

COMISSÃO DE APELO

Proc.º. Nº 7J/2020

Recorrente:
MILUPA COMERCIAL – Comercialização de Prod. Alimentares, SA.
VS.
NESTLÉ PORTUGAL, Unipessoal, LDA.

Relatório

Veio **Milupa Comercial – Comercialização de Produtos Alimentares, S.A.**, **recorrer** da deliberação da Primeira Secção do Júri de Ética da ARP que decidiu a queixa que apresentou contra **Nestlé Portugal, LDA.**, nos seguintes termos:

“negar provimento à queixa apresentada pela Requerente, quanto aos rótulos das embalagens dos produtos NAN SUPREME HA 1 e NAN SUPREME HA 2 por considerar que os mesmos não contêm alegações nutricionais e de saúde proibidas.

No que concerne ao folheto de cariz factual, disponibilizado exclusivamente a profissionais de saúde, considerar que as alegações neles contidas, que afirmam a superioridade não comprovada dos produtos NAN SUPREME HA face aos da concorrência, violam o disposto no art.º 4.º, no n.º 1 e 2 do art.º 9.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, não tendo sido observado, também, o disposto no art.º 12.º do mesmo Código quanto à comprovação das alegações, consubstanciando uma prática comercial desleal, nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008 e o disposto nos art.ºs 10.º e 11.º do Código da Publicidade. Face a esta desconformidade deve a referida

publicidade aos profissionais de saúde cessar de imediato e não ser repostada seja em que formato ou suporte for. Quanto aos restantes suportes através dos quais foi veiculada publicidade ao produto “Bepanthen Baby” considerar que os mesmos não violam qualquer dispositivo legal”.

Alegou, essencialmente, a recorrente:

1 – NAN SUPREME HA 2

1. O NAN SUPREME HA 2 é uma fórmula ou leite de **transição**, comumente designados de Leites 2, porque se posicionam para uma segunda etapa, a partir dos 6 meses de vida do bebé.

1.1 – NAN SUPREME HA 2 e a Alegação Nutricional “ótima qualidade de proteínas”

2. De acordo com o artigo 2.4 do Regulamento 1924/2006 uma **alegação nutricional** é:

“qualquer alegação que declare, sugira ou implique que um alimento possui propriedades nutricionais benéficas particulares devido:

(...)

b) **Aos nutrientes** ou outras substâncias **que:**

i) **contém,**

ii) *contém em proporção reduzida ou aumentada, ou*

iii) *não contém;*”

3. E de acordo com o artigo 2.2 do mesmo Regulamento, não há dúvidas de que as proteínas são um nutriente:

“Nutriente», as proteínas, os hidratos de carbono, os lípidos, as fibras, o sódio, as vitaminas e os minerais enumerados no Anexo da Directiva 90/496/CEE e as substâncias que pertencem a uma daquelas categorias ou dela são componentes;”

4. Pois bem, olhando para a rotulagem do NAN SUPREME HA 2, é inequívoco que se refere que o produto **contém umas proteínas de ótima qualidade, o que sugere ou implica que o alimento possui uma boa característica nutricional (relacionada neste caso com o nutriente proteína)**:

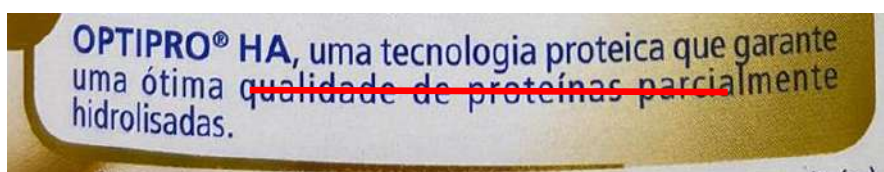


Fig. 1

5. **Dizer que esta informação que destaca que o produto contém uma ótima qualidade de proteínas não é uma alegação nutricional é simplesmente não fazer caso da definição de alegação nutricional do Regulamento 1924/2006.**

6. Mas não só se trata de uma alegação nutricional, como se trata – como vamos passar a ver – de uma alegação nutricional ilegal, pois de acordo com o artigo 8.1 do Regulamento 1924/2006:

“Só são permitidas as alegações nutricionais que constem do Anexo e que preencham as condições estabelecidas no presente regulamento.”

7. Ora, olhando para o Anexo do Regulamento 1924/2006 – e recordamos que se trata de uma lista de alegações nutricionais fechada, ou seja, não se podem usar ou inventar outras alegações nutricionais que não constem dessa lista – constata-se que **só existem quatro alegações nutricionais que se podem usar em relação às proteínas.**

8. Essas quatro alegações nutricionais são:

“FONTE DE PROTEÍNA

Uma alegação de que um alimento é uma fonte de proteína, ou qualquer alegação que possa ter o mesmo significado para o

consumidor, só pode ser feita quando, pelo menos, 12 % do valor energético do alimento for fornecido por proteína.

ALTO TEOR EM PROTEÍNA

Uma alegação de que um alimento tem alto teor em proteína, ou qualquer alegação que possa ter o mesmo significado para o consumidor, só pode ser feita quando, pelo menos, 20 % do valor energético do alimento for fornecido por proteína.

(...)

TEOR DE (NOME DO NUTRIENTE) REFORÇADO

Uma alegação de que o teor de um ou mais nutrientes, que não vitaminas e minerais, foi reforçado, ou qualquer alegação que possa ter o mesmo significado para o consumidor, só pode ser feita quando o produto preencher as condições da alegação «Fonte de» e o reforço do teor for, no mínimo, de 30 % em relação a um produto semelhante.

TEOR DE (NOME DO NUTRIENTE) REDUZIDO

Uma alegação de que o teor de um ou mais nutrientes foi reduzido, ou qualquer alegação que possa ter o mesmo significado para o consumidor, só pode ser feita quando a redução do teor for, no mínimo, de 30 % em relação a um produto semelhante, excepto no caso dos micronutrientes, para os quais é aceitável uma diferença de 10 % em relação aos valores de referência estabelecidos na Directiva 90/496/CEE, e do sódio, ou do valor equivalente de sal, para o qual é aceitável uma diferença de 25 %.”

9. Ora, o **NAN SUPREME HA 2 não cumpre com as condições para usar qualquer uma das quatro alegações mencionadas:**

i) Não é “*fonte de proteína*” – conforme demonstrámos na queixa apresentada e tendo por base os valores de proteína declarados pela própria Nestlé na informação nutricional que consta da embalagem do produto;

ii) Não chegando a ser fonte de proteína, muito menos teria um “*alto teor em proteína*”;

iii) Tão pouco tem um “*teor de proteína reforçado*”, pois mais uma vez não é fonte de proteína, nem tem mais 30% de proteína que os seus concorrentes;

iv) Nem possui um “*teor de proteína reduzido*”, pois não tem, no mínimo, menos 30% de proteína que os seus concorrentes (a proteína é um macronutriente, sendo que os micronutrientes cujos valores de referência estão estabelecidos na Directiva 90/496/CEE e na legislação que lhe sucedeu, dizem respeito a vitaminas e minerais).

10. Existe uma outra alegação nutricional prevista no Anexo do Regulamento 1924/2006 que é **CONTÉM [NOME DO NUTRIENTE OU OUTRA SUBSTÂNCIA]¹**, mas trata-se de uma alegação nutricional aplicável a um nutriente “*para o qual o presente regulamento não preveja condições específicas*”. Assim, não se aplica às proteínas pois estas já são alvo de alegações nutricionais específicas. Isto não significa que não se possa dizer que um produto “*contém proteínas*”. Significa sim que, para destacar a proteína como faz a Nestlé no seu produto, é necessário cumprir com as condições específicas já definidas no Anexo do Regulamento para as proteínas, o que neste caso equivale a dizer que o produto tem de ser pelo menos “*fonte de proteína*”.

11. E é por isso que Milupa se esforçou em demonstrar na sua Reclamação que NAN SUPREME HA 2 não é “*fonte de proteína*”, pois esta era a única alegação nutricional que poderia

1 Esta é a alegação nutricional usada no NAN SUPREME HA 2 para poder mencionar os oligossacáridos.

explicar o facto da Nestlé destacar que o seu produto contém uma ótima qualidade de proteína.

12. Por outras palavras, a Nestlé para poder destacar as proteínas no seu produto e dizer que o mesmo contém uma ótima qualidade de proteínas teria de ter uma quantidade mínima significativa de proteína, quantidade essa que o legislador definiu na alegação nutricional “*fonte de proteína*” (a proteína tinha de ser responsável por pelo menos 12% do valor energético do alimento).

13. Não existindo essa quantidade, ou seja, não sendo pelo menos o produto “*fonte de proteína*”, não se pode dizer que o alimento contém uma ótima qualidade de proteínas, pois o produto não chega a ter uma quantidade significativa do nutriente para permitir destacá-lo ao consumidor. É como se o legislador tivesse definido uma fronteira a partir da qual o produto tem uma quantidade significativa e pode por isso chamar a atenção do consumidor para as proteínas (quando o produto é pelo menos “*fonte de proteína*”) e abaixo da qual se proíbe a comunicação da característica nutricional por as quantidades não serem significativas.

14. Mas façamos uma analogia para melhor compreensão. O Anexo do Regulamento 1924/2006 também estabelece a alegação nutricional de “*fonte de...*” para vitaminas e minerais, associando também uma determinada quantidade significativa. Ora, para se poder dizer que um alimento **contém** determinada vitamina ou determinado mineral é igualmente necessário que o alimento tenha, pelo menos, as quantidades significativas definidas e seja, portanto, fonte dessa vitamina ou mineral. Não sendo fonte dessa vitamina ou mineral não pode comunicá-la ao consumidor.

15. Caso não se cumprisse esta explicação que acabamos de dar, então passaria a ser possível, por exemplo, ter um produto com uma quantidade residual de Vitamina C ou Cálcio – não cumprindo, portanto, com as definições de “*fonte de*” e ainda assim comunicar com grande destaque ao consumidor “*com uma ótima qualidade de Vitamina C*” ou “*com uma ótima qualidade de Cálcio*”. **Seria caricato e obviamente enganoso para o consumidor.**

16. Mas é precisamente este tipo de comunicação ilegal – uso de uma alegação nutricional ilegal em que se destaca ótima qualidade da proteína quando não há uma quantidade de proteína suficiente e não se cumpre nenhuma das alegações nutricionais para proteínas e respectivas condições estabelecidas no Anexo do Regulamento – que a Nestlé está a fazer e que, talvez por não termos entrado neste detalhe, a 1ª Secção não se deu conta.

17. **Acreditando que não é a este tipo de práticas que a ARP pretende abrir a porta aos seus associados, apelamos à CA para que rectifique a deliberação da 1ª Secção, não permitindo a existência de uma menção à “ótima qualidade das proteínas”, quando a mesma constituiu uma alegação nutricional ilegal que viola o artigo 8 do Regulamento 1924/2006.**

1.2 – NAN SUPREME HA 2 e a Alegação Nutricional “OPTIPRO”

18. O considerando n.º 4 do Regulamento 1924/2006 diz o seguinte:

“(…) O presente regulamento é igualmente aplicável às marcas de fabrico e outras marcas comerciais susceptíveis de ser interpretadas como alegações nutricionais ou de saúde”.

19. E o artigo 28.2 do mesmo Regulamento especifica:

“Os produtos que ostentem marcas de fabrico ou comerciais existentes antes de 1 de Janeiro de 2005 que não cumpram o disposto no presente regulamento podem continuar a ser comercializados até 19 de Janeiro de 2022, após o que lhes são aplicáveis as disposições do presente regulamento”.

20. Relativamente à marca registada “OPTIPRO” a Nestlé limitou-se a referir no ponto 25 da sua contestação que:

“Ora, desde logo, cumpre esclarecer que a expressão “OPTIPRO” é uma marca registada da Nestlé desde 2003, sendo uma expressão de fantasia, isto é, sem significado directo para o consumidor”.

21. Estava do lado da Nestlé o ónus da prova de que de facto “OPTIPRO” não é susceptível de ser interpretada como uma alegação nutricional por parte do consumidor, mas a única coisa que foram capazes de afirmar foi que a mesma não tem qualquer significado para o consumidor.

22. E é no mínimo estranho tal afirmação quando é a própria Nestlé que explica o seu significado ao consumidor. Recordemos a parte dianteira e traseira da embalagem:



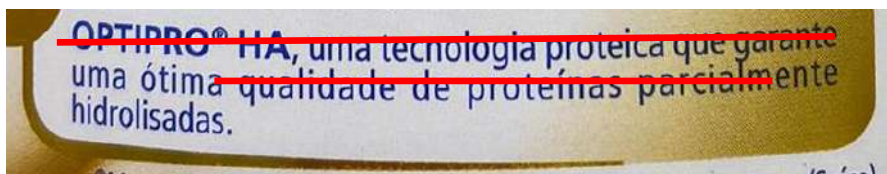


Fig. 2

23. Ora, parece-nos surreal que se tente dizer que o consumidor não verá em “OPTIPRO” qualquer significa quando precisamente é a própria Nestlé que lhe explica que significa uma “*ótima qualidade de proteínas*”, a tal alegação nutricional ilegal que vimos antes.

24. E nem faria falta voltarmos a recordar a casualidade da palavra “OPTIPRO” ser composta pelas iniciais de **Óptima Proteína**.

