

EXTRACTO DE ACTA

Reunida ao vigésimo sexto dia do ano de dois mil e vinte e um, a Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, apreciou o processo nº 3J/2021 tendo deliberado o seguinte:

Processo n.º 3J/2021

1. Objeto dos autos

A) Da Queixa

A **ESSILOR PORTUGAL – SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ÓPTICA LDA.**, adiante designada por Requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da **ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO-REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA** ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1, do artigo 7º do Regulamento do JE contra a **CARL ZEISS VISION PORTUGAL, S.A.**, adiante designada por Requerida, relativamente à comunicação comercial das Lentes Zeiss com tratamento Antivirus por considerar que a mesma viola os artigos 43.º, n.º 3 e 46.º, n.º 3, alíneas f) e j) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho.

A Requerente considera, ainda, como relevância, que a comunicação comercial da Requerida viola o artigo 15.º do Código da Publicidade, relativo à publicidade testemunhal, considerando, relativamente às personalidades associadas à campanha, que a *“Catarina Furtado é uma das figuras públicas mais reconhecidas e queridas do espaço mediático português, tendo sido essa a única razão subjacente à sua escolha para porta-voz/embaixadora da marca Zeiss em Portugal”* e que *“Pedro Simas tece comentários e promove recomendações a um dispositivo médico oftalmológico, área totalmente alheia à sua especialidade.”*

Vem, assim, a Requerente solicitar seja a Requerida condenada a:

“a) Abster-se de divulgar qualquer comunicação comercial, diretamente ou mediante terceiros, como sejam óticos e figuras públicas, que invoque ou aluda a que os seus dispositivos médicos possuem características ou propriedades benéficas no combate ao vírus SARS-CoV-2 e à doença Covid-19, por qualquer meio ou forma, nos termos do artigo 43º, n.º 3, alínea b) e c) e artigo 46.º, n.º 3, alínea j) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho;

b) Abster-se de divulgar qualquer comunicação comercial, diretamente ou mediante terceiros, como sejam óticos e figuras públicas, que invoque ou aluda que os seus dispositivos médicos possuem características ou propriedades benéficas no combate a vírus e bactérias, por qualquer meio ou forma, nos termos do artigo 43º, n.º 3, alínea b) e c) e 46.º, n.º 3, alínea j) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho;

c) Abster-se de divulgar qualquer comunicação comercial, diretamente ou mediante terceiros, como sejam óticos e figuras públicas, que compreenda a recomendação de aquisição ou escolha de dispositivos médicos por parte de médicos, cientistas ou figuras públicas, nos termos do disposto no artigo 46.º, n.º 3, alínea f) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho;

d) Condenada pela prática de contraordenação nos termos do disposto no artigo 61º, n.º 1, alínea mm) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho.”

A Requerente considera que , “a Zeiss alicerça a sua campanha comercial na figura de Catarina Furtado e, mais recentemente, de Pedro Simas, os quais, sem conhecimentos técnicos, fazem claras e inequívocas recomendações de “escolha” e, por inerência, consumo de dispositivos médicos da Zeiss”, bem como que “Conquanto a Zeiss não promova a “cura” da doença Covid-19, de forma abusiva e enganosa, associa as alegadas propriedades dos seus dispositivos médicos ao vírus SARS-CoV-2, quando bem sabe que o dispositivo médico em questão não possui tais qualidades” violando “de forma frontal o disposto no Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, em matéria de publicidade junto do público, quer pelo recurso a recomendações de um cientista, quer por recurso a uma recomendação de uma figura pública, quer, ainda, por, de forma abusiva e enganosa invocar propriedade curativas

associadas a um vírus que provocou a pior situação pandémica dos últimos 100 anos.”.

A Requerente identifica os suportes onde a campanha é veiculada, juntando imagens da mesma, bem como gravação do programa transmitido no Canal Saúde Mais*.

