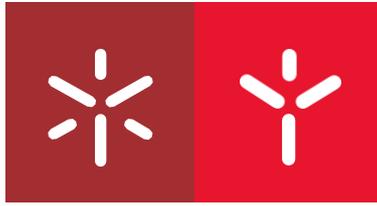


Maria Beatriz da Silva Neves

**A responsabilidade do
Digital Influencer perante o
Consumidor**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Maria Beatriz da Silva Neves

**A Responsabilidade do *Digital Influencer*
perante o Consumidor**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

outubro de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença [abaixo](#) indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4>.

Para a minha mãe,
que luta comigo e
por mim todos os dias.

Agradecimentos

À minha família, o que de mais precioso tenho na vida,

Em especial aos meus pais, base de tudo o que sou e sei, pelo apoio e carinho incondicional, a quem espero retribuir o orgulho que lhes tenho.

À minha madrinha, prima e amiga, por ser uma presença constante na minha vida e em todo o meu percurso académico.

Aos meus grandes amigos, de curso e da vida, que me acompanham em todas as etapas, ouvindo os meus anseios e desabafos.

Ao Ricardo, por ser o abraço que regressa quando toda a força me abandona e por todas as palavras de incentivo nos dias mais difíceis.

Ao Exmo. Sr.º Professor Doutor Fernando de Gravato Moraes por toda a disponibilidade demonstrada ao longo desta dissertação.

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive

Ricardo Reis, in "Odes" Heterónimo
de Fernando Pessoa

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Resumo

A internet foi um dos maiores avanços tecnológicos a nível mundial criando progressos em certas áreas, como é exemplo a publicidade.

A publicidade ganhou maior relevância dentro do mercado do consumo, permitindo que a divulgação de informação fosse instantânea, tendo uma elevada capacidade de alcance e sem qualquer custo.

Consequentemente, os consumidores foram dedicando cada vez mais tempo aos instrumentos online, deixando para trás a media tradicional (rádio, jornais, televisão).

Deste modo, verificou-se a necessidade da publicidade operar através de plataformas online e redes sociais. Surgiram assim, os *Digital Influencers* que com a sua capacidade de persuasão conseguem chegar a milhares de pessoas.

Perante a celeridade com que surgem estas novas realidades deparamo-nos com um mercado desregulado, exposto a alguns desafios, obrigando a pensar nos riscos envolventes desta profissão para os consumidores.

Nesta medida, a presente investigação tem como premissa tentar compreender de que forma o legislador pode adaptar as normas vigentes para responder aos obstáculos legais que esta nova realidade dos influenciadores digitais suscita.

Para tal, analisaremos o regime da Responsabilidade Civil, bem como outros diplomas como o Código da Publicidade, a Lei de Defesa do Consumidor, e o Regime das Práticas Desleais.

Iremos considerar ainda outros ordenamentos jurídicos, com recurso a normas e jurisprudência.

Palavras-chave: Defesa do consumidor; *Digital Influencers*; Influenciadores Digitais; Redes Sociais; Plataformas Digitais; Publicidade; Responsabilidade Civil.

Abstract

The internet was one of the greatest technological advances in the world, creating progress in several fields.

Advertising gained greater relevance within the consumer market, allowing the dissemination of information to be immediate, with a high reach capacity and no cost.

Consequently, consumers have been dedicating more and more time to online platforms, leaving behind traditional media (radio, newspapers, television), which makes it mandatory for advertising to operate through online platforms and social media, thus emerging Digital Influencers who, with their persuasive power, manage to reach thousands of people.

Given the speed with which these new realities emerge, we are faced with an unregulated market, exposed to new challenges, forcing consumers to think about the risks involved in this job.

With that in mind, this research aims to try to understand how the legislator can adapt the current norms to respond to the legal obstacles that this new reality of digital influencers is raising.

For this purpose, the Social Responsibility regime will be analyzed, as well as other laws such as the Advertising Code, the Consumer Protection Act, and the Unfair Practices Regime. We will also consider other legal systems, using rules and jurisprudence.

Key Words: Advertising; Social Responsibility; Consumer defense; Digital Influencers; Digital Platforms; Social networks

Índice

Agradecimentos	iv
Resumo.....	viii
Abstract.....	ix
Lista de Abreviaturas:.....	xiii
Introdução	1
Capítulo I - A Evolução da Web:.....	4
1. Redes Sociais	5
1.1 Electronic Word-of-Mouth (eWOW)	6
1.2. Digital Influencers	7
Capítulo II – Direito do Consumo.....	16
1. Conceito de Consumidor	17
Capítulo III – A evolução da Publicidade:.....	22
1. O Conceito de Publicidade:.....	25
1.2. Princípios da Publicidade.....	30
1.3. Diplomas aplicáveis à Publicidade.....	34
Capítulo IV - Mecanismos sancionatórios:.....	37
a) EUA	37
b) Brasil	39
c) França.....	41
d) Reino Unido.....	41
e) Alemanha	45
f) Portugal.....	47
Capítulo V - A Responsabilidade civil:.....	50
1. Responsabilidade Civil Extracontratual	51

2. A responsabilidade por informações, recomendações e conselhos:	57
3. A responsabilidade Civil dos influenciadores digitais.....	69
Capítulo VI. Hipóteses de Resolução da questão controversa.....	80
1. Regulação e Autorregulação.....	80
2. A existência de seguros para os influenciadores.	85
Conclusão:.....	88
Bibliografia:.....	93

Lista de Abreviaturas:

Ac. – Acórdão

Ad. - Anúncio

Al. – Alínea

ASA - Advertising Standards Authority

Art./ arts. – Artigo/ artigos

ARP – Auto Regulação Portuguesa

ARPP - The Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité

APEME – Associação de Pequenas e Médias Empresas

APAN – Associação Portuguesa de Anunciantes

APAP – Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing.

CAP - Committee of Advertising Practice

CC - Código Civil

Cfr. – Confronte

CMA - Competition & Markets Authority

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPub – Código da Publicidade

CRP - Constituição da República Portuguesa

DECO – Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor

DGC - Direção Geral do Consumidor

DL - Decreto-Lei

Ed. – edição

EUA – Estados Unidos da América

Ex. – exemplo

EWOM - Eletronic World Of Mouth

FEMA - Federal Emergency Management Agency

FTC - *Federal Trade Comission*

ICAP – Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial

IDEM – do mesmo autor

LCS – *Lei do Contrato do Seguro*

LDC – Lei de Defesa do Consumidor

N.º - número

P./ pp. – página/ páginas

PCD – Práticas Comerciais Desleais

SS. – seguintes

TJUE – Tribunal Judicial da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação do Porto

Vd. – *vide*

V.g. – *verbi gratia*

Vol. – volume

WEB – World Wide Web

WOW- Word Of Mouth

Introdução

A presente dissertação – no âmbito do mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa - tem por objetivo o estudo dos *Digital Influencers* que têm vindo alterar o paradigma publicitário.

A generalização do acesso à internet potenciou o surgimento de modalidades de comunicação comercial, tendo os anunciantes passado a recorrer aos influenciadores digitais para promoverem os seus produtos e serviços. Um influenciador digital é alguém que devido à sua capacidade de persuasão, criatividade, carisma e credibilidade em certas áreas, consegue chegar a milhões de seguidores nas suas redes sociais e plataformas digitais. Atualmente são os grandes titulares de suportes publicitários, tendo uma relação de proximidade com os consumidores que se identificam com as motivações, as personalidades e os estilos de vida veiculados nas redes sociais.

Pese embora o marketing de influência tenha estado sempre em voga, através do uso de celebridades em anúncios publicitários, este foi acelerado pela pandemia COVID-19, estando o poder dos influenciadores a transformar o paradigma publicitário nesta era pós-digital, revelando que não devemos olhar para o presente com os olhos do passado. Logo, não deve o Direito alhear-se deste tema, pelo contrário, é essencial que este acompanhe a atualidade e o desenvolvimento da sociedade.

A escolha do presente tema deve-se ao facto de este ser recente, pertinente e carece de atenção do nosso ordenamento jurídico. Este tema mostra-se ainda mais relevante numa altura em que estamos mais distantes fisicamente e mais ligados em rede.

Após a delimitação do objeto sobre o qual incide o nosso estudo e das razões que motivaram a sua escolha, cumpre mencionar os subtemas que, dentro do tema principal, dão corpo à nossa investigação.

Como tal, de forma a contextualizar o tema, no primeiro capítulo iremos abordar a evolução da internet, o aparecimento das redes sociais e o crescimento dos influenciadores digitais.

Com o avanço da internet e o aparecimento das redes sociais, surgiu uma alteração no paradigma da informação, e já não são apenas os media os responsáveis pela informação partilhada, aliás, os *influencers* assumem-se cada vez mais como um novo veículo de informação, conseguindo, na maioria das vezes, obter um alcance maior, nas redes sociais, do que a generalidade dos media.

No entanto, o marketing dos influenciadores abriu porta para a publicidade dissimulada e partilha de desinformação que na *internet* assume uma maior amplitude de propagação, sendo imperativo proteger o consumidor, uma vez que este é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Deste modo, no segundo e terceiro capítulo, procederemos ao tratamento dos dois ramos do direito confluentes com este fenómeno, o Direito do Consumo e o Direito da Publicidade.

Começaremos nesta parte por definir o conceito de consumidor dado que estes são o público alvo dos influenciadores, abordando de seguida a Publicidade.

Nas plataformas digitais e redes sociais verifica-se frequentemente a falta de identificação de publicidade por parte dos Digital Influencers, que tende a ser confundida com opiniões aparentemente pessoais sobre os produtos e/ou serviços por isso, analisaremos os princípios que regem a publicidade e os diplomas aplicáveis a esta, com vista a compreender a pertinência e urgência de regularizar a publicidade efetuada pelos influenciadores digitais, de forma a proteger e garantir os direitos dos consumidores.

Uma vez que este fenómeno surge no seio da globalização iremos considerar, no quarto capítulo, outros ordenamentos jurídicos com recurso a normas e jurisprudência, em especial no que respeita aos ordenamentos jurídicos norte-americano, britânico, alemão, francês e brasileiro.

O foco da nossa investigação consiste em tentarmos compreender de que forma podemos adaptar o nosso regime jurídico a esta nova realidade.

Urge desde logo, saber qual o limite para a responsabilidade dos influenciadores digitais e quais as consequências de uma publicidade irrefletida, embora o conteúdo publicitário seja identificado pelo influenciador, estes devem ainda ser verdadeiros em relação ao produto e/ou serviço que partilham.

Importa não esquecer o lado do consumidor que deposita no influenciador confiança, expondo-se a riscos em relação a erros sobre o objeto, de utilização desadequada de um produto ou de expectativas frustradas, assim sendo, os influenciadores assumem uma condição de garante do produto e/ou serviço, em termos da sua qualidade e segurança, e esta conexão fundamenta a sua possível responsabilidade, sendo premente compreender se a responsabilidade pelo impacto causado nos consumidores ao recair nos anunciantes¹, não deverá também recair nos influenciadores?

Neste sentido, o quinto capítulo da nossa investigação analisará o regime da

¹ Pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade – vide art. 5.º, n.º1, alínea a), do Código da Publicidade.

responsabilidade civil, com vista a perceber se o nosso regime jurídico é suficiente do ponto de vista legal para responder a obstáculos legais futuros quanto à responsabilidade *dos Digital Influencers*, em face da atividade que exercem nas suas plataformas digitais e redes sociais.

Para além do regime da responsabilidade civil, analisaremos no sexto capítulo outros meios como a regulação e autorregulação, bem como a hipótese da criação de seguros como uma alternativa de resolução dos desafios associados ao influenciador digital na divulgação de bens e serviços e aos danos que estes possam causar aos consumidores.

Por fim, o último capítulo desta investigação cinge-se às conclusões da dissertação.

Capítulo I - A Evolução da Web:

A Internet quando foi criada não era para ser utilizada pela população em geral, sendo que a verdadeira democratização da Internet chegou apenas no início da década de 1990, com a criação da *World Wide Web*.

Assim, a Web é consequência do processo evolutivo da Internet e tem fortes influências na sociedade de consumo.

A evolução da Web é, por norma, identificada de acordo com diferentes etapas (Web 1.0, Web 2.0 e Web 3.0) sendo que a cada uma delas correspondem diferentes características e fatores, mediante os avanços tecnológicos de que beneficiam e os objetivos e filosofias que pautam o processo de gestão e desenvolvimento da web².

Contudo, é o fenómeno da Web 2.0 que mais relevo tem para o desenvolvimento das redes sociais e do aparecimento dos influenciadores digitais, sendo impossível referir a *Internet* no contexto atual e não referir a Web 2.0.

No que tange ao Marketing 2.0, este surge em resultado das tecnologias de informação e da Internet, sendo orientado para o consumidor, possibilitando aos utilizadores da internet a criação do seu próprio conteúdo ou a colocação das suas fotografias, vídeos e textos em determinados sites e espaços na internet, permitindo um fluxo de informação bidirecional, ou seja, os leitores podem ler e interagir na Web de forma gratuita, contrariamente à Web tradicional, em que o fluxo da informação era unidirecional, permitindo apenas aos utilizadores ver conteúdos em certos sites.

De acordo com as palavras de TIM O'REILLY³, a Web 2.0 significa um progresso da rede digital para o estatuto de plataforma, sendo este um meio que cresce em consequência da sua utilização.

Os desenvolvimentos tecnológicos verificaram-se em vários domínios com a Web 2.0, sendo que os efeitos mais relevantes foram a nível social, devido ao desenvolvimento das redes sociais, que introduziram novas formas de comunicação e ligações entre as pessoas. A Web 2.0 veio permitir que os utilizadores estabelecessem ligações não apenas com os seus amigos, familiares e colegas, mas também com marcas.

Surgiram, assim, com a Web 2.0 novas informações, novas produções de conteúdo e novas ferramentas de consumo de conteúdo.

² FERREIRA, Eduardo Aranha - O papel dos Influenciadores Digitais no Processo de Intenção de Compra dos Seguidores. Lisboa: Escola Superior de Comunicação Social, 2018. Dissertação de Mestrado. P.16

³ Idem. P. 17.

Em suma, podemos destacar duas consequências preponderantes do fenómeno da Web 2.0: a ascensão das redes sociais e a criação de conteúdo por parte dos próprios utilizadores.

Porém, como consequência deste desenvolvimento da Internet e do advento da Web 2.0, constatou-se um proliferar de situações ilegais através da partilha de conteúdos nas plataformas digitais e redes sociais.

Importa esclarecer, resumidamente, o que é o conteúdo, para efeitos desta tese.

O conteúdo colocado e difundido na internet deve ser controlado, uma vez que tem uma capacidade de alcance imensurável. Este tipo de conteúdo pode ser definido como “uma informação que reproduz texto, imagem, som, ou multimédia, que é colocada na Internet e difundida através de dispositivo de *hardware* e *software* próprios daquela”⁴.

O Ministério da Ciência e da Tecnologia, em 1997, veio definir conteúdo no contexto da Sociedade de Informação, afirmando que o “termo conteúdo parece englobar qualquer segmento de informação propriamente dito, isto é, tudo aquilo que fica quando excluimos os sistemas de hardware e software que permitem a sua exploração”⁵.

Note-se que é esta definição que devemos ter em mente, sempre que utilizarmos a expressão ao longo da presente dissertação.

1. Redes Sociais

O fenómeno da Web 2.0 alterou a forma de comunicação das marcas, devido ao desenvolvimento das redes sociais que desempenham um papel importante na comunicação e na relação da sociedade, em virtude de concederem a cada indivíduo a possibilidade de comunicar com terceiros e de expressar os seus pensamentos através da internet.

Assim, as redes sociais assumem uma grande importância na Web, onde a maioria do conteúdo adicionado é produzido pelos consumidores, tornando-se um instrumento importante nas relações sociais.

Segundo o entendimento de KAPLAN E HAENLEIN, as redes sociais podem ser definidas como “um grupo de aplicações na internet que constrói bases ideológicas e tecnológicas da Web 2.0, e permite a criação em troca do Conteúdo Gerado pelo Consumidor”⁶.

⁴ COSTA, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da Costa - A responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos Colocados e Difundidos na Internet. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de mestrado. P. 19.

⁵ Idem. P. 19.

⁶ JACOB, Natasha Yasmin – A Ação dos Influenciadores Digitais na Atitude e Comportamento do Consumidor: as Redes Sociais e a Temática da Beleza. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, 2017. Dissertação de Mestrado. P. 7

O conceito de rede social é composto por dois elementos: as pessoas (e os grupos onde estas estão inseridas) e as conexões e ligações que as pessoas e/ou grupos criam entre si.

Convém salientar que para além deste conceito, é importante ainda fazer referência ao conceito de *Social – Networking Sites* (SNS) que é inerente ao conceito de rede social. O SNS são serviços dentro da Internet que possibilitam às pessoas criar um perfil público ou semipúblico dentro de um sistema limitado, estabelecer uma lista de outros utilizadores com quem partilham uma ligação, ver e percorrer não só a sua lista de conexões, mas também as listas feitas por outros utilizadores.

Nesta senda, podemos concluir que as redes sociais além de estarem centradas e organizadas em interesses comuns, estão também organizadas em função das pessoas.

As redes sociais trouxeram novas formas de comunicar e de interagir, tendo permitido novas estratégias de marketing, como é o caso dos influenciadores digitais. A verdade é que os consumidores se distanciam cada vez mais das abordagens de comunicação tradicional, tendo as redes sociais assumido um papel importante na sociedade atual, exemplo disso é a campanha de BARACK OBAMA para as eleições presidenciais em 2008, em que foram utilizadas as redes sociais como forma de campanha.

