

COMISSÃO DE APELO

Processo n.º 2J/2022

Recorrente
CARL ZEISS VISION PORTUGAL, S.A.

versus
ESSILOR PORTUGAL – SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ÓTICA LDA

Relatório

1. ESSILOR PORTUGAL – SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ÓTICA LDA. veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento do JE contra **CARL ZEISS VISION PORTUGAL, S.A.** relativamente a comunicação comercial veiculada nos suportes televisão, *internet*, *outdoor* e MUPI.

Segundo a Requerente, na referida comunicação comercial a Requerida utiliza a imagem da figura pública Catarina Furtado, a qual surge acompanhada do *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**”.

A Requerente alegou o seguinte:

- (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).

Segundo a Requerente a alegada conduta comunicacional da Requerida consubstancia 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.

A Requerente terminou pedindo que a queixa fosse julgada totalmente procedente, por provada, e em consequência a ZEISS fosse condenada a:

- a) Abster-se de divulgar qualquer comunicação comercial, diretamente ou mediante terceiros, como sejam figuras públicas, que invoque ou aluda a ser a marca de confiança, nos termos do artigo 30.º do Código de Conduta;
- b) 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 30.º do Código de Conduta.

Mais devendo ser ordenada a publicação da decisão proferida pelo Júri de Ética da ARP.

2. A Requerida ZEISS apresentou **contestação** na qual alegou o seguinte:

- (i) "...faz parte do uso comum as empresas referirem-se às pessoas por si selecionadas 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 caráter 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, “...segundo 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).

A Requerida terminou concluindo pela improcedência da dita Queixa.

3. Em 04 de maio de 2022 a **Segunda Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária** deliberou 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.

4. A Requerida ZEISS recorreu da deliberação da Segunda Secção do Júri de Ética para esta Comissão de Apelo, tendo formulado as seguintes conclusões:

A) Por via do presente recurso, pretende a Requerida ver revogada a decisão proferida pelo JE que, dando provimento à queixa apresentada pela Essilor, considerou 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.º 1 e 2, 9.º n.º 1 e n.º 2, 12.º e 17.º do Código de Conduta da ARP e artigo 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 repostada – quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for – caso se mantenham os tipos de ilícito apurados pelo JE”*;

B) Ora, a decisão recorrida extravasa em muito a letra e o espírito dos normativos em questão e representa limitação excessiva e ilícita à publicidade de uma marca;

C) Entendeu o JE que, a frase *“A minha marca de confiança”* associada à Catarina Furtado, enquanto emissora da declaração, e à ZEISS, enquanto marca, consubstancia uma publicidade testemunhal e, na medida em que essa “confiança” não foi *a priori* comprovada, é violadora quer do artigo 17.º do Código de Conduta, quer dos artigos 10.º, 11.º e 15.º do Código da Publicidade;

D) Em primeiro lugar, cumpre referir que a aqui Requerida não é sócia da Auto Regulação Publicitária, pelo que, desconhece o conteúdo do referido Código de Conduta, ao qual nunca aderiu e, por essa razão, não lhe está vinculada;

E) Sendo que a apresentação da contestação não constitui qualquer aceitação/conformação da auto regulação, mas antes decorre da

necessidade de ver revertida uma decisão que vincula os meios de comunicação onde a campanha publicitária em causa está a decorrer;

F) Em face do exposto, e não estando a Requerida sujeita ao do Código de Conduta, não estava obrigada a “comprovar” a veracidade da afirmação proferida pela sua embaixadora, Catarina Furtado;

G) No que respeita à violação dos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade, sublinhe-se que os mesmos dizem apenas respeito às afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedade e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados (e não à marca);

H) A campanha em causa nos presentes autos, não faz qualquer referência, direta ou indireta, a qualquer bem ou serviço, promovido ou vendido pela Requerida, pelo que tal obrigação não pode ser imposta à Requerida;

I) Contudo, entendeu ainda o JE que a obrigatoriedade de comprovação da afirmação decorre ainda do facto de se tratar de uma publicidade testemunhal, por via da qual a figura pública Catarina Fortuna atesta “a sua confiança na marca Zeiss”;

J) Assim, e uma vez que nos termos do artigo 15.º do Código da Publicidade, a publicidade testemunhal assenta em “*depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente*”, sempre estava a Requerida obrigada a efetuar tal prova, sob pena de tal publicidade de revelar, presumivelmente, enganosa;

K) Acontece, porém, que a obrigatoriedade de comprovação da experiência e genuinidade do depoimento da Catarina Furtado não poderá ser assacada à Requerida;

L) Na verdade, o artigo 11.º do Código da Publicidade prevê que é a entidade responsável pela instrução do processo – no caso em apreço o JE – que deve exigir à Requerida a demonstração de que os factos em que assenta a publicidade não consubstanciam publicidade enganosa e, só perante tal falta de prova, poderá tal presunção produzir efeitos;

M) Acontece, porém, que no caso em apreço, a Requerida não foi notificada para apresentar qualquer prova, uma vez que a questão da prova, quanto à

veracidade da afirmação “a minha marca de confiança” só surgiu na decisão da causa (sem prejuízo da Requerida entender que tal afirmação não está sujeita a prova, nem é suscetível de prova, por se tratar de um juízo de natureza subjetiva);

N) Na verdade, a questão da veracidade/genuinidade da afirmação “a minha marca de confiança” é uma questão que não foi invocada na queixa pela Requerente, pelo que, a Requerida, na sua defesa, não fez qualquer referência à alegada veracidade da afirmação, nem entendeu ser necessário efetuar qualquer prova, uma vez que tal questão não foi inicialmente suscitada;

O) Assim, se o JE pretendia indagar da eventual publicidade enganosa resultante da campanha promovida pela Requerida e assente na afirmação “a minha marca de confiança”, sempre estava obrigado, nos termos do n.º 2 do artigo 11º do Código da Publicidade, a exigir que a Requerida efetuasse tal prova e, apenas perante a respetiva recusa de prova ou insuficiência da mesma, poderia o JE concluir pela sua falta;

P) Este entendimento é, aliás, confirmado pelas Diretivas Europeias mencionadas pelo JE, na sua decisão, na medida em que qualquer uma das diretivas estatui que a entidade responsável pela instrução deve requerer a demonstração da veracidade dos factos alegados ao anunciante e apenas perante a sua falta ou insuficiência poderá considerar que a mesma é inexata ou falsa;