25. Então só se pode concluir que sim, que esta é uma marca registada que é susceptível de ser interpretada como uma alegação nutricional, sendo a própria Nestlé a apresentá-la como tal ao consumidor.

26. E se como vimos “*ótima qualidade de proteínas*” é uma alegação nutricional ilegal, então a marca registada que encontraram para definir essas proteínas muito boas é igualmente uma alegação nutricional ilegal.

27. E é verdade que mesmo que uma marca registada não cumpra o disposto no Regulamento 1924/2006, os produtos que ostentavam essa marca antes de 1 de Janeiro de 2005 foram autorizados a poderem ser comercializados até 19 de Janeiro de 2022.

28. Mas isso não se pode aplicar ao NAN SUPREME HA 2, pois é um produto recente conforme demonstrámos na Reclamação, que apenas foi introduzido no mercado em 2018.

29. E para produtos relativamente recentes no mercado não se pode aplicar um período de transição definido há 14 anos.

Atente-se na redação do Artigo 28.2 do Regulamento 1924/2006, **de 20 de Dezembro de 2006 e aplicável desde 1 de Julho de 2007**: “Os produtos que ostentem marcas de fabrico ou comerciais existentes antes de 1 Janeiro de 2005 que não cumpram o disposto no presente regulamento **podem continuar a ser comercializados** até 19 de Janeiro de 2022 (...)”. Ou seja, para se poder aplicar este período de transição o produto já teria de existir na altura para que pudesse **continuar** a ser comercializado.

30. **E sim, “OPTIPRO” é uma marca registada de um produto e não uma marca registada de um processo tecnológico.**

31. De facto, a Nestlé induziu em erro a 1ª Secção ao ponto desta afirmar na página 13 da sua deliberação:

“Como processo tecnológico que é, é, naturalmente, evolutivo pelo que este JE refuta as conclusões da Requerente quanto a esta matéria, designadamente quanto à data de introdução no mercado dos produtos, porquanto não se trata de uma marca regista de um produto, mas de marca registada de um processo tecnológico que data de 2003.”

32. **Falso.**

33. Desde logo não existem marcas registadas de processos tecnológicos. As marcas registadas aplicam-se a produtos ou serviços.

34. Mas bastaria ter entrado no *link* disponibilizado pela Nestlé para rapidamente se confirmar que efectivamente se trata de uma marca registada de produto para as classes 5, 29 e 30 como mostra o **Documento 1** que se junta e a imagem infra:

Trade mark information

Name	OPTIPRO	Filing date	
Filing number	0815866	Registration date	18/12/2003
Basis	IR (Search on WIPO database)	Expiry date	18/12/2023
Date of receipt	29/09/2011	Designation date	26/08/2011
Type	Word	Filing language	French
Nature	Individual	Second language	English
Nice classes	5, 29, 30 (Nice Classification)	Application reference	
Vienna Classification		Trade mark status	IR accepted
		Acquired distinctiveness	No

Goods and services

English (en) ☒

5 Foods and nutritional substances for babies and children; foods and nutritional substances for nursing mothers for medical use.

29 Preserved, dried or cooked vegetables, preserved, dried or cooked fruits, preserved, dried or cooked mushrooms, meat, poultry, game, fish and seafood products, all these products in the form of extracts, soups, jellies, spreads, preserves, cooked, deep-frozen or dehydrated meals; jams; eggs; milk, cream, butter, cheese and other foods based on milk; milk substitutes; beverages made with milk; cream and milk-based desserts; yoghurts; soya milk (milk substitute), preserved soya beans for human consumption; edible oils and fats; protein preparations for consumption; whiteners for coffee and/or tea (substitutes cream); sausages; charcuterie, peanut butter; soups, concentrated soups, thick soups, bouillon cubes, bouillons, consommés.

30 Coffee, coffee extracts, preparations and beverages made with coffee; iced coffee; artificial coffee, artificial coffee extracts, preparations and beverages made with artificial coffee; chicory; preparations made with malt for consumption; preparations and beverages made with cocoa; chocolate, chocolate products, preparations and beverages made with chocolate; confectionery, sugar confectionery sweets, sugar; non-medical chewing gums; natural sweeteners; bakery products, bread, yeast, pastries; biscuits, cakes, cookies, waffles, caramels, puddings; edible ice, water ices, sorbets, iced confectionery, frozen cakes, ice cream, ice desserts, iced yoghurts, powders and binding agents (included in this class) for making edible ice and/or water ice and/or sorbets and/or iced confectionery and/or frozen cakes and/or ice cream and/or ice desserts and/or iced yoghurts; honey and honey substitutes; breakfast cereals, muesli, corn flakes, cereal bars, ready-to-eat cereals; cereal preparations; rice, pasta, noodles; rice, flour or cereal-based foodstuffs, also as cooked dishes, pizzas; sandwiches; oven-ready preparations of farinaceous paste and of cake pastry; sauces, soya sauce; ketchup; products for flavouring or seasoning foodstuffs; edible spices, condiments, salad dressings, mayonnaise, mustard, anegars.

[Click for more information](#) X

Fig. 3

35. **Em conclusão, “Optipro” é uma marca registada de produto, que efectivamente foi registada em 2003, mas que não pode ser usada para veicular uma alegação nutricional ilegal num produto lançado em 2018, ao qual já não se aplica o período de transição.**

36. **Uma vez mais, não sendo seguramente objectivo da ARP que os seus associados possam passar a usar marcas registadas que signifiquem alegações nutricionais não autorizadas, apelamos à CA para que rectifique a decisão da 1ª**

Secção, não permitindo o uso da marca “OPTIPRO” no produto, pois a mesma constituiu uma alegação nutricional ilegal que viola o artigo 8 do Regulamento 1924/2006.

1.3 – NAN SUPREME HA 2 e as Alegações de Saúde associadas às Proteínas

37. De acordo com o artigo 2.5 do Regulamento 1924/2006 uma **alegação de saúde** é:

“qualquer alegação que declare, sugira ou implique a existência de uma relação entre uma categoria de alimentos, um alimento ou um dos seus constituintes e a saúde”

38. Ora, como facilmente se percebe, enquanto uma alegação nutricional menciona apenas uma característica nutricional boa do alimento (exemplo: contém Vitamina D), uma alegação de saúde concretiza um benefício do alimento ou um dos seus constituintes na saúde (exemplo: a Vitamina D contribui para o normal funcionamento do sistema imunitário).

39. Existem diferente tipos de alegações de saúde e começam-se por organizar-se em dois grandes grupos: as alegações de saúde no âmbito do artigo 13 do Regulamento 1924/2006 (alegações de saúde que não refiram a redução de um risco de doença ou o desenvolvimento e a saúde das crianças) e as alegações de saúde relativas ao artigo 14 do mesmo Regulamento (alegações relativas à redução de um risco de doença e alegações relativas ao desenvolvimento e à saúde das crianças).

40. As alegações de saúde que se encontram dentro do artigo 14 são alegações que, devido por exemplo à população alvo, carecem de um processo de autorização específico e mais complexo.

41. E é precisamente dentro desse artigo 14 que encontramos as alegações de saúde que interessam para o assunto

em análise: as alegações de saúde relativas ao desenvolvimento e à saúde das crianças.

42. Ora, a única alegação de saúde relativa ao desenvolvimento e à saúde das crianças aprovada até ao momento para as proteínas é a alegação “*As proteínas são necessárias para o*

ANEXO I

ALEGAÇÕES DE SAÚDE PERMITIDAS

Pedido — Disposições aplicáveis do Regulamento (CE) n.º 1924/2006	Requerente — Endereço	Nutriente, substância, alimento ou categoria de alimento	Alegação	Condições de utilização da alegação	Condições e/ou restrições de utilização dos alimentos e/ou declaração ou advertência complementar	Referência do parecer da AESA
Alegação de saúde nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 14.º relativa ao desenvolvimento e à saúde das crianças	Association de la Transformation Laitière Française (ATLA), 42, rue du Châteaudun, 75314 Paris Cedex 09, FRANCE	Proteínas	As proteínas são necessárias para o crescimento e o desenvolvimento normais dos ossos das crianças	A alegação só pode ser utilizada para alimentos que sejam pelo menos uma fonte de proteínas, tal como referido na alegação FONTE DE PROTEÍNAS, constante da lista do anexo do Regulamento (CE) n.º 1924/2006		Q-2008-326

crescimento e o desenvolvimento dos ossos em crianças” que foi publicada no Regulamento 983/2009:

43. Esta alegação de saúde estabelece como Condição de Utilização da Alegação que o alimento seja pelo menos fonte de proteína.

44. Ora, como vimos o NAN SUPREME HA 2 não é sequer fonte de proteína, pelo que fica automaticamente impossibilitado de usar a única alegação de saúde aprovada relacionada com proteínas que poderia usar.

45. Mas o facto do produto estar impossibilitado de relacionar as proteínas com a saúde não impediu a Nestlé de montar um esquema ardiloso para fazer passar na mesma ao consumidor a ideia de que as proteínas têm determinado impacto na saúde dos bebés.

46. E basicamente esse esquema ardiloso consiste em colocar os benefícios para a saúde associados às proteínas num suposto “*quadro informativo*” sobre o leite materno. Ora vejamos:



Fig. 4

Fig. 4

47. Olhando

48. para a parte traseira da embalagem, com o logotipo da Nestlé ao meio temos à esquerda do logo o suposto quadro informativo sobre o leite materno e à direita o quadro sobre as características do produto e o que o torna único.

49. Que casualidade, com tanta coisa que se poderia falar do leite materno, ter-se logo decidido falar exactamente das mesmas características que depois se exploram no quadro do produto!

50. E já que é um suposto quadro informativo sobre o leite materno, a Nestlé aproveita então para colocar tudo o que não podia dizer em relação ao impacto na saúde das proteínas.

51. Ora, no suposto quadro informativo sobre o leite materno que se encontra à esquerda do logo refere-se que o leite materno tem *“Proteínas na qualidade e quantidade certas, que ajudam o seu bebé a crescer e a desenvolver-se de uma forma saudável. Dar ao seu bebé a qualidade e quantidade certas de proteínas é fundamental para a saúde do seu bebé agora e para toda a vida.”*

52. Depois, no quadro sobre o produto que se encontra à esquerda do logo, vemos então as alegações nutricionais ilegais já

abordadas anteriormente: “*OPTIPRO HA, uma tecnologia proteica que garante uma óptima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas*”.

53. Tendo em conta que o consumidor é exposto a estes dois quadros da parte traseira da embalagem, qualquer consumir vai entender que o NAN SUPREME HA 2 tem umas proteínas de óptima qualidade e que as proteínas são importantes para a saúde do bebé e que ajudam o bebé a crescer e a desenvolver-se de forma saudável.

54. Ou seja, o consumidor vai depreender do conjunto total da informação que as proteínas têm uma relação com a saúde (ver definição de alegação de saúde no ponto 37), aspecto que não podia acontecer, pois como vimos o NAN SUPREME HA 2 não tinha qualquer alegação de saúde associada às proteínas que pudesse comunicar.

55. Trata-se sem dúvida de uma prática que engana o consumidor e que o leva a entender benefícios para saúde associados às proteínas – que ajudam o bebé a crescer e a desenvolver-se de forma saudável e que são fundamentais para a saúde do bebé – que não existem nem estão legalmente aprovados violando assim o artigo 10.1 do Regulamento 1924/2006.

56. **Assim, de forma a não possibilitar que os associados da ARP usem de semelhante estratégia para veicular alegações de saúde não autorizadas, apelamos à CA para que rectifique a decisão da 1ª Secção, não permitindo a existência de um suposto quadro informativo sobre o leite materno, onde a Nestlé aproveita para comunicar benefícios para a saúde associados à proteína, para que o consumidor os associe ao produto, contornando assim a limitação do produto**

não ter características que permitam o uso de alegações de saúde sobre proteínas.

57. Gostaríamos de terminar este capítulo dedicado ao NAN SUPREME HA 2 esclarecendo **que estas práticas jamais podem ser desculpadas por poder tratar-se de um produto recomendado por um profissional de saúde.** Refere a este propósito a 1ª Secção que:

“(...) muito provavelmente, só irá ler as mensagens contidas nas embalagens dos produtos depois de ter sido aconselhado, pelo profissional de saúde, a adquirir aquele leite para o seu bebé, pelo que as mensagens contidas nas embalagens poderão, isso sim, avivar o interesse do consumidor pelo produto e levá-lo a questionar, como sugerido, o profissional de saúde sobre as proteínas (...)”.

58. Importa clarificar que ainda que se trate de um produto que possa ser recomendado por um profissional de saúde, é um tipo de produto que se encontra nas prateleiras de qualquer supermercado, não sendo assim tão incomum, especialmente nos leites de transição em que o bebé já é mais crescido, a troca por produtos equivalentes de outras marcas.

2 – NAN SUPREME HA 1

59. O NAN SUPREME HA 1 é uma fórmula ou leite **para lactentes**, comumente designados de Leites 1, porque se posicionam para a primeira etapa, ou seja, desde o nascimento até aos 6 meses de vida do bebé.

