- (i) A figura pública Catarina Furtado deve ser tida como uma pessoa célebre, para os efeitos do disposto no artigo 46.º, alínea j) do Decreto-lei n.º 145/2009 de 17 de junho que ficou referido, no que a própria Requerida concorda, designadamente, a art.ºs 18.º a 20.º da sua contestação;

- (ii) O destinatário da campanha da ZEISS representará na sua mente o respetivo sinal forte - o qual se refere a material ótico e, não, a qualquer tipo de material acessório - para além de que, quando se fala em ZEISS não se pensa numa mera abstração dissociada de qualquer produto específico. Com efeito, a representação do último não se sobrepõe àquela primeira perceção. De onde, entende o JE que que o aludido material ótico é, indiretamente, publicitado através da comunicação publicitária à marca ZEISS, não colhendo, assim, o alegado pela Requerida em sede de contestação no sentido de que, “...promove e vende muitos outros produtos que não consubstanciam dispositivos médicos, pelo que, a campanha em apreço destina-se ao universo de produtos vendidos sob a marca Zeiss e não apenas aos dispositivos médicos.” (sic. art.º 28.º) e, bem assim, nos respetivos art.ºs 4.º, 22.º, 25.º a 27.º e 56.º;

- (iii) O incitamento ao consumo de dispositivos médicos”, outro dos requisitos da interdição prevista no artigo 46.º, alínea j) do Decreto-lei n.º 145/2009 de 17 de junho decorre, na campanha em apreço, quer do mero testemunho de Catarina Furtado feito no sentido de que a ZEISS é a sua marca de

confiança, quer da sua alegada qualidade de embaixadora de marca. A propósito da utilização de celebridades na publicidade testemunhal, afirma a conceituada e já referida Professora de Direito e jurista catalã, Doutora Maria Josep Baró I Balbé (*in La Publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Generalitat de Catalunya, 1992, pág. 181 e segs) citando Carlos Lema Devessa³ que, “o público outorga mais credibilidade às opiniões ou juízos daquelas do que às manifestações do próprio anunciante”. De salientar que “*endorsement*”, segundo o dicionário de Cambridge online (2017), é o ato de alguém dizer que aprova ou suporta algo ou alguém, o que no caso em lide, se traduz no facto de uma pessoa famosa aparecer numa campanha publicitária e sugerir que confia e, logo, usa, os produtos da marca comunicada.

Acrescenta o Júri que, quanto mais fiável e querida do destinatário da publicidade for a “celebridade *endorser*” (como é o caso), maior será a eficácia de recomendação implícita da marca e, ou, dos seus produtos ou serviços, porquanto as características da primeira passam para as campanhas que endorsam, sendo que tal acontece com muito maior impacto no momento em que se lhes atribui a categoria de embaixador de marca.

Em qualquer dos casos, ocorrem junto do destinatário dois tipos de processos que levam à sua influência no ato de aquisição: a identificação e a interiorização, interessando o primeiro para a subsunção da imagem de Catarina Furtado no requisito “incitamento ao consumo de dispositivos médicos”. Tal, no caso em análise, por virtude de o mesmo se prender com os mecanismos superficiais da mensagem como a atração e a familiaridade, os quais geram o desejo de imitar a figura pública que endossa o anúncio ou de ser igual a ela. Este desejo é, também, extensível aos produtos nos quais

³ *La Publicidad Testimonial* in Problemas actuales del Derecho de la Publicidad, Primeras Jornadas.

ela “confia”, percebendo o público que a razão assenta no respetivo uso por parte da própria. (cfr. Doc.1 da queixa).

Ao encontro de tal raciocínio vai, aliás, a própria Requerida ao alegar em sede de contestação que “...ao escolher como sua embaixadora a figura pública aqui em causa, fê-lo com base nas suas qualidades e nos valores por si defendidos, por estarem enquadrados com os da marca, em particular no que aos valores da solidariedade e sustentabilidade diz respeito” (sic. art.º 18.º) e que, “... a escolha de Catarina Furtado para promover a marca Zeiss constitui uma escolha “natural” atendendo aos valores que a referida figura pública representa e que fazem parte também do “ADN” da marca Zeiss.” (sic. art.º 20.º).

Pelo exposto, conclui o júri que a campanha publicitária da responsabilidade da Requerida, informada pelos *claims* “**imagem de catarina Furtado**” e “**ZEISS A minha marca de confiança**” associados ao *disclaimer* “**Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal**”, se encontram em desconformidade como disposto no artigo 46.º, n.º 3, alínea f) do Decreto-lei n.º 145/2009, de 17 de junho, assistindo razão à ESSILOR quanto ao por si alegado na petição no sentido de que, “...o próprio Júri de Ética da ARP já teve oportunidade de se pronunciar relativamente à utilização de figuras públicas na divulgação de mensagens publicitárias referentes a dispositivos médicos, tendo deliberado, no âmbito do Processo n.º 3J/2021, a respeito da divulgação de umas lentes que, alegadamente, seriam antivírus, a cessação imediata da veiculação das alegações comerciais em causa, nos termos do artigo 5.º do Código de Conduta da ARP, porquanto desconforme ao regime previsto no artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, o Júri de Ética considerou que “a associação à figura pública Catarina Furtado, pessoa de grande exposição pública (...) demonstra-se desconforme à norma inscrita na alínea f) do n.º 3 do art.º 46.º e ao que a mesma visa prevenir”. (sic. art.º 10).

3. Decisão

Termos em que, a Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária delibera no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da Requerida consubstanciada pelo *claim* “**ZEISS A minha marca de confiança**”, enquanto testemunho da figura pública Catarina Furtado, se encontra desconforme com o disposto nos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, n.ºs 1 e 2, 12.º e 17.º do Código de Conduta da ARP e 10.º e 15.º do Código da Publicidade, bem como nos artigos 43.º, n.º 3, alínea c) e 46.º, n.º 3, alínea f) do Decreto-lei n.º 145/2009, de 17 de junho, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE.».

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