Q) Entender de outra forma seria violar todas as regras processuais e constitucionais do direito à defesa, nomeadamente, previstas no artigo 20.º da Constituição, uma vez que, a qualquer cidadão é concedido o direito a apresentar defesa sobre os factos que constam da acusação (e que devem chegar ao conhecimento do acusado), bem como a ter acesso a um processo justo e equitativo;

R) Assim, e uma vez que à Requerida não foi dada a oportunidade de apresentar as provas que demonstram a veracidade das alegações proferida pela depoente na campanha estava o JE impedido de presumir a falsidade de

tais declarações e, tendo-o feito, tal decisão é nula por violação do direito de defesa;

S) Sem prejuízo do acima alegado, diga-se que, no entendimento da Requerida a afirmação “a minha marca de confiança” não é suscetível de comprovação, na medida em que o vocábulo “confiança” consubstancia um juízo subjetivo, um sentimento de segurança face a uma coisa/pessoa, assente em percepções e sentimentos;

T) Dito de outro modo, a confiança não é percebida, nem apreendida por todos de igual modo, pelo que, nessa medida, não é suscetível de prova;

U) Entender-se de outra forma seria, isso sim, enganar o consumidor, na medida em que lhe transmitiria uma percepção de certeza e objetividade - uma falsa segurança - relativamente a um conceito tão fluido e subjetivo como é a confiança;

V) Pretender-se que a Requerida efetue prova “sobre os conhecimentos técnicos de Catarina Furtado” acerca da marca Zeiss – enquanto bem intangível - suscetíveis de sustentar a confiança da referida embaixadora na marca, é pretender objetivar um sentimento / percepção pessoal insuscetível de comprovação;

W) Aliás, nesse mesmo sentido, já o JE se pronunciou no processo n.º 9J/2006, pelo que aplicando estes mesmos ensinamentos ao caso em apreço, é manifesto que a expressão “a minha marca de confiança” transmite uma ligação pessoal, de natureza sentimental e sensitiva que decorre de uma ligação emotiva e sensorial à marca ZEISS, enquanto bem intangível, e não assenta – nem é suscetível de assentar – em conhecimentos técnicos ou em experiências concretas e objetivas realizadas no passado, suscetíveis de serem comprovados;

X) Já assim não seria se o referido testemunho se referisse, ainda que indiretamente, a um produto e/ou serviço ZEISS, nomeadamente, pela inclusão na campanha de qualquer elemento visual – seja gráfico seja ilustrativo - ou sonoro, suscetível de induzir o consumidor a acreditar que a

confiança depositada pela Catarina Furtado se destinava àquele produto e/ou serviço;

Y) Acontece, porém, que a campanha em causa assenta numa imagem da referida apresentadora, Catarina Furtado, e do logotipo da marca ZEISS, sob um fundo branco, onde está inserida a referida afirmação “A minha marca de confiança”, pelo que, a mesma não faz referência a qualquer produto / serviço, suscetível de experienciação, e conseqüentemente, de prova;

Z) Caso, porém, assim não se entenda, o que não se concede e apenas se admite por dever de patrocínio e, na medida em que a questão da necessidade de comprovação da veracidade da afirmação proferida pela apresentadora Catarina Furtado, apenas foi suscitada com a decisão final, sempre a Requerida poderá, nesta sede, efetuar a prova que anteriormente, por causa que não lhe foi imputável, não foi realizada, nos termos e ao abrigo do n.º 5 do artigo 15.º do Código de Conduta;

AA) Com efeito, o referido preceito prevê expressamente que *“apenas poderão ser admitidas novas provas se comprovadamente as mesmas não puderam ter sido apresentadas junto da Secção”*, o que no presente caso se encontra demonstrado pelo facto de a Requerida apenas ter sido confrontada com um potencial ilícito de publicidade enganosa em sede de decisão final;

BB) Assim, e justificada que está a possibilidade de junção de prova, nesta fase de recurso por parte da Requerida, vem esta requerer a junção aos presentes autos do link para o vídeo onde se comprova a visita da Catarina às instalações Globais da ZEISS (Alemanha) - <https://youtu.be/3nosLpV4K5I>;

CC) Com efeito, a referida apresentadora teve oportunidade de conhecer, numa visita realizada em janeiro de 2019, a forma de trabalhar ZEISS, os valores que regem a sua atividade, o seu posicionamento no mercado, a tecnologia desenvolvida e as equipas da ZEISS, quer em Portugal, quer na Alemanha;

DD) Assim, e subsumindo a prova acima mencionada às conclusões do JE, a referida apresentadora, na viagem aos laboratórios ZEISS teve oportunidade de conhecer detalhadamente o negócio por detrás da marca ZEISS,

experimentar e vivenciar os valores da ZEISS por forma a poder declarar que tem confiança na marca;

EE) Pelo que não pode presumir-se a publicidade enganosa da Requerida, conforme resulta da decisão ora recorrida, devendo, neste segmento a decisão ser revogada e substituída por outra que considere comprovada a genuinidade do depoimento da Catarina Furtado e conseqüentemente considere que não se verifica qualquer publicidade enganosa por parte da Requerida;

FF) Noutra perspetiva, conclui ainda o JE que a campanha em causa nos presentes autos constitui uma campanha publicitária a dispositivos médicos, na qual é utilizada a imagem e o depoimento da apresentadora Catarina Furtado – considerada para o efeito uma pessoa celebre – o que é suscetível de incitar à compra de dispositivos médicos e, por essa razão, violadora da alínea F) do n.º 3 do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho;

GG) Em primeiro lugar, cumpre referir que a presente campanha subsume-se apenas a publicidade institucional e não qualquer publicidade a produtos ou serviços da ZEISS;

HH) No âmbito da publicidade institucional pretende-se divulgar os benefícios, ideias ou filosofias de um determinado negócio, para melhorar a sua reputação, não se destinando, tal publicidade, à promoção de um produto ou serviço em concreto;

II) Assim, a publicidade institucional e de promoção da marca, enquanto bem intangível, em nada se confunde com a publicidade a um produto ou serviço, cujas regras e regulamentação são necessariamente distintas;

JJ) Sublinhe-se, ademais que, conforme resulta do documento n.º 1 junto com a queixa, está devidamente evidenciado na campanha que esta destina exclusivamente a promover a marca, tendo a Requerida tido o cuidado de deslocar a expressão “a minha marca” da expressão “confiança”, e associar ambos ao logotipo ZEISS;