2.1 – NAN SUPREME HA 1 e a Alegação Nutricional “ótima qualidade de proteínas”

60. Tendo em conta a **definição de alegação nutricional** já exposta no ponto 2 e olhando para a rotulagem do NAN SUPREME HA 1, **é inequívoco que o produto apresenta uma**

alegação nutricional, pois refere que contém umas proteínas de ótima qualidade, o que sugere ou implica que o alimento possui uma boa característica nutricional (relacionada neste caso com o nutriente proteína):

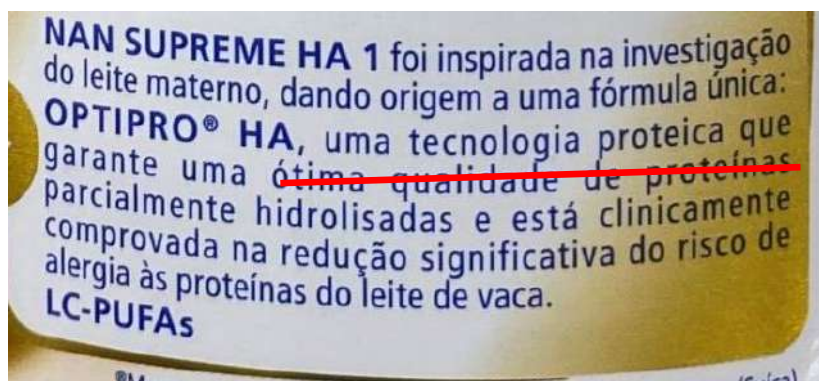


Fig. 5

61. **Dizer que esta informação que destaca que o produto contém uma ótima qualidade de proteínas não é uma alegação nutricional é simplesmente não fazer caso da definição de alegação nutricional do Regulamento 1924/2006.**

62. E não só é uma alegação nutricional, como se trata de uma alegação nutricional ilegal.

63. Mas para o caso do NAN SUPREME HA 1 – e por isso desta vez separámos os produtos para uma melhor compreensão – existe uma lista de alegações nutricionais ainda possíveis de usar até 21 de Fevereiro de 2021 (altura a partir da qual se aplicará o Regulamento Delegado 2016/127 que no seu artigo 8 proíbe as alegações nutricionais e de saúde nas fórmulas para lactentes). Essas alegações nutricionais constam do Anexo VII do Decreto-Lei 62/2017 que transpõe a Directiva 2006/141:

ANEXO VII

(a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º)

Alegações nutricionais e de saúde das fórmulas para lactentes e condições em que é permitida a respetiva alegação

I — Alegações nutricionais

Alegação nutricional relativa a	Condições em que é permitida a alegação nutricional
1.1 — Apenas com lactose	A lactose é o único hidrato de carbono presente. O teor de lactose não é superior a 2,5 mg/100 kJ (10 mg/100 kcal). O teor de ácido docosa-hexaenoico não é inferior a 0,2 % do teor total de ácidos gordos.
1.2 — Isenta de lactose	
1.3 — LCP adicionados ou alegação nutricional equivalente relativa à adição de ácido docosa-hexaenoico.	
1.4 — Alegações nutricionais relativas à adição dos seguintes ingredientes facultativos:	Adição voluntária a um nível que seria adequado para uso específico por lactentes e em conformidade com as condições fixadas no anexo IV.
1.4.1 — taurina	
1.4.2 — fruto-oligossacáridos e galacto-oligossacáridos	
1.4.3 — nucleótidos	

64. **Como facilmente se verifica, não há nenhuma alegação nutricional relacionada com proteína que possa ser usada, concluindo-se que a alegação nutricional “ótima qualidade de proteína” é ilegal, pois viola o n.º 5 do artigo 17º e o Anexo VII do Decreto-Lei 62/2017, pelo que apelamos à CA para que rectifique a decisão da 1ª Secção, não permitindo a existência de uma menção à “ótima qualidade das proteínas”.**

2.2 – NAN SUPREME HA 1 e a Alegação Nutricional “OPTIPRO”

65. Relativamente à alegação nutricional “OPTIPRO” aplica-se a mesma explicação que demos anteriormente para o NAN SUPREME HA 2, pois também neste caso fica claro – explicado no rótulo pela própria Nestlé – que “OPTIPRO” está relacionado com a tal ótima qualidade de proteína:



Fig. 6

66. Sendo a alegação nutricional usada para a definição de “OPTIPRO” ilegal, então a marca registada também o é, pois viola igualmente o n.º 5 do artigo 17º e o Anexo VII do Decreto-Lei 62/2017, **pelo que apelamos à CA para que rectifique a decisão da 1ª Secção, não permitindo o uso da marca “OPTIPRO” no produto.**

2.3 – NAN SUPREME HA 1 e as Alegações de Saúde associadas às Proteínas

67. Relativamente às fórmulas para lactentes, temos outra especificidade agora para as alegações de saúde: é que efectivamente existe uma alegação de saúde há muito permitida em fórmulas para lactentes (já vinha da Directiva 2006/141 transposta

para o Decreto-Lei 62/2017) e que ainda poderá ser usada até 21 de Fevereiro de 2021, momento a partir do qual será aplicável o Regulamento Delegado 2016/127, que proibirá completamente as alegações nutricionais e de saúde nas fórmulas para lactentes. Essa alegação de saúde que ainda se pode usar nas fórmulas para lactentes consta do mesmo Anexo VII do Decreto-Lei 62/2017:

ANEXO VII

(a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º)

Alegações nutricionais e de saúde das fórmulas para lactentes e condições em que é permitida a respetiva alegação

2 — Alegações de saúde (incluindo alegações de redução do risco de doença)

Alegação de saúde relativa a	Condições em que é permitida a alegação de saúde
2.1 — Redução do risco de alergia a proteínas do leite. Esta alegação de saúde pode incluir termos que refiram capacidade antigénica reduzida ou capacidade antialérgica reduzida.	a) Deverão existir dados objetivos e cientificamente validados que comprovem as propriedades mencionadas; b) As fórmulas para lactentes devem observar o disposto no ponto 2.2. do anexo IV e, se adequado, a quantidade de proteínas imunoativas medida por intermédio de métodos largamente aceites deve ser inferior a 1 % das substâncias com azoto presentes nas fórmulas; c) O rótulo deve referir que o produto não deve ser consumido por lactentes alérgicos às proteínas intactas a partir das quais é elaborado, a menos que ensaios clínicos largamente aceites comprovem tolerância em relação à fórmula para lactentes por parte de mais de 90 % dos lactentes (intervalo de confiança de 95 %) hipersensíveis às proteínas a partir das quais o hidrolisado é elaborado; d) As fórmulas para lactentes administradas por via oral não devem provocar, em animais, hipersensibilidade às proteínas intactas de que derivem as fórmulas para lactentes elaboradas.

68. Ora, a Milupa sabe que esta alegação de saúde sobre a redução do risco de alergia a proteínas do leite ainda pode ser usada, apenas nas fórmulas para lactentes, até Fevereiro de 2021. Por isso a Milupa não apresentou qualquer reclamação contra essa alegação de saúde. A própria Milupa usa essa alegação num produto equivalente ao NAN SUPREME HA 1.

69. Contudo, o racional apresentado para o NAN SUPREME HA 2 aplica-se aqui também. O facto de haver uma alegação de saúde que pode ser usada, não significa que se possam

usar alegações nutricionais não autorizadas sobre as proteínas muito boas que o produto tem ou que se possam implicar, ainda que indirectamente através do suposto quadro informativo do leite materno, alegações de saúde que não estão legalmente reconhecidas.

70. Vejamos a informação à qual o consumidor é exposto:



Fig. 7

71. Tal como acontecia na embalagem do Leite 2, também aqui no NAN SUPREME HA 1 temos a parte traseira da embalagem em que se apresentam os dois quadros copiados em cima: à direita do logotipo da Nestlé está o suposto quadro informativo sobre o leite materno onde a Nestlé aproveita para despejar benefícios das proteínas na saúde (ajudam o seu bebé a crescer e a desenvolver-se de uma forma saudável e são fundamentais para a saúde do bebé agora e para toda a vida), benefícios esses que o produto não poderia comunicar por não estarem legalmente reconhecidos e que erradamente o consumidor vai pensar serem aplicáveis também às óptimas proteínas do produto...

72. Assim, de forma a não possibilitar que os associados da ARP usem de semelhante estratégia para veicular alegações de saúde não autorizadas, apelamos à CA para que rectifique a decisão da 1ª Secção, não permitindo a existência de um suposto quadro informativo sobre o leite materno onde a Nestlé aproveita para comunicar benefícios para a saúde associados à proteína, que o produto não pode fazer e que induzem em erro o consumidor.

3 – Decisão da Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (entidade homóloga da ARP em Espanha, doravante designada de Autocontrol) contra a Nestlé España S.A.

73. Como referimos na Reclamação inicialmente apresentada, comunicações idênticas às descritas foram analisadas pelo *Autocontrol* espanhol e este não teve qualquer dúvida, tanto em Primeira Instância (equivalente às Secções da ARP), como em Segunda Instância (equivalente à CA da ARP) em dar razão à Numil Nutrición, S.R.L (empresa do Grupo Danone que equivale à Milupa em Portugal) numa queixa que aí realizámos contra a Nestlé España, S.A.

74. Voltamos a este assunto porque os dois principais argumentos apresentados pela Nestlé na sua contestação foram que:

i) As embalagens espanholas são significativamente diferentes das portuguesas, para dar a entender que o caso que agora tínhamos em mãos em nada tinha a ver com o que se passou no país vizinho;

ii) Por outro lado, acusou-nos de subestimar “a capacidade de presente Júri em tomar uma decisão imparcial”.

75. Ora, a Milupa jamais colocou em causa a imparcialidade do Juri de Ética.

76. A Milupa entende perfeitamente que, apesar de entidades homólogas, são completamente independentes e desempenham a sua função em países distintos.

77. Contudo, tendo em conta a semelhança das queixas e das embalagens em ambos os país e uma vez que a base legal era a mesma (Regulamentação Europeia), a Milupa decidiu partilhar esse processo com o Júri de Ética, não porque subestimamos a capacidade do Júri de Ética tomar uma decisão imparcial, mas porque sendo um tema com alguma complexidade, considerámos relevante fornecer toda a informação de que dispúnhamos.

78. E limitámo-nos na altura da Reclamação a mencionar apenas a existência desse processo em Espanha e remetemos para Anexos toda a documentação relevante.

79. Mas porque a Nestlé tentou dar a entender que eram processos substancialmente distintos, decidimos neste Recurso demonstrar muito brevemente que assim não é.

80. Ora, a principal diferença é que a Nestlé España usava, em vez da marca registada “OPTIPRO”, a marca registada “Gentle Proteins”. O resto era tudo semelhante. Senão vejamos:

i) Alegações nutricionais “Gentle Proteins” e “calidad óptima de proteína” que foram rejeitadas pelo Autocontrol:

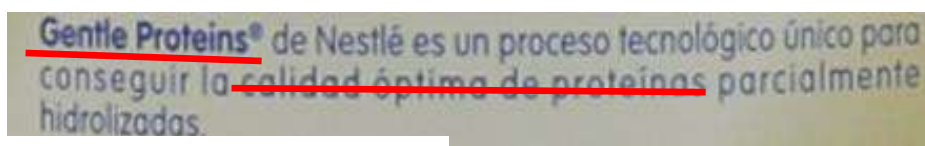
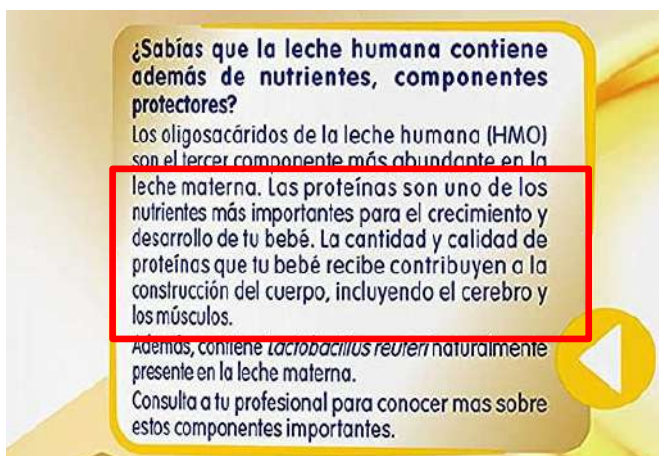


Fig. 8

ii) E um suposto quadro informativo sobre o leite materno que servia para o consumidor ser levado a entender que as proteínas do produto tinham determinados benefícios para saúde

que na realidade não tinham. Estas alegações de saúde implícitas foram igualmente rejeitadas pelo *Autocontrol* que determinou a cessação de tais práticas pela Nestlé España:



81. Como facilmente se constata e ao contrário do que Nestlé tentou demonstrar era em tudo um caso semelhante ao que temos vindo a analisar.

4 – Interpretação da 1ª Secção dos artigos 18 e 19 do Decreto-Lei 62/2017

82. Este capítulo serve apenas para clarificar uma interpretação da 1ª Secção que muito nos surpreendeu e antecipamos que nenhum operador ou autoridade, em Portugal ou noutro estado-membro, tem (pois apesar de ser um diploma local é a transposição de uma diretiva comunitária, a 2006/141).