Perante este crescimento rápido da Internet, as marcas perceberam que tinham que trazer os seus produtos e/ou serviços para as redes sociais, de modo a criar uma aproximação com os consumidores.

Deste modo, as redes sociais permitem que os seus usuários tenham um perfil personalizado, podendo comunicar e interagir com outros usuários, marcas, empresas, pessoas públicas, e com os novos comunicadores digitais, os influenciadores que atuam por intermédio de plataformas em linha, como é o caso do *Facebook*, do *Instagram*, do *Youtube* e dos *Blogues* que são plataformas que facilitam a troca de informação e a comunicação entre os utilizadores, pois é através destas redes sociais que os influenciadores digitais podem expor a sua criatividade, apresentando conteúdos que cativam o público consumidor.

1.1 Electronic Word-of-Mouth (eWOW)

O conceito de *Electronic Word-of-Mouth (eWOW)* advém do conceito de *Word-of-Mouth (WOW)* sendo necessário analisar este primeiro.

O *Word-of-Mouth*, em português passa-palavra ou marketing de boca-a-boca, pode ser definido como uma troca de informações de cariz comercial, entre consumidores, que molda o

comportamento, percepção, atitudes do consumidor em relação ao produto e/ou serviço.

Além disso, o *Word-of-Mouth* engloba toda a comunicação oral que ocorre de uma pessoa para outra pessoa a quem são transmitidas mensagens sobre uma marca, produto ou serviço. Estas mensagens são, usualmente, encaradas como não comerciais.

O *Word-of-Mouth* tornou-se um meio mais fácil e eficaz de fazer publicidade, tendo grande impacto no consumidor por representar uma publicidade informal, em que não é a marca a influenciar mas terceiros, reconhecidos pelo público-alvo. Este é um dos mecanismos mais antigos e eficazes na influência de decisões de consumo.

Esta realidade na era digital, permite que a propagação do *Word-of-Mouth* assuma uma maior dimensão.

O *Electronic Word-of-Mouth (eWOW)* surge com o aparecimento da Web 2.0, o qual se reflete no comportamento do consumidor e lhe atribui maior facilidade para partilhar e receber informações sobre produtos e/ou serviços, dado que esta partilha de opinião e experiências pode ser efetuada com o auxílio a fotografias, vídeos ou texto, tornando a informação mais atrativa por ser de carácter visual e imediata.

Esta é uma nova forma de marketing, representando uma comunicação que ultrapassa a publicidade formal.

Perante este cenário os anunciantes, por um preço inferior passaram a direccionar o investimento que anteriormente destinavam aos media tradicional para os *new media*, onde se incluem as redes sociais e consequentemente os Influenciadores Digitais⁷.

1.2. Digital Influencers

A propagação dos blogues pessoais e das redes sociais veio alterar o paradigma das relações de mercado, passando haver uma ampla disponibilidade de informação relativa aos produtos e serviços bem como no recurso aos *Digital Influencers* para promoverem uma imagem favorável dos produtos.

A evolução digital é uma realidade bem presente no quotidiano das empresas, proporcionando a criação de novos modelos de negócio e transformando a forma como uma empresa se relaciona com os seus clientes, impulsionando o surgimento de novas formas de interação e de comunicação com o seu público-alvo.

⁷ BRANQUINHO, Inês Maria Pereira – O Impacto do Facebook na Publicidade Online: Uma perspetiva do Google versus Facebook. Porto, Universidade Católica do Porto, Faculdade de Economia e Gestão, 2014. Dissertação de Mestrado. P. 11

O fenómeno da Web 2.0, permitiu que os consumidores pudessem interagir na Web, partilhando informações relevantes e independentes sobre os produtos (*User Generated Content*). Tal partilha de informações fez com que houvesse um afastamento, em quase todo o século XX, do domínio dos produtores e distribuidores, transferindo para os consumidores um papel fundamental nas relações de mercado⁸.

A revolução do poder do mercado aliado à saturação publicitária, provocou uma alteração nas estratégias utilizadas pelos anunciantes para captar a atenção dos consumidores.

No entender de KOTLER⁹, o consumidor para satisfazer uma necessidade tem de passar por um processo que comporta cinco estados: **reconhecimento do problema, procura de informações, avaliação das alternativas, compra e avaliação pós compra.**

Primeiramente, o consumidor irá reconhecer a existência de uma necessidade, fazendo-o com base em estímulos internos (por exemplo, sede, fome) ou externos, por exemplo, através do visionamento de uma campanha publicitária. Posteriormente, e em vista à satisfação dessa necessidade, irá informar-se de qual a melhor forma para o fazer, surgindo nesta etapa os *Digital Influencers*.

Nos últimos anos vimos surgir os *Digital Influencers*. Este novo termo mais conhecido em inglês, mas em português caracteriza-se como Influenciador digital, também conhecidos como Criadores de Conteúdo, sendo ainda comum utilizar-se a terminologia “*Influencers*”, “*Instagramers*”, “*Youtubers*” e “*Bloggers*” para designar as pessoas que começaram a fazer carreira no digital.

Os consumidores começaram a depositar confiança nestes *influencers* para efeitos das decisões de consumo, devido à combinação de um *feed* atraente com a liberdade de escolha dos seguidores favorecendo a criação de laços e promovendo ainda mais confiança na opinião do *Digital Influencer*.

Podemos assim, definir o *influencer* como alguém com o poder de influenciar, mudar e inspirar os comportamentos e estilos de vida das pessoas, devido à sua capacidade de persuasão, criatividade, carisma e credibilidade em certas áreas. Estes exercem uma influência significativa nos consumidores que os seguem e que transferem para o bem ou serviço divulgado a confiança que depositam no influenciador que o apresenta.

Os *Digital Influencers* possuem um *know-how* na arte de angariar seguidores,

⁸ AMORIM, Ana Clara Azevedo de - Estratégias Comerciais: marketing e publicidade. In J. F. Castro (Coord.), Fashion Law, Direito da Moda (pp. 861–894). Navarra: Aranzadi, 2019. Disponível no Repositório da UPT: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/3181> P.4

⁹ MATOS, Joana – Digital Influencers – O novo desafio para o Direito Fiscal. Coimbra: Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado. P. 20.

conseguindo alcançar um “estatuto de mediatismo que lhes confere a capacidade de influenciar o comportamento, atitudes e a intenção de compra de milhares seguidores”¹⁰.

A associação *Word of Mouth Marketing* define o influenciador como “alguém que possui um potencial maior do que a generalidade das pessoas para influenciar os outros”¹¹.

Para JOHN LINCOLN (2016)¹², *Digital Influencers* são indivíduos que influenciam as decisões dos outros através de uma posição de autoridade, conhecimento e relacional.

A direção-geral do consumidor, no guia para influenciadores e anunciantes, define o influenciador como uma “pessoa ou personagem no meio digital que possui o potencial de influenciar os outros, independentemente do número de consumidores seus seguidores que acompanham as suas publicações. Influenciadores são também criadores de conteúdos digitais e uma fonte importante de informação e de influência para os consumidores que nestes confiam”¹³.

CATALINA GOANTA e SOFIA RANCHORDÁS¹⁴ consideram que há quatro elementos cruciais para definir um influenciador: a indústria em que atuam (*v.g.* moda, bem-estar, viagens e culinária); a fonte da popularidade (são conhecidos fora das redes sociais ou apenas pela sua atividade nestas); análise da influência (quais os dados adequados para a medir - seguidores, gostos, subscritores, *retweets* e visualizações) e o seu estatuto legal (podemos distinguir entre influenciadores que criaram a sua própria empresa, aqueles que trabalham como *freelancers* e os que são ainda consumidores).

Usualmente, são pessoas que nunca apareceram nos media e apenas se tornaram famosas por mostrarem o seu estilo de vida¹⁵, sendo também comum vermos celebridades tradicionais, como atores/atrizes, cantores, que se associam à comunicação comercial de um determinado produto ou serviço, dando o seu testemunho pessoal.

As celebridades são figuras públicas que alcançam seguidores nas redes sociais pelo

¹⁰ FERREIRA, Eduardo Aranha - O papel dos Influenciadores Digitais no Processo de Intenção de Compra dos Seguidores. Lisboa: Escola Superior de Comunicação Social, 2018. Dissertação de Mestrado. P. 1

¹¹ WOMMA, The WOMMA guide to influencer marketing. [Em linha]. (2017) [Consult. 02/09/2020]. Disponível na Internet: <http://getgeeked.tv/wp-content/uploads/uploads/2018/03/WOMMA-The-WOMMA-Guide-to-Influencer-Marketing-2017.compressed.pdf>

¹² MATOS, Joana – Digital Influencers – O novo desafio para o Direito Fiscal. Coimbra: Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado. P.21

¹³ Direção Geral do Consumidor, Guia para Influenciadores e Anunciantes. [Em linha] (2019) [Consult. 9/10/2020]. Disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx>

¹⁴ GOANTA, Catalina; RANCHORDÁS, Sofia, The Regulation of Social Media Influencers. Groningen: Universidade de Groningen, 2019. Dissertação de Mestrado. Pp. 5-8.

¹⁵ REIS, Carolina Influenciar através das Redes Sociais. Jornal Expresso. [Em linha] (2007) [Consult. 15/6/2020]. Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2017-09-30-Influenciar-atraves-das-redes-sociais>

que são fora do meio digital, já os *Influencers* tiveram uma vida comum antes do seu crescimento nas redes sociais. Ao invés das celebridades tradicionais, os influenciadores são pessoas típicas que se tornam famosas devido às suas partilhas de conteúdo nas redes sociais¹⁶.

O *Influencer* é um tipo particular de microcelebridade online constituído por determinadas pessoas que são capazes de influenciar os pensamentos e opiniões através das suas redes sociais. O influenciador digital consegue atuar em diversas áreas como design de interiores, alimentação saudável, maternidade, moda e beleza ou *lifestyle*, que consiste na partilha de conteúdo sobre o sua vida quotidiana.

Inicialmente a figura do influenciador digital não estava associada a uma atividade profissional, eram apenas pessoas que se destacavam nas redes sociais pelo seu carisma. No entanto, estes foram ganhando cada vez mais destaque e poder no comércio digital, sendo que atualmente ser Influenciador Digital é para muitos uma profissão.

A atividade dos influenciadores digitais consiste em criar conteúdo para publicar nas suas redes sociais, conteúdo este que normalmente está associado a uma relação comercial entre o influenciador e a marca.

Os influenciadores digitais fazem vários tipos de acordos com as marcas: **affiliate marketing** – links ou códigos de desconto personalizados que permitem a contabilização por utilizações; **troca de bens/serviços** – a marca anunciante oferece bens ou serviços por uma publicação, avaliação ou menção; **endorsement deals** – são realizados contratos em que os influenciadores são pagos para publicitar como pedido pelas marcas; por fim, quando o **influenciador se torna ele próprio um prestador de serviços/bens** – colaborações com marcas para criar a sua própria *merchandise*¹⁷.

As marcas têm grande interesse neste tipo de publicidade, pois promovem os seus produtos e/ou serviços a um custo acessível comparativamente aos custos dos media tradicionais, vendo nos influenciadores uma oportunidade de conquistar um público vasto de consumidores, começando a enviar-lhes produtos para estes testarem, oferecendo-lhes viagens, experiências em restaurantes, hotéis, entre outros, em troca de uma publicação nas suas plataformas digitais ou redes sociais.

A troca de produtos e serviços entre as Marcas e os Influenciadores Digitais tem como

¹⁶ COUTO, Ana Filipa Ribeiro, O processo de decisão de divulgação de publicidade renumerada – um estudo dos influenciadores digitais no Instagram, em Portugal. Porto: Faculdade de Economia. Dissertação de Mestrado. P. 15.

¹⁷ GOANTA, Catalina; RANCHORDÁS, Sofia, The Regulation of Social Media Influencers. Groningen: Universidade de Groningen, 2019. Dissertação de Mestrado. Pp. 9-11.

objetivo a obtenção de lucro, sendo este um novo modelo de negócio, fruto da digitalização da economia¹⁸.

Assim, a informação partilhada pelos Influenciadores Digitais não é efetuada de forma livre, espontânea e imparcial, uma vez que o influenciador ao publicar aquele conteúdo, recebe um benefício ou algum tipo de contrapartida.

O efeito persuasivo da comunicação comercial depende agora de um envolvimento afetivo assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos influenciadores digitais, deixando de coincidir apenas com a objetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos. Os influenciadores vieram, deste modo, revolucionar a publicidade convencional, originando um declínio dos meios tradicionais de comunicação de massas, deixando de existir os anúncios tradicionais em que alguém fala diretamente do produto e aconselha a comprar com a justificação de que é o melhor, afastando-se a estrita racionalidade das decisões de consumo desenvolvida pelas teorias económicas neoclássicas.

Presentemente, esta publicidade é feita com o apelo a sentimentos, nomeadamente com a simples partilha do dia-a-dia, mencionando o nome das marcas com quem tem parcerias. Este tipo de publicidade é muito eficaz devido à proximidade com os consumidores, que sentem uma certa empatia, confiança ou familiaridade com os influenciadores.

Exemplificando: se vão ao ginásio, publicam uma foto a treinar com a referência do ginásio. Se for para divulgar uma marca de biquínis, basta tirar fotografias com eles, identificando a conta da marca. Quando querem promover um restaurante só precisam de lá ir, comer e publicar imagens.

O consumidor associa esta publicidade a algo espontâneo, como um conselho de um amigo que experimentou um produto e/ou serviço e gostou, e tendem a replicá-los.

Consequentemente, as plataformas digitais como o *Facebook*, *Instagram* e *Youtube*, tornaram-se meios eficazes para a publicitação de produtos e serviços, sendo estas cada vez mais procuradas pelas marcas.

A revista norte americana FORBES¹⁹, em 2017, incluiu no ranking de mais bem pagas “figuras que, apesar de não estarem em setores tradicionais, fazem tanto dinheiro quanto quem está (ou até mais): os influenciadores digitais”.

¹⁸ MATOS, Joana – Digital Influencers – O novo desafio para o Direito Fiscal. Coimbra: Faculdade de Direito. Dissertação de mestrado. P. 24

¹⁹ AGRAWAL, AJ, Why Influencer Marketing Will Explode In 2017. Forbes. (2016) [Em linha]. [Consult. 14/10/2020]. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/ajagrawal/2016/12/27/why-influencer-marketing-will-explode-in-2017/?sh=428776920a9>

Segundo O'NEIL-HART e BLUMENSTEIN²⁰, uma pesquisa realizada pela *Google*, demonstrou que quatro em cada dez utilizadores do *Youtube* confiam mais no seu *Youtuber* favorito do que nos seus amigos, e que seis em cada dez preferem seguir uma indicação de produto e/ou serviço efetuada pelo seu *Youtuber* favorito do que por outras celebridades.

Ademais, numa pesquisa apresentada no Congresso Internacional de Administração em setembro de 2017, verificou-se que num universo de 414 usuários, 91,8% seguem pelo menos um influenciador digital nas suas redes sociais, sendo que deste percentual, 78,5% contactaram com um ponto de venda do produto/serviço indicado pelo influenciador digital²¹, sendo que 48,6% já adquiriram algum produto que fora indicado pelos influenciadores digitais e 74,9% aceitam as recomendações feitas pelos influenciadores²².

Num estudo de 2018, concluiu-se que as empresas têm retorno no investimento de 5,20\$ por cada dólar investido²³.

Os influenciadores digitais dão às marcas a vantagem de poderem focalizar as suas campanhas para um determinado público-alvo, controlando o público a que chega o seu conteúdo publicitário e a forma como este é interpretado, dado que é fácil saberem qual é o tipo de seguidor de cada influenciador e o seu alcance, ou seja, o número de seguidores que podem ver aquela publicação. Estes conseguem levar as suas publicações ao maior número de interessados possíveis, transformando-se o influenciador digital em editor, publisher, redator, sem que lhe seja exigido formação técnica e princípios éticos.

A ascensão dos influenciadores digitais deve-se essencialmente aos *Millenials*²⁴ que começaram a ver os influenciadores como uma referência comportamental, depositando nestes uma grande confiança e, conseqüentemente, nas marcas que estes representam.

Assim, esta ligação entre o produto e/ou serviço da marca e o influenciador Digital caracteriza-se pela simples recomendação de utilização daquele produto e/ou serviço. O seguidor deste, perante esta opinião positiva, terá maior tendência para a aquisição daquele produto e/ou serviço em particular e não de outro, pois confia na opinião daquela pessoa.

20 O'NEIL-HART, Celie; BLUMENSTEIN, Howard. Why youtube stars are more influential than traditional celebrities [Em linha] (2016) [Consult. 14/10/2020]. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/youtube-stars-influence/>

21 BASTOS, Maria Augusta [et al.] O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. Brasil: Ponta Grossa, 2017 [Consult. 16/11/2020]. P. 8.

22 Idem. Pp. 9-10.

23 KLEINMAN, ZOE -"Has Fyre Festival burned influencers?". BBC News [Em linha] (2019) [Consult. 3/1/2021] Disponível em <https://www.bbc.com/news/46945662>

24 Nascidos entre os anos de 1982 e 2004.

As redes sociais são cada vez mais uma fonte de informação a que a população recorre, procurando a validação e a opinião dos *Influencers*.

Consequentemente, tornou-se usual vermos influenciadores a dar “orientações” de nutrição e de desporto, partilhando dos seus estilos de vida e hábitos alimentares aparentemente saudáveis. Embora seja muito importante incentivar a sociedade para a prática de atos saudáveis, a verdade é que estas “dicas” não têm em conta as particularidades de cada um, podendo ser um perigo para o consumidor.