KK) Acresce que a presente campanha foi lançada no âmbito de um contexto mais vasto e foi precedida de outras campanhas publicitárias, focadas nos

175 anos do negócio ZEISS, e nas diversas áreas onde a mesma desenvolve a sua atividade, conforme aliás resulta da prova junta com a contestação da Requerida (Cfr. Documento n.º 4);

LL) É precisamente na sequência destas campanhas, – as quais pretendem visitar as diferentes áreas de negócio e dão enfoque à experiência e antiguidade da marca ZEISS, nestes 175 anos de história – que surge o depoimento da Catarina Furtado destinado a enaltecer, neste contexto, referida marca;

MM) Ora, atendendo, por um lado ao contexto de lançamento da campanha e, por outro, ao facto de nenhuma referência ser efetuada pela referida apresentadora a dispositivos médicos – nem indiretamente ser efetuada qualquer referência, visual ou de outra natureza a dispositivos médicos suscetíveis de serem associados à declaração da referida celebridade – não se compreende a que título se poderá concluir que a campanha em questão se destina a incitar, ainda que indiretamente, ao consumo de dispositivos médicos (e que, ao invés, tal campanha não se foca na marca);

NN) Acresce que o material ótico não configura, por si só, dispositivos médicos, pelo que mesmo que se admitisse que o material ótico é o sinal forte da marca – o que não se concede e apenas se admite por dever de patrocínio – tal não seria fundamento para concluir pela ilicitude da presente campanha;

OO) Entender de outra forma, seria considerar que toda a publicidade à marca se subsume necessária e diretamente à publicidade a um determinado produto específico e que, por essa razão, toda e qualquer campanha publicitária que a ZEISS venha a promover, por via de *endorsement*, e ainda que fazendo expressamente referência a outros produtos ZEISS – por exemplo lentes para câmaras de vídeo / fotográficas – consubstancia indiretamente publicidade às lentes oftálmicas ZEISS e, por essa razão, tais campanhas são proibidas;

PP) Aliás, bastará atentar-se para o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, para se concluir que a regulação da publicidade junto dos

consumidores de dispositivos médicos apenas se aplica à publicidade que visa promover e divulgar determinados dispositivos médicos em concreto e não a publicidade a marcas que, entre outros produtos, comercializam dispositivos médicos;

QQ) Cumpre, por outro lado, referir que esta Comissão de Apelo já teve oportunidade no passado de se pronunciar sobre a publicidade a dispositivos médicos tendo tido, e bem, uma interpretação divergente da decisão recorrida, relativamente às normas que regulam a referida publicidade a dispositivos médicos (cfr. Decisão proferida no âmbito do processo n.º 6J/2019);

RR) Ora, da referida decisão resulta que esta Comissão de Apelo considerou que a campanha publicitária nos termos da qual um ator, colocado num ambiente que aparenta ser o de uma farmácia, mas sem estar identificado como um profissional de saúde e que expressamente refere as vantagens terapêuticas de um medicamento, não viola as regras da publicidade a dispositivos médicos, na medida em que o consumidor, ainda que pouco informado, compreenderá que não se trata de um profissional de saúde;

SS) Atendendo a tal explicação, e por maioria de razão, uma imagem da apresentadora Catarina Furtado, sob um fundo branco – no qual não é feita qualquer referência gráfica ou ilustrativa a dispositivos médicos – e na qual a referida apresentadora faz referência expressa à sua confiança à marca ZEISS (e não a qualquer produto concreto da marca ZEISS) – muito menos a dispositivos médicos – pode ser considerada publicidade a dispositivos médicos;

TT) No caso, *sub judice*, nem direta, nem indiretamente é efetuada qualquer referência a qualquer produto ZEISS, não surge como “pano de fundo” da campanha qualquer produto ZEISS (nem muito menos dispositivos médicos), nem a expressão imputada à referida celebridade faz referência a qualquer produto ZEISS;

UU) Dito de outro modo, não há qualquer indicação visual ou no “copy” de que se trata de um *endorsement* a dispositivos médicos, promovido pela referida apresentadora;

VV) É decerto, um consumidor, mesmo com reduzida informação, sabe distinguir entre o incitamento à compra de lentes oftálmicas ZEISS, a uma mera manifestação de aprovação / confiança a uma determinada marca, ainda que tal marca seja reconhecida no mercado ótico (mas não apenas na área dos dispositivos médicos);

WW) Mesmo que se entendesse que, por via do *endorsement* da referida apresentadora Catarina Furtado o consumidor deseja imitar a figura pública, tal “desejo de imitação”, apenas é suscetível de aumentar a confiança do referido consumidor na marca ZEISS, mas já não o desejo de este vir a adquirir os dispositivos médicos “usados pela figura pública”, na medida em que a referida figura publica não usa, nem refere, na referida campanha, qualquer dispositivo médico da marca ZEISS;

XX) Em concreto, poder-se-ia questionar: qual é o dispositivo médico que o consumidor, por via da campanha, é incitado, pelo *endorsement* da Catarina Furtado a adquirir? Nenhum, na medida em que a referida figura publica não usa qualquer dispositivo médico, suscetível de ser imitado pelo consumidor ou cuja mera utilização possa incitar ao respetivo consumo;

YY) Em face do exposto, é manifesto que no âmbito da presente campanha não estão preenchidos os elementos constantes da alínea f) do artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho, pelo que, também por esta razão, deverá este segmento decisório ser revogado e substituído por uma decisão que julgue lícita a campanha *sub judice*.

A recorrente terminou pedindo que a decisão recorrida fosse revogada e, em consequência, a queixa apresentada pela ESSILOR fosse considerada totalmente improcedente.