83. Tendo a Milupa solicitado uma esclarecimento da deliberação da 1ª Secção, recebeu uma resposta, que terminava da seguinte da forma:

“(…)

No entanto o Decreto-Lei nº 62/2017 admite, como referido no pedido de esclarecimento, a alegação de saúde em causa contida no rótulo da embalagem NAN SUPREME H1 “A rotulagem das fórmulas para lactentes apenas pode conter alegações nutricionais e de saúde, nos

casos referidos no anexo VII do presente decreto-lei, e em conformidade com as condições nele estabelecidas” (n.º 5, do art. 17º). Porém o artigo 18º torna extensível a obrigação constante do n.º 5 do art. 17º às fórmulas de transição, no que diz respeito à apresentação dos produtos e, nos termos do art. 19º à publicidade (“À publicidade das fórmulas para lactentes e das fórmulas de transição são aplicáveis os requisitos, proibições e restrições constantes dos n.ºs 2 a 6 do artigo 17º”) reforçando, mais uma vez, a aplicação deste conjunto de regras às alegações nutricionais e de saúde, não só para as fórmulas para lactentes, como para as fórmulas de transição, ou seja, neste caso, para o NAN SUPREME HA 2 que, como vimos, contém uma alegação nutricional permitida nos termos do anexo VII.

Considerando que o Regulamento Delegado, no que se refere às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição fabricadas a partir de hidrolisados de proteínas, entra em vigor a partir de 22 de fevereiro de 2021, as alegações nutricionais e de saúde permitidas ao abrigo do Anexo VII do Decreto-Lei 62/2017 (para fórmulas para lactentes e de transição fabricadas a partir de hidrolisados de proteínas) deixam de ser admitidas, quer para as fórmulas para lactentes quer para as fórmulas de transição caso não se verifique uma revisão do Decreto-Lei 62/2017”.

84. Ora, com o devido respeito, não é isso que diz o Decreto-Lei 62/2017 (nem consequentemente a Directiva 2006/141).

85. Se olharmos para os n.ºs 2 a 6 do artigo 17 – que é relativo à **Rotulagem** – do Decreto-Lei 62/2017, **verificamos que há números que se aplicam apenas às fórmulas para lactentes e outros números que se aplicam às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição:**

“(...)

2 — A rotulagem das **fórmulas para lactentes e das fórmulas de transição** deve ser concebida de forma a conter as informações necessárias à utilização adequada dos produtos, não deve desincentivar o aleitamento materno, sendo proibida a utilização dos termos «humanizado», «maternizado», «adaptado» e de outros análogos.

3 — A rotulagem das **fórmulas para lactentes** deve conter as seguintes menções obrigatórias, precedidas pela expressão «Informação importante» ou por qualquer outra equivalente:

a) A afirmação da superioridade do aleitamento materno;

b) A recomendação de que o produto apenas seja utilizado mediante parecer de pessoas independentes qualificadas nos domínios da medicina, nutrição ou farmácia ou de outros profissionais responsáveis pelos cuidados maternos e infantis.

4 — A rotulagem das **fórmulas para lactentes** não deve incluir imagens de lactentes, nem de outras imagens ou textos suscetíveis de criar uma impressão falsamente positiva da utilização do produto, podendo conter representações gráficas que permitam a identificação fácil do produto e ilustrem o modo de preparação.

5 — A rotulagem das **fórmulas para lactentes** apenas pode conter alegações nutricionais e de saúde, nos casos referidos no anexo VII do presente decreto-lei, e em conformidade com as condições nele estabelecidas.

6 — As **fórmulas para lactentes e as fórmulas de transição** devem ser rotuladas de modo que os consumidores possam fazer uma clara distinção entre esses produtos, de modo a evitar qualquer risco de confusão.

(...)”

86. Ora, o que se estabelece nos artigos 18 e 19, relativos, respectivamente, à **Apresentação** e **Publicidade** dos produtos é simplesmente aplicar à Apresentação e à Publicidade dos produtos as mesmas regras definidas para a Rotulagem no artigo 17:

“Artigo 18.º

Apresentação

Os requisitos, proibições e restrições constantes dos n.os 2 a 6 do artigo anterior são aplicáveis à apresentação das fórmulas para lactentes e das fórmulas de transição, nomeadamente quanto à sua forma, aspeto ou modo de embalagem, aos materiais de embalagem utilizados, ao modo como estão dispostos e ao contexto em que são expostos.

Artigo 19.º

Publicidade

1 — À publicidade das fórmulas para lactentes e das fórmulas de transição são aplicáveis os requisitos, proibições e restrições constantes dos n.os 2 a 6 do artigo 17.º

(...)”

87. Assim, tal significa que o n.º 5 do artigo 17 – que remete para o Anexo VII onde constam as alegações nutricionais e de saúde específicas para as fórmulas para lactentes – não só se aplica à Rotulagem, mas também à Apresentação e Publicidade das fórmulas para lactentes. Mas sempre **apenas relativo às fórmulas para lactentes**, não sendo assim extensível às fórmulas de transição como interpretado pela 1ª Secção.

88. É por isso que nunca existiu a possibilidade de usar a alegação de saúde de redução do risco de alergia à proteína do leite de vaca em fórmulas de transição, pois a alegação só está estabelecida para as fórmulas para lactentes.

89. E isso explica também porque o NAN SUPREME HA 2 não usa essa alegação (nem qualquer outra fórmula de transição equivalente de outro operador).

90. Concluindo, é efetivamente verdade que as fórmulas para lactentes só poderão usar as alegações nutricionais e de saúde previstas no Anexo VII até 21 de Fevereiro de 2021, pois a partir do dia 22 desse mês será aplicável o Regulamento Delegado 2016/127, que no seu artigo 8 proíbe as alegações nutricionais e de saúde nas fórmulas para lactentes.

91. Mas, como vimos, não é verdade que semelhante proibição se aplique às fórmulas de transição, que poderão continuar a usar alegações nutricionais e de saúde, desde que em conformidade com o Regulamento 1924/2006.

Tendo em conta tudo o anterior,

SOLICITA-SE À COMISSÃO DE APELO DO JÚRI DE ÉTICA DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA que:

a) Dê por apresentado – através deste documento e seu anexo – **RECURSO**,

b) Em virtude do exposto, aceite de maneira integral este Recurso e delibere no sentido de aceitar todos os pontos que apresentámos contra a Nestlé relativamente à comunicação que fazem na rotulagem dos produtos NAN SUPREME HA 1 e NAN SUPREME HA 2.

Contra-alegou a recorrida, invocando essencialmente:

1. ENQUADRAMENTO

1. Este Recurso surge na sequência de uma Queixa apresentada pela Milupa contra a Nestlé, relativamente aos produtos *NAN Supreme HA 1* e *NAN Supreme HA 2* (doravante

designados de “**Produtos**”), na qual a Milupa alegou sintética e infundadamente que:

(i). O quadro informativo, que consta da parte traseira das embalagens dos Produtos, supostamente contém alegações de saúde ilícitas;

(ii). As referências a “OPTIPRO ®” e “*ótima qualidade de proteínas*”, que constam da parte dianteira das embalagens dos Produtos, supostamente constituem alegações nutricionais;

(iii). Os folhetos distribuídos a profissionais de saúde e relativos aos Produtos alegadamente conteriam, nas palavras da Milupa, “*comparações sobre a qualidade e quantidade de proteínas dos Produtos com outros produtos concorrentes*”.

2. A Exma. 1.^a Secção conclui, e bem, no sentido de que os rótulos das embalagens do Produtos não continham quaisquer alegações de saúde e nutricionais proibidas. Tendo, contudo, acolhido a argumentação da Milupa no que respeita aos folhetos distribuídos a profissionais de saúde e relativos aos Produtos.

3. A Milupa, não contente com a decisão, veio apresentar o presente Recurso, procurando, através da argumentação que já havia apresentado em sede de Queixa, que esta Exma. Comissão de Apelo veja nos Produtos ilegalidades que não existem.

4. Vê-se assim a aqui Recorrida Nestlé obrigada a apresentar Contestação de Recurso e, assim, orientar o melhor entendimento desta Ilustre Comissão, impugnando tudo quanto alegado pela Milupa, e, ainda, a decisão da Ilustre 1.^a Secção, na parte em que esta lhe é desfavorável, bem como na parte em que se procede à qualificação em alegações de determinadas informações prestadas pela Nestlé na embalagem dos Produtos.

5. Não pode também a Nestlé deixar de salientar, e de alegar no âmbito desta Contestação de Recurso o quanto a decisão da 1.^a

Secção excede o peticionado pela Milupa em sede de Queixa: afinal, de acordo com o disposto nos artigos 7.º e 10.º do Regulamento do Júri de Ética, este órgão somente se pronuncia sobre as comunicações comerciais, devidamente isoladas e especificamente indicadas na petição; não podendo, assim, ir além destas e pronunciar-se sobre matéria não especificamente requerida, sob pena de **excesso de pronúncia**.

6. Em suma, os factos, bem como o respetivo enquadramento legal e ético, porque simples e de sintética explicação, poderão ser resumidos em breves articulados e conduzidos à apreciação desta Comissão,

7. Que decerto reconhecerá razão à Nestlé, por compreender que a petição da Milupa carece de qualquer fundamento.

8. Como também compreenderá que uma das principais preocupações da Nestlé é, e sempre será, a saúde e o bem-estar dos seus consumidores mais frágeis: os bebés e naturalmente, os respetivos pais e cuidadores.

2. QUESTÃO PRÉVIA: ALEGADAS “LESÕES” À ATIVIDADE COMERCIAL DA MILUPA

9. Como questão prévia à apreciação material dos infundados argumentos da Milupa, não pode a Nestlé ignorar as acusações de que é alvo.

10. É que, a inícios da sua petição de Recurso, a Milupa alega que:

*“A Milupa decidiu apresentar este Recurso não só porque as práticas ilegais da Nestlé **estão a lesar a actividade comercial da Milupa** (...).”*

[sublinhado e negrito nossos]

11. Alegação essa que a Nestlé não compreende, por não ter causado quaisquer danos ou lesões na atividade comercial da Milupa.

12. Aliás, a Milupa não apresenta quaisquer indícios ou provas que o fundamentem; em particular, não justifica que lesão é essa que, alegadamente, a Nestlé estará a provocar na sua atividade comercial.

13. E, por outro lado, o que só por mero dever de patrocínio se relembra, não pertence às competências desta Exma. Comissão de Apelo apreciar alegados danos na atividade comercial dos requerentes.

14. Em sede de Recurso, a competência desta Comissão circunscreve-se, tão somente, a “*pronunciar-se em definitivo sobre*” as deliberações das Secções.

3. DAS EMBALAGENS DOS PRODUTOS NAN SUPREME HA 1 E 2

15. A Milupa apresenta, paralelamente, como motivação para este Recurso, a circunstância de que a decisão da 1.^a Secção “*abriria a porta – como de forma muito clara explicaremos ao longo deste documento – a que todos os operadores pudessem fazer o mesmo, passando a ignorar e a violar as regras europeias nesta matéria, o que parece grave.*”.

16. Referindo-se, sinteticamente, às seguintes práticas da Nestlé (cfr. práticas que estão representadas no documento que se junta como **doc. 1** e que se dá por integralmente reproduzido):

(i). A informação sobre leite materno contida nas traseiras das embalagens de NAN Supreme HA 1 e HA 2 – a caixa do lado esquerdo;

(ii). As referências a OPTIPRO ® e a “ótima qualidade de proteínas”, também contidas nas traseiras das embalagens de NAN Supreme HA 1 e HA 2 – a caixa do lado direito;

17. Vejamos.

a. das informações contidas no quadro informativo apresentado no verso da embalagem (a caixa à esquerda)

18. Importa, desde já, chamar a atenção desta Exma. Comissão de Apelo para o “esquema ardiloso”, desenhado e desenvolvido pela Milupa, de que a leitura integrada das duas caixas (esquerda e direita) dos Produtos constituem alegações de nutricionais e de saúde proibidas!

19. Esta acusação, não só não tem qualquer fundamento, como é bastante perigosa, pois leva a assunção de um racional e de uma premissa por parte da Milupa, que para além de totalmente falsos, conduzem a conclusões sem qualquer tipo de enquadramento legal e que importa por isso desconstruir.

20. Vejam os então:

21. Os Produtos contêm as seguintes informações no quadro informativo apresentado no verso da embalagem (caixa à esquerda):

“Sabia que o leite materno ajuda o seu bebé agora e no futuro?”

O leite materno é o melhor alimento para o bebé e tem componentes únicos como:

Proteínas na qualidade e quantidade certas, que ajudam o seu bebé a crescer e a desenvolver-se de uma forma saudável. Dar ao seu bebé a qualidade e quantidade certas de proteínas é fundamental para a saúde do seu bebé agora e para toda a vida.

Oligossacáridos do leite humano, componentes únicos encontrados no leite materno, que ajudam a reforçar o sistema imunológico.

Fale com o seu profissional de saúde sobre estes componentes.”

22. Por sua vez, numa caixa do lado direito da embalagem dos Produto poder-se-á encontrar informação sobre algumas das características dos Produtos, entre as quais, sobre a tecnologia **OPTIPRO®**, a qual desenvolveremos nos pontos 58 e seguintes.

23. Ora, apesar de a Milupa não tecer quaisquer apreciações individualizadas sobre as informações contidas na caixa do lado esquerdo com o quadro informativo sobre o leite materno tenta misturar esta informação com a informação, totalmente distinta,

contida na caixa à direita da embalagem, pretendendo criar associações que simplesmente não existem, por forma a concluir que o consumidor médio seria induzido em erro.