Em relação a este assunto, ALEXANDRA BENTO²⁵, bastonária da Ordem dos Nutricionistas, defende que é importante avaliar a formação base dos *influencers*. O facto de haver imensas *influencers* a abordar os temas da alimentação e nutrição, sem qualquer formação, faz com que haja um aumento da desinformação que pode originar a criação de *fake news*. Além de que, a maioria das publicações feitas por *influencers* não tem evidência científica sobre temas de saúde.

Importa ter em atenção que estas “dicas” nutricionais têm consequências para a saúde da população em geral, que não domina a fundo o complexo e vasto mundo das Ciências da Nutrição, sendo um público-alvo que facilmente segue indicações de figuras não profissionais da área²⁶.

Muitas das vezes, por trás destas “sugestões” sejam elas relacionadas com nutrição, desporto ou beleza, há um produto e/ou serviço de uma marca que pagou ao influenciador para divulgar.

O grande problema da atividade dos *Digital Influencer* é o facto destes, munidos de poder de influenciar sobre um determinado grupo de indivíduos, não serem transparentes nas suas publicações, ocultando o intuito comercial daquela publicação, disfarçando-o de mera opinião pessoal, levando o consumidor a ser induzido em erro e a praticar um ato de consumo.

Atualmente somos capazes de discernir a publicidade inserida nos intervalos dos programas televisivos, mas não somos capazes de compreender o cariz publicitário de determinadas publicações de um *Digital Influencer*, atendendo que, inebriados pela relação de confiança e proximidade com os mesmos, temos maior tendência para acreditar que aquilo é uma mera opinião, isenta de intenções.

Enquanto que a indústria dos media tradicional está extremamente regulada, estes

²⁵ BENTO, Alexandra – Nutricionistas *Influencers*. Viver Saudável. Lisboa. Número de Depósito Legal: 401844/15. Ano 4, n.º 52 (2020), Pp.10-12.

²⁶ ABREU, Rodrigo – Nutricionistas *Influencers*. Viver Saudável. Lisboa. Número de Depósito Legal: 401844/15. Ano 4, n.º 52 (2020), Pp.10-12.

novos veículos de informação não têm regulação. Subsiste, assim, a necessidade de rever a legislação portuguesa, no sentido de assumir que estes novos veículos de comunicação existem e que têm de ser responsabilizados pela informação que transmitem. Contudo, esta responsabilização não pode ser feita em primazia do direito à liberdade de expressão e informação, direito este que constitui um princípio basilar para uma sociedade moderna (art. 37.º da CRP).

Os influenciadores digitais não são associados a nenhum grupo de media, podendo escrever sobre os mais diversos assuntos livremente dando, em muitas vezes, a sua opinião pessoal. Um jornalista, por exemplo, tem regras editoriais que não permitem ter a mesma liberdade, tendo de ser cautelosos na abordagem de certas matérias e evitando dar uma opinião pessoal, uma vez que estes representam o grupo de media para o qual trabalham, pondo no seu trabalho os valores da empresa.

A questão da publicidade nas redes sociais é ainda mais delicada por se tratar da exposição da vida pessoal dos influenciadores digitais, ou seja, as publicações são elaboradas com base no dia-a-dia dessas pessoas, que exibem seu estilo de vida. A princípio, o conteúdo desses perfis diz respeito à sua vida.

Na verdade a internet foi concebida como um espaço aberto para o desenvolvimento de novos comportamentos, todavia, em certos casos, é necessário que haja uma limitação. O limite da liberdade é a responsabilidade, pois quem obtém algum benefício pelo ato, deve suportar o risco de eventuais danos que possam ser causados ao consumidor.

O direito à liberdade de expressão vem previsto no art. 37.º da CRP, recebendo também proteção na maioria dos regimes jurídicos internacionais e Europeus em matéria de direitos humanos. Esta liberdade integra o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento. A Constituição prevê ainda um conjunto de disposições que completam a regulamentação desta liberdade, de acordo com regras específicas quanto à liberdade de imprensa e meios de comunicação social.

Não obstante, este direito ser fundamental para o desenvolvimento saudável da vida pública nos seus variados setores, estes direitos e liberdades têm os seus limites naturais, os quais decorrem de outros direitos igualmente protegidos pela Constituição.

No que diz respeito à liberdade de imprensa prevê o art. n.º 3 da Lei n.º 2/99 os seus limites sendo eles aqueles que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objetividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade

da vida privada, à imagem, à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público, assim como, a ordem democrática.

Neste sentido, a publicidade deve ser sempre associada à liberdade de expressão e ela deve sempre existir, mas isso não significa que o consumidor deva ser exposto à publicidade que lhe cause qualquer tipo de dano e não esteja em perfeita sintonia com as leis.

Em face desta peculiaridade, é necessário que haja normas próprias para regulamentar este tipo de publicidade, sendo que o objetivo não é criar obstáculos à liberdade de expressão dos influenciadores digitais, mas proteger o consumidor, dado que a ética publicitária deve aplicar-se a todos e qualquer meio de comunicação, incluindo a internet.

Assim sendo, dentro dos limites da liberdade de expressão, a verdade tem de ser o principal vetor para legitimar a liberdade de expressão. Tal exigência pela verdade, vem desde logo consagrada no art. 10.º do CPub.

Posto isto, no meu entender, a partir do momento em que há um negócio jurídico verificado, seja patrocinado ou renumerado, o conteúdo produzido e publicado por estas pessoas deve corresponder aos limites comerciais, como qualquer publicidade que seja efetuada a partir da televisão, cinema ou rádio.

Neste sentido, se os influenciadores digitais aconselharem um certo produto ou comunicarem publicamente que o utilizam, recebendo uma recompensa monetária ou em géneros, por parte da marca, tal comunicação enquadra-se, sem dúvida, como conteúdo publicitário²⁷.

Em analogia ao que já é previsto no nosso ordenamento jurídico em relação aos media tradicionais, deve o mesmo ser aplicado aos influenciadores digitais, verificando-se as mesmas restrições de forma a proteger o consumidor.

Visto que todo o raciocínio jurídico necessita de sustentação legal, passaremos de seguida a analisar o regime do consumidor e da publicidade.

²⁷ Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO [Em linha]. (2021) [Consult. 17/10/2021]. Parecer n.º 186 – 2021 – Alteração do Código da Publicidade

Capítulo II – Direito do Consumo

A atividade dos influenciadores digitais reconduz-se à atividade publicitária que irá confluir com o Direito do Consumidor, na medida que um dos princípios a que a conduta publicitária deve obedecer ao Princípio do Respeito pelos Direitos dos Consumidores e, o Direito do Consumidor é o ramo do direito cujas normas visam proteger o consumidor.

A problemática da proteção dos consumidores remete-nos para o famoso discurso do presidente norte-americano JOHN F. KENNEDY onde salientou que “consumidores, por definição, somos todos nós”, acrescentando que “apesar de não se encontrarem organizados e de não serem ouvidos, constituem o maior grupo económico a atuar no mercado, sendo influenciados por (e influenciando) todas as decisões tomadas a este nível”²⁸. Neste discurso, J.F.KENNEDY definiu os quatro conceitos básicos do consumidor: o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito a ser ouvido.

A nível Europeu, é a partir de 1973, com a “Carta de Proteção do Consumidor” do Conselho da Europa, que esta problemática começa a ganhar importância.

Deste modo, em 1975 a Comissão Europeia aprovou um programa de ação relativo à proteção dos consumidores, onde estabeleceu cinco direitos fundamentais: a proteção da saúde e segurança, a proteção dos interesses económicos, o direito à indemnização dos danos causados, e o direito à informação, educação e representação. A proteção dos consumidores nos tratados só começou a ser efetuada a partir do Ato Único Europeu, em 1986 e, seguidamente, no Tratado de Maastrich, em 1992, e no Tratado de Amesterdão, em 1999. O direito Europeu foi evoluindo, tendo-se tornado a grande inspiração dos direitos dos Estados-Membros.

Em Portugal tomou-se consciência de que era necessário proteger “a vítima moderna da sociedade de consumo”, tendo o legislador nacional consagrado várias medidas destinadas ao efetivo auxílio do consumidor, protegendo constitucionalmente alguns dos direitos, inserindo-os na lei fundamental.

Assim, em 1982 foram introduzidos alguns direitos dos consumidores na CRP, tendo estes vindo a ser reforçados quer na revisão de 1989, quer na revisão de 1997, consagrando os direitos dos consumidores para a dignidade de direitos fundamentais - art. 60.º, e al. e) do art. 99.º da CRP. Em 1981 foi criada a Lei da Defesa do Consumidor com vista a proteger o consumidor, tendo esta sido posteriormente revogada pela atual Lei 24/96, de 31 de julho que

²⁸ CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. P.13.

prevê os direitos dos consumidores e determina os princípios e as regras que devem orientar a concretização desses mesmos direitos.

1. Conceito de Consumidor

A generalidade das diretivas europeias definem o consumidor como “a pessoa singular que atua com fins alheios às suas atividades comerciais ou profissionais”²⁹. Contudo, esta definição não é unívoca, não impedindo que os Estados-Membros adotem um conceito diferente, sendo necessário analisar, caso a caso, de forma a se perceber qual o âmbito subjetivo de aplicação do diploma em causa.

A pluralidade e a variabilidade das definições de consumidor deve-se à sua funcionalidade, dado que estas definições “têm a natureza de instrumentos técnicos-jurídicos para a delimitação dos destinatários como tal referidos em normas (materiais) de proteção”³⁰.

Resumidamente, todas estas definições refletem as pré-compreensões sociais e económicas que lhes estão subjacentes.

No ordenamento jurídico português é na LDC que estão previstos os princípios gerais do direito do consumo, sendo utilizada como referência no nosso direito “em alguns casos por via de reprodução (DI. 67/2003) ou de remissão expressa (DI. 171/2007; DI. 134/2009) da lei, noutros por via interpretativa (DI. 446/85; Lei 23/96) e, ainda, nos casos em que determinado diploma utiliza mas não define o conceito de consumidor, a tendência mais comum consiste em recorrer à definição da LDC, podendo esta, assim, considerar-se residual”³¹.

O art. 2.º, n.º1 da LDC adota uma conceção estrita de consumidor sendo este “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

A definição de consumidor prevista na LDC faz referência a quatro elementos.

O primeiro elemento diz respeito ao **elemento subjetivo** (“*todo aquele*”). Trata-se de um preceito amplo, não especificando se abrange apenas as pessoas singulares ou se também compreende as pessoas coletivas, deixando a questão em aberto, o que origina uma divisão na doutrina “entre aqueles que admitem limitadas extensões a pessoas jurídicas que servem exclusivamente interesses do consumo privado ou que têm a natureza de associações, sem fim

²⁹ CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. P.17.

³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Direito do Consumo. Coimbra: Almedina, 2005. P.27.

³¹ CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. P.17.

lucrativo e entre aqueles que sustentam a sua admissibilidade genérica, incluindo, em certas circunstâncias, as sociedades comerciais”³².

O fundamento para a proteção das pessoas coletivas vem previsto no art. 12.º n.º2 da CRP e justifica-se, de acordo com um princípio da igualdade material, sobretudo pela situação de fragilidade das associações e fundações nas relações com profissionais. Em contrapartida, aqueles que defendem que este elemento não deve abranger as pessoas coletivas fundamentam a sua opinião no facto de estas não necessitarem de maior proteção comparativamente às pessoas singulares.

Conforme alguma jurisprudência³³ defende, entendo que se a pessoa coletiva provar que atua respeitando os elementos consagrados na lei para que possa bonificar do regime jurídico criado para os consumidores, então não pode ser negada a sua integração no conceito de consumidor.

No que tange ao segundo requisito, este corresponde ao **elemento objetivo** (*“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos”*). Este elemento, na opinião do Professor Jorge Morais Carvalho³⁴, tem uma amplitude significativa, englobando qualquer relação contratual estabelecida entre as partes. Além disso, o diploma parece estender-se também a relações não contratuais, exemplo disso é o previsto no art. 8.º n.º1 al. i) da LDC que impõe ao profissional a prestação de informações relativamente à garantia voluntária ou comercial oferecida (por vezes, negócio jurídico unilateral), ou o art. 12.º, n.º2 da LDC, que alude à responsabilidade civil extracontratual do produtor ³⁵.

Embora o legislador na LDC dê alguma amplitude ao elemento objetivo, noutras diplomas refere expressamente que categorias de bens pretende abranger ³⁶.

Devido a esta amplitude da Lei n.º 24/96 a doutrina divide-se quanto à restrição (ou

³² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. P. 31.

³³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 17-06-2004 (proc. n.º 4735/2004-6), relator Gil Roque [consult. 20/11/2020]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c4d5a603d1d5ec8980256f260047dc9b?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 29-05-2014 (proc. n.º 1092/10.0TBLSD-G. P1. S1), relator João Bernardo [consult. 20/11/2020]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/186dea1ec17532f080257ce70053b7cb?OpenDocument>

³⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*. 3.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. P.20.

³⁵ *Idem*. P.19.

³⁶ Como exemplo destes diplomas temos o DI. 133/2009 que se aplica apenas aos contratos de crédito ao consumo.

não) do elemento objetivo, todavia, entendo que desde que o elemento teológico seja respeitado, não parecem existir razões para se restringir o elemento objetivo.

No que diz respeito ao terceiro elemento, está subjacente o **elemento teológico** (*“destinados a uso não profissional”*), que determina a finalidade que a utilização dos bens ou serviços deve seguir para que se esteja perante uma situação passível de receber a proteção prevista para os consumidores. Este é um conceito mais restrito comparado a outros ordenamentos jurídicos como é o caso do Brasil³⁷ que prevê a noção de “destinatário final”, excluindo do conceito de consumidor todas as pessoas singulares ou coletivas que “atuem no âmbito de uma atividade profissional, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa”³⁸.

A LDC de 1981 atribuía proteção jurídica “apenas a quem adquiria bens para uso pessoal”, esta foi substituída pela atual em 1996, podendo o bem ser destinado “não apenas ao uso pessoal e do seu agregado familiar mas poderá ser transmitido ou onerado, se não for no âmbito de uma atividade profissional”³⁹, ou seja, um profissional poderá ser considerado consumidor desde que o bem ou o serviço adquirido tenha um destino particular (não profissional).

A nova redação veio dividir a doutrina quanto a este critério. Uma parte da doutrina considera que um profissional que adquira um bem para uso profissional, também cabe neste conceito se, o bem obtido não corresponder à área profissional da sua especialidade e não se encaixar nos especiais conhecimentos técnicos e profissionais, até porque, a assimetria da informação e o desequilíbrio de poder de negociação dos profissionais que atuam no exercício de uma atividade económica, mas fora do domínio da sua especialidade, justifica a extensão da proteção do consumidor.

Nesta senda, as pessoas singulares que adquiram um bem para uso meramente particular, enquadrável na sua área de conhecimento e competência, não poderão ser consideradas consumidores, uma vez que no ato de aquisição, estas não se encontrarão em posição de desvantagem face ao profissional com que contrata, tendo elevados conhecimentos técnicos acerca do bem que adquire.

³⁷ Cf. Art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor.

³⁸ CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016. P.21.

³⁹ FALCÃO, David José Gerales – Conceito de Consumidor. Revista Gestin. Castelo Branco: Instituto Politécnico de Castelo Branco. N.º8 (2010), p.152.

Em sentido contrário, JORGE MORAIS CARVALHO⁴⁰ considera que o elemento teleológico previsto na lei é claro ao excluir “todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que atuam no âmbito de uma atividade profissional, independentemente de terem ou não conhecimentos específicos no que respeita ao negócio em causa”.

Considerando a opção do direito português por um conceito mais restrito, parece ser de acolher a posição de JORGE MORAIS CARVALHO.

É de salientar que, sendo o bem destinado ao uso misto, ou seja, simultaneamente a uso profissional e não profissional⁴¹, o melhor critério para determinar se se trata de uma relação de consumo consiste no uso predominante dado ao bem, devendo o momento da realização do contrato ser o momento em que se deve reportar a determinação do uso predominante a dar ao bem ou serviço, em virtude do cumprimento das regras de proteção dos consumidores nos contratos depender do conhecimento da relação por parte do profissional.

Em princípio quando duas partes decidem estabelecer uma relação jurídica fazem-no na disposição da sua autonomia privada e em condições de igualdade, porém, quando o consumidor contrata com um profissional estabelece-se uma relação desequilibrada. Como afirma o TJUE no caso *Benincasa/Dentalkit*⁴² e no caso *Shearson Lehman Hutton*⁴³, esta proteção funda-se no facto do consumidor ser a parte contratual “economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente”. A inclusão numa atividade profissional faz com que haja mais estímulos e melhores condições para o seu reforço, sendo, o poder de reação é mais eficaz nas empresas e nos profissionais liberais.

Por último, o quarto elemento diz respeito ao **elemento relacional**, sendo necessário que a contraparte seja uma “*pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, ficando fora deste elemento os contratos celebrados entre não profissionais, sendo inadmissível “relações entre particulares”.