5. A Requerente apresentou **contestação ao recurso**, terminando com as seguintes conclusões:

i. O Júri de Ética, no passado dia 4 de maio, apreciou o processo n.º 2J/2022, tendo deliberado *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.*

ii. A Recorrente, não se conformando com a referida decisão, apresentou recurso no dia 16 de maio de 2022, notificado à Recorrida no dia 18 de maio.

iii. A Recorrente alicerça a sua defesa em duas linhas de entendimento essenciais: (a) a Recorrente não estava obrigada a comprovar a “experiência” anterior da depoente suscetível de demonstrar que tal experiência a dotou de informação suficiente para poder atestar a sua confiança na marca; (b) o Júri de Ética extravasou em muito a letra e o espírito dos normativos, quando considerou que o *endorsement* da figura pública à marca ZEIZZ é suscetível de indiretamente consubstanciar publicidade a dispositivos médicos e, nessa medida, reconduz-se a uma prática proibida de publicidade.

iv. A Recorrente apresenta ao longo de nove páginas argumentos para justificar os motivos pelos quais não submeteu documentação comprovativa da

veracidade do *claim* “Zeiss A minha marca de confiança”, quando o deveria ter efetuado.

v. O primeiro argumento, relativo ao desconhecimento do teor do Código de Conduta, afigura-se totalmente irrelevante para a boa composição do presente litígio ou para a apreciação da validade ou licitude da decisão proferida pelo Júri de Ética.

vi. O segundo argumento aduzido pela Recorrente, de que não é Associada da ARP, também se revela total e absolutamente irrelevante para o apuramento da perfeição, correção ou licitude da decisão proferida pelo Júri de Ética.

vii. A Recorrente, pese embora não seja Associada da ARP, conhece ou, pelo menos, não deverá desconhecer, que a vasta a maioria - se não mesmo todas - das Agências e Empresas de Meios o são.

viii. Por fim, invoca a Recorrente que *se o JE pretendia indagar da eventual publicidade enganosa resultante da campanha promovida pela Requerida e assente na afirmação “a minha marca de confiança”, sempre estava obrigado, nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do Código da Publicidade, a exigir que a Requerida efetuasse essa prova e, apenas perante a respetiva recusa de prova ou insuficiência da mesma, poderia o JE concluir pela sua falta.*

ix. A queixa formulada pela ora Recorrida baseava-se exatamente no facto da publicidade testemunhal ser enganosa. Tal consta, de forma clara e inequívoca da queixa, facto que a Recorrente parece querer esquecer-se.

x. Todas as disposições referentes à utilização de testemunhos para efeitos publicitários impõem um dever de cautela adicional, pois o testemunho, para não ser qualificado como enganoso, deverá ser personalizado, genuíno e comprovável.

xi. A decisão de não comprovar a veracidade ou genuinidade do testemunho deve-se, única e exclusivamente, à Recorrente.

xii. A Recorrente absteve-se e continua a abster-se de fazê-lo, pois, na verdade, apenas juntou um *link* para um filme alegadamente disponível na rede YouTube. O *link*, junto como prova documental, não demonstra a veracidade ou genuinidade do testemunho, desde logo porque está atualmente inativo, mas também porque alegadamente relata apenas uma viagem às instalações da Recorrente.

xiii. Na página 16 do recurso, a Recorrente alega que: *Esta associação de valores positivos à marca e a sua publicitação possuem um valor económico que vai muito além da promoção da carteira de bens e serviços comercializados, pois é hoje notório que os consumidores penalizam as marcas que se encontram associadas a valores negativos (v.g. falta de ética, práticas laborais e ambientais censuráveis), num grau que torna estratégico o investimento em publicidade institucional e reputacional*, adicionando elementos relevantes e sobre os quais assenta a confiança de Catarina Furtado.

xiv. Mas também quanto a estes Recorrente deveria ter *cuidado* de demonstrar o motivo pelo qual Catarina Furtado se predispôs a testemunhar que a “Zeiss” é a sua marca de confiança.

xv. Na explica a sua razão de ciência, a avaliação que terá efetuado, os produtos Zeiss que utiliza, as políticas, manuais ou normas éticas da Recorrente que analisou, as práticas laborais observou ou as práticas ambientais que teve oportunidade de conhecer ou avaliar.

xvi. Catarina Furtado não é especialista em matéria de saúde visual, tão-pouco se lhe reconhecem conhecimentos na área do direito ou mesmo da engenharia,

pelo que não é possível extrair um único fundamento para a existência do testemunho.

xvii. Perante a ausência absoluta de elementos, a Recorrida não poderá deixar de considerar que a Recorrente parece ter dificuldades em assumir o simples e óbvio facto de que Catarina Furtado se comprometeu a ser Embaixadora da Marca “Zeiss” e realizar publicidade testemunhal pois foi paga para tal, não assistindo, aparentemente, qualquer outro motivo para garantir tal confiança.

xviii. Cumpre recordar o referido pelo Júri de Ética, quando menciona que Catarina Furtado não presta um testemunho sobre questões como o conforto ou estética, proferindo sim uma alegação de “confiança” personalizada que deveria ser comprovável, na medida em que não lhe é reconhecido qualquer conhecimento específico sobre o sector dos dispositivos médicos onde atua a Recorrente.

xix. Mediante o *claim* “Zeiss A minha marca de confiança”, a Recorrente utiliza uma figura pública para projetar uma imagem de confiança absoluta no mercado, com a clara intenção de influenciar os destinatários.

xx. A decisão do Júri de Ética se afigura perfeita ao considerar que *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, (...), não devendo por esse motivo ser merecedora de reparo por parte da Comissão de Apelo.*

xxi. A Recorrente insurge-se igualmente perante a conclusão expendida pelo Júri de Ética de que *a campanha 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 com o disposto no artigo 46.º, n.º 3, alínea f) do Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de junho.*

xxii. A Recorrida tem dificuldade em compreender a linha de argumentação da Recorrente, quando a mesma refere que se trata apenas de publicidade institucional, não se destinando a publicitar nem direta, nem indiretamente, qualquer dispositivo médico.

xxiii. Sendo a Recorrente uma entidade de natureza privada, cujo âmbito de atividade se circunscreve ao sector dos dispositivos médicos, como poderá a comunicação ter uma natureza meramente institucional abstraído em concreto dos produtos e serviços que a mesma comercializa?

xxiv. Não fosse a seriedade do presente tema, seria risível a argumentação expendida pela Recorrente ao tentar defender que contratou Catarina Furtado apenas para divulgar benefícios, ideias ou filosofias do seu negócio, para melhorar a sua reputação, mas sem qualquer intenção de promoção de um produto ou serviço concreto.

xxv. Novamente, a incapacidade da Recorrente em admitir a verdade prejudica a sua argumentação e a perceção que a Recorrida faz da mesma.

xxvi. Catarina Furtado não promove qualquer benefício, ideia ou filosofia de negócio através do testemunho “ZEISS A minha marca de confiança”.

xxvii. A Recorrente utiliza Catarina Furtado para melhorar a sua reputação, projetar nos consumidores uma imagem de confiança que, com o devido

respeito, não tem em Portugal e, por esse mesmo motivo, promover os seus produtos e serviços.