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

B) Da Contestação

A Requerida alega que *“As iniciativas publicitárias lançadas pela Zeiss em Maio de 2021, e referidas pela Essilor na sua Queixa, não violam quaisquer princípios aplicáveis à publicidade por fabricantes ou comerciantes de dispositivos médicos.”*, indicando que *“São vários os estudos e investigações realizados que suportam o teor da comunicação comercial utilizada pela Zeiss nos suportes publicitários referidos na Queixa da Essilor.”*, juntando para o efeito um total de trinta e três documentos, entre artigos publicados em websites, informação prestada no seu próprio website, artigos publicados em revistas e, com relevância, relatórios de testes laboratoriais referentes às qualidades anunciadas relativamente ao seu produto.

A Requerida alega que a eficácia antiviral das lentes se encontra comprovada mediante os testes laboratoriais realizados ao abrigo das normas ISO 21702: 2019 (E), DIN 16777 alemão e DIN 14476, considerando que *“a publicidade da Zeiss referida pela Essilor na sua Queixa não contém quaisquer declarações enganosas ou não verificáveis ou omissões que possam induzir o uso injustificável de dispositivos médicos ou dar origem a riscos indevidos”*, afirmando que *“os spots publicitários da Zeiss, na televisão e nas redes sociais, outdoors e outros associados à imagem da apresentadora Catarina Furtado, referidos pela Essilor na sua Queixa, apenas têm conteúdos objetivos e verificáveis”*, *“a publicidade associada à imagem do Investigador*

Científico, Professor Universitário e Virologista Pedro Simas, referida pela Essilor na sua Queixa (Doc. 2), contém apenas informações objetivas e demonstráveis”, bem como a “afirmação, referida pela Essilor na sua Queixa, e atribuída ao Professor Pedro Simas: “A prata presente no tratamento Zeiss AntiVirus é um elemento cujas propriedades antimicrobianas (antivirais e antibacterianas) de longa duração são reconhecidas pela comunidade médica e científica” - é também objetiva e demonstrável”, tal como “a nota de rodapé constante da publicidade constante do Doc.2 da Queixa da Essilor: «Testado de acordo com ISO 21702-2019 (E) para vírus encapsulados. Testado de acordo com ISO 22196-2011 (E) para Gran-negativo e bactérias Gran-positivas».

A Requerida alega, ainda, quanto aos *outdoors*, com a imagem do Professor Pedro Simas, que “os mesmos consubstanciaram, como a seguir se fundamenta, um propósito fundamental de veicular informação objetiva e transmitida por um especialista relativamente à proteção antivírica”, considerando que “tal declaração remete para informações de índole eminentemente técnica, na área de proteção contra vírus e bactérias, que só podem ser explicadas, em termos rigorosos, corretos e não questionáveis, por um profissional especialista com conhecimento e experiência na matéria.” Mais indica que “A entrevista com o Professor Pedro Simas referida pela Essilor (Doc. 4 da Queixa) teve, assim, o desígnio específico de informar de maneira objetiva e comprovável. O propósito era o de fornecer informações técnicas que refletissem a responsabilidade da Zeiss em garantir que o conteúdo e a apresentação dos dispositivos médicos em questão promovam uma compra informada para que os consumidores selecionem as suas opções com conhecimento, escolhendo dispositivos médicos adequados e usando-os com segurança e eficácia.”.

Quanto ao recurso à apresentadora Catarina Furtado nas comunicações comerciais, a Requerida alega que o mesmo “baseia-se essencialmente no facto de se tratar de uma apresentadora e jornalista mas, acima de tudo, uma pessoa cujas responsabilidades e ética profissional como Embaixadora da

Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) a associam a informações verdadeiras e verificáveis”. Indica o mesmo relativamente ao recurso ao Professor Pedro Simas indicando basear-se “no facto de ser investigador científico, virologista e professor universitário, com larga experiência, conhecimento e formação académica na área da proteção contra vírus e bactérias.”