24. A artigos 70 e 71 da Petição de Recurso, a Milupa inclusive vai mais longe: alega que a interpretação conjugada das duas caixas levaria o consumidor a crer que os Produtos contêm os mesmos benefícios para a saúde que o leite materno, o que consubstanciaria uma **alegação de saúde proibida!**

25. A Exma. 1.^a Secção, presenteada com esta visão distorcida da Milupa, alegada em sede de Queixa e que agora tenta desesperadamente reforçar, veio a sustentar que a Nestlé já teria uma outra caixa (à direita, mais acima) cuja informação destacava os benefícios do leite materno e a necessidade de recurso a profissional de saúde.

26. Razão pela qual, entendeu a 1.^a Secção, *“não necessitaria de voltar a sinalizar os benefícios do leite materno e o recurso a um profissional de saúde para aconselhamento do melhor produto para o bebé”*.

27. Em seu entender, e em resultado da repetição, isto levaria a que o consumidor médio criasse uma associação entre a caixa à esquerda, que contém informação sobre o leite materno, e a caixa à direita, que contém informação sobre o produto da Nestlé.

28. Não obstante, conclui a 1.^a Secção, o consumidor será evidentemente capaz de entender que a mensagem da caixa à esquerda respeita só e unicamente ao leite materno.

29. Talvez conduzida pelo “ardiloso esquema” da Milupa na leitura conjugada destas duas caixas, a 1.^a Secção entendeu que as informações contidas no referido quadro informativo configuram uma mensagem relativa ao leite materno, **não obrigatória**, e uma alegação de saúde e/ou nutricional – distinção que a 1.^a Secção

nem sequer realizou, não concretizando se se deve entender por alegação de saúde, alegação nutricional ou ambas.

30. Alegação essa que seria perfeitamente admissível, nos termos e para os efeitos do Regulamento (CE) n.º 1924/2006.

31. Sucede que, e com o devido respeito, não podemos concordar com as conclusões da Milupa, nem tão pouco com as da Exma. 1.^a Secção a este respeito.

32. Desde logo, a Nestlé não aceita que o consumidor seja induzido em erro, em virtude de uma suposta leitura conjugada das duas caixas.

33. Afinal, a caixa da esquerda e a caixa da direita são total e absolutamente independentes.

34. Tanto assim é que a Exma. 1.^a Secção constatou e bem que:

“(...) o consumidor médio conseguirá sem dificuldade entender a mensagem que o leite materno é a melhor opção para o bebé, e que este contém substâncias únicas, designadamente proteínas na qualidade e quantidade certas que ajudam o bebé a crescer e a desenvolver-se de forma saudável, e oligossacáridos ingredientes fundamentais para a saúde do bebé agora e para sempre”.

35. De facto, é inegável que o quadro da esquerda, que contém informações sobre a qualidade e quantidades certas de proteínas no leite materno, respeita **tão somente** ao **leite materno**, não havendo qualquer margem para dúvidas.

36. Assim como é inegável que tal mensagem reforça, como aliás o exige a Lei, o carácter insubstituível do leite materno, porquanto é a própria Nestlé que reconhece que o *“leite materno é o melhor alimento para o bebé e tem componentes únicos”*.

37. Por esta via, não tem qualquer fundamento o quanto alegado pela Milupa, ficando inexoravelmente claro que a Milupa ***“pretende induzir a uma leitura exagerada que o consumidor médio e informado não fará”***.

38. Aliás, esta tentativa torna-se ainda mais evidente quando se considera que a Milupa, a respeito do Aptamil Prosyneo HA 1, dispõe no rótulo traseiro o seguinte trecho (cfr. documento que se junta como **doc. 2** e que se dá por integralmente reproduzido):

“Cada bebé é diferente

É possível que o seu bebé tenha um maior risco de desenvolver alergia às proteínas do leite de vaca por vários motivos (por exemplo, histórico familiar de alergias e fatores ambientais).

A presença de alergias durante as primeiras etapas pode ser um indicador de um sistema imunitário desequilibrado e o leite materno é sempre a melhor opção para contribuir para o desenvolvimento e resiliência do bebé.”

39. E contextualizando este trecho:

(i). Ao lado direito, o consumidor pode consultar informação específica acerca do produto Aptamil Prosyneo HA 1;

(ii). Ao topo, o consumidor pode ler **“combinação única de ingredientes”**;

40. Ou seja, das duas uma: (i) ou a Milupa está, consciente e deliberadamente a induzir o consumidor em erro e, por isso, a desenvolver uma prática informativa que considera ilegal; (ii) ou, por outro lado, tal prática é **perfeitamente admissível**, não gerando qualquer tipo de erro de percepção no consumidor.

41. Com efeito, aquilo que nos parece mais plausível é que **tais práticas não gerem qualquer tipo de erro ao consumidor**, porque não existe qualquer forma de leitura conjugada das duas caixas.

42. Mais reforçando esta conclusão o facto de o consumidor médio deste tipo de produtos ser particularmente acompanhado na decisão de escolha do produto: como bem salienta a decisão da 1.^a Secção, “os “*Leites de Substituição*” para lactentes e de transição, como os que são objeto da presente queixa, são normalmente adquiridos pelo consumidor na sequência de indicação ou prescrição média ou de aconselhamento por outro profissional de saúde.”

43. O que significa que o consumidor médio destes produtos está particularmente informado, não havendo qualquer base para

concluir que a informação disposta na parte traseira das embalagens dos Produtos aqui considerados é passível de o conduzir em erro.

44. Por outro lado, a Nestlé também não compreende de que modo a informação relativa ao **leite materno** pode constituir uma **alegação de saúde e/ou nutricional**.

45. Em primeiro lugar, porque se é verdade, e resulta expressamente do Regulamento Delegado (UE) 2016/127 aplicável a estes produtos, que existem informações mínimas obrigatórias sobre leite materno que devem constar nas embalagens destes produtos, também é verdade que o referido Regulamento em **nada impede** que tais informações vão para além dos mínimos exigidos por lei. **Aliás, para benefício dos consumidores, é até desejável que se o faça.**

46. Em segundo lugar, o considerado 4 do Regulamento (CE) 1924/2006 invocado pela 1.^a Secção para fundamentar a qualificação da informação como alegação bem esclarece que:

*“(4) O presente regulamento é aplicável a todas as alegações nutricionais e de saúde **feitas em comunicações comerciais**, nomeadamente na publicidade genérica dos alimentos e em campanhas de promoção, incluindo as patrocinadas total ou parcialmente pelas autoridades públicas. **Não é aplicável às alegações que sejam feitas em comunicações não comerciais, como as orientações ou os conselhos dietéticos emanados das autoridades e organismos de saúde pública, nem em comunicações e informações não comerciais constantes da imprensa e de publicações científicas.**”*

47. Ora, a abrangência do conceito de alegação deve respeitar, em primeiro lugar, o próprio âmbito de aplicação do Regulamento, ficando imediatamente excluídas desse âmbito de aplicação “as *alegações que sejam feitas em comunicações não comerciais*”, ou seja, todas aquelas que não respeitem ao comércio de produtos e à respetiva divulgação.

48. Que é justamente a situação que aqui se considera: uma informação sobre o **leite materno**, sem qualquer caráter

publicitário aos Produtos e explicitamente identificada como tal, isolada numa caixa informativa, na qual são identificadas as componentes **únicas do leite materno**.

49. Aliás, é evidente que informações a respeito do **leite materno** não se encontram abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento, desde logo por não se tratar de um alimento comercializável no mercado.

50. Para mais, o simples facto de estar contida na embalagem de um produto não a torna comunicação comercial.

51. Por isto, é essencial que a informação respeite ao produto comercial que está em causa, ou seja, que **verse especificamente sobre o produto que está a ser promovido e comercializado**.

52. Não sendo o caso, não é sequer sustentável que se trate de uma comunicação comercial.

53. Razão pela qual o quadro informativo relativo ao leite materno constitui uma informação não abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 1924/2006, **não podendo, de modo algum, ser considerada alegação de saúde ou nutricional para aqueles efeitos**.

54. E este é, aliás, o entendimento da Milupa e de outros intervenientes no mercado, que dispõem de informações sobre o leite materno nas embalagens dos respetivos produtos ou noutras plataformas.

55. Por exemplo, a própria Milupa contém uma informação na embalagem de Aptamil Prosyneo HA 1, que reproduzimos novamente e que vai claramente além das menções obrigatórias (cfr. documento que se junta como **doc. 2** e que se dá por integralmente reproduzido):

“Cada bebé é diferente

É possível que o seu bebé tenha um maior risco de desenvolver alergia às proteínas do leite de vaca por vários motivos (por exemplo, histórico familiar de alergias e fatores ambientais).

A presença de alergias durante as primeiras etapas pode ser um indicador de um sistema imunitário desequilibrado e o leite materno é sempre a melhor opção para contribuir para o desenvolvimento e resiliência do bebé.”

56. **O que demonstra que é este o entendimento dominante do mercado, não consistindo, a prática da Nestlé, em qualquer circunstância, uma alegação de saúde ou nutricional.**

b. da tecnologia OPTIPRO® que assegura uma “ótima qualidade de proteínas” (a caixa à direita)

57. Ainda antes de se debruçar sobre a admissibilidade das referências a OPTIPRO® e a “ótima qualidade de proteínas”, a Exma. 1.^a Secção define, como âmbito de análise, toda a informação contida na caixa da direita.

58. Sucede que, quando a Milupa define o âmbito da Petição de Queixa, sustenta que os pontos para os quais dirige a Reclamação são “os que *infra* se detalham:

(i). *As alegações de saúde ilícitas relativamente às proteínas, que se encontram num suposto “quadro informativo”, na parte traseira das embalagens dos Produtos;*

(ii). *As alegações nutricionais “Optipro®” e “ótima qualidade de proteínas”, que se incluem na parte dianteira e traseira das embalagens dos Produtos;*

(iii). *Comparações sobre a qualidade e quantidade de proteínas dos Produtos com outros produtos concorrentes num folheto para profissionais de saúde.”*

59. Ou seja, é evidente que **somente duas informações constantes do quadro à direita se encontram abrangidas pelo pedido inicial de Reclamação.**

60. Com efeito, de acordo com o disposto nos artigos 7.º e 10.º do Regulamento do Júri de Ética, este órgão somente se pronuncia sobre as comunicações comerciais, devidamente isoladas e especificamente indiadas na petição; não podendo, assim, ir além

destas e pronunciar-se sobre matéria não especificamente requerida, sob pena de **excesso de pronúncia**.

61. Pelo que a decisão da 1.^a Secção carece de ser retificada, desconsiderando-se o quanto respeitante à informação contida na caixa a direita, devendo a decisão restringir-se às referências OPTIPRO ® e *“ótimas qualidades de proteínas”*.

62. E, a propósito destas referências, a Exma. 1.^a Secção refere que *“não acompanha a Requerente no seu entendimento que a expressão OPTIPRO*HA, possa ser considerada uma alegação “nutricional equivalente a fonte de proteínas”, mais adiantando que considera “forçada a tese “ótima qualidade de proteínas” = OPTIPRO, duvidando que o consumidor médio faça uma tal associação de ideias”*.

63. Não obstante, e apesar de não ver que OPTIPRO ® seja uma alegação nutricional, considera que a informação que consta do quadro do lado direito do produto NAN Supreme HA 1 no seu geral, a saber:

*“OPTIPRO*HA, uma tecnologia proteica que garante uma ótima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas e está clinicamente comprovada na redução significativa do risco de alergias às proteínas do leite de vaca.”*

constitui uma *“alegação de saúde associada à marca OPTIPRO ® (que não se encontra na embalagem de NAN SUPREME HA 2), mas não considera este JE que exista uma alegação nutricional equivalente a “fonte de proteínas”, a qual entende dever estar conforme à legislação vigente.*

64. Concluindo que tal alegação de saúde se considera admissível até 22 de fevereiro de 2021, porque abrangida pelo período transitório de vigência do Regulamento Delegado (UE) 2016/127 da Comissão de 25 de setembro de 2015, já que está a causa uma alegação que respeita à *“utilização de hidrolisados de proteínas como fonte de proteínas em fórmulas para lactentes e fórmulas de transição”*.

65. Discordando do teor desta decisão, a Milupa limita-se a repetir o que já havia alegado e inferido em sede de Queixa.

66. Por um lado, torna a pretender que o trecho “*ótima qualidade de proteínas*” e a marca OPTIPRO® sejam analisados individualmente e de forma desapegada: quando, na realidade, a primeira trata apenas de explicar a tecnologia “OPTIPRO”.

67. Por outro lado, torna a pretender que o órgão decisor veja alegações onde elas não existem, transformando e dissecando palavras de forma despropositada.

68. Com a devida vénia, discorda a Nestlé desta decisão da Exma. 1.^a Secção de que se trata de uma alegação e, ainda mais, das conclusões que a Milupa pretende sustentar de que se trata de uma alegação nutricional ilícita.

69. Vejamos:

70. Em primeiro lugar, a utilização da palavra OPTIPRO não constitui qualquer processo criativo-linguístico de aglutinação, como pretende a Milupa: na realidade, OPTIPRO® é uma marca registada da Nestlé², desde 2003.