xxviii. A Recorrente, pese embora a decisão do Júri de Ética, fez publicar no dia 24 de maio de 2022, na Revista Millioneyes, um artigo onde promove a parceria com Catarina Furtado sob o Título “ZEISS | CATARINA FURTADO CONTINUA CONFIANTE”, conforme Documento 1 que adiante se junta e aqui se dá por reproduzido.

xxix. O artigo por cuja publicação a Recorrente é responsável, novamente promove a associação da marca ZEISS nos seguintes termos: “*Sob o tema A minha marca de confiança a apresentadora, atriz, embaixadora da Boa Vontade das Nações Unidas e presidente da Associação Corações com Coroa, reforça uma união com a qual ambas as partes se identificam*”. Confirma-se o motivo pelo qual a Recorrente escolheu Catarina Furtado!

xxx. No mesmo artigo, é possível ler de Catarina Furtado que “*é um privilégio fazer parte da família Zeiss, uma marca com 175 anos de história que trabalha diariamente para criar e responder com soluções altamente inovadoras às necessidades das comunidades em que se insere.*”

xxxi. Claramente que a criação de soluções inovadoras para responder às necessidades das comunidades deverá relacionar-se com os produtos e serviços que comercializa.

xxxii. A Recorrente invoca ainda a decisão proferida no Processo n.º 6J/2019, tentando efetuar um paralelo com a sua campanha. Novamente carece de qualquer fundamento tal comparação pois Catarina Furtado não surge na campanha como atriz a desempenhar um papel, mas sim falando em nome

próprio e testemunhando a sua confiança pessoal na marca Zeiss e nos produtos e serviços comercializados pela Recorrente.

xxxiii. Resulta de todo o exposto e com o devido respeito por melhor opinião, que a campanha em apreço viola o disposto 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, conforme doutamente decidido pelo Júri de Ética, pelo que a decisão proferida não deverá ser merecedora de reparo.

II. Apreciação do recurso

1. Questão prévia

A **Recorrente** apresentou como prova, para apreciação no recurso, um *link* de acesso a um vídeo no *You Tube*. Esse vídeo destinar-se-ia a demonstrar a ligação de Catarina Furtado à marca ZEISS.

De acordo com o disposto nos artigos 10.º n.º 2 e 11.º n.º 3 do Regulamento do Júri de Ética, as provas devem ser apresentadas com a petição e a contestação. Na fase do recurso apenas se consente a junção de novas provas “*se comprovadamente não puderam ter sido apresentadas perante a Secção*” (art.º. 15.º, n.º 5).

Boa parte do presente recurso tem por objeto a questão da exigência da comprovação da experiência de Catarina Furtado face à marca ZEISS e da não verificação dessa comprovação. Essa questão interliga-se com a da admissibilidade da apresentação do aludido elemento probatório em sede de recurso – pelo que se relegará para momento ulterior a decisão sobre a aceitação da apreciação do aludido vídeo em sede de recurso.

Já não assim no que concerne ao **documento** junto pela **Recorrida** na contestação ao recurso. Trata-se de um artigo que a Recorrente fez publicar no dia 24 de maio de 2022 na Revista *Millioneyes*, sobre Catarina Furtado e a sua participação na campanha publicitária da ZEISS. Isto é, é um elemento probatório constituído em momento posterior à própria deliberação recorrida, pelo que poderá ser admitido, o que se defere.

2. Objeto do recurso

O presente recurso tem por objeto a seguinte questão: se a supra identificada comunicação comercial levada a cabo pela Requerida/Recorrente, consubstanciada no claim “*ZEISS A minha marca de confiança*”, enquanto testemunho da figura pública Catarina Furtado, viola o Código de Conduta da ARP, conjugado com o Código da Publicidade e o Decreto-lei n.º 145/2009, de 17 de junho.

3. Dos Factos

Conforme ficou assente na deliberação recorrida, a comunicação comercial *sub judice* tem a seguinte configuração:

- a. É veiculada nos suportes televisão, *internet*, *outdoor* e MUPI.
- b. É composta por um *claim* visual traduzido por imagem de Catarina Furtado.
- c. Contém o *claim* verbal “*ZEISS A minha marca de confiança*”.
- d) Contém o *disclaimer* “*Catarina Furtado é embaixadora da marca ZEISS em Portugal.*”

4. Enquadramento normativo e sua aplicação

Apreciaremos o recurso seguindo a ordem das subquestões nele suscitadas pela Recorrente.

A. Exigência de comprovação da experiência da Depoente (Catarina Furtado) e sua não verificação.

A.1. A Recorrente começa por afirmar que não é sócia da Auto Regulação Publicitária e por isso não conhece o respetivo Código de Conduta, não estando a ele vinculada (cfr. conclusões D) a F)).

Vejamos.

Conforme refere Ana Clara Azevedo de Amorim, os Códigos de Conduta “constituem sistemas informais de pautas de comportamento, que surgem quase sempre sob a forma de Códigos Deontológicos ou Códigos de Autorregulação. Ou seja, os próprios profissionais determinam os comportamentos que no seu ramo de atividade económica devem ser considerados desleais” (Manual de Direito da Publicidade, Petrony, 2018, pág. 27). Em “setores caracterizados pela inovação constante, pela complexidade crescente e pela mutação das relações e das técnicas de comercialização, os Códigos de Conduta tomam o lugar dos usos comerciais, que não chegam sequer a constituir-se” (obra citada, pág. 27).

Assente na autonomia privada, a autodisciplina apenas vinculará os associados e aqueles que tiverem aceitado submeter-se às decisões dos respetivos órgãos aplicadores.

No entanto, como aliás bem reconhece a Recorrente (cfr. conclusão E) do recurso), a integração da generalidade dos meios de difusão na ARP determina a heteroeficácia das decisões do respetivo Júri de Ética, atingindo

também os anunciantes não associados (como também é apontado por Ana Clara Azevedo de Amorim na obra supracitada, pág. 245).

De todo o modo a Recorrente aceitou contestar a queixa apresentada pela ESSILOR, sem aí questionar minimamente a aplicabilidade da autorregulação ao presente conflito – o que torna surpreendente e tardia a atual rejeição da pertinência das normas contidas no Código de Conduta. De resto, a afirmação de desconhecimento do Código de Conduta da ARP mostra-se desmentida pela intervenção da ZEISS na Consulta 3J/2021, de cuja deliberação, publicitada no *site* da ARP, se depreende que a ora Recorrente teve a oportunidade de estudar e interpretar aquele texto regulador da comunicação comercial.