Por fim, a Requerida alega que na sua comunicação comercial nunca se afirma que os seus produtos são capazes de curar ou ajudar a prevenir e curar quaisquer doenças, nomeadamente a Covid-19.

Considera, assim, a Requerida que as suas alegações comerciais “são exclusivamente comprovadas cientificamente com base nos testes realizados, de modo que não podem, por definição, ser classificadas como enganosas.”, entendendo que as mesmas não violam o disposto no Decreto-Lei n.º 145/2009, nem tão pouco no Código da Publicidade, mais considerando que a comunicação comercial em crise “é legal, decente, honesta e verdadeira”, estando em estrita obediência ao Código de Conduta da ARP.

A Requerida considera que “nunca associou – contrariamente ao sugerido e referido na Queixa da Essilor - as propriedades antivirais das suas lentes à doença de Covid-19” e que “nunca difundiu qualquer mensagem cujo conteúdo pudesse ser considerado falso”, concluindo que a comunicação comercial “não violou quaisquer dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial, não infringiu as disposições do Código de Conduta da Auto-Regulação Publicitária ou outras disposições legais aplicáveis, e que qualquer comunicação comercial feita aos produtos da Zeiss em questão é confiável, precisa, verdadeira, informativa, equilibrada, atualizada e comprovável”.

2. Enquadramento ético-legal

2.1 Questão Prévia: Da competência da ARP e do INFARMED

Cumpra desde logo clarificar os diferentes papéis que cabem à ARP e ao INFARMED enquanto instâncias com um papel regulador da publicidade veiculada junto do público, a primeira no campo da autorregulação e a segunda enquanto entidade responsável pela fiscalização e monitorização da publicidade a dispositivos médicos. As duas não se confundem e têm universos e fins distintos, não sendo este JE competente, como parece a Requerente pretender, para a aplicação de quaisquer contra-ordenações aos anunciantes, antes baseando a sua atuação na defesa de uma atividade publicitária lícita, honesta, verdadeira e leal, em consonância com o seu Código de Conduta, estando integrada no sistema de autorregulação europeu — European Advertising Standards Alliance (EASA) — e internacional — International Council of Advertising Self-Regulation (ICAS). A atuação deste JE 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, não lhe competindo a aplicação de qualquer regime contra-ordenacional que comine as condutas consideradas abusivas.

2.2. Apreciação

Resulta da queixa apresentada pela Requerida, não obstante algumas derivações, que não são as propriedades anunciadas pela comunicação comercial que são postas em crise – conforme a própria menciona e aqui se transcreve, *“Independentemente dos méritos técnicos dos produtos comercializados pela Zeiss, que aqui não se disputam ou sequer consideram, a verdade é que nas comunicações comerciais da Zeiss existe um claro e inequívoco aproveitamento de uma situação pandémica para promover, por associação, os seus dispositivos médicos.”* – mas sim a sua associação a celebridades e personalidades, agravadas pelo facto de uma das escolhas

remeter o consumidor para o vírus COVID19, fazendo um aproveitamento abusivo da situação pandémica em que nos encontramos.

Não vai, assim, este JE debruçar-se sobre a veracidade das qualidades antivirais enunciadas, que, não obstante, se consideram provadas pelos documentos juntos pela Requerida, mas sim sobre estes aspetos não menos fundamentais e que no entender do JE bastam para a apreciação desta publicidade como violadora das normas em vigor para a publicidade a dispositivos médicos, apreciando também a ética subjacente.

Ora, a publicidade de dispositivos médicos está sujeita ao regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, e, subsidiariamente, o disposto no Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro), aos quais devem as comunicações comerciais dos anunciantes ser fiéis sob pena de violarem, também, o Código de Conduto da ARP por via do disposto no artigo 5.º do mesmo.