De acordo com o art. 2.º, n.º2 da LDC não é relevante a natureza pública ou privada da atividade exercida pelo profissional, podendo este ser uma pessoa singular ou coletiva, desde que, num contrato com um consumidor atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, atuando em seu nome ou por sua conta. O objetivo deste elemento não é

⁴⁰ JORGE MORAIS CARVALHO, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Ed. Coimbra, Almedina, 2016. P.21

⁴¹ Por exemplo, automóvel para utilizar no exercício de atividade profissional e na vida privada

⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha], de 03-07-1997 (proc. n.º C – 269/95), relatado por J. L. Murray, C. N. Kakouri [consult. 22/11/2020]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0269>

⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha], de 19-01-1993 (proc. n.º C – 89/91), relatado por Schockweiler [consult. 22/11/2020]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0089>

“a obtenção de benefícios por parte do profissional na relação concreta estabelecida com o consumidor, abrangendo-se, assim, por exemplo, a oferta de brindes, que têm um conteúdo promocional e se inserem numa atividade económica que visa a obtenção de benefícios, embora não o lucro imediato”⁴⁴.

Nem sempre é fácil identificar a contraparte, principalmente quando está em causa a economia colaborativa (ou de plataforma). Como o Professor JORGE MORAIS afirma “as plataformas digitais, além de constituírem, elas próprias, um negócio com grande relevância social e económica, potenciam a existência de muitos negócios à sua volta”⁴⁵, sendo que na maioria dos casos o contrato é celebrado numa aplicação, não se evidenciado muitas vezes com quem é que se está a contratar⁴⁶.

Em conformidade com o art. 5.º, al.d) do CPub, consumidor/destinatário da publicidade não é apenas aquele ao qual as mensagens publicitárias se direcionam mas, todas as pessoas a que esta estejam expostas, mesmo aquelas que se consideram excluídas do âmbito do conceito de consumidor, mas que são forçosamente atingidas pelas práticas publicitárias e, em especial, pelas práticas abusivas e causadoras de danos⁴⁷.

Na medida em que esta dissertação se prende com as relações de consumo na internet, convém mencionar o conceito de consumidor previsto no art. 3.º, al. c) do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro que o define como “a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”. Esta definição não é muito diferente da que vem prevista na LDC, tendo o mesmo fundamento: a necessidade de proteção do consumidor, devido à situação de desigualdade informacional, sendo esta ainda mais evidente na contratação eletrónica, visto que este toma decisões com base em imagens e informações através de um dispositivo eletrónico.

⁴⁴ CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Edição Coimbra: Almedina, 2016. P.23.

⁴⁵ CARVALHO, Jorge Morais, O Conceito de Consumidor no Direito Português. In Estudos do Direito do Consumidor. N.º 14. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. P. 213.

⁴⁶ Idem. P. 211.

⁴⁷ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. P. 114

Capítulo III – A evolução da Publicidade:

A publicidade assume uma função importante no processo de comercialização, estando presente na sociedade desde o século XV, devido ao advento da imprensa no início desse século por JOHANN GENSFLEISH GUTENBERG, constituindo um marco fundamental na história da publicidade. Na verdade, só se deve falar em publicidade comercial, após o referido advento que muito ajudou para o crescimento da comunicação de massas. Com a Revolução Industrial surge outro marco notável no desenvolvimento da indústria e comércio do sec. XIX e conseqüentemente da atividade publicitária, uma vez que, devido ao desenvolvimento da empresa capitalista e da capacidade aquisitiva particular, solidificou-se e incrementou-se a relação produtor/consumidor⁴⁸.

O desenvolvimento da publicidade intensificou-se no início do século XX como consequência do excesso de oferta – como a eletricidade, o telefone, o automóvel - que caracterizou a Europa e a América. O desenvolvimento da televisão, depois da Segunda Guerra Mundial, veio auxiliar a publicidade, fazendo com que o volume desta explodisse. A publicidade era então, a estrela em ascensão na América Empresarial. Na *Procter & Gamble, Hershey's, Coca-Cola, Campbell's*, e em muitas outras empresas de produtos de consumo, era a publicidade que estava no foco⁴⁹. Perante este ambiente, há uma dissolução do indivíduo enquanto pessoa única e singular e emerge um novo modelo humano, constituído por um conjunto uniforme de indivíduos semelhantes, a que se deu o nome de *sociedade de massa*⁵⁰.

A segunda metade do século XX foi marcada pelo surgimento da Internet, que teve um crescimento exponencial ao longo dos anos, assumindo grande relevância no setor económico, tornando-se num poderoso instrumento publicitário. A publicidade na *Internet* constitui a confluência da publicidade convencional com o *marketing* de resposta direta.

Conseqüentemente, a partir do final do séc. XX e início do séc. XXI a publicidade tradicional foi perdendo eficácia devido ao nascimento de alguns mercados, ao aumento da concorrência e às exigências crescentes dos consumidores, surgindo novas modalidades de comunicação comercial, como o marketing direto e as relações públicas⁵¹.

A publicidade na atualidade, resultante de uma sociedade inovadora, tecnológica, multifacetada e dominada pela oferta crescente do mercado, tem ocupado novos espaços de

⁴⁸ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. P. 11.

⁴⁹ RIES, AL; RIES, Laura, A Queda da Publicidade e a Ascensão das Relações Públicas. Lisboa: Casa das Letras, 2008. P. 25

⁵⁰ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. P. 14.

⁵¹ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P. 33

difusão, tendo as plataformas digitais conquistado o papel principal, com novos intervenientes principais, substituindo os canais tradicionais. Verificou-se uma saturação publicitária que levou à ascensão dos influenciadores digitais, “na medida em que estes conquistam a fidelidade de um segmento de mercado, caracterizado por atividades e interesses comuns, provocando mudanças de comportamento e mentalidade”⁵². A segmentação permite aproximar-se de vários mercados homogêneos de pequena dimensão, através de fatores de natureza geográfica e sociodemográfica – como o sexo, a idade, a atividade profissional, o rendimento disponível, etc – e de uma dimensão psicográfica - como a análise das atividades, dos interesses e das opiniões em matérias sociais, políticas, económicas ou culturais.

Assim, os anunciantes passam a dirigir as mensagens publicitárias a um público-alvo especificamente identificado, deixando de recorrer ao tradicional conceito massificado e indiferenciado do mercado.

As redes sociais, comparadas aos media tradicionais, permitem uma interatividade muito mais próxima do consumidor, sendo uma forma de publicidade muito mais eficaz, devido à sua celeridade, tendo ainda a vantagem de ser mais económica do que a tradicional.

Antes do desenvolvimento das redes sociais, a confiança do consumidor na informação partilhada era apoiada em elementos objetivos, como o estabelecimento de uma marca tradicional de renome, indicações de grandes marcas como parceiras. Atualmente, esta confiança é apoiada em elementos mais subjetivos, como seguimentos específicos de interesses, empatia sobre causas comuns, deixando a relação entre o influenciador digital e o consumidor mais “pessoal”, devido à identificação de costumes semelhantes. É com base nesta relação “pessoal” que os influenciadores digitais conquistam milhares de seguidores, tendo as mensagens publicitárias dos influenciadores digitais maior credibilidade do que os anúncios publicitários, uma vez que são vistas pelo consumidor como um conselho ou uma sugestão.

Neste sentido, afirma a autora ANA AMORIM que “o efeito persuasivo da comunicação comercial deixa então de coincidir apenas com a objetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, dependendo agora sobretudo de um envolvimento afetivo assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos influenciadores digitais”⁵³. Deste modo, afastou-se a racionalidade das decisões de consumo desenvolvida pelas teorias económicas

⁵² AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Estratégias Comerciais: marketing e publicidade*. Porto: Universidade Portucalense, 2019. P.20.

⁵³ Idem. P.20

neoclássicas, dando-se prevalência à dimensão emocional e simbólica, passando a haver uma interatividade e bidirecionalidade da publicidade, levando ao declínio da publicidade tradicional.

Porquanto, as fontes de informação que outrora eram tidas por confiáveis, perderam espaço para pessoas comuns que conquistam os consumidores com a sua capacidade de persuasão, criatividade, carisma e credibilidade em certas áreas, conseguindo, por isso, chegar a milhares de seguidores. A publicidade vigente rege-se por uma relação de confiança com o consumidor, orientando a publicidade para as suas motivações, personalidades e estilos de vida, assentando em experiências reais dos produtos/serviços.

Os influenciadores digitais enquadram-se no conceito tradicional de relações públicas, sendo estas um conjunto de técnicas e métodos que visam exercer uma ação psicológica sobre o público com o objetivo de obter uma boa e atraente imagem sobre uma empresa ou organização, não visando, via regra, a promoção direta de um ato de aquisição.

A par da comunicação de produto, as relações públicas podem integrar também a publicidade institucional ou corporativa prevista no art.º 3.º, n.º1 al. b) do CPub que abrange no conceito de publicidade as mensagens destinadas a “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. A consagração da publicidade institucional ou corporativa foi bastante criticada devido à sua natureza não económica. Neste sentido, o art. 20.º, n.º1, al. b) do regime jurídico do comércio eletrónico, não engloba na comunicação publicitária em rede esta publicidade. Todavia, no n.º2 deste artigo, o legislador reconhece que “a comunicação publicitária pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada”.

Podemos inserir neste conceito os *Digital Influencers*, que em troca da oferta de produtos e/ou serviços, estes publicitam esses produtos e/ou serviços.

Em relação a esta matéria o TRL⁵⁴ já se pronunciou, afirmando que a “publicidade abrange não só a promoção de bens ou serviços, mas ainda todas as formas de comunicação que tenham por objetivo direto ou indireto, essa promoção”.

Deste modo, o objetivo, ainda que indireto, dos influenciadores em contratar preenche o previsto no art. 3.º, n.º1, al. a) do CPub, sendo uma hipótese paradigmática de publicidade para os efeitos da aplicação do regime jurídico vigente.

⁵⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 25-10-2012 (proc. n.º 5348/11.6TBSXL), relator Teresa Prazeres Pais [consult. 10/1/2021]. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3e5279065474f01e80257ac3003cdd50?OpenDocument>

Logo é de afastar o raciocínio que exclui estes do conceito de publicidade com o argumento que não visam promover a contratação.

Além disso, nas relações entre profissionais, as mensagens publicitárias não pretendem recair apenas sobre as especificações técnicas dos bens mas essencialmente sobre a identidade, cultura e valores da empresa. O predomínio da publicidade institucional ou corporativa “justifica-se sobretudo pela relevância dos serviços complementares e dos relacionamentos de longo prazo, assente no valor da confiança⁵⁵”.

A publicidade dos influenciadores digitais é uma publicidade testemunhal prevista no art. 15.º do CPub, devendo esta ser composta por depoimentos genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele representa.

Entendo que é injustificado o afastamento dos influenciadores do conceito de comunicação publicitária em rede.

1. O Conceito de Publicidade:

Não existe um conceito unívoco de publicidade, contudo, os vários conceitos que existem tem como característica comum os elementos informativos e comerciais integrantes da noção de publicidade.

O autor JOÃO M. LOUREIRO⁵⁶ define a publicidade como “o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço”, sendo atualmente o “motor da economia e força de comunicação ao serviço de empresas e outras entidades e uma forma de expressão cultural”.

Por sua vez, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁷ caracteriza publicidade como “toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, produtos, serviços ou uma atividade económica”.

Importa ainda mencionar o conceito plasmado no parecer da PGR⁵⁸, que determina que a publicidade é “a ação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, produtos, serviços ou certa atividade económica, procurando persuadir os respetivos destinatários da excelência dos seus produtos (...) a publicidade demarca-se da comunicação de

⁵⁵ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. p.42

⁵⁶ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. Pp. 108-108.

⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira, Conceito de Publicidade. In Separata do <<Boletim do Ministério da Justiça>>. Lisboa. N.º 349 (1985) P. 281.

⁵⁸ Parecer da Procuradoria Geral da República [em linha], de 29-05-1991 (n.º 30/1991), relator Salvador da Costa [consult. 10/1/2021].

Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8384>

massa porque se reporta à atividade económica e é caracterizada pelo método divulgativo-retórico, imperativo e exortativo”.

O direito da publicidade constitui um ramo do Direito Económico, contudo a sua autonomia gera algumas divergências. A verdade é que o direito da publicidade exige a ampla intervenção de vários direitos, como o direito civil, comercial, penal, direito do consumidor, etc, pelo que, afastando a tradicional classificação entre direito público e privado e subscrevendo a visão de JOSÉ DE OLIVEIRA DE ASCENSÃO, que concebe o ordenamento jurídico como núcleo comum do qual se vão autonomizando vários direitos institucionais, caracterizados por um conjunto de normas e princípios agrupados e harmonizados em torno de um objetivo comum, então o direito da publicidade será um verdadeiro instituto jurídico onde confluem normas de diversas disciplinas jurídicas⁵⁹.

É verosímil que, face à importância da publicidade no meio económico e empresarial de um país, esta tenderá a autonomizar-se e distinguir-se dos demais direitos que confluem no seu regime jurídico e que compõem a estrutura atual do direito da publicidade.

O regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente no artigo 60.º da CRP, relativo à proteção dos consumidores. O Código da Publicidade foi aprovado pelo DI. 330/90 de 23 de outubro cuja a versão mais recente é a Lei n.º 30/2019 de 23 de abril, tendo como fim proteger e defender os consumidores, tal como as suas expectativas, numa altura em que a publicidade ganha tanto destaque, recebendo bastante atenção por parte dos consumidores.

O art. 1.º do CPub prevê uma definição ampla de publicidade, sendo esta independente do suporte utilizado para a sua difusão, por isso, é aplicável às plataformas digitais. Esta amplitude justifica-se pelo facto de existir diversos suportes publicitários, isto é, meios de difundir publicidade⁶⁰, tendo a evolução tecnológica feito surgir vários suportes.

Analisando o que autor JOÃO LOUREIRO disse em 1985⁶¹, verificamos que certos suportes publicitários que existem hoje, naquela altura não existiam ou, pelos menos, não tinham a força atuante que têm hoje, como é o caso dos influenciadores digitais. No entanto, já nessa altura, o Código da Publicidade continha uma definição igualmente ampla. Portanto, por motivos de segurança jurídica, o legislador optou por esta solução, de forma a prevenir ou

⁵⁹ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. P. 104.

⁶⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA chega mesmo a referir que “a generalidade da doutrina concorda em que os meios (canais) usados na transmissão da mensagem podem ser os mais diversos”. V. Conceito de Publicidade. In Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa. Nº 349 (1985)

⁶¹ LOUREIRO, João M., Direito do Marketing e da Publicidade. Lisboa: Edipress, 1985. Pp. 58-59.

acautelar o eventual surgimento de novas formas de comunicar, bem como novos suportes para o fazer.

Ademais, a publicidade cabe também no conceito de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores ou, abreviadamente, prática comercial”, exposto no artigo 3.º al. d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE, que designa “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

Em virtude da generalização do acesso às tecnologias, o ordenamento jurídico português, na sequência da transposição da Diretiva 2000/31/CE sobre Comércio Eletrónico, alude no DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro à comunicação publicitária em rede. Conforme o Preâmbulo deste diploma “é sempre e só publicidade que está em causa”, isto é, as noções de publicidade e de comunicação em rede “resultam de uma evolução terminológicas, devendo considerar-se juridicamente equivalentes”⁶².

Conforme o art. 4.º do CPub, a atividade publicitária diz respeito à prática organizada e sequencial de todas as operações indispensáveis à comunicação publicitária.

O conceito jurídico de Publicidade plasmado no art. 3.º do CPub, divide-se em três elementos – objetivo, subjetivo e teológico.

O **elemento objetivo** (“qualquer forma de comunicação”) consiste numa “conduta externa dirigida a determinados agentes económicos, pelo que se distingue das mensagens com efeito meramente internos”⁶³. A referência ampla a “qualquer forma de comunicação” faz com que seja possível incluir nesta noção fenómenos emergentes, como o recurso aos blogues pessoais ou ao marketing viral, ficando “garantida a proteção dos interesses dos destinatários da comunicação comercial que um conceito mais restrito não poderia assegurar, sobretudo num contexto em que a publicidade invoca maioritariamente benefícios emocionais e simbólicos”⁶⁴.

Embora este elemento já tenha sido relacionado com o fornecimento de informação sobre o produto ou serviço, atualmente, tal como já resultava do parecer da PGR n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987⁶⁵, a publicidade afasta-se do conceito de informação,

⁶² AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P. 34

⁶³ Idem. P. 35

⁶⁴ Idem. P. 37

⁶⁵ Parecer da Procurador(a) Geral da República [em linha], de 29-11-1987 (n.º 88/1987), relator Garcia Marques [consult. 19/1/2021]. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/7951>

atenta a neutralidade quanto aos fins e a objetividade quanto ao conteúdo.

Assim, a distinção entre publicidade informativa e sugestiva ou persuasiva, que se verificava no conceito de publicidade tradicional, fica ultrapassada, uma vez que toda a comunicação comercial é persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo. O afastamento deste pressuposto da informação veio-se a consolidar no Regime do Comércio Eletrónico no art. 20.º, n.º1, al. a) do DI. n.º 7/2004 de 7 de janeiro, devido à tendência para menor objetividade dos conteúdos fortemente potenciada pelo recurso à internet como suporte publicitário.

O conceito jurídico de publicidade depende também de um **elemento subjetivo** (*“entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal”*). Este elemento é igualmente de conteúdo amplo, prevendo-se no art. 3.º, n.º2 também qualquer forma de comunicação da Administração Pública.

No entanto, o elemento que a doutrina tende a considerar determinante para efeitos de qualificação da publicidade é o **elemento teológico**, plasmado no art. 3.º, n.º1 al.a) e b) do CPub, que diz respeito à finalidade da mensagem (*“com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços”* ou de *“promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”*). Este elemento não recai sobre a intenção do anunciante, nem sobre a natureza promocional, mas, sobre a idoneidade objetiva da mensagem para promover bens ou serviços, tal como ideias, princípios, iniciativas ou instituições⁶⁶. Só esta compreensão permite garantir a aplicação do regime jurídico da publicidade, nomeadamente, no plano probatório.