O Código de Conduta e o Regulamento do Júri de Ética, a par das pertinentes normas legais e constitucionais, são necessária e objetivamente aplicados pelo Júri de Ética da ARP (Secções e Comissão de Apelo), independentemente das convicções ou do conhecimento que delas tenham os sujeitos intervenientes no procedimento.

A.2. A 2.^a Secção do JE entendeu que a comunicação comercial ora em causa constitui publicidade testemunhal. Ao afirmar “*ZEISS a minha marca de confiança*”, Catarina Furtado procede a um depoimento personalizado, a uma afirmação que traz consigo um significado de pertença, ligado à experiência da depoente, pressupondo um uso pessoal continuado e anterior ao testemunho. Segundo a 2.^a Secção do JE, o destinatário da campanha publicitária em questão 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*”.

O art.º 17.º do Código de Conduta tem a seguinte redação:

“Testemunhos

1. A Comunicação Comercial não deve reproduzir ou citar qualquer testemunho, recomendação qualificada ou documentação de apoio que não seja genuíno, responsável, verificável e pertinente. A veracidade das afirmações expressas por quem protagonize o testemunho deve ser comprovada em conformidade com o previsto no Artigo 12 - Comprovação, deste Capítulo.

2. 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 o art.º 12.º do Código de Conduta tem a seguinte redação:

“Comprovação

1. As descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma Comunicação Comercial, devem ser susceptíveis de comprovação.

2. Esta comprovação deve estar disponível de maneira que a prova possa ser prontamente apresentada por mera solicitação da Auto Regulação Publicitária.”

Também no Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, se regula expressamente a publicidade testemunhal.

Com efeito, no art.º 15.º consta o seguinte:

“Publicidade testemunhal

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”.

A publicidade testemunhal, declaração de alguém que atesta um determinado facto ou convicção no âmbito da comunicação comercial, assim visando influenciar os destinatários da declaração, predispondo-os de forma favorável à aquisição dos serviços ou produtos do terceiro a quem se refere a declaração (anunciante), deve ser verdadeira, isto é, deve corresponder à experiência real do declarante.

Por conseguinte, a comunicação comercial que tenha por conteúdo testemunho que não corresponda à realidade da experiência do depoente é enganosa, colidindo com o disposto no art.º 9.º do Código de Conduta:

“Veracidade

1. A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa.

2. A Comunicação Comercial deve proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor (...).”

Princípio esse (veracidade da comunicação comercial) também consagrado expressamente no Código da Publicidade:

Art.º 10.º

“Princípio da veracidade

1. A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”.

A 2.ª Secção do JE considerou que a comunicação comercial em causa respeitava a matéria de facto passível de comprovação: demonstração de que Catarina Furtado tinha, na sua vida, uma experiência que justificava que a ZEISS fosse a sua marca de confiança. A Requerida não fez tal comprovação, pelo que nessa parte a queixa da ESSILOR foi julgada procedente.

A Recorrente discorda, invocando para o efeito o teor de disposições legais citadas pela 2.ª Secção (cfr. conclusões G) a R)).

Tais disposições legais são o art.º 10.º e o art.º 11.º do Código da Publicidade e normas de duas Diretivas Europeias.

A redação dos citados artigos do **Código da Publicidade** é a seguinte:

Art.º 10.º

“Princípio da veracidade

1. A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.

2 - As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.”

Art.º 11.º

“Publicidade enganosa

1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

2 - No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.

3 - Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.”

Por sua vez a **Diretiva 84/450/CEE** do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros em matéria da publicidade enganosa estipulava no art.º 6.º, com a redação introduzida pela **Diretiva 97/55/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 1997 que alterou a Diretiva 84/450/CEE para incluir a publicidade comparativa, o seguinte:

“Os Estados-membros conferirão aos tribunais ou aos órgãos administrativos competências que os habilitem, aquando do processo judicial ou administrativo, referido no artigo 4.º:

a) a exigir que o anunciante apresente provas quanto à exactidão material dos elementos de facto que constam da publicidade se, tendo em conta os interesses legítimos do anunciante e de qualquer outra partes no processo, semelhante exigência se revelar adequada à luz das circunstâncias do caso

em apreço e, em caso de publicidade comparativa, a exigir que o anunciante forneça tais provas num curto espaço de tempo; e

b) a considerar os dados de facto como inexactos se as provas exigidas, de acordo com a alínea a), não forem apresentadas ou forem consideradas insuficientes pelo tribunal ou pelo órgão administrativo”.

O preceituado neste art.º 6.º da Diretiva 84/450/CEE está reproduzido na **Diretiva 2006/114/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, que substituiu a Diretiva 84/450/CEE.

Dos preceitos suprarreferidos a Recorrente retira duas conclusões: apenas estão sujeitas a prova afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados; é a entidade responsável pela instrução do processo que deve exigir a demonstração de que os factos em que assenta a publicidade não consubstancia publicidade enganosa.

Ora, diz a Recorrente, na campanha publicitária em causa não se identifica nenhum bem ou serviço em concreto, pelo que nenhuma prova seria suscetível de ser exigida à Requerida. Por outro lado, cabia à entidade responsável pela instrução do processo – isto é, ao JE – exigir à Requerida a demonstração de que os factos em que assenta a publicidade não consubstancia publicidade enganosa. E só perante tal falta de prova se poderia presumir o carácter enganoso da publicidade *sub judice*.

Vejamos.

Conforme pondera Ana Clara Azevedo de Amorim, “*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*

segurança jurídica face às cláusulas gerais” (Manual de Direito da Publicidade, ob. cit., pág. 27).

Em consonância com o acima exposto, no Preâmbulo do Código de Conduta da ARP atribui-se ao Código, além de outros, os seguintes objetivos:

- demonstrar responsabilidade e boas práticas na Publicidade e noutras formas de Comunicação Comercial;
- reforçar a confiança generalizada do público na Comunicação Comercial; respeitar a privacidade e as preferências dos Consumidores; assegurar uma responsabilidade particular relativamente à Comunicação Comercial dirigida a crianças e jovens;
- fomentar a auto-regulação e as boas práticas junto dos vários agentes envolvidos;
- reforçar a componente ética nas várias vertentes da Comunicação Comercial sem prejuízo da componente jurídica.

Além do mais, a interpretação das normas deve levar em consideração não só a sua letra como também o seu espírito.