71. E que, portanto, na ótica do consumidor médio, representa tão somente uma marca associada aos produtos da Nestlé; **e nunca, de modo algum, uma alegação nutricional.**

72. Enquanto marca, OPTIPRO® identifica uma tecnologia desenvolvida pela Nestlé que permite obter proteínas parcialmente hidrolisadas com um perfil de aminoácidos específico, o que garante a qualidade proteica de que a Nestlé se arroga quando refere que se assegura uma “*ótima qualidade de proteínas*”.

73. Com recurso a este processo tecnológico, a Nestlé consegue reduzir a quantidade de proteínas presentes nas fórmulas

2 Marca Internacional n.º 0810 Registo pode ser comprovado através do seguinte link: <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/W10815866>

infantis para níveis mais adequados e seguros - conforme é opinião generalizada de especialistas³, tendo por base estudos desenvolvidos desde há mais de 20 anos.

74. A título meramente exemplificativo, sustenta-se que:

“O ideal crescimento, desenvolvimento e amadurecimento funcional de bebés e crianças depende da ingestão adequada e equilibrada de mais de cinquenta macro e micronutrientes essenciais. De todos esses nutrientes, as proteínas são, de longe, os mais importantes. A proteína na dieta fornece os aminoácidos essenciais necessários para o processo de síntese de proteínas e, portanto, não apenas a quantidade de proteína, mas também a qualidade das mesmas é importante. (...)

*Por outro lado, a **ingestão excessiva de proteínas durante períodos críticos de desenvolvimento também foi associada a um aumento da incidência de resultados intelectuais reduzidos mais tarde na vida, aumento da frequência de diabetes na infância e possíveis efeitos de longo prazo na função renal.***

*Assim, é evidente que **uma nutrição ideal de energia e proteínas é desejável durante os períodos críticos de desenvolvimento**, que no ser humano podem durar até aos primeiros três anos.”⁴*

75. E, ainda, que:

*“O rápido crescimento devido ao **alto conteúdo proteico** nas fórmulas infantis comerciais **representa um fator de risco para o excesso de peso e obesidade**. O teor proteico do leite materno é mais baixo. Portanto, as mães que não podem ou querem amamentar **devem escolher uma fórmula infantil com o teor proteico mais baixo possível**”⁵.*

76. E, por fim, que:

“As mães que não podem amamentar devem escolher a fórmula com o mais baixo teor proteico possível”⁶.

77. Este processo tecnológico assegura, assim, a **obtenção de um perfil proteico** que é o único no mercado português com aprovação positiva pelo Painel da *European Food Safety Authority* (doravante designada de “EFSA”)⁷.

3 Koletzko B et al., Am J Clin Nutr 2009; 89: 1836-45; Escribano J et al., Int J Obes. 2012; 36: 548-553; Weber M et al., Am J Clin Nutr. 2014 Mar 19; Grathwohl DJ et al., Abstract at EAPS Congress, 2010; Labaune JM et al., Poster Presentation. PAS/ASPR Conference. Denver USA. April 30-May 3 2011.

4 Prof. Niels Räihä, University of Lund, Department of Pediatrics, Malmö General Hospital, Nestlé Nutrition Workshop Series 1994.

5 Prof. Berthold Koletzko, Spiegel online, 2003.

6 Professor Ekhard Ziegler, Unidade de Nutrição Infantil da Universidade de Iowa - ESPGHAN 2013.

7 De acordo com a opinião desta entidade a este respeito: “From a nutritional point of view, the minimum contents of nutrients in infant and follow-on formula proposed by the Panel cover the nutritional needs of virtually all healthy infants born at term and there is no need to exceed these amounts in formulae, as nutrients which are not used or stored have

78. Em segundo lugar, e como consequência dos pontos anteriores, a menção a “*ótima qualidade de proteínas*” tem como **óbvia referência** o resultado da implementação daquele processo tecnológico, e não qualquer referência à quantidade de proteínas ou a benefícios dos Produtos.

79. Ou seja, ao afirmar que a OPTIPRO® constitui uma “*tecnologia proteica que garante uma ótima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas*”, a Nestlé está simplesmente a evidenciar as qualidades desta tecnologia utilizada na produção de leites infantis.

80. Por outras palavras, não está em causa, nos termos e para os efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea 4), “*qualquer alegação que declare, sugira ou implique que um alimento possui propriedades nutricionais benéficas particulares*”.

81. E não fossem estes argumentos suficientes para compreender a improcedência da construção argumentativa da Milupa, a Nestlé mais reforça que a argumentação daquela revela, por um lado, um desconhecimento da legislação aplicável às fórmulas que comercializa, e, por outro, alguma incoerência.

82. Desde logo, em sede de Queixa e de Recurso, a Milupa insiste que a suposta alegação “*ótima qualidade de proteínas*” não é admissível, porque “*a Nestlé para poder destacar as proteínas no seu produto e dizer que o mesmo contém uma ótima qualidade de proteínas teria de ter uma quantidade mínima significativa de proteína, quantidade essa que o legislador definiu na alegação nutricional “fonte de proteína” (a proteína tinha de ser responsável por pelo menos 12% do valor energético do alimento).*”

to be excreted and this may put a burden on the infant's metabolism. Therefore, the Panel emphasises that maximum amounts should be interpreted not as target values but rather as upper limits of a range which should not be exceeded.”

83. No entendimento subjacente a esta alegação, a Milupa demonstra que desconhece legislação nacional a respeito desta matéria, o que evidencia o porquê de considerar a informação contida nos Produtos alegações ilegais.

84. Afinal, o Decreto-Lei 62/2017, de 9 de junho – que se encontra atualmente em vigor para este tipo de Produtos – define um limite máximo de proteína, inferior aos referidos 12% do valor energético sustentados por proteínas que a Milupa refere como condição mínima para se poder destacar as proteínas no produto.

85. Por outro lado, a Nestlé aproveita para elucidar esta Ilustre e Sábia Comissão de Apelo que a Milupa é também detentora de uma marca, a Pronutra, com base na qual a Milupa inclui, nas embalagens dos Produtos Aptamil, a referência ao recurso a um “*processo único*” (cfr. documento que se junta como **doc. 3** e que se dá por integralmente reproduzido).

86. Se aplicássemos à referida marca da Milupa a tese que esta propõe para a marca da Nestlé, então chegaríamos à conclusão de que “Pronutra+” é percecionada pelo consumidor médio como significando “*mais proteínas e nutrientes*”, logo constituindo uma **alegação nutricional proibida**, nos termos e para os efeitos do Regulamento (CE) n.º 1924/2006.

87. O que, desde já se salienta, não faz qualquer sentido.

88. Razão pela qual perde credibilidade, coerência e sustentação a conclusão da Milupa, quando refere que, por razões de semântica, a marca OPTIPRO é percecionada pelo consumidor médio como significando “*ótimas proteínas*”.

89. Pelo que, por tudo quanto exposto, torna-se **evidente** que OPTIPRO não é, nem nunca poderá ser, uma alegação; e, **muito menos, uma alegação nutricional ou de saúde, na medida em que não é invocado nem concluído qualquer benefício.**

90. Assim como o não constitui certamente alegação – e muito menos, alegação nutricional – a informação subsequente, *i.e.*, a referência a “*ótima qualidade de proteínas*”.

91. No limite dos limites, a referência “*ótima qualidade de proteínas*”, ao identificar a presença de **proteínas**, somente poderia considerar-se uma *content claim*, ou seja, uma alegação de conteúdo.

92. Com efeito, o Anexo ao Regulamento n.º 1924/2006 estabelece que para as alegações de conteúdo não se encontram previstas **condições específicas** e pode ser feita desde que esteja assegurado o cumprimento das disposições aplicáveis ao produto, nomeadamente o artigo 5.º do Regulamento.

93. E sucede que os Produtos da Nestlé cumprem, justamente, com a legislação aplicável, **em particular, com as regras constantes do artigo 5.º do Regulamento n.º 1924/2006**.

94. O que significa que são perfeitamente admissíveis alegações de conteúdo – as quais, como bem salientámos acima, **não carecem de cumprir com as condições estabelecidas no anexo do Regulamento n.º 1924/2006 mas sim com o teor proteico definidos na legislação específica, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 62/2017**.

95. Por outras palavras, isto significa que, de facto, as alegações de saúde e nutricionais estão amplamente restringidas pela Lei e não estão, por isso, presentes nos Produtos; no entanto, as alegações de conteúdo são admissíveis, podendo a Nestlé alegar que determinado produto contém determinados nutrientes, não estando de modo algum impedida de fazê-lo.

96. Pelos motivos acima, a referência a “*ótima qualidade de proteínas*” não constitui uma alegação nutricional nem uma alegação de saúde (quando conjugada com a marca OPTIPRO ®; no

limite dos limites, somente poderá ser considerada uma alegação de conteúdo, hipótese na qual se reforça a totalidade das conclusões *supra*, i.e., **constitui uma content claim perfeitamente admissível.**

c. NAN Supreme HA 2 em especial: a informação a respeito da fórmula única com 2 oligossacáridos

97. Ainda relativamente à caixa informativa à direita, em especial, quanto à informação contida unicamente na embalagem de NAN Supreme HA 2, a Milupa pretende que esta Exma. Comissão de Apelo considere que a informação “*NAN Supreme HA 2 foi inspirado na investigação do leite, dando origem a uma fórmula única com 2 oligossacáridos de estrutura idêntica aos encontrados no leite humano*” consiste numa alegação de nutricional **proibida**.

98. E assim o alega na sequência da clarificação da 1.^a Secção do Exmo. Júri de Ética, transmitida por e-mail datado de 27 de outubro de 2020 (cfr. documento que se junta como **doc. 4** e que se dá por integralmente reproduzido).

99. Sucede que a referida clarificação se debruça sobre matéria não visada na Queixa apresentada pela Milupa; aliás, a própria, quando define o âmbito da Petição de Queixa, sustenta que os pontos para os quais dirige a Reclamação são “os que *infra* se detalham:

(i). *As alegações de saúde ilícitas relativamente às proteínas, que se encontram num suposto “quadro informativo”, na parte traseira das embalagens dos Produtos;*

(ii). *As alegações nutricionais “Optipro®” e “ótima qualidade de proteínas”, que se incluem na parte dianteira e traseira das embalagens dos Produtos;*

(iii). *Comparações sobre a qualidade e quantidade de proteínas dos Produtos com outros produtos concorrentes num folheto para profissionais de saúde.*”

100. Ou seja, é evidente que as informações que a Milupa pretendeu clarificar **não foram abrangidas no inicial pedido de Reclamação.**

101. Com efeito, de acordo com o disposto nos artigos 7.º e 10.º do Regulamento do Júri de Ética, este órgão somente se pronuncia sobre as comunicações comerciais, devidamente isoladas e especificamente indicadas na petição; não podendo, assim, ir além destas e pronunciar-se sobre matéria não especificamente requerida, sob pena de **excesso de pronúncia.**

102. Pelo que a decisão da 1.ª Secção carece de ser retificada, e a clarificação desconsiderada, desconsiderando-se o quanto respeitante à alegação considerada **neste ponto c**, porque desconforme com a competência atribuída às secções, nos termos do Regulamento do Júri de Ética.

103. Mas mesmo que assim não fosse, o que só por hipótese e dever de patrocínio se coloca, a Nestlé sempre teria de contestar.

104. A Nestlé não nega que, nos termos e para os efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea 1), do Regulamento (CE) n.º 1924/2006 aquela informação em particular sobre oligossacáridos constitui uma alegação.

105. Não obstante, é também verdade que tal alegação consiste na menção de um novo ingrediente alimentar - oligossacáridos de estrutura idêntica aos encontrados no leite materno – cuja inclusão nesta categoria de alimentos foi expressamente autorizado, nos termos e para os efeitos do Anexo I ao Regulamento (UE) n.º 2017/2470.

106. Assim sendo, não se trata, de modo algum, de uma alegação nutricional; mas sim, e tão somente, de um **content claim**, i.e., uma alegação de conteúdo.

107. Afinal, não é alegado qualquer benefício do Produto; mas tão somente o ingrediente que compõe o Produto.

108. No rótulo pode, aliás, ler-se concretamente: “*com 2 oligossacáridos de estrutura idêntica aos encontrados no leite humano*”.

109. As alegações de conteúdo, conforme a Nestlé teve já oportunidade de evidenciar, nos termos do Anexo ao Regulamento (CE) n.º 1924/2006 não estão especificamente reguladas por condições específicas e são admissíveis, desde que respeitados os requisitos legais aplicáveis aos produtos.

110. Que, uma vez mais, é o que sucede: o Produto NAN Supreme HA 2, em particular, cumpre com os requisitos que lhe são legalmente aplicáveis, o que torna **admissível a realização de alegações/menções de conteúdo como esta**.

111. **Não existindo, por conseguinte, base para sustentar que esta se trata de uma alegação nutricional admitida apenas transitoriamente ao abrigo do Regulamento Delegado 2016/127.**

4. DO FOLHETO COM INFORMAÇÃO DIRIGIDA AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE SOBRE OS PRODUTOS NAN SUPREME HA 1 E 2

112. No entendimento da 1.^a Secção, as alegações constantes do folheto: “*estão desconformes e violam o disposto no artigo 4.º, n.º 1 e 2 do artigo 9.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, não tendo sido observado o disposto no artigo 12.º do mesmo Código quanto à comprovação das alegações, consubstanciando uma prática comercial desleal, nos termos do*

Decreto-Lei n.º 57/2008, e o disposto nos art.ºs 10.º e 11.º do Código da Publicidade”.