O fim da mensagem publicitária pressupõe o seu carácter voluntário, constituindo uma manifestação da liberdade publicitária dos anunciantes, tendo como fundamento os arts. 37.º e 61.º da CRP, relativos à liberdade de expressão e à iniciativa económica privada⁶⁷, excetuando-se o previsto no art. 41.º, n.º7 do CPub.

Numa conceção tradicional, o conceito jurídico de publicidade dependia também da remuneração do titular do suporte, tendo este entendimento sido afastado no conceito atual de publicidade. Contudo, alguns domínios/regimes ainda fazem referência a este entendimento, como é o caso do comércio eletrónico no art. 20.º, n.º1 al. a) do DI. n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

⁶⁶ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P. 38

⁶⁷ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Estratégias Comerciais: marketing e publicidade. Porto: Universidade Portucalense, 2019. P. 16

Destarte, apenas uma noção ampla do conceito de publicidade permite garantir os princípios previstos no art. 6.º do CPub.

Logo, como a Professora ANA CLARA AMORIM⁶⁸ afirma, “desde que o conteúdo da mensagem seja imputável ao anunciante, a qualificação como publicidade deve depender apenas da idoneidade objetiva para promover bens e serviços, que constitui o elemento teológico dominante. A difusão da mensagem através dos meios pode ser feita a título gratuito, sem que fique prejudicada a necessidade de dar cumprimento ao regime jurídico da publicidade”.

É de sublinhar que a definição adotada pelo legislador não menciona os meios de comunicação em massa, contrariamente à definição tradicional que fazia depender a publicidade da indiferenciação das pessoas conectadas e da repetição do conteúdo da mensagem⁶⁹.

Efetivamente, a irrelevância do número de destinatários é hoje maioritariamente aceite na fixação do conceito jurídico de publicidade, que deixa de depender exclusivamente do recurso aos meios de comunicação de massas. O recurso aos blogues pessoais e às redes sociais veio acentuar esta irrelevância do aspeto quantitativo da comunicação comercial para efeitos da aplicação do regime jurídico da publicidade. Com o aparecimento dos *blogues* pessoais e redes sociais, a publicidade sofreu alterações, tendendo a ser dissimulada, sob a forma de opinião aparentemente pessoal, tornando-se determinante a imputabilidade da mensagem ao anunciante.

Importa ainda mencionar os problemas da prova da relação contratual com o anunciante na era digital. Tradicionalmente, a doutrina norte-americana defendia que um dos critérios a ser tido em conta para provar a relação contratual era a contraprestação económica, contudo, atualmente, defende-se que a qualificação como publicidade necessita da possibilidade da sua imputação ao anunciante.

Assim, a existência de uma contraprestação económica, à semelhança do que se verifica na publisreportagem e na publicidade redigida, deve continuar a ser entendida como um mero indicio de existência de comunicação social, dado que a opção por este critério comprometeria injustificadamente a proteção dos consumidores, não só a nível do respeito pelo princípio da identificabilidade como também globalmente do regime jurídico da publicidade.

Portanto, nos casos em que a mensagem publicitária é emitida por um terceiro, a qualificação como publicidade não fica a depender apenas do preenchimento do elemento

⁶⁸ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P.40

⁶⁹ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Estratégias Comerciais: marketing e publicidade. Porto: Universidade Portucalense, 2019. P.18.

objetivo, subjetivo e teológico, previstos no art. 3.º, n.º1 do CPub, sendo necessário a possibilidade da sua imputação ao anunciante.

Isto significa, que atualmente é importante distinguir entre a comunicação espontânea gerada pelos consumidores, que continua fora do conceito jurídico de publicidade, e a comunicação provocada pelos próprios profissionais, que deve ser inequivocamente identificada, na medida em que fica abrangida pelo art. 3.º do CPub, de acordo com o critério da imputabilidade mensagem ao anunciante. Porém, alguns autores defendem a aplicação do regime jurídico da publicidade também à comunicação realizada entre consumidores com efeitos promocionais⁷⁰.

Assim, no que tange ao conceito de publicidade este é suficientemente amplo permitindo a sua aplicação aos Influenciadores Digitais.

1.2. Princípios da Publicidade

No nosso ordenamento jurídico, de acordo com o art. 6.º do CPub, são quatro os princípios base pelos quais a publicidade se deve reger, sendo estes: O princípio da ilicitude (art. 7.º), o princípio da identificabilidade (art. 8.º), princípio da veracidade (art. 10.º) e o princípio do respeito pelos direitos do consumidor (art. 12.º), todos do Código da Publicidade.

O **Princípio da Licidade** é o princípio regra de todos os princípios, é a *maxime* que enforma toda a atividade publicitária. Este princípio visa proteger a ordem pública social, que não poderá ser afetada pela publicidade ilícita, tal implica proibir a publicidade que pela sua forma, objeto ou fim, desrespeite os valores, princípios, instituições fundamentais, constitucionalmente consagrados. Além disso, suscita o problema da obrigatoriedade de utilização da língua portuguesa nas mensagens publicitárias (cfr. art. 7.º, n.º 3 e 4.º do CPub).

Convém ter em atenção o **Princípio da Identificabilidade**, o qual está integrado no Princípio da Veracidade em sentido amplo, exigindo que a publicidade seja inequivocamente identificada como tal, independentemente do meio de difusão utilizado (art. 7.º e 8.º do CPub). Com esta obrigação salvaguarda-se os interesses dos consumidores, designadamente, a sua liberdade decisória. De acordo com este princípio, é necessário que haja transparência em relação à forma ou configuração externa dos anúncios publicitários, permitindo que os consumidores tenham consciência da finalidade promocional do anunciante, tendo como

⁷⁰ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Os influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro. Anais do I Congresso Internacional em Humanidades Digitais no Rio de Janeiro. Brasil: Rio de Janeiro, 2018. P. 126

objetivo evitar a instrumentalização da pessoa a objetivos comerciais, de forma a respeitar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26.º da CRP.

O Princípio da Identificabilidade, no âmbito da autorregulação, vem previsto no art. 13.º do Código de Conduta do ICAP em matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial. Quer no art. 8.º do CPub, quer no art. 13.º do Código de Autorregulação utilizam uma referência ampla, mencionando “qualquer que seja o meio de difusão utilizado” e “qualquer que seja a forma ou suporte utilizado”, sendo este Princípio aplicável à publicidade realizada no mundo digital.

De acordo com o art. 8.º do CPub o prestador do bem ou serviço, deve informar de forma clara e objetiva o consumidor. A falta de informação pode ser considerada quando esta se apresente confusa, não esclarecedora, nem dê ao consumidor/destinatário o acesso real e efetivo às condições indispensáveis para poder decidir informada e conscientemente, infringindo o disposto no art. 12.º do CPub, sendo esta prática punida nos termos dos arts. 34.º e 36.º do CPub.

Assim, este tipo de prática publicitária, enquanto um ato capaz de originar confusão nos seus destinatários, é enquadrável no mecanismo da concorrência desleal previsto no art. 317.º ,n.º 1, al. a) do CPI.

O Princípio da Identificabilidade tem como principal corolário a proibição da publicidade oculta consagrada, desde logo, no art. 60.º n.º2 da CRP e no art. 9.º CPub, podendo ser definida como uma vedação a qualquer técnica que possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que não chegue a tomar consciência.

A publicidade oculta, no ordenamento jurídico português, é alvo de um duplo regime sancionatório, resultante da sobreposição do art. 9.º do CPub com o Regime das Práticas Comerciais Desleais que prevê uma dupla abordagem, correspondendo, por um lado, a uma ação enganosa que incide sobre a “motivação da prática comercial” nos termos do artigo 7.º n.º 1 al. a) e, por outro lado, a uma omissão enganosa relativa à “intenção comercial da prática” segundo o artigo 9.º n.º 1 al. c)⁷¹, ambos do DI. das PCD. Consideram-se, ainda, enganosas em quaisquer circunstâncias as práticas comerciais descritas na al. n) do art. 8.º e na al. ab) do art. 8.º do DI. das PCD.

Esta publicidade coincide tradicionalmente com a publicidade redigida e a publirreportagem, abrangendo, atualmente, as opiniões aparentemente pessoais. No que tange

⁷¹ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P.128

às opiniões aparentemente pessoais, o Parlamento Europeu, na Resolução de 15 de dezembro de 2010, referenciou o impacto da publicidade no comportamento do consumidor, demonstrando-se preocupado com a dificuldade que o consumidor tem em distinguir as meras opiniões partilhadas através das redes sociais, fóruns ou blogues com as mensagens publicitárias. Nesse relatório, realçou-se o risco do consumidor “ser conduzido a tomar decisões erradas, convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económicos financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial” (ponto 17)⁷².

Logo, para haver publicidade oculta é necessário que o consumidor não seja capaz de perceber a finalidade promocional daquela publicidade, entendendo que aquela mensagem é apenas uma partilha de informação, sendo o ocultamento o elemento constitutivo da *fattispecie*.

A violação deste princípio é objeto de uma tutela contraordenacional que é o mecanismo sancionatório tradicional da publicidade ilícita (art. 34.º do CPub).

Neste âmbito, deve ainda ser mencionado o art. 10.º do CPub que regula o **Princípio da Veracidade** que, numa vertente positiva, exige que a mensagem publicitária seja verdadeira, não deformando os factos, devendo as informações dadas serem exatas e possíveis de prova. Numa vertente negativa, significa que a publicidade deve corresponder à verdade, mas também não poderá induzir em erro os seus destinatários ou possa prejudicar um concorrente.

Além da sanção prevista, a violação deste princípio dá origem à publicidade enganosa, proibida pelo art. 11.º do CPub, por consistir na alteração da verdade ou numa menor clareza sobre as características do produto ou serviço, o que levará o consumidor a agir sob erradas premissas.

Importa, por último, mencionar o **Princípio do Respeito pelos Direitos dos Consumidores** (art. 12.º e 13.º do CPub), que tem por fim evitar a existência de situações enganadoras ou atentatórias aos direitos do consumidor previstos na LDC, no art. 60.º e em demais legislação extravagante. A mensagem publicitária não poderá incitar à adoção de comportamentos prejudiciais ou que possam fazer ameaçar a própria saúde e segurança do consumidor.

⁷² Parlamento Europeu – Documento de Sessão, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Relatório sobre Impacto da Publicidade no Comportamento dos Consumidores (2010/2052(INI)) de 15 de dezembro de 2010. [consult. 6/2/2021]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IP0484&from=ES>

Nos termos do art. 3.º, al. d) da LDC, o consumidor tem direito à informação para o consumo, dado que apenas uma mente informada garante a liberdade de escolha do consumidor e evita possíveis surpresas em prejuízo das legítimas expectativas do consumidor.

Contudo, é necessário densificar estes princípios com vista a reforçar a transparência da publicidade em plataformas digitais, pois, embora já seja comum a identificação por alguns Influenciadores Digitais do conteúdo publicitário esta é, frequentemente realizada de forma pouco clara e nada proeminente, acabando por passar despercebida aos consumidores.

Neste sentido, é necessário a criação de uma regra que especifique de que forma a identificação do conteúdo publicitário deve ser efetuada para que o consumidor destinatário perceba de imediato que está perante um conteúdo publicitário. Esta identificação deve ser realizada no início da publicação, dado que nem sempre os conteúdos são visualizados ou lidos na íntegra, e não sendo aquela referência *a priori* evidenciada, o consumidor não tem a possibilidade de *ab initio* rejeitar a visualização de tal conteúdo, contribuindo assim, para o alcance da publicação, e, na verdade pode nem sequer vir a descobrir que se trata de um anúncio publicitário⁷³.

Além disto, deve também ser criada uma regra que procure garantir que o influenciador digital tenha obrigatoriamente de mencionar na comunicação publicitária a utilização de filtros sempre que os mesmos alterem artificialmente ou elevem a *performance* do produto ou as características da pessoa que o publicita. Tal regra, não só trará mais transparência, bem como poderá desincentivar a utilização de filtros que possam induzir em erro o consumidor quanto às reais vantagens ou efeitos de produtos ou que possam promover padrões de beleza afastados da realidade⁷⁴.

Ressalve-se que o art. 30.º do CPub regula a responsabilidade civil relativa às entidades que fazem parte da atividade publicitária – anunciante, profissionais, agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados – que devem responder civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros. Pese embora, o art.º 30 do CPub não mencione o interveniente da emissão da mensagem publicitária, ou seja, os influenciadores digitais, podemos partir de um conceito lato de atividade publicitária, englobando este em “outras

⁷³ Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO [Em linha]. (2021) [Consult. 17/10/2021]. Parecer n.º 186 – 2021 – Alteração do Código da Publicidade

⁷⁴ Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO [Em linha]. (2021) [Consult. 17/10/2021]. Parecer n.º 186 – 2021 – Alteração do Código da Publicidade

entidades que exerçam a atividade publicitária”, uma vez que o influenciador digital “indubitavelmente efetua uma operação relacionada com a difusão da mensagem publicitária”.

Concluindo, o influenciador deve ser responsabilizado civilmente e contraordenacionalmente, só assim faz sentido, uma vez que seria incongruente estes responderem apenas a título contraordenacional e não civil.

1.3. Diplomas aplicáveis à Publicidade

a) Regime das Práticas Comerciais Desleais

O art. 11.º do CPub prevê que toda a publicidade que seja enganosa seja proibida nos termos do DI. n.º 57/2008, de 23 de março, alterado pelo DI. n.º 9/2021, de 29 de janeiro, que surge no seguimento da Diretiva do Parlamento Europeu e Conselho, relativa às práticas comerciais desleais, de 11 de maio de 2005. Em consonância com esta remissão do art. 11.º, é necessário analisar o regime das práticas desleais das empresas nas relações com os consumidores ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial.

Numa primeira análise ao diploma, parece que este não se aplica aos influenciadores digitais, uma vez que estes nem sempre cumprem a noção de empresa. Porém, o art. 3.º, al. d) clarifica a noção de prática comercial desleal afirmando que esta é “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

O aludido art. faz uma remissão para o conceito de profissional previsto na al. b), considerando profissional qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente Decreto-Lei, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional.

Prevê art. 4.º do citado diploma, a proibição das práticas comerciais desleais, ou seja, “qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço” (art. 5.º do DI. das PCD). Conforme o plasmado no art. 5.º n.º2 do mesmo diploma, o carácter leal ou desleal é aferido pelo critério do homem médio, neste caso, consumidor médio, ou grupo de consumidores.

Além do que já foi analisado, o diploma das práticas comerciais desleais apresenta no art. 7.º a previsão de ações enganosas que são assim consideradas quando contenham

informações falsas ou, ainda que verdadeiras, possam induzir o consumidor em erro, sobre os vários aspetos elencados nas alíneas do art. 7.º.

Ademais, o art. 9.º do DL das PCD acautela também o direito à informação para o consumo, prevendo as omissões enganosas, estabelecendo em relação a estas um número limitado de elementos essenciais de informação para que o consumidor possa tomar a decisão de forma clara, tais elementos não podem ser omitidos ou transmitidos de forma pouca clara. A intenção comercial deve ser determinada ou determinável. A título exemplificativo, o legislador apresenta-nos os casos em que se omitem informações substanciais para a tomada de uma decisão de consumo esclarecida, ou em que a intenção comercial da mensagem transmitida não seja expressamente referida, nem que essa se possa depreender do seu contexto⁷⁵.

Caso se julgue que a relação entre o influenciador e a empresa anunciante não se insira no âmbito da Diretiva, os Estados Membros são livres para regular, desde que em conformidade com o Direito da União Europeia. Não obstante, parece-nos fazer sentido que este diploma seja tido em apreço no *marketing* de influenciadores, ademais pelas alterações feitas pela Diretiva 2019/2161.

b) Código de Conduta da Autorregulação Publicitária

O Código de Conduta do ICAP teve origem no Código das Práticas Comerciais Desleais em Matéria de Publicidade da Câmara de Comércio Internacional, tendo sido adotado a 18 de abril de 1991, sendo a versão atual aprovada em maio de 2014 e atualizada em 2017.

De acordo com o disposto no art. 1.º, este Código aplica-se ao Conjunto de Publicidade e de outras formas de Comunicação Comercial destinadas à promoção de qualquer tipo de bem ou serviço, incluindo a promoção institucional ou corporativa. Portanto, estão incluídos neste artigo os conteúdos de publicidade online, intrínsecos às comunicações de marketing digital bem como a Publicidade Comportamental Online, também designada OBA – *Online Behavioural Advertising*.

Prevê o art. 3.º al. c) do DL PCD uma definição do Código de Conduta sendo este “o acordo ou conjunto de normas, não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou setores de atividade específicos”.

⁷⁵ Neste sentido, v. AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. p. 68.

No art. 4.º do Código de Conduta do ICAP é mencionado os princípios fundamentais, coincidentes com os já supra referidos, tais como os princípios da leal concorrência, honestidade (art. 7.º), decência (art. 6.º), legalidade (art.º 5), respeito da dignidade da pessoa humana (art. 8.º) e veracidade (art. 9.º).

Cumpra também fazer referência ao art. 12.º do aludido Código de Conduta, que menciona a suscetibilidade de comprovação das descrições, alegações, ou ilustrações relativas a factos verificáveis da comunicação comercial.

No que concerne à identificação da comunicação comercial, o art. 13.º do Código de Conduta refere que esta deve ser claramente distinguida como tal, não se devendo dissimular o seu verdadeiro objetivo comercial. Ademais, o art. 14.º deste Código faz referência à identidade da marca ou Comerciante/Anunciante, devendo esta ser evidente.