Assim o diz o art.º 3.º do Código de Conduta:

“1. O Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária deve ser interpretado em conformidade com o seu espírito e letra”.

A comunicação comercial utilizada pela Recorrente constitui *endorsement*: aquilo que José Engrácia Antunes denomina “*publicidade testemunhal com recurso a depoimento de figuras públicas, designadamente de pessoas com notoriedade nos domínios cultural, artístico e desportivo*” (“O Direito da

Publicidade: breve introdução”, in Boletim da Faculdade de Direito, vol. 93, tomo 2 (2017), p. 810).

Catarina Furtado é uma figura pública. Apresentadora de televisão, jornalista, atriz, divulgadora e impulsionadora de atividades de solidariedade social, goza de uma enorme empatia junto do público.

Por outro lado, como notou a Requerente na sua queixa, não consta que Catarina Furtado tenha conhecimentos técnicos que lhe permitam recomendar os produtos da ZEISS, dizendo que esta é a sua marca de confiança.

Se um famoso desportista publicita a sua confiança numa determinada marca de artigos desportivos e é visto a competir utilizando produtos dessa marca, nada mais é necessário fazer para que se dê como comprovada a veracidade desse *endorsement*.

Não assim quanto a Catarina Furtado. Cabia, pois, à Requerida alegar e demonstrar factos dos quais se poderia inferir ser verdadeira a propalada *confiança* de Catarina Furtado na marca ZEISS, em termos que poderiam objetivamente determinar esse apego à marca, posto que a ZEISS é alegadamente a “sua” marca de confiança.

Das normas supratranscritas contidas nos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade e das Diretivas Comunitárias a 2.ª Secção do Júri de Ética deduziu um princípio, o de que compete ao anunciante apresentar prova da veracidade da mensagem publicitária, sob pena de se ter como indemonstrada tal veracidade. Isto é, sobre o anunciante recai o ónus da prova da verdade daquilo que é alegado nas suas comunicações comerciais. E tal ónus abarca a veracidade da publicidade testemunhal.

Com esse sentido também deve ser interpretado o já supratranscrito art.º 12.º do Código de Conduta.

De todo o modo, é verdade que na comunicação comercial em análise Catarina Furtado emite um juízo genérico a favor de uma marca, naquilo que pode ser encarado pelo consumidor como uma mera opinião subjetiva, uma simples opinião não carecedora de fundamentação, tanto mais que naquela comunicação não se menciona nenhum produto em concreto. Aliás a própria Requerente, na sua queixa, afirma que “[o]s *testemunhos/recomendações de Catarina Furtado não são genuínos **nem comprováveis**, nem tão-pouco ligados à respetiva experiência*” (art.º 38.º da queixa, negrito nosso). Daí que cremos ser compreensível, em termos relevantes, que a ZEISS acalentasse a convicção de que para sustentar a seriedade da comunicação testemunhal de Catarina Furtado bastaria a “palavra” da depoente, documentada na campanha em si, coadjuvada com o próprio prestígio da marca.

Ora, em matéria tão relevante e com contornos de tamanha ambiguidade, cremos que a 2.ª Secção deveria ter recorrido aos poderes que lhe são conferidos pelo art.º 12.º do Regulamento do Júri:

“Diligências complementares

O JE poderá, a qualquer momento, e para esclarecimento das questões a decidir, solicitar quaisquer outras diligências, nomeadamente recorrendo às Partes, a terceiros ou a assessores técnicos da Auto-Regulação Publicitária.”

E assim, perdendo-se algum tempo mas ganhando-se em segurança quanto ao caminho decisório a seguir, certamente a ZEISS poderia ter apresentado o vídeo que ora juntou ao recurso, no qual se documenta uma visita de Catarina Furtado às instalações da ZEISS na Alemanha.

Face ao exposto, a Comissão de Apelo admite a junção aos autos do aludido vídeo.

A.3. Nas conclusões S) a Y) do seu recurso a Recorrente reitera a convicção de que a afirmação “*a minha marca de confiança*” não é suscetível de comprovação, na medida em que o vocábulo “confiança” consubstancia um juízo subjetivo, um sentimento de segurança assente em perceções que variam de pessoa para pessoa. Segundo a Recorrente, não é possível objetivar um sentimento/perceção pessoal como é a “confiança”.

Nesta parte, como resulta do já acima exposto, concorda-se com a posição adotada pela 2.^a Secção.

Independentemente do grau de subjetivismo inerente à declaração, a afirmação verdadeira de que uma determinada marca é a marca da “minha” confiança tem necessariamente uma base objetiva, assente na experiência real, material, factual, do depoente. É essa experiência que cabe à Requerida alegar e demonstrar. Sob pena de, conforme se ponderou na decisão recorrida, com citação de Maria Josep Baró i Balbé (*La Publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors, Generalitat de Catalunya, 1992, pág. 181 e ss*), se concluir que a publicidade testemunhal em causa é enganosa, por assentar tão só numa compensação pecuniária.

Discorda-se, pois, da relevância para estes autos do teor da deliberação do processo 9J/2016 do ICAP, citada pela Recorrente. Conforme bem se ponderou na decisão recorrida, essa deliberação não incidiu sobre publicidade testemunhal. Recaiu sobre um anúncio, que passava na rádio, em que um anónimo dizia que determinadas lentes progressivas eram “*as únicas com visão perfeita, máxima precisão, conforto e estética*”). O JE considerou as alegações publicitárias em causa enganadoras, com ressalva das referências ao conforto e estética. Quanto a estas últimas, o JE

considerou que “*são expressões com um grau de subjetividade que facilmente o consumidor se apercebe que as mesmas se enquadram num exagero normal, próprio da atividade*”. Ora, como bem se ajuizou na decisão recorrida, “*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*”.

A.4. Cabe, então, apreciar da seriedade da publicidade testemunhal protagonizada por Catarina Furtado, cuja comprovação a Recorrente ora ensaiou, juntando aos autos o aludido vídeo (cfr. conclusões BB) a EE).

Nesse vídeo, acessível pelo link <https://youtu.be/3nosLpV4K5I> , com a duração de 1 minuto e 19 segundos, vê-se Catarina Furtado a visitar uma fábrica da ZEISS na Alemanha, acompanhada por pessoas que lhe vão dando explicações e fazendo demonstrações acerca da tecnologia e instrumentos em presença.