Considera a Requerente que a comunicação comercial em crise viola o disposto no Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, nomeadamente, o n.º 3 do art.º 43.º e as alíneas f) e j) do n.º 3 artigo 46.º

Ora, referem tais disposições legais:

“Artigo 43.º

(...) 3 - A publicidade de dispositivos médicos:

- a) Deve conter elementos que estejam de acordo com as informações constantes das instruções de utilização e da documentação técnica do dispositivo médico;*
- b) Deve promover a utilização segura dos dispositivos médicos, fazendo-o de forma objectiva e sem exagerar as suas propriedades;*
- c) Não pode ser enganosa.”*

Artigo 46.º

3 - A publicidade de dispositivos médicos junto do público não pode conter qualquer elemento que:

(...) f) Faça referência a uma recomendação emanada por cientistas, profissionais de saúde ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de dispositivos médicos;

j) Se refira de forma abusiva, assustadora ou enganosa a demonstrações ou garantias de cura;”

Apreciada a comunicação comercial em análise, considera este JE que a mesma não contém, ao contrário do pretendido pela Requerida, uma alegação relativa a garantia de cura, bastando-se na apresentação das características inovadoras e comprovadas das lentes, a saber e aqui em causa, as suas propriedades antivirais, não as apresentando tão pouco de forma abusiva ou assustadora, conforme prescrito na alínea j) do n.º do artigo 46.º aqui reproduzido. Do mesmo modo, também não se considera serem postas em crise as recomendações conjuntas elaboradas pela Direção-Geral do Consumidor e pela ARP que instam não alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar ou ajudar a prevenir e curar doenças, designadamente, a COVID-19. Com efeito, nenhum *claim* é efetuado no sentido de alegar a cura ou tratamento para a COVID-19. O mesmo se dirá quanto às alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 43.º não se encontrando na comunicação comercial informações desconformes ou exageradas.

Dispõe, no entanto, a também aqui reproduzida alínea f) do n.º 3 do artigo 46.º, que a publicidade a este tipo de dispositivos não deverá fazer referência a uma recomendação emanada por cientistas, profissionais de saúde ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de dispositivos médicos, tendo de ser, nesta sede apreciada a associação da campanha em análise às duas figuras públicas e à forma como as mesmas intervêm e possam influenciar a convicção do consumidor médio.

E, quanto a este aspeto, entende este JE que a comunicação comercial viola as normas que regem a atividade publicitária relativamente a este dispositivos.

Com efeito, a associação à figura pública Catarina Furtado, pessoa com grande exposição pública, que, conforme referido pela Requerida se trata “de

uma apresentadora e jornalista mas, acima de tudo, uma pessoa cujas responsabilidades e ética profissional como Embaixadora da Boa Vontade do Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA) a associam a informações verdadeiras e verificáveis” 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.

Já quanto à associação ao cientista Pedro Simas, sempre se dirá que estando também em violação direta da referida norma, a mesma dir-se-á eticamente mais censurável dado que esta personalidade tem “*entrado na casa dos consumidores*” por via da comunicação social quase diariamente e sempre associado à situação pandémica em que vivemos, transmitindo e recomendando atitudes e comportamentos neste contexto, pelo que esta associação se afigura a este JE particularmente grave e capaz de influenciar de forma abusiva o consumidor.

Quanto à alegada violação do artigo 15.º do Código da Publicidade, ou seja, às regras que conformam a publicidade testemunhal, cumpre lembrar que nesta matéria em particular, a publicidade a dispositivos médicos, o Código da Publicidade é aplicado subsidiariamente ao Decreto-Lei n.º 145/2009, que prevalece sobre o mesmo. Assim, e ao contrário do prescrito naquele Código, na publicidade a dispositivos médico “*a mensagem publicitária, para ser lícita, apenas poderia contar com o desempenho de alguém que não fosse visto, aos olhos do consumidor, como um verdadeiro profissional de saúde ou conotado com essa área do conhecimento especializado*”, conforme bem decidido pela Comissão de Apelo da ARP no Processo Proc. n.º 6J/2019.