113. A Nestlé discorda profundamente desta conclusão da 1.^a Secção; por esse motivo, com toda a legitimidade e com a devida vénia, pretende contestar aquela parte da decisão e demonstrar a esta Sábia Comissão a total legalidade do folheto informativo que divulgou (cfr. folheto que se junta como doc. 5 e que se dá por integralmente reproduzido).

114. Com efeito, a Nestlé entende que tem, desde já, legitimidade para fazê-lo, uma vez que não resulta do Regulamento do Júri de Ética qualquer disposição que a impeça; por outro lado, também assim funciona em Processo Civil, onde à parte que contralega o recurso está admitido que conteste, igual e diretamente, a decisão recorrida. De outro modo, aliás, se não garantia em absoluto o direito à defesa e ao contraditório, previstos na Constituição da República Portuguesa.

115. A Nestlé discorda profundamente desta conclusão da 1.^a Secção; por esse motivo, e com a devida vénia, pretende contestar aquela parte da decisão e demonstrar a esta Sábia Comissão a total legalidade do folheto informativo que divulgou (cfr. folheto que se junta como **doc. 5** e que se dá por integralmente reproduzido).

116. Não obstante, ressalva-se desde já um ponto de acordo com a Exma. 1.^a Secção: é que, tratando-se de um folheto informativo divulgado tão somente a **profissionais de saúde**, não tem aqui enquadramento e consequente aplicação o Regulamento 1924/2006, que se dedica à publicidade dirigida ao consumidor (ou à proibição desta).

117. Aliás, como refere a Exma. 1.^a Secção: *“não faz, assim, qualquer sentido interpretar o conteúdo do referido folheto à luz das*

“alegações” nutricionais e de saúde contidas na rotulagem e noutras formas de alegação dirigida aos consumidores”.

118. O que já não compreende é o enquadramento como publicidade, conforme é sugerido na decisão recorrida.

119. É que, como bem resulta evidente do folheto aqui considerado, este é suportado por estudos científicos, constando as referências bibliográficas devidamente identificadas no respetivo rodapé.

120. Ou seja, o folheto consiste **pura e simplesmente em documentação científica**, i.e., numa consolidação e simplificação de vários artigos científicos, destinado a ser interpretado e estudado pelos profissionais de saúde.

121. Relembre-se, a este propósito, o conceito de **publicidade** (cfr. artigo 3.º do Código da 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.

122. Caso assim não se entenda, o que só por hipótese se coloca e sempre sem conceder, há que salientar, desde logo, que a **publicidade** de fórmulas para lactentes e de transição não está proibida: nos termos do artigo 19.º/2 do Decreto-Lei 62/2017 e do artigo 10.º do Regulamento Delegado 2016/127, esta é **admitida, desde que seja dirigida exclusivamente a profissionais de saúde**.

123. É esse justamente o caso, razão pela qual não há qualquer dúvida relativamente à hipotética admissibilidade desta prática, se assim se considerar.

124. Assim como, no entendimento da Nestlé, não há qualquer dúvida de que o conteúdo do folheto se encontraria totalmente de

acordo com a legislação aplicável em matéria de publicidade, se de publicidade se tratasse.

125. Ora, do folheto consta a comparação entre a fórmula NAN Supreme HA com outras fórmulas disponíveis no mercado, **que não estão identificadas**, pelo que não é possível perceber de que fórmulas concorrentes se tratam.

126. A Nestlé limita-se, portanto, a comparar a quantidade das proteínas nos diversos produtos concorrentes, anonimizando a identificação dos fabricantes; tudo isto, com base em **informação disponibilizada publicamente pelos concorrentes e, concretamente, retirada dos respetivos rótulos**.

127. Por esse motivo, discorda a Nestlé da Exma. 1.^a Secção, quando refere que é perfeita e automaticamente perceptível que determinada fórmula, cujo fabricante não se identifica, corresponde à fórmula Aptamil, comercializada pela Milupa.

128. Se o consegue fazer é porque, certamente, está na posse de informação detalhada e pôde comparar, no imediato, os rótulos de algumas fórmulas disponíveis no mercado.

129. Com efeito, um profissional de saúde não identificaria, de imediato, o fabricante e a marca de cada uma das fórmulas não identificadas; ainda que, como a Nestlé bem defende na Contestação, os profissionais de saúde tenham maior conhecimento destes produtos.

130. E não há dúvida que o têm: o que sucede é que desconhecem, naturalmente, o teor e quantidade, em concreto, de proteínas que cada fórmula para lactentes e de transição tem.

131. Daí que a Nestlé discorde profundamente e com a devida vénia da 1.^a Secção neste ponto (e, consequentemente, nos que a este se seguirem): é que a comparação que faz não permite a

identificação das fórmulas concorrentes pelo destinatário médio dos folhetos.

132. Isto significa, concretamente, que a considerar-se publicidade comparativa – hipótese que se coloca por mero dever de patrocínio –, esta cumpre **escrupulosamente** com os requisitos constantes do artigo 16.º do Código da Publicidade.

133. Por outro lado, também discorda a Nestlé de que a intenção da comparação é evidenciar que os produtos desta são superiores aos de outro qualquer concorrente do mercado.

134. A Nestlé limita-se a reunir num folheto informação publicamente disponível e dispersa; ou seja, limita-se a comparar dados que são retirados de rótulos dos produtos, conforme divulgados aos consumidores, aplicando um raciocínio que pode ser feito por qualquer um, por mera comparação de produtos.

135. Mas mesmo que esta Comissão de Apelo assim não o entenda e considere que a Nestlé pretende alegar a superioridade dos seus Produtos, e se tal superioridade – no entendimento de quem assim a percecione – se baseia no teor das proteínas, basta que se recorde que a base de tal comparação consiste nos rótulos dos produtos concorrentes.

136. Tais rótulos encontram-se publicamente disponíveis, por norma, quer no website dos concorrentes, quer na parte traseira das embalagens dos produtos.

137. Assim explicou a Nestlé em sede de Contestação, apresentando o único meio de prova disponível: a referência à informação pública, a qual esta Exma. Comissão de Apelo também pode livremente consultar, enquanto facto publico e notório, **assim podendo comprovar a total veracidade das informações prestadas no folheto.**

138. Informações essas que, pelos motivos expostos, não podem nem devem constituir publicidade enganosa, porque devidamente comprovados os elementos comparativos que se consideram.

5. DA DECISÃO ESPANHOLA

139. Por fim, não pode a Nestlé ignorar as pretensões da Milupa quando torna a tentar apelar à consideração da decisão da AUTOCONTROL, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, para efeitos de decisão deste Recurso.

140. Tais considerações não têm, desde logo, qualquer cabimento, uma vez que a informação veiculada nos produtos comercializados em Portugal – e que para efeitos do presente recurso se considera – é diferente (cfr. documento que se junta como **doc. 6** e que se dá por integralmente reproduzido).

141. Pelo que se afigura inadmissível qualquer tipo de transposição dos fundamentos da decisão da AUTOCONTROL para o presente processo, sob pena de tratamento igual de realidades distintas.

142. Por outro lado, e como a Nestlé também procurou demonstrar em sede de Contestação, a ARP é uma **entidade independente e autónoma**, dotando o respetivo órgão decisório – o Júri de Ética – de igual **independência e autonomia**.

143. Para além disso, há ainda que relembrar que:

(i). As regras de conduta da ARP – assim como as regras de conduta da AUTOCONTROL – são livremente aceites pelos respetivos associados e vinculam, por conseguinte, **somente estes**;

(ii). A ARP e a AUTOCONTROL não são órgãos jurisdicionais dotados de poderes públicos, pois que as respetivas fontes de poder decisório promanam dos associados, que se auto-vinculam às normas de conduta existentes;

(iii). A ARP e a AUTOCONTROL, ainda que possam usufruir de regulação comum em matérias da competência europeia, enquadram-se em ordenamentos jurídicos distintos.

144. Tudo somado comprova, de modo evidente, a inadmissibilidade de transposição de argumentos e decisões, ou seja, a impossibilidade de a Comissão de Apelo, com competência decisória neste recurso, decidir de acordo com a decisão da AUTOCONTROL.

6. CONCLUSÕES

145. Por tudo quanto exposto, resulta evidente que as embalagens dos Produtos, bem como os folhetos informativos distribuídos pela Nestlé aos profissionais de saúde, cumprem escrupulosamente com a legislação aplicável.

146. Nestes termos, respeitosamente requerendo a V. Exa. que:

- (i). Defira a presente Contestação de Recurso;
- (ii). Retifique a decisão da 1.^a Secção, reconhecendo, nos termos supra expostos, a total legalidade das informações contidas nas embalagens e no folheto informativo divulgado a profissionais de saúde, a respeito dos produtos comercializados pela Nestlé em Portugal, sob a marca NAN Supreme HA.

II – Apreciação do recurso.

2.1. – Questão processual prévia. Recurso interposto pela denunciada Nestlé Portugal, S.A., no âmbito das suas contra-alegações.

Inadmissibilidade processual da impugnação (recurso) pela denunciada/recorrida Nestlé Portugal, S.A., relativamente à parte da decisão do Júri de Ética que lhe foi desfavorável.

Na decisão da 1.^a Secção do Júri de Ética foi decidido que:

*“No que concerne ao folheto de cariz factual, disponibilizado exclusivamente a profissionais de saúde, considerar que as alegações neles contidas, que afirmam a superioridade não comprovada dos produtos NAN SUPREME HA face aos da concorrência, violam o disposto no art.º 4.º, no n.º 1 e 2 do art.º 9.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, não tendo sido observado, também, o disposto no art.º 12.º do mesmo Código quanto à comprovação das alegações, consubstanciando uma prática comercial desleal, nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008 e o disposto nos art.ºs 10.º e 11.º do Código da Publicidade. Face a esta desconformidade deve a referida publicidade aos profissionais de saúde cessar de imediato e não ser reposta seja em que formato ou suporte for”, concedendo assim provimento, nesta parte, à denúncia apresentada pela **Milupa Comercial, SA.***

Poderia, naturalmente, a denunciada **Nestlé Portugal, S.A.**, ter impugnado, através de recurso, este segmento da decisão que lhe foi desfavorável, o que teria que fazer dentro do prazo que o Regulamento do Júri de Ética prevê para esse efeito no seu artigo 15º, nº 2 (cinco dias após a respectiva notificação).

Não o fez.

Nessa medida, precluiu o seu direito à impugnação, através de recurso, da parte da decisão em que decaiu.

Logo, não poderá aproveitar agora o seu direito de resposta ao recurso interposto pela parte contrária, e em sede de contra-alegações, para, fora do prazo previsto para o efeito, interpor autonomamente recurso

relativamente à decisão do Júri de Ética em que decaiu, com evidente atropelo das mais elementares regras processuais gerais.

As contra-alegações – exercício do direito de resposta – servem basicamente para contrair os fundamentos do recurso interposto pela parte contrária, pugnando previsivelmente pela manutenção da decisão recorrida, e não para a apresentação de um novo recurso fora do prazo que lhe era concedido para tal, visando beneficiar de uma faculdade que, independentemente da posição da parte contrária, poderia perfeitamente ter usado, mas que deixou extinguir por razões que lhe são exclusivamente imputáveis.

Pelo que não se conhece da impugnação deduzida pela Nestlé Portugal, SA, intempestivamente, quanto à matéria dos folhetos disponibilizados aos profissionais de saúde que o Júri de Ética considerou ilícita e proibiu.

2.2. Conhecimento do mérito da causa. Qualificação dos factos à luz das normas aplicáveis.

Está em causa neste recurso a matéria que teve a ver com a publicidade feita à comercialização dos seguintes produtos da denunciada Nestlé Portugal, SA, sob a marca “*NAN Supreme HA*”:

- rotulagem, para efeitos promocionais, da embalagem de leite para lactente “*NAN Supreme HA 1*”;
- rotulagem, para efeitos promocionais, da embalagem leite de transição “*NAN Supreme HA 2*”.

Vejamos quais os dizeres que estão em causa, constantes da parte traseira do recipiente que contém o produto:

Quanto ao leite para lactente “NAN Supreme HA 1” é referido:

“NAN Supreme HA 1” fornece ao seu bebé uma combinação única de ingredientes de alta qualidade e nutrientes essenciais”
(sublinhado nosso).

Quanto ao leite para lactente “NAN Supreme HA 1” poderá ler-se:

“NAN Supreme HA 2” foi inspirada na investigação do leite materno, dando origem a uma fórmula única: OPTIPRO HA, uma tecnologia proteica que garante uma óptima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas e está clinicamente comprovada na redução significativa do risco de alergia às proteínas do leite de vaca”.
(sublinhado nosso).

Na parte dianteira da mesma embalagem consta a menção a “OPTIPRO HA”.

Apreciando:

Dispõe o artigo 8º, nº 1, do Regulamento (CE) nº 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de Dezembro de 2006, relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos (em geral – e não especificamente em matéria de fórmulas para lactentes e fórmulas de transição)):

“Só são permitidas as alegações nutricionais que constem do anexo e preencham as condições estabelecidas no presente regulamento”.