Creemos que tal visita será suficiente para, num critério de razoabilidade, se considerar suficientemente demonstrada a sinceridade de Catarina Furtado quando presta o depoimento comunicacional ora em crise. De facto, efetuada essa visita, não vislumbramos razões para que Catarina Furtado, figura pública prestigiada, não estivesse a ser *séria* quando fez a afirmação que deu azo à queixa da ESSILOR.

Em suma, nesta parte a Comissão de Apelo dá razão à Recorrente, considerando comprovada a seriedade da publicidade testemunhal ora em causa.

B. Do fim / objetivo da campanha publicitária em causa nos autos

Pese embora tudo o atrás exposto, o quadro normativo que foi decisivo na deliberação recorrida foi o regime jurídico da publicidade dos dispositivos médicos, previsto no Decreto-Lei n.º 145/2009 de 17 de junho.

Considerando que os dispositivos médicos (definidos no art.º 3.º alínea t) do Decreto-Lei n.º 145/2009) “fabricados e comercializados pela ZEISS traduzidos por material ótico” constituem sinal forte da marca, a 2.ª Secção entendeu que a campanha publicitária em causa violava (por meio de publicidade indireta) a proibição contida no art.º 46.º n.º 3 alínea f) do aludido diploma, a qual no que concerne à publicidade de dispositivos médicos junto do público veda “... *qualquer elemento que 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*”.

A Recorrente discorda do assim decidido, argumentando que a campanha em causa é apenas publicidade institucional, não aludindo ou dizendo respeito a quaisquer produtos ou serviços da ZEISS, nomeadamente dispositivos médicos.

Segundo a Recorrente, “*a publicidade institucional e de promoção da marca em nada se confunde com a publicidade a um produto ou serviço, cujas regras e regulamentação são necessariamente distintas*”.

Vejamos.

O Código de Conduta da ARP aplica-se também à publicidade institucional.

Com efeito, no n.º 1 do art.º 1.º do Código estipula-se que “[o] *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária aplica-se genericamente ao conjunto*

da Publicidade e de outras formas de Comunicação Comercial destinadas à promoção de um qualquer tipo de bem ou serviço, **incluindo a promoção institucional e corporativa**".

Também o Código da Publicidade abarca a publicidade institucional.

Veja-se o art.º 3.º

"Conceito de publicidade

*1 - Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou **indirecto** de:*

a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;

*b) **Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.***

(...)."

Como afirma Ana Clara Azevedo de Amorim, "... *na medida em que promovem a criação de uma imagem favorável junto dos destinatários, que incide frequentemente sobre os próprios produtos ou serviços, as relações públicas continuam a ter como objetivo indireto a contratação, ainda que apenas a longo prazo...*" (Manual da Publicidade, ob. cit., pág. 41). Ou, como se afirmou no acórdão da Relação de Lisboa, de 25.10.2012, processo n.º 5348/11.6TBSXL.L1-8 (citado, na mesma obra, por Ana Clara Azevedo de Amorim, pp. 41 e 42), "*a publicidade abrange não só a promoção de bens ou serviços, mas ainda todas as formas de comunicação que tenham por objetivo directo ou indirecto essa promoção*".

Parece-nos evidente que com a promoção da sua marca com o recurso a uma figura célebre, a Recorrente, que é uma empresa necessariamente destinada à obtenção de lucro, visa incrementar as vendas dos seus produtos e serviços.

A Recorrida juntou aos autos, no recurso, um documento que consiste na reprodução de um artigo publicado pela ZEISS na Revista Millioneyes.

Nesse artigo, como diz a Recorrida, promove-se a parceria da ZEISS com Catarina Furtado.

Reproduzindo os segmentos destacados pela Recorrida, nesse artigo, sob o título “ZEISS | CATARINA FURTADO CONTINUA CONFIANTE”, consta que *“Sob o tema A minha marca de confiança a apresentadora, atriz, embaixadora da Boa Vontade das Nações Unidas e presidente da Associação Corações com Coroa, reforça uma união com a qual ambas as partes se identificam” e “é um privilégio fazer parte da família Zeiss, uma marca com 175 anos de história que trabalha diariamente para criar e responder com soluções altamente inovadoras às necessidades das comunidades em que se insere”.*

Pensamos que esse artigo (que não faz parte da comunicação comercial objeto deste recurso) confirma o já acima exposto acerca do caráter publicitário da intervenção de Catarina Furtado na dita campanha e da sua sujeição às regras que regem a publicidade.

Porém, é um facto que nessa campanha não são visionados quaisquer objetos ou produtos da ZEISS.

E mesmo admitindo, como se faz na decisão recorrida, que o “material ótico” “consubstancia o sinal forte da marca”, certo é que nem todo o material ótico é dispositivo médico.

Embora a ZEISS seja conhecida como fabricante de produtos óticos, estes não são necessariamente dispositivos médicos, conforme decorre do documento n.º 3 junto pela ZEISS com a sua contestação e como é do conhecimento comum: pense-se no vasto setor da fotografia, binóculos, lentes de proteção dos raios solares.

A campanha publicitária em questão não publicita nenhum produto em concreto, nomeadamente dispositivos médicos.

Com todo o respeito que nos merece o juízo recorrido, aliás brilhantemente sustentado, cremos que a dita campanha, pela forma como está gizada, não engana o consumidor nem o impele a adquirir dispositivos médicos. Tão só dá visibilidade a uma empresa que, legitimamente e naturalmente, procura mostrar-se no mercado, neste caso recorrendo a uma figura pública muito prestigiada. Catarina Furtado manifesta o seu apoio à marca de forma “limpa”, sem apontar nenhum produto em concreto, muito menos sem incitar ao consumo de nenhum dispositivo médico.

Se a dita campanha não engana o consumidor nem o impele à aquisição de dispositivos médicos em concreto, a queixa da ESSILOR deve ser julgada improcedente.

III. Decisão

Pelo exposto, delibera esta Comissão de Apelo dar provimento ao recurso interposto pela Requerida **CARL ZEISS VISION PORTUGAL, S.A.**, e consequentemente revoga a deliberação tomada em 04 de maio de 2022 pela 2.^a Secção do Júri de Ética da Associação da Auto Regulação Publicitária, negando-se provimento à queixa apresentada por **ESSILOR PORTUGAL – SOCIEDADE INDUSTRIAL DE ÓTICA LDA.**

Lisboa, 02 de junho de 2022

Jorge Leitão Leal

Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral

Vice-Presidente da Comissão de Apelo

Clara Moura Guedes

Vice-Presidente da Comissão de Apelo