Cumprido, ainda, fazer uma referência ao programa veiculado através do Canal Saúde Mais*.

A publicidade a dispositivos médicos, onde se insere a publicidade em questão, encontra-se sujeita a regras estritas de transparência, e, sendo admitidas ações de informação e divulgação e o patrocínio das mesmas, este deve obedecer às regras específicas de inserção de publicidade na televisão e às boas práticas televisivas em matéria de patrocínio e de colocação de produto, respeitando os limites legais estabelecidos na Lei da Televisão e dos

Serviços Audiovisuais a Pedido, constantes da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.

Ora, estabelece este diploma, no que especificamente concerne ao patrocínio, que os serviços de programas televisivos e os serviços de comunicação audiovisual a pedido, bem como os respetivos programas patrocinados, devem ser claramente identificados como tal, sendo que o seu conteúdo não pode, em caso algum, ser influenciado de modo a afetar a respetiva responsabilidade e independência editorial, conforme artigo 41.º do mencionado diploma.

Mais estabelece o mencionado diploma, no n.º 5 do mesmo artigo, que *“Os serviços de programas ou programas patrocinados, assim como a identificação dos respetivos patrocínios, não podem encorajar diretamente à compra ou locação de produtos ou serviços do patrocinador ou de terceiros, nomeadamente através de referências promocionais específicas a esses produtos ou serviços.”*

Ora, analisada a gravação do programa transmitido no Canal Saúde Mais*, junto pela Requerente como documento cinco, verifica-se que o mesmo é composto por duas partes, uma primeira que se refere ao programa em si e uma segunda parte identificada como publicidade. Não obstante esta identificação, mediante a aposição do símbolo “PUB” durante a segunda parte do programa, não é para este JE clara a separação entre o que é o programa patrocinado e o conteúdo publicitário, tal como não será para o consumidor médio. Com efeito, não obstante a parte publicitária estar devidamente identificada, o formato da comunicação comercial segue o mesmo modelo do programa e, apesar de um dos intervenientes do programa, a saber o especialista em oftalmologia, não estar presente nesta segunda parte, permanecendo apenas o cientista Pedro Simas, o formato de comunicação é inalterado, sendo que nesta parte são efetuadas referências comerciais ao produto comercializado pela Requerida. Ora, entende-se, assim, que não obstante a identificação da publicidade, o formato da comunicação é enganoso, sendo o consumidor levado a crer tratar-se ainda

de um programa de informação e divulgação, não existindo uma separação clara como seria exigido pelo princípio da transparência. Não se pode, assim, deixar de entender que as alegações comerciais efetuadas na segunda parte do programa, apesar de estarem identificadas com a menção “PUB”, não se encontram devidamente separadas do programa de informação, levando o consumidor a crer encontrar-se, ainda, a assistir a um programa de informação e divulgação e, como tal, considerar que as mesmas são abusivas violando o disposto na Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, não sendo a publicidade claramente identificável como tal, nem claramente separadas da restante programação conforme exigido pelo art.º 40.º - A, sendo assim as referências promocionais específicas efetuadas ao produto comercializado pela Requerida ilegais por violação do disposto, também, no art.º 41.º do mesmo diploma, bem como o artigo 13.º do Código de Conduta da ARP.

3. Decisão

Pelo exposto, atende-se à pretensão da Requerente, deliberando a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP a cessação imediata da veiculação das alegações comerciais em apreciação no presente processo em todos os suportes publicitários, por se considerar que as mesmas não são verdadeiras, e porquanto enganosas nos termos do artigo 5.º do Código de Conduta da ARP, porquanto desconforme ao regime prescrito no artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, violando, também, o disposto no artigo 13.º do Código de Conduta da ARP, bem como os artigos 40.º-A e 41.º Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido. As alegações comerciais não deverão ser repostas - 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 Primeira Secção do Júri de Ética da Auto Regulação
Publicitária