Relevante para este trabalho é o art. 17.º do Código de Conduta que regula os testemunhos em publicidade, não devendo a Comunicação Comercial reproduzir ou citar qualquer testemunho, recomendação qualificada ou documentação de apoio que não seja genuíno, responsável, verificável e pertinente. Tais testemunhos ou recomendações qualificadas devem ser relacionados com a experiência de quem os presta.

Quanto à Responsabilidade e Corresponsabilidade, o art. 27.º do Código de Conduta afirma que esta responsabilidade se aplica a toda a forma de Comunicação Comercial em causa, independentemente do Meio utilizado, incluindo os suportes digitais.

Capítulo IV - Mecanismos sancionatórios:

A responsabilidade dos influenciadores digitais no ordenamento jurídico português é um tema ainda pouco explorado. Não obstante, outros países têm-na desenvolvido, designadamente os sistemas legais que vamos abordar neste trabalho.

a) EUA

Este problema tem causado preocupação a várias autoridades de todo o mundo, sendo que na América a agência que regula as atividades comerciais e proteção do consumidor, a *FTC – FEDERAL TRADE COMMISSION*⁷⁶, tem lutado contra a publicidade oculta nas redes sociais, tendo como principal objetivo atuar contra empresas mas estando a atuar cada vez mais contra pessoas singulares com milhares, ou até mesmo milhões de seguidores.

A agência em novembro de 2019 publicou um guia com informações dirigidas aos influenciadores digitais que recomendam ou promovem produtos⁷⁷.

Quando uma marca realiza pagamento monetário, oferece produtos ou descontos em troca da sua publicidade pelo influenciador esta relação deve ser clara, mesmo que a opinião dada seja imparcial, não devendo o influenciador deixar de elucidar que se trata de um conteúdo criado em conjunto com a marca⁷⁸.

Em consequência, a agência veio obrigar que todos os patrocínios realizados por meio do *Youtube* fossem identificados explicitamente com as palavras “*AD*” ou “*Sponsored*” sob pena de violação da FTC.

Logo, é necessário que os autores dos vídeos e *posts* publicados no *Youtube* e redes sociais avisem no início do vídeo ou *post* que aquele contém publicidade, ou caso o vídeo contenha conteúdo não publicitário para além do conteúdo publicitário o aviso deve ser realizado em no momento de apresentação da publicidade. O título da publicação deve também conter um aviso.

Porém, a FTC aconselha que os influenciadores não considerem a ferramenta identificadora de publicidade como suficiente.

Nos Tribunais dos EUA já há decisões relativas a este assunto, sendo que em 2016 a

⁷⁶ Federal Trade Commission, FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship. [Em linha] (2017) [Consult. 27/1/2021]. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose>

⁷⁷ Federal Trade Commission, Disclosures 101 for social media influencers. [Em linha]. (2019) [Consult. 27/1/2021]. Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/disclosures-101-social-media-influencers>.

⁷⁸ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.5

FTC acusou a empresa *Warner Bros Home Entertainment Inc.* de ter enganado os seus consumidores durante a campanha publicitária para promover o jogo “*Middle Earth: Shadow of Mordor*”, não informando que tinha pago milhares de dólares a *YouTubers* para partilharem vídeos com opiniões favoráveis sobre o jogo. Estes vídeos, que continham publicidade dissimuladora, foram publicados nesses termos tendo obtido mais de 5 milhões de visualizações durante o decurso da campanha⁷⁹.

A FTC também pronunciou contra os *Youtubers Trevor Martin* e *Thomas Cassel* por terem publicitado um serviço de jogo online chamado “*CSGO Lotto*”⁸⁰ sem informar os seus seguidores de que eram sócios da empresa que concedia o serviço, tendo ainda pago a outras personalidades conhecidas desta plataforma para emitirem opiniões favoráveis ao serviço, sem informar os seguidores de que se tratava de publicidade⁸¹.

O caso *Fyre Festival*⁸² de 2017 tornou-se também bastante polémico, sendo este festival de música um esquema de fraude que tinha como intenção promover o aplicativo FYRE. O evento foi publicitado e recomendado por influenciadores digitais de várias áreas e países.

No decorrer do referido festival, surgiram problemas ligados à segurança, alimentação, acomodação e serviços médicos. Em vez de vilas luxuosas e refeições gourmet pelas quais os participantes do festival pagaram uma quantia elevada, eles receberam comida pré-embalada e tendas da FEMA como acomodação.

Posto isto, o organizador do festival foi responsabilizado estando a cumprir pena de prisão. Contudo, a responsabilização dos influenciadores ainda está a ser debatida, sendo esta agravada pelo facto de a maioria não ter identificado o conteúdo publicitário de forma adequada, como a FTC recomenda.

De acordo com a FTC os influenciadores podem, tal como os anunciantes, ser responsabilizados por declarações feitas no decorrer dos seus *posts* publicitários.

Nesta senda, as marcas devem avisar os influenciadores que as suas declarações têm de ser verdadeiras e fundamentadas. Além disso, é necessário indicar que tal conteúdo é

⁷⁹ COMMISSION, Federal Trade, FTC Approves Final Order Requiring Warner Bros. to Disclose Payments to Online Influencers. [Em linha]. (2016) [Consult. 7/2/2021]. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/11/ftc-approves-final-order-requiring-warner-bros-disclose-payments>.

⁸⁰ COMMISSION, Federal Trade, CSGOLotto Agreement and Decision and Order. [Em linha]. (2017) [Consult. 7/2/2021]. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1623184_csgolotto_agreement_and_decision_and_order.pdf.

⁸¹ CORREIRA, Ana Rita Araújo – Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no *Youtube* e os seus limites. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2019. Dissertação de Mestrado. P. 39

⁸² KLEINMAN, Zoe, “*Has Fyre Festival burned influencers?*”. BBC News [Em linha]. (2019) [Consult. 3/1/2021] Disponível em <https://www.bbc.com/news/46945662>

patrocinado, de forma a evitar situações de publicidade enganosa.

Em suma, a publicidade feita através das redes sociais, principalmente do *Youtube*, deve ter um aviso explícito e visível de que aquela informação se trata de publicidade

Em março de 2021 a Federação Norte-Americana de Artistas de Televisão e Rádio (SAF-AFTRA), um dos maiores sindicatos dos EUA, veio efetivar a decisão previamente aprovada em fevereiro do mesmo ano, após três anos de negociações. Este contrato irá abranger os influenciadores digitais e os criadores de conteúdo para as redes sociais. Por influenciador digital a SAG-AFTRA entende que é aquele que se dedica às redes sociais, que tenha uma grande massa de seguidores e que pretenda capitalizar com essa base de seguidores

O propósito desta medida é garantir que tenham a proteção de que precisam e possam trabalhar com dignidade, cobrindo o conteúdo de certos tipos de influenciadores digitais quando eles são pagos para anunciar produtos ou serviços.

Este apoio sindical concretiza-se em diferentes áreas, desde o apoio na assinatura e redação dos contratos, à proteção dos direitos de imagem e também na salvaguarda do uso indevido de imagens e conteúdo criado pelos influenciadores. Além do mais, os sindicalizados poderão ter acesso à pensão e aos benefícios de saúde, tal como os demais membros.

A sindicalização só vem demonstrar como os influenciadores digitais estão a evoluir, sendo esta atividade considerada uma profissão cada vez mais popular que carece de regulação eficaz. Ao reconhecermos esta profissão e todos os desafios que a ela estão envolvidos estamos a proteger os influenciadores, bem como os consumidores que são o alvo principal dos influenciadores.

Assim, tal como o guia dos influenciadores que acabou por ter adesão de vários países, talvez esta sindicalização venha a ter adesão de outros ordenamentos jurídicos tendo como exemplo os EUA.

b) Brasil

No Brasil este controlo é feito pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária, sendo que esta para atuar depende de “denúncias de consumidores, autoridades, dos seus associados ou ainda formuladas pela própria diretoria. Uma vez feita a denúncia o Conselho de Ética do CONAR reúne-se e julga, respeitando o direito de defesa do acusado, sendo a denúncia procedente o CONAR irá emitir recomendações aos veículos de comunicação sobre a suspensão da publicação ou sugerir correções, podendo ainda advertir o anunciante e a

agência.

Em setembro de 2012 o CONAR, a propósito de umas mensagens relativas a uma marca de cosméticos em três blogues pessoais, recomendou a identificação como publicidade de “algo que poderia ser caracterizado como uma forma de atividade de comunicação comercial mas foi utilizado pelas conselheiras de moda e beleza inadvertida ou descuidadamente”⁸³. Em 2016, o CONAR censurou um *post* numa rede social que continha fotografias de celebridades menores de 25 anos a participar num evento, consumindo bebidas alcoólicas⁸⁴.

O CONAR já atuou contra alguns criadores de conteúdo, como é o caso de GABRIELA PUGLIESI que produz essencialmente conteúdo a nível de *lifestyle*, tendo ganho notoriedade por partilhar nas redes sociais a sua rotina diária, dicas de exercício físico e alimentação saudável.

Após a reclamação de alguns consumidores contra o *post* da apresentação da cerveja *Skol*, devido à falta de identificação de publicidade, considerou-se que o *post* tinha publicidade oculta “porque além de desrespeitarem o código, faltaram com boa-fé e responsabilidade social”⁸⁵.

Em fevereiro de 2018, o CONAR veio também proibir, após a denúncia de uma consumidora, a divulgação de um pacote turístico não identificado como publicidade que tinha sido oferecido por uma agência de viagens⁸⁶.

Posto isto, o CONAR reconhece a relevância da imputabilidade da mensagem ao influenciador digital, independentemente da remuneração, que pode não se verificar.

No Brasil há cada vez mais decisões em matéria de identificabilidade da publicidade contra os influenciadores digitais pela publicidade oculta.

Além de que, a doutrina brasileira tem vindo a defender uma responsabilidade mais ampla à luz do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, estendendo-a aos “fornecedores por equiparação”.

O fornecedor por equiparação é “aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um

⁸³ CONAR [em linha] de Setembro de 2012 (representação n.º 221/12, n.º 222/12 e n.º 223/12), relatado pelo Conselheiro Clementino Fraga Neto [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>

⁸⁴ CONAR [em linha] de Outubro de 2016 (representação n.º 213/16, n.º 214/16 e n.º 215/16), relatado pelo Conselheiro Licinio Motta [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>

⁸⁵ CONAR [em linha] de Fevereiro de 2016 (representação n.º 211/15), relatado por Paulo Celso Lui [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>

⁸⁶ CONAR [em linha] de Fevereiro de 2018 (representação n.º 263/17), relatado pela Conselheira Marlene Bregman [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>

consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse”⁸⁷ .

O Tribunal Supremo de Justiça (STJ) tem considerado "solidária a responsabilidade daquele que veicula e/ou se aproveita da publicidade, o que indica a possibilidade de aplicação do código a influenciadores”⁸⁸.

c) França

Em França, a autoridade publicitária (The Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité – ARPP)⁸⁹ entende que uma colaboração comercial envolve qualquer tipo de relação entre o influenciador e a marca mediante pagamento em dinheiro ou não, ou seja, o envio de presentes ou produtos é suficiente para que haja uma colaboração comercial, devendo o consumidor ser informado de tal parceria⁹⁰.

A autoridade publicitária francesa, tal como a FTC e o CONAR, exigem que o influenciador digital mencione explicitamente que tal publicação tem cariz publicitário, devendo tal menção constar no início do texto ou vídeo e ser clara para que não reste dúvidas que tal texto ou vídeo é publicidade.

d) Reino Unido

No Reino Unido, o controle da publicidade é feito através da ASA (Advertising Standards Authority)⁹¹.

A marca “*Max Factor*” esteve envolvida num caso de publicidade oculta através de um vídeo partilhado no *Youtube* pelo canal “*Beauty Recommended*” e intitulado de “*Easy Lip Makeup Tutorials for Winter Time*”. Neste vídeo uma modelo protagonizou uma demonstração de vários produtos da marca de cosméticos enquanto tecia críticas favoráveis aos mesmos. Embora houvesse no início do vídeo um aviso com a informação “*sponsored*” e esse aviso aparecesse

⁸⁷ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe - Manual de direito do consumidor. Revista dos Tribunais. [em linha] São Paulo, 7.ª Edição (2007) [Consult. 13/2/2021]. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79126345.pdf> P.83

⁸⁸ GUIMARÃES, Anna Luísa; TANUY, Isabella – Desafios da Regulação do Influencer no marketing do Brasil. Jornal Jota. [Em linha] (2018). Atual. 8 junho de 2018 [Consult. 10/2/2021]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>

⁸⁹ ARPP, Digital Advertising and Marketing Communications Code. [Em linha]. (2015) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/digital-advertising-and-marketing-communications-code/#toc_1_3

⁹⁰ GUIMARÃES, Anna Luísa; TANUY, Isabella – Desafios da Regulação do Influencer no marketing do Brasil. Jornal Jota. [Em linha] (2018). Atual. 8 junho de 2018 [Consult. 10/2/2021]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>

⁹¹ Cf. ASA, Influencers Guide. [Em linha]. (2020) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html>

também na barra “mostrar mais” anexa ao vídeo, esta informação não era clara tendo o consumidor que procurar essa informação para a conseguir obter, não sendo fácil identificar este vídeo como uma comunicação publicitária.

Em sua defesa, os representantes da marca afirmaram que o canal do *Youtube* “*Beauty Recommended*” era seu e que usavam um modelo que era paga para protagonizar os vídeos utilizando os produtos da marca e tecendo críticas favoráveis aos mesmos⁹², além disso alegaram que os seus seguidores entendiam que todos os seus vídeos eram de caráter comercial.

A ASA veio concluir que “todos os vídeos partilhados por aquele canal constituíam comunicações publicitárias, sendo que o Código da Publicidade do Reino Unido obriga a que as comunicações deste género sejam feitas de forma clara e facilmente identificável⁹³, e que os consumidores destes vídeos devem estar cientes de que vão ver publicidade ainda antes de começarem a ver estes conteúdos⁹⁴. Os consumidores têm o direito de saber que estão a selecionar um anúncio para ver”⁹⁵.

A ASA entendeu que foram violadas as normas 2.1, 2.3, 3.1, 3.3 e 3.5 do CAP CODE⁹⁶. A norma 2.1, tal como o nosso artigo 8.º do CPub, estabelece que as comunicações publicitárias devem ser claramente identificáveis como tal. Por outro lado, a norma 2.3 indica, bem como o artigo 7.º, n.º 4 da nossa LDC, que as comunicações publicitárias devem tornar nítidas as suas intenções comerciais e que as mesmas não podem induzir o consumidor em erro. Por sua vez, a norma 3.3, à semelhança do artigo 21.º da Lei do Comércio Eletrónico, refere que a informação relativa ao conteúdo a exibir, no sentido de que se trata de publicidade, não pode ser

⁹² CORREIRA, Ana Rita Araújo – Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no Youtube e os seus limites. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2019. Dissertação de Mestrado. Pp. 40-41

⁹³ A norma 2.1 do CAP CODE, tal como o artigo 8.º do Código da Publicidade nacional, dispõe que as comunicações publicitárias devem ser claramente identificáveis como tal. Por sua vez, a norma 2.3 do CAP CODE indica, tal como o artigo 7.º, n.º 4 da nossa LDC, que as comunicações publicitárias devem tornar claras as suas intenções comerciais e que as mesmas não podem ser passíveis de induzir o consumidor em erro.

A norma 3.3 do diploma do Reino Unido, à semelhança do artigo 21.º da Lei do Comércio Eletrónico, refere que a informação relativa ao conteúdo a exibir, no sentido de que se trata de uma comunicação publicitária, não pode ser apresentada de forma ambígua, ininteligível ou pouco clara.

⁹⁴ A norma 3.3 do CAP CODE afirma que o consumidor tem o direito de obter a informação necessária para tomar uma decisão informada relativamente ao produto e, por sua vez, o artigo 3.º, alínea d) da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa dispõe que o consumidor tem o direito à informação para o consumo.

⁹⁵ CORREIRA, Ana Rita Araújo – Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no Youtube e os seus limites. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2019. Dissertação de Mestrado. P 41.

⁹⁶ O CAP CODE é o regime aplicável à publicidade que não é feita através da televisão, às promoções e saldos e às comunicações publicitárias diretas, no Reino Unido.

apresentada de forma dúbia, ininteligível ou pouco clara. Refere ainda que o consumidor tem o direito de obter a informação necessária para tomar uma decisão informada relativamente ao produto, da mesma maneira que o artigo 3.º, al. d) da LDC dispõe que o consumidor tem o direito à informação para o consumo.

Em setembro de 2018, a ASA juntamente com a CMA (Competition & Markets Authority) e a CAP (Committee of Advertising Practice) criaram um guia⁹⁷ para os influenciadores digitais, inspirado no guia americano, para os auxiliarem no cumprimento das regras estabelecidas e a esclarecer quais as publicações que têm carácter publicitário.

Por conseguinte o guia divide a questão em 3 formas: **a) Paid for space** (espaço pago) diz respeito às publicações patrocinadas por marcas através do pagamento de uma quantia ao criador de conteúdo pela publicação; **b) Own Advertising** (Publicidade Própria) refere-se às publicações que os influenciadores digitais fazem com recomendações sobre os seus próprios serviços ou produtos; e **c) Affiliate marketing** (Publicidade Afiliada) que incide sobre o conteúdo que visa promover determinado produto ou serviço, através da oferta de um código de desconto aos visualizadores ou através da introdução de um link para o produto visado na descrição da publicação, uma vez que nestes casos os influenciadores digitais recebem uma percentagem por cada produto vendido com recurso ao seu código promocional/link.