Acrescenta o artigo 10º, nº 1, do mesmo diploma legal que:

“São proibidas as alegações de saúde que não cumpram os requisitos gerais do capítulo II nem os requisitos específicos do

presente capítulo e que não estejam autorizadas em conformidade com o presente regulamento nem incluídas nas listas das alegações permitidas previstas nos artigos 13º e 14º”.

Por outro lado, o artigo 8º do Regulamento Delegado (EU) 2016/127 da Comissão Europeia, de 25 de Setembro de 2015, o qual completa o Regulamento (EU) 609/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, no que diz respeito aos requisitos específicos em matéria de composição e informação aplicáveis às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição e aos requisitos em matéria de informação sobre a alimentação de lactentes e crianças pequenas, estabelece imperativamente:

“Não podem ser feitas alegações nutricionais e de saúde em fórmulas para latentes”.

Quanto aos conceitos de alegações nutricionais e de saúde, vide, respectivamente, artigo 2. 2.4 e 2.5 do Regulamento (CE) nº 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de Dezembro de 2006.

Note-se ainda que o Regulamento (UE) nº 609/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 12 de Junho de 2013, relativo aos alimentos para lactentes e crianças pequenas, previa no seu artigo 10º, nº 2, que:

“A rotulagem apresentação e publicidade das fórmulas para lactentes e as rotulagens das fórmulas de transição não devem incluir imagens de lactentes nem outras imagens ou textos susceptíveis de criar uma impressão falsamente positiva da utilização destas fórmulas”.

Nesta sequência a Comissão Europeia ficou habilitada a adoptar actos delegados no que se referia a *“requisitos específicos em matéria de rotulagem, apresentação e publicidade dos alimentos referidos no artigo 1º (incluindo fórmulas para lactentes e fórmulas de transição), incluindo a autorização das respectivas alegações nutricionais e de saúde relativos aos mesmos”* (cfr. artigo 11º, nº 1, alínea c), do Regulamento (UE) nº 609/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 12 de Junho de 2013).

Ora, tendo por base o conceito de alegação nutricional – isto é, qualquer alegação que declare, sugira ou implique que um alimento possui propriedades nutricionais benéficas particulares (vide artigo 2º, 2.4 do Regulamento (CE) nº 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de Dezembro de 2006) e de alegação de saúde – qualquer alegação que declare, sugira ou implique a existência de uma relação entre uma categoria de alimentos, um alimento ou um dos seus constituintes e a saúde (vide artigo 2º, 5 do Regulamento (CE) nº 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de Dezembro de 2006), é evidente que a expressão do texto em que se evidencia que o produto comercializado pela Nestlé Portugal, S.A., destinado a servir de alimento para lactentes e ainda o leite de transição é caracterizado por **“ótima qualidade de proteínas”**, constitui uma indiscutível **alegação nutricional e de saúde**.

Acresce que, no mesmo rótulo do recipiente, se define a *“Optipro. HA”*, como *“uma tecnologia proteica que garante uma óptima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas”*.

Ou seja, encontramos-nos igualmente, sem a menor dúvida perante uma **alegação nutricional e de saúde**, como qualquer consumidor médio facilmente entenderá e ninguém de boa fé procurará (e deverá) escamotear.

Sobre esta mesma matéria, o Decreto-lei nº 62/2017, de 9 de Junho, procedeu à transposição da Directiva (UE) nº 2015/2203, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 25 de Novembro de 2015 que visou a aproximação das legislações dos Estados Membros respeitantes a caseínas e caseinatos destinados à alimentação humana, estabeleceu no seu artigo 17º, sob a epígrafe “*Rotulagem*” que:

- A rotulagem das fórmulas para lactentes não deve incluir imagens de lactentes, nem de outras imagens ou textos susceptíveis de criar uma imagem falsamente positiva da utilização do produto (nº4);
- A rotulagem das fórmulas para lactentes apenas pode conter alegações nutricionais e de saúde, nos casos referidos no anexo VII do presente decreto-lei, e em conformidade com as condições nele estabelecidas (nº 5).

Acrescente o artigo 18º do mesmo diploma que:

“Os requisitos, proibições e restrições constantes dos nºs 2 a 6 do artigo anterior são aplicáveis à apresentação das fórmulas para lactentes e das fórmulas de transição, nomeadamente quanto à sua forma, aspecto ou modo de embalagem, aos materiais utilizados, ao modo como estão dispostos e ao contexto em que são expostos”.

Vejamos:

Cumpra deixar claro que a perspectiva que aqui interessa analisar e relevar tem a ver, não com a rotulagem dos produtos em si, para a qual serão competentes outras entidades que não a presente Comissão de Apelo da Associação da Auto Regulação Publicitária, mas com a **mensagem** que através dos respectivos dizeres se difunde, em termos da **promoção dos produtos junto dos consumidores em geral**, procurando cativar desse modo o seu interesse e – em especial – a sua preferência face a produtos concorrentes.

Ora, na situação sub judice, encontrando-se a denunciada Nestlé Portugal, S.A., legalmente vinculada a deixar expressa nas embalagens que comercializa uma *“menção sobre a superioridade da amamentação”*, precedida da expressão *“informação importante”* (cfr. artigo 6º do Regulamento Delegado (UE) 2016/127 da Comissão Europeia, de 25 de Setembro de 2015 e artigo 17º, nº 3, alínea a) do Decreto-lei nº 62/2017, de 9 de Junho), aproveitou a mesma, nesse especial contexto, para passar igualmente a mensagem promocional, de cariz puramente publicitário, de que o seu *“NAN Supreme HA 2”*, através de um processo tecnológico especial – o *OPTIPRO HA* – revestia características nutricionais (através da sua composição particular inspirada em averiguações sobre o leite materno) e de saúde (concorrendo para o saudável desenvolvimento, protecção e bem estar do bebé) de nível altamente superlativo que o colocavam quase a par, em termos de qualidade e efeitos benéficos, do leite materno, tratando-se desse modo do seu substituto ideal e quase indiferenciável.

Ou seja, com tais expressões não se está, de forma linear e objectiva, a produzir uma normal e aceitável alegação quanto à descrição do conteúdo do produto, mas sim a promover, dirigindo-se directamente ao conjunto dos consumidores seus destinatários, a sublimação até ao

limite das pretensas qualidades nutricionais do produto destinado a lactentes que o coloca, *inspirado na investigação do leite materno*, no patamar da excelência máxima e praticamente ideal.

Outra não pode ser a leitura da forma exagerada e empolada como se expressou a anunciante Nestlé Portugal, S.A. ao descrever que o seu produto contém uma *“óptima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas e está clinicamente comprovada na redução significativa do risco de alergia às proteínas do leite de vaca”*.

Precisamente no mesmo sentido a denunciada aproveitou para incutir no consumidor a mensagem de que *“NAN Supreme HA 1” fornece ao seu bebé uma combinação única de ingredientes de alta qualidade e nutrientes essenciais*”.

É evidente que estas alegações, que têm a ver directa e exclusivamente com a promoção do seu produto, analisadas no campo estritamente publicitário (que é aquele que unicamente nos ocupa) – e ainda que o consumidor médio não consiga vislumbrar na expressão de fantasia *“OPTIPRO”* a invocada correspondência com a ideia subliminar de *“ÓPTIMA PROTEÍNA”* -, estabelecem uma directa, objectiva e inegável conexão entre o produto anunciado e os seus particulares benefícios para a saúde, bem como as suas propaladas propriedades nutricionais absolutamente excepcionais, e são claramente susceptíveis de provocar engano no público interessado que acreditará na excepcionalidade máxima destas características que não podem obviamente, por sua própria natureza, corresponder à verdade.

Dizer-se que o produto para lactentes e o produto de transição contém uma óptima qualidade de proteínas é pura e simplesmente faltar à

verdade objectiva dos factos e da realidade das coisas, na medida em que, como sabe a Nestlé Portugal, SA., - e toda a gente minimamente instruída – não existe, no plano científico, tal conceito uma *óptima qualidade de proteínas*, o qual é por isso mesmo inegavelmente falso, ilusório e enganador.

Logo, a utilização destes dizeres que constam das embalagens em apreço é, enquanto elementos promocionais do produto respectivo e no plano do Direito da Publicidade, ilícita e não admissível.

Acontece que o Júri de Ética acabou por entender que a proibição destas alegações só vigorará para a denunciada a partir do dia **22 de Fevereiro de 2021**.

Respaldou-se, para o efeito, em que o artigo 14º do Regulamento Delegado (UE) 2016/127 da Comissão Europeia, de 25 de Setembro de 2015, a propósito da entrada em vigor e aplicação:

“O presente regulamento – que data de 25 de Setembro de 2015 – entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

É aplicável a partir de 22 de Fevereiro de 2020, excepto no que se refere às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição fabricadas a partir de hidrolisados de proteínas, às quais é aplicável a partir de 22 de Fevereiro de 2021.

Para efeitos do artigo 21º, nº 1, segundo parágrafo, do Regulamento (UE) nº 609/2013, no que diz respeito às fórmulas para lactentes e fórmulas de transição fabricadas a partir de hidrolisados de proteínas, a última data referida no segundo parágrafo do presente artigo é considerada como a data da aplicação”.

Não faz naturalmente sentido algum, com todo o devido respeito.

Há aqui um evidente equívoco.

O que está em causa, **no plano puramente publicitário**, e sem discutir a composição concreta dos produtos, quer da denunciante quer da denunciada que competirá às entidades oficiais competente, é a estrita e indeclinável defesa dos direitos do consumidor, no domínio promocional, contra alegações que empolem indevidamente, através de um exagero patente – a “*ótima qualidade de proteínas*” e a “*combinação única de ingredientes de alta qualidade e nutrientes essenciais*” – os efeitos benéficos para a saúde e nutrição do bebé que resultará a ingestão deste produtos, faltando à verdade e gerando engano no público interessado.

Ora, esta defesa do consumidor, que é permanente e não conhece suspensões de qualquer natureza, não pode, obviamente, ser balizada no tempo, nem o Regulamento Delegado (UE) 2016/127 da Comissão Europeia, de 25 de Setembro de 2015, nas normas de carácter transitório que estabeleceu, teve em mente interferir, minorar ou prejudicar os **direitos de defesa dos consumidores** contra mensagens publicitárias ilícitas, aceitando, permitindo e proporcionando que os mesmo pudessem ser dessa forma desrespeitados por actos que tivessem lugar até ao dia **21 de Fevereiro de 2021**, como se existisse qualquer tipo de *vacatio legis* para poder livremente ofender, no domínio publicitário, os interesses do público seu destinatário.

Ao invés, nesta específica matéria do direito da publicidade, prevalecem as

- normas de defesa do consumidor consagradas no Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro (Código da Publicidade) nos seus artigos 10º e 11º, onde se dispõe:

Princípio da veracidade.

“A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” (artigo 10º, nº 1).

“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” (artigo 10º, nº 2).

Publicidade enganosa.

“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” (artigo 11º, nº 1).

“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” (artigo 11º, nº 2).

“Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes” (artigo 11º, nº 3).

- a **violação das regras do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária** em matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial, a saber: o artigo 4º, nº 1, onde se prevê que *“toda a comunicação comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira”*, o artigo 5º onde se consagra o dever de **respeito pelo princípio da legalidade**, o artigo 9º onde se consagra a **proibição de publicidade enganosa**, a que acresce o dever de comprovação

das descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma Comunicação Comercial, previsto no artigo 12º, nº 1.

E neste campo, as expressões utilizadas, levando ao engano e faltando indiscutivelmente à verdade, ludibriando os consumidores e distorcendo a sã concorrência, devem ser proibidas, a todo o tempo.

Pelo que procede o recurso apresentado pela Milupa.

III – Decisão

Nestes termos, delibera esta Comissão de Apelo conceder provimento ao recurso interposto pela denunciante **Milupa Comercial – Comercialização de Produtos Alimentares, S.A.**, revogando a deliberação tomada em 20 de Outubro de 2020, pela 1ª Secção do Júri de Ética da Associação da Auto Regulação Publicitária e, consequentemente, dando procedência ao recurso apresentado, proibir as embalagens usadas pela **Nestlé Portugal, S.A.**, para a comercialização dos produtos em causa de exibir os seguintes dizeres (sublinhados infra):

No leite para lactente “NAN Supreme HA 1”:

“NAN Supreme HA 1” fornece ao seu bebé ***“uma combinação única de ingredientes de alta qualidade e nutrientes essenciais”***

“NAN Supreme HA 2” foi inspirada na investigação do leite materno, dando origem a uma fórmula única: OPTIPRO HA, uma ***tecnologia proteica que garante uma óptima qualidade de proteínas parcialmente hidrolisadas e está clinicamente comprovada na***

redução significativa do risco de alergia às proteínas do leite de vaca”.

Não conhecer da impugnação da decisão do Júri de Ética constante das contra-alegações por falta de cabimento processual.

Lisboa, 16 Novembro de 2020

Luis Espirito Santo
Presidente da Comissão de Apelo

Augusto Ferreira do Amaral
Vice-Presidente da Comissão de Apelo

Clara Moura Guedes
Vice-Presidente da Comissão de Apelo