A ASA fez também um esclarecimento importante afirmando que tem cariz publicitário os casos em que o influenciador digital refere produtos de uma marca com a qual tem uma parceria, quer porque é representante da marca, quer porque usufrui de presentes enviados pela marca ou outras ofertas como serviços, viagens, ou estadias⁹⁸. Estas ofertas são passíveis de serem consideradas pagamento, uma vez que o influenciador usufruiu da experiência com a condição de a partilhar nas suas redes sociais e plataformas digitais.

Segundo a lei britânica, todos aqueles que estão envolvidos na divulgação de um conteúdo são responsáveis pela sua sinalização e transparência, desde a marca, as agências e consultores, até os próprios influenciadores⁹⁹.

Portanto, se o influenciador digital mencionar nas suas redes sociais ou *Youtube* uma peça de vestuário que lhe foi oferecido por uma marca, mesmo que a tenha recebido há 2 anos,

⁹⁷ Cf. ASA, Influencers Guide. [Em linha]. (2020) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html>

⁹⁸ CORREIRA, Ana Rita Araújo – Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no Youtube e os seus limites. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2019. Dissertação de Mestrado. P.43

⁹⁹ GUIMARÃES, Anna Luísa; TANUY, Isabella – Desafios da Regulação do Influencer no marketing do Brasil. Jornal Jota. [Em linha] (2018). Atual. 8 junho de 2018 [Consult. 10/2/2021]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>

tem o dever de mencionar que tal peça foi oferecida¹⁰⁰.

Posto isto, o influenciador não deve exagerar sobre a capacidade ou desempenho de um produto, não deve omitir informações essenciais, nem apresentar a informação de forma pouco clara, ininteligível, ambígua ou extemporânea¹⁰¹.

No que tange aos anúncios estes devem ser identificados explicitamente, de forma a que o consumidor consiga compreender a mensagem, sem ter que interagir com o criador de conteúdo, sendo sugerido pela ASA o uso de etiquetas como “*Ad, advert, advertising, advertisement*”.

O incumprimento destas medidas tem como consequência a aplicação de multas, alteração do conteúdo da publicação e, até mesmo, imposição de sanções penais.

No relatório anual¹⁰² efetuada pela ASA conclui-se que em 2020 houve um aumento de 55% em relação a 2019 nas reclamações recebidas sobre influenciadores, isto é, passaram de 1.979 para 3.144 reclamações individuais. Além disso, 61% das reclamações de 2020 foram sobre a divulgação de anúncios no Instagram. Neste relatório é ainda possível constatar-se que em 2019 as reclamações sobre publicações de influenciadores representaram mais de um quarto de todas as reclamações em plataformas online, sendo que essas representaram quase metade de todas as reclamações recebidas por aquela entidade.

Em 2021¹⁰³, foi efetuado outro estudo pela mesma entidade onde se conclui que 65% dos anúncios não permitem identificar claramente que se trata de um anúncio.

Importa ainda mencionar que a ASA veio recentemente defender que o conteúdo de beleza ao qual foi aplicado um “filtro” pode ser “enganoso”, devendo as fotografias ou vídeos que tenham “filtros”, ou seja, que tenham sofrido melhorias digitais, expressamente referi-lo ou no caso de enaltecerem características do produto não devem mesmo ser utilizados¹⁰⁴.

¹⁰⁰ VERDOODT, Valerie; FECl, Nadia – “Digital influencers and vlogging advertising: calling for awareness, guidance and enforcement”. Revista Auteurs en Media [Em linha] (2019) [Consult. 20/2/2021]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3703293 Pp. 1–21.

¹⁰¹ GUIMARÃES, Anna Luisa; TANUY, Isabella – Desafios da Regulação do Influencer no marketing do Brasil. Jornal Jota. [Em linha] (2018). Atual. 8 junho de 2018 [Consult. 10/2/2021]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>

¹⁰² ASA, Protecting young and vulnerable people, Annual Report 2020. [Em linha]. (2020) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/annual-report-2020-protecting-young-and-vulnerable-people.html>

¹⁰³ ASA, Protecting Children Online [Em linha]. (2021) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/protecting-children-online-our-monitoring-results-from-q1-2021.html>

¹⁰⁴ Asa, Beauty and Cosmetics: Food, supplements and pills. [Em linha]. (2021) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/advice-online/beauty-and-cosmetics-food-supplements-and-pills.html>

e) Alemanha

Na Alemanha é de destacar dois processos: O processo *LG Hannover*¹⁰⁵ 23 O 5/17, decidido a 8 de março de 2017 em primeira instância e o *LG Celle*¹⁰⁶ 13 U 53/17, decidido a 8 de junho de 2017 em segunda instância, que visam esclarecer o que é a transparência exigida.

Assim, em primeira instância, considerou-se que “se a publicação fosse uma fotografia profissional com uma marca visível ou com uso de conceitos de *marketing*, seria perceptível para o consumidor que se tratava de conteúdo publicitário e não seria necessária uma identificação mais clara¹⁰⁷. Contudo, o tribunal de segunda instância discordou da primeira alegando que se o consumidor necessita de analisar o conteúdo da publicação para ser perceptível que tem caráter publicitário, então tal não é suficientemente claro¹⁰⁸.

Posteriormente, o tribunal de Berlim no caso da *LG Berlin*¹⁰⁹ 52 O 101/18, em 24 de maio de 2018, mostrou-se mais conservador, declarando que as publicações feitas por influenciadores devem sempre ser consideradas como conteúdo publicitário e nunca pessoal, na medida em que o fim principal é sempre aumentar o número de seguidores e o alcance do seu conteúdo. Mesmo que as publicações não sejam remuneradas, continua a haver uma evidente conexão entre estas e o aumento da procura dos produtos apresentados.

Assim, nos casos em que não há um pagamento monetário entre a marca e o influenciador consideram-se também casos de relação comercial.

Destarte, a jurisprudência alemã tem como objetivo evitar que surjam dúvidas para os consumidores sobre as publicações feitas pelos influenciadores, devendo os conteúdos publicitários serem claramente identificados ¹¹⁰.

¹⁰⁵ G Hannover [em linha] decidido a 8 março de 2017 (n.º 23 O 5/17) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Hannover&Datum=08.03.2017&Aktenzeichen=23%20O%205%2F17>

¹⁰⁶ OLG Celle [em linha] decidido a 8 de junho 2017 (n.º 13 U 53/17) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Celle&Datum=20170608&Aktenzeichen=13%20U%2053%2F17>

¹⁰⁷ COUTINHO, Mariana Mendes – **A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.36

¹⁰⁸ EIKEL, Constantin “(International) influencer marketing in Germany”. In Media Writers. [Em linha] (2017). [Consult. 7/03/2021] Disponível em https://mediawrites.law/international-influencer-marketing-in-germany-ad-might-not-be-enough/#_ftn1.

¹⁰⁹ LG Berlin, [em linha] decidido a 24 de maio de 2018 (n.º 52 O 101/18) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em:

<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Berlin&Datum=24.05.2018&Aktenzeichen=52%20O%20101%2F18>

¹¹⁰ EIKEL, Constantin “(International) influencer marketing in Germany”. In Media Writers. [Em linha] (2017). [Consult. 7/03/2021] Disponível em https://mediawrites.law/international-influencer-marketing-in-germany-ad-might-not-be-enough/#_ftn1.

f) Espanha

O ordenamento jurídico espanhol também se manifestou relativamente a esta questão, mais concretamente em relação a uma publicação feita por uma influenciadora que dizia respeito a um produto da marca URBANISTA ® que tinha destaque na fotografia, tendo a influenciadora elogiado tal produto na descrição da publicação.

Neste caso, estava presente a identificação de que tal publicação consistia numa publicidade, utilizando a *hashtag #ad*, contudo, esta identificação estava no fim da descrição, tornando-se pouco clara.

Posto isto, a Quarta Secção do Júri da Associação para a Autorregulação e Comunicação Comercial Autocontrole a 28 de novembro de 2019 efetuou um parecer sobre uma publicação de um produto realizada por uma influenciadora em que esta elogiava o produto na descrição da publicação, mas a identificação como anúncio estava apenas no final da publicação, tornando-se pouco clara. O júri determinou que a publicidade efetuada pela influenciadora Paulina Eriksson, violava o princípio da autenticidade, proclamado no art. 13.º do Código de Conduta da Publicidade de Autocontrole¹¹¹ que determina que todas as comunicações comerciais devem ser identificadas como tal, seja qual for o seu formato ou meio utilizado.

Assim, o júri enumerou três razões pelas quais a publicação e o conteúdo continham características que violavam o previsto no Código: (i) a fotografia e a descrição mostravam sinais de uma colaboração entre a influenciadora e a marca, uma vez que a publicação dizia respeito a um único produto e às vantagens deste, sendo explícito a existência de um objetivo publicitário; (ii) os seguidores/destinatários não conseguiam perceber de forma evidente o cariz publicitário da publicação, uma vez que tal publicação estava incluída na rede social da influenciadora, o que levava ao consumidor a acreditar que tal partilha era apenas uma opinião pessoal; (iii) embora tivesse a *hashtag #Ad*, esta encontrava-se apenas no fim da publicação, passando por despercebida entre os outros elementos presentes no texto, não sendo explícita, nem suficientemente identificada como publicidade ¹¹².

Consequentemente, a 8 de janeiro de 2020 a influenciadora veio pedir a revisão da decisão, no entanto, o Plenário do Júri confirmou a decisão anterior.

¹¹¹ AUTOCONTROL, “Código de Conduta Publicitaria de Autocontrol”. [Em linha] (2020). [Consult. 10/03/2021] Disponível em <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/>.

¹¹² COSTAS, Alicia; MONCLÚS, Jorge “Primera Resolución en España sobre publicidad realizada por influencers”. Blog CUATRECASAS. [Em linha] (2020) [consult. 15/03/2021]. Disponível em <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/primera-resolucion-en-espana-sobre-publicidad-realizada-por-influencers>

Posteriormente a influenciadora veio alegar que não existiu contrapartida monetária e que o produto teria sido emprestado. As alegações proferidas foram descredibilizadas, uma vez que a renumeração é um indício de que aquele conteúdo tem cariz publicitário, mas *à contrario sensu*, não existindo contraprestação não significa que o mesmo não seja publicidade¹¹³. Além disso, tal menção não foi efetuada no início do processo e a publicação vinha identificada como anúncio, embora que apenas no final do texto publicado.

Posto isto, a decisão do Plenário do Júri foi de encontro à da Secção, tendo a ação da influenciadora desrespeitado o princípio da autenticidade previsto no art. 13.º, tendo a *Autocontrol* recomendado a eliminação da publicação, não aplicando nenhuma sanção, servido tal recomendação como um aviso¹¹⁴.

f) Portugal:

Em Portugal a autodisciplina no domínio da comunicação comercial tem sido reafirmada pela Auto Regulação Publicitária (ARP).

Contudo, estas decisões têm incidido apenas sobre o conteúdo das mensagens, principalmente quando estas põem em causa a veracidade das afirmações ou quando há comparação entre concorrentes¹¹⁵.

Assim, até 2019, não havia nenhuma decisão contra alguma influenciadora digital por publicidade oculta, verificando-se uma impunidade relativamente à forma ou configuração externa dos anúncios, que pode estar associada a uma maior passividade dos consumidores, bem como ao problema da prova da relação contratual existente entre o anunciante e o titular do suporte.

Porém, em 2019 a Direção-Geral do Consumidor (DGC), organismo público do Ministério da Economia que tem como fim exercer a política de defesa do consumidor, abriu em 2019 mais de 40 processos relacionados com mensagens publicitárias¹¹⁶.

No entanto, as decisões em matéria de publicidade oculta são poucas, verificando-se

¹¹³ MESA, Cristina “Las tres claves de la publicidad de “influencers” que debes conocer tras el dictamen de Autocontrol en el caso Paulina Eriksson”. Blog Garrigues Digital. [Em linha] (2020) [consult. 15/03/2021]. Disponível em https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/las-tres-claves-de-la-publicidad-de-influencers-que-debes-conocer-tras-el-dictamen

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ AMORIM, Ana Clara Azevedo de, Os influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro. Anais do I Congresso Internacional em Humanidades Digitais no Rio de Janeiro. Brasil: Rio de Janeiro, 2018. P.127

¹¹⁶ MARQUES, Rui Oliveira – Influenciadores Portugueses Alvo de Contra-ordenações da Direção Geral do Consumidor. Jornal Meios & Publicidade. [Em linha] (2020) [consult. 17/03/2021]. Disponível <https://www.meiosepublicidade.pt/2020/02/influenciadores-portugueses-alvo-ordenacoes-da-direcao-geral-do-consumidor/>

uma impunidade relativamente à forma ou configuração externa dos anúncios que pode estar associada a uma maior indiferença por parte dos consumidores.

Embora esta profissão careça de regulamentação, que preceitue as atividades exercidas pelos criadores de conteúdo e as relações formadas entre eles e as marcas que os contratam, a verdade é que estes já geram alguma preocupação no ordenamento jurídico, tendo em 2019 sido criado pela DGC um Guia de Regras e Boas Práticas na Comunicação Comercial no Meio Digital, sendo este guia dirigido aos Influenciadores e aos Anunciantes.

Este guia tem como fim exercer a política de defesa do consumidor em Portugal, visando sensibilizar os intervenientes e esclarecer alguns aspetos para o cumprimento da lei em matéria de publicidade e proteção dos consumidores, assim como promover boas práticas na comunicação comercial no mundo digital¹¹⁷.

O Guia não é um documento autorregulatório, nem introduz qualquer modificação no Código da Publicidade, apenas compila as regras “basilares”, lembrando que os canais digitais também estão sujeitos a estas regras.

A verdade é que o consumidor estabelece uma relação de confiança com o influenciador, absorvendo o conteúdo partilhado por este, sendo necessário informar que tal conteúdo se trata de publicidade, devendo tal informação ser feita de forma clara, transparente e responsável, tanto por parte da marca, como do influenciador. Para tal, criou-se a obrigatoriedade de identificação das publicações com conteúdo comercial, no início da mesma, com a identificação *#PUB*, *#Patrocínio*, *#Parceria* ou *#Oferta*, dependendo do tipo de plataforma.

O próprio guia faz referência ao art. 8.º do Código da Publicidade, que estabelece o princípio da identificabilidade.

Os influenciadores devem ainda fazer declarações reais e garantir que as suas recomendações não são falsas ou enganosas.

No que concerne à responsabilidade, este diploma atribui aos influenciadores, agências e anunciantes a corresponsabilidade pelos conteúdos comerciais divulgados.

Apesar disso, quer os mecanismos sancionatórios tradicionais, quer a própria autodisciplina são ineficazes, especialmente na sua dimensão repressiva, face às mensagens difundidas por influenciadores digitais com milhões de seguidores, uma vez que o fenómeno de

¹¹⁷ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. Pp. 32-33

“viralização” permite a ampla difusão de conteúdos de forma eficaz e num curto espaço de tempo, inviabilizando o efeito útil da decisão de cessação.

Entende-se que a regulamentação portuguesa ainda é insuficiente, não resolvendo questões específicas relativas ao *influencer*, o que leva à insegurança jurídica e à insuficiência da proteção do consumidor no contexto digital.

Deve haver assim uma regulamentação mais específica abordando critérios de responsabilização para anunciantes e influenciadores que recorram a publicidade falsa ou enganosa no contexto digital e regular a publicidade veiculada para o público infantil.

Capítulo V - A Responsabilidade civil:

A Responsabilidade Civil exprime a ideia de reparação de dano, de restauração do equilíbrio, sendo uma fonte de obrigações por se tratar de um conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar pelos danos sofridos¹¹⁸.

Entende-se por Responsabilidade Civil a imputação dos danos provocados numa determinada esfera jurídica a outra esfera jurídica diversa daquela, desde que estejam verificados certos elementos.

Quando a lei exige ao agente a reparação dos danos causados por ter cometido certos factos ou por ter beneficiado de certa atividade, esta exigência resulta da figura da responsabilidade civil¹¹⁹.

Destarte, há responsabilidade civil quando o agente, por ação ou omissão, provoca ou tenha a possibilidade de provocar um dano contra outrem.

De acordo com o princípio *casum sentit dominus* se alguém, por alguma razão, sofrer um prejuízo este fica a seu cargo, a menos que exista um fundamento especial para transferir esse dano para outrem, caindo no âmbito da responsabilidade civil¹²⁰. Este dano pode resultar da inexecução de uma obrigação em sentido técnico (responsabilidade contratual/obligacional), quer da violação de direitos com eficácia *erga omnes* (responsabilidade extracontratual/delitual).

Neste contexto, a doutrina maioritária¹²¹ tende a distinguir a responsabilidade entre responsabilidade civil obrigacional/contratual e responsabilidade civil extracontratual/delitual, porém, a separação destas modalidades tem conhecido opositores, como é o caso do Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ¹²².

Nesta esteira, a posição da divisão dos dois tipos de responsabilidade não afasta um em detrimento do outro, sendo que as regras de ambas devem ser combinadas, com o propósito de responder a uma mesma pretensão indemnizatória¹²³.

¹¹⁸ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 8

¹¹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil. 3.ª edição atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P.114

¹²⁰ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 9

¹²¹ P. ex PEREIRA COELHO, C. A. MOTA PINTO e ainda MAFALDA MIRANDA BARBOSA

¹²² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017, p. 14.

¹²³ Idem p. 20

1. Responsabilidade Civil Extracontratual

Chegados aqui, cumpre analisar a responsabilidade civil extracontratual nos casos em que não existe uma relação contratual.

No nosso ordenamento jurídico, via regra, só há responsabilidade quando o agente tenha agido com dolo ou com mera culpa.

Conforme o previsto no art. 483.º do CC, “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

Exige-se o preenchimento de uma série de requisitos cumulativos para que haja a constituição da obrigação de indemnizar. Tais requisitos variam na doutrina, existindo duas grandes escolas quanto a esta questão, a Escola de Coimbra e a Escola de Lisboa, no entanto, para não alargar o foco do presente tema em estudo, não será possível desenvolver esta questão. Cumpre apenas salientar que neste estudo será acolhido o entendimento da Escola de Coimbra¹²⁴, sendo este o entendimento, a nível prático, seguido pela maioria da jurisprudência portuguesa.

De acordo com o critério adotado, faz-se uma penta-repartição dos requisitos¹²⁵ sendo estes: a existência de um facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e, finalmente, o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Neste estudo, apenas serão desenvolvidos os requisitos problemáticos para o tema em análise.

A **ilicitude** é a reprovação da conduta do agente consistindo numa violação de direitos absolutos (483.º, n.º1 do CC), na violação de normas destinadas a proteger interesses alheios (483.º, n.º1, 2.º parte do CC) ou numa conduta do agente que configure uma hipótese de abuso de direito (334.º do CC)¹²⁶.

A primeira diz respeito à violação de direitos absolutos (direitos sobre a vida, saúde, corpo e liberdade, incluindo-se também aqui os direitos sobre as coisas, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual).

Não são configurados nesta forma de ilicitude os danos puramente patrimoniais, dado que a definição que a lei prevê é restrita, remetendo para a violação de direitos absolutos.

¹²⁴ Posição adotada, por exemplo, pelos ilustres autores Almeida Faria, Antunes Varela, Ribeiro de Faria, entre outros

¹²⁵ A Escola de Lisboa assenta numa repartição sintética entre dano e imputação.

¹²⁶ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. P. 543

Considera SINDE MONTEIRO¹²⁷ que o dano patrimonial primário é “aquele que uma pessoa sofre sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido”.

Entendendo CARNEIRO DA FRADA¹²⁸ que o dano puramente patrimonial consiste “numa perda económica ou patrimonial, mas que não implicou a violação de uma qualquer posição absolutamente protegida (v.g. um direito de personalidade ou um direito real)”.

O civilista ANTUNES VARELA¹²⁹ considera que a violação do direito de outrem se destina à proteção de posições jurídicas absolutamente protegidas¹³⁰ e, como tal, exclui-se a proteção de interesses puramente económicos quando digam respeito a posições relativas.

No entanto, convém referir que, ainda que minoritária, há uma doutrina no nosso ordenamento que defende que a norma geral do 483.º do CC protege qualquer tipo de danos¹³¹. Porém, esta conceção é corroborada pela regra prevista no art. 485.º, n.º1 do CC da irrelevância das informações, conselhos e recomendações para efeito de responsabilidade, tal como, pelos pressupostos de que depende a sua relevância nos termos do n.º2 do mesmo artigo, uma vez que os danos que resultam deste artigo são, maioritariamente, danos puramente económicos¹³².

A doutrina mais sensível a este tema defende que os danos puramente patrimoniais serão em todo o caso indemnizáveis, de acordo com o 483.º n.º1 do CC, quando tiver sido violada uma disposição de proteção cujo o fim seja a defesa de interesses puramente patrimoniais. Podemos inserir aqui os deveres de tráfico que apenas vão tutelar os interesses patrimoniais puros nos casos em que esses interesses gozem de proteção aquiliana, sob pena de incongruência sistemática. Tais deveres impõem àquele que cria, controla e mantém uma fonte de perigo, a adoção de medidas adequadas a precaver os danos que aquela pode provocar, estabelecendo os termos da equiparação, da omissão à ação e solucionam o problema da causalidade mediata da lesão em posições jurídicas que gozam de proteção delitual¹³³.

¹²⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P.155

¹²⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P.154

¹²⁹ Cf. VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. P. 533

¹³⁰ Como os direitos sobre a vida, saúde, corpo e liberdade. Incluem-se também aqui os direitos sobre as coisas, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual.

¹³¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 156

¹³² Idem. P. 156

¹³³ Idem. P.157

A tutela aquiliana de interesses puramente patrimoniais pode decorrer quer da existência de uma previsão delitual específica que os contemple (como é o caso da disposição do art. 485.º do CC que regula a responsabilidade por informações, conselhos e recomendações), quer de uma disposição de proteção que tenha por objeto a sua defesa.

As lacunas de proteção de interesses puramente patrimoniais em sede aquiliana, e a importância crescente que este tipo de interesses assume no nosso mercado económico, contribui para afirmação de uma via “intermédia” de responsabilidade civil, ligada em particular à violação de deveres específicos decorrentes do dever de conduta segundo a boa-fé no mundo económico.

Essa via possibilita a ressarcibilidade de danos puramente patrimoniais, mesmo quando não há deveres de prestar dirigidos à prevenção desses danos ¹³⁴. A responsabilidade pela confiança também é uma forma de cobrir os danos puramente patrimoniais correspondendo à frustração do investimento de confiança.

A segunda modalidade de ilicitude diz respeito à violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Não precisam de ser leis em sentido formal, podendo ser regulamentos, mas na opinião de CARNEIRO DA FRADA¹³⁵ não podem ser consideradas disposições de proteção normas de deontologia profissional, a não ser que sejam aprovados por diploma legislativo, nem as regras técnicas do setor profissional em específico.

Segundo o entendimento de ANTUNES VARELA¹³⁶, esta infração diz respeito a leis que “embora protejam interesses particulares, não conferem aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela” e de leis “que tenham em vista a proteção de interesses coletivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes”.

É necessário que estejam preenchidos três requisitos cumulativos para que se verifique esta modalidade de ilicitude: que a lesão dos interesses do particular corresponda à violação de uma norma legal; que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada; e que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar¹³⁷.

Nesta forma de ilicitude as condutas devem ser concretas e determinadas devendo ser cumpridas, contrariamente, quando se trata da violação de um direito absoluto impõe-se que se

¹³⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P.158

¹³⁵ Idem. Pp. 41 e 42

¹³⁶ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. P. 536

¹³⁷ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. Pp. 539 e 540.

faça o objetivamente possível a um homem médio para evitar colocar em causa esse direito.

Nesta forma violação, ao contrário da primeira, estamos perante a violação da própria norma e não a violação de bens jurídicos, assim, segundo o entendimento de SINDE MONTEIRO “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”¹³⁸.

Importa referir que esta modalidade além de antecipar e reforçar a tutela, confere um alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Para além disso, a relação entre a culpa e ilicitude sofre uma alteração, mesmo que o agente demonstre que não era exigível, em concreto, o cumprimento da norma, haverá ainda ilicitude pela violação, em abstrato, dos interesses que o legislador considerou pertinentes aquando da criação da norma¹³⁹.

Em relação à causalidade, nesta segunda modalidade de ilicitude, prescinde-se da ideia de adequação e probabilidade, pois o que importa compreender é se o dano está no círculo de interesses que a norma visa proteger.

Na esfera dos influenciadores as normas que sustentam a inserção nesta segunda modalidade são as normas relativas à publicidade, como o Código da Publicidade, Regime das Práticas Comerciais Desleais, Código de Conduta da Autorregulação Publicitária e ao Guia da Direção Geral do Consumidor sobre as regras e boas práticas da comunicação comercial no meio digital. Essas normas protegem os interesses dos consumidores, ainda que não lhes confiram um direito subjetivo a essa tutela, são qualificadas como normas de proteção de interesses alheios.

Consideraremos, por último, o abuso de direito como uma terceira modalidade de ilicitude, ainda que alguns autores, como MENEZES LEITÃO¹⁴⁰ não o considerem autonomamente mas inserido num conjunto de tipos delituais específicos.

Neste sentido, VAZ SERRA, autor do anteprojeto do Código Civil referente à responsabilidade civil, defendia que se deveria fazer uma referência específica ao abuso de direito em sede de responsabilidade civil, dada a importância que o instituto assume nesta sede¹⁴¹.

¹³⁸ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. P. 239.

¹³⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. P.171.

¹⁴⁰ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 19.

¹⁴¹ Cf. VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. P. 563 e BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. P.183

Embora em Portugal, não exista nenhum preceito idêntico ao que existe na Alemanha¹⁴² em que se baseia em três pequenas cláusulas delituais, os autores têm entendido que o art. 334.º contém, na sua formulação uma cláusula delitual absorvida pelo abuso de direito, sendo esta norma usada para cobrir situações danosas nas quais ocorram a violação de um direito absoluto.

De acordo com o plasmado no art. 334.º o titular do direito fica obrigado a indemnizar se exerceu um direito ultrapassando manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico e social do direito. Ao invés do que ocorre no preceito alemão, o art. 334.º não faz nenhuma referência à intencionalidade da atuação do agente, sendo a solução do nosso direito mais flexível e abrangente.

Entenda-se que só perante uma violação de um direito absoluto ou de interesses legalmente protegidos é que nasce uma obrigação de indemnização a ser suportada pelo agente do facto danoso. Não ocorrendo uma destas situações típicas tem de haver um tal desvalor na conduta que justifique a imposição obrigacional, sendo o abuso de direito esse *quid* acrescido¹⁴³.

De entre as várias modalidades de abuso referidas no art. 334.º, a solução para a questão dos danos patrimoniais puros deve procurar-se no quadrante da abuso por contrariedade aos bons costumes.

Os bons costumes exprimem uma referência a padrões de conduta mínimos a observar em geral pelos sujeitos, estejam ou não inseridos em relações contratuais, fazendo estes apelo à honorabilidade ou outras qualidades pessoais básicas dos sujeitos¹⁴⁴.

A noção de bons costumes tem um campo de aplicação amplo, o que se torna relevante quando não há entre o lesado e o lesante uma relação particular.

Na responsabilidade civil o direito que está em causa é a liberdade, fundamentada no princípio da autonomia da pessoa humana, implicando esta o respeito de deveres de cuidado para com os demais, logo, o não cumprimento destes deveres será entendido como uma conduta abusiva do direito, geradora de responsabilidade. O que aqui está implícito não é qualquer dever de cuidado, mas sim a contrariedade a um princípio de prevenção.

Além disso, é necessário que o dano seja previsível e que seja exigível ao lesante a adoção de certas medidas que, no caso em concreto, eram necessárias para fazer face à consumação do perigo, sendo estes os pressupostos necessários para que se verifique

¹⁴² Cf. §826 do Código Civil Alemão

¹⁴³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. P. 195

¹⁴⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da, Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil? Coimbra: Almedina, 1997. P. 57

responsabilidade delitual alicerçada na desvelação do abuso de direito conexionado com a responsabilidade extracontratual ¹⁴⁵.

O abuso de direito assume especial importância no problema dos danos puramente patrimoniais, uma vez que aqui o que importa não é a natureza do interesse afetado pelo abuso, podendo este ser puramente económico, mas o facto de no respetivo exercício, o seu titular ter excedido manifestamente os limites, impostos pelos bons costumes.

Todavia, o abuso de direito, sendo fonte de responsabilidade civil, pressupõe a verificação de pressupostos relativos à conduta objetivamente considerada e quanto à culpa, pelo que também não constitui um fundamento geral para a indemnização de interesses patrimoniais puros.

Por fim, **o nexó de causalidade** consiste na relação entre a violação ilícita ou culposa de um direito subjetivo ou de norma de proteção e o dano efetivamente ocorrido (563.º do CC).

Com o objetivo de resolver o problema da ligação causal no seio da responsabilidade civil foram criadas várias teorias no ordenamento jurídico português, sendo que as que tiveram mais evidência foram a doutrina da *conditio sine qua non* e a doutrina da causalidade adequada.

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre que se conclua que este não se teria verificado sem aquela, ou seja, o nexó causal dar-se-ia a favor de qualquer evento que fosse condição necessária do dano.

Deste modo, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal forma que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele, portanto, aquela condição é necessária para a produção do dano e, nessa medida, suficiente para a imputação da responsabilidade.

Contudo, esta teoria é bastante criticável devido às inconcludências da doutrina da *conditio sine qua non*, tendo os autores passado a propor um entendimento causal: a doutrina da causalidade adequada que tem um forte apoio da nossa doutrina. Para esta teoria, é necessário analisar o comportamento do lesante para verificar se este é idóneo ou não a produzir um dano daquele tipo, ou seja, a questão é saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele dano ou se esse comportamento é indiferente para a produção do dano.

Refira-se que nexó causal de determinado dano se estabelece sempre em relação a um evento que ao não ter ocorrido, levaria à inexistência de dano. Mesmo inexistindo aquele evento,

¹⁴⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017 P. 199

tivesse ocorrido um dano, teria de se procurar a sua causa em nível diferente, isto porque, numa situação é normal existirem vários eventos, sendo necessário determinar qual deles é adequado a produzir dano ¹⁴⁶.

Esta teoria também origina formulações absolutamente dispares, resultando, como iremos ver de seguida, na insuficiência destas teorias causais para resolver casos eivados de um grau de problematicidade acrescida, como é o caso da responsabilidade por informações, recomendações e conselhos, sendo pertinente analisar outras visões.

2. A responsabilidade por informações, recomendações e conselhos:

No âmbito deste trabalho, é importante realçar a responsabilidade por prestação de conselhos, recomendações e informações.

Consagra o art. 485.º do CC prevê no seu n.º1 a irresponsabilidade por informações, afirmando que “os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte”.

Não obstante, o n.º2 do citado artigo faz a ressalva de que a obrigação de indemnização “existe quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível”.

De acordo com MENEZES LEITÃO¹⁴⁷ existem três situações em que se admite a responsabilidade do autor dos conselhos, informações e recomendações.

A primeira situação reporta-se ao caso de se ter assumido a responsabilidade pelos danos, neste caso “o conselho, recomendação ou informação não é prestado em termos displicentes, mas assume a natureza de uma garantia contra a ocorrência de danos na esfera do recetor, caso seja adotado o comportamento indicado”¹⁴⁸.

A segunda situação ocorre quando exista um dever jurídico de prestar essas informações, conselhos ou recomendações e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar.

Por último, quando o procedimento do agente constitua um facto punível.

Além disso, MENEZES LEITÃO considera que quando não se verifica nenhum destes

¹⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes – Direito das Obrigações. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. Vol. II. P.335.

¹⁴⁷ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.19

¹⁴⁸ Idem.

casos, mas o agente aja com dolo, deve haver responsabilização, isto é, havendo intenção do agente, deixaria de se aplicar a regra de desresponsabilização ¹⁴⁹.

O civilista ANTUNES VARELA justifica esta regra da irresponsabilidade por informações “em face da obsequiosidade própria da generalidade das informações que cada um de nós presta ao seu semelhante e da displicência com que geralmente se dão conselhos a alguém ou se fazem recomendações a outrem, é a quem recebe essas declarações de ciência que cabe, em princípio, controlar a sua veracidade ou acerto (*caveat emptor*), sem contar com a forte dose de subjetivismo que perpassa em muitas delas”¹⁵⁰.

O professor MENEZES CORDEIRO defende uma posição bastante crítica quanto ao assunto, afirmando que não se revê na lição tradicional, uma vez que “quem não saiba do que fala ou está calado ou tem o cuidado de dizer que não tem certezas: apenas palpites. O direito não pode pactuar com uma cultura de desresponsabilização e de laxismo, em que todos falem de tudo, mesmo em circunstâncias ponderosas, enganando, sem consequências, o seu semelhante. Além disso, não faz sentido exigir de quem peça informações que controle a veracidade do que ouça: se controla, é porque sabe; e, se sabe, porque pergunta, acabando por acreditar no que saiba não ser verdade?”¹⁵¹.

A questão não é assim tão linear, dado que se assim fosse poderíamos cair em casos de hiper-responsabilidade, a que poderíamos ser conduzidos em face da verificação de danos puramente patrimoniais, sendo que uma “responsabilidade por declarações” levada demasiado longe, poderia traduzir-se numa limitação da própria liberdade de expressão ¹⁵².

Apesar disso, quando estes conselhos, recomendações e informações são dados por profissionais, é necessário que o tráfico jurídico assegure a sua segurança, pois o público em geral deposita nestes um elevado grau de confiança.

Embora o art. 485.º aparente ser uma norma fechada, a verdade é que o n.º1 diz “simples conselhos”, não é impreterível concluir que só deixamos de estar perante “simples conselhos” nas hipóteses do n.º2, talvez este se limite a destacar os principais casos em que tem de haver responsabilidade, sem estarmos impedidos de irmos para além da norma,

¹⁴⁹ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 20

¹⁵⁰ VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I. P.550 e ss.

¹⁵¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, 2020. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano n.º 2. P. 972

¹⁵² MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. Pp. 23-26

aplicando-a a outras constelações fácticas.

Além do mais, a própria noção de simples conselhos tem de ser interpretada, não havendo nenhuma regra metodológica que nos obrigue a admitir *a priori* que só deixamos de estar na sua presença nos casos do n.º2.

Em regra, os conselhos, recomendações e informações só dão origem aos chamados danos puramente patrimoniais. Todavia, estes só podem desencadear um dano quando o destinatário neles confiou, ou seja, na sequência de acontecimentos que levam ao dano encontra-se, como causa intermédia, a vontade do próprio lesado, já que ninguém é obrigado a seguir um conselho¹⁵³. Nos casos de responsabilidade por informações é o próprio lesado, e não o suposto responsável, que leva a cabo o comportamento que desencadeia a lesão ou pelo menos, com o seu consentimento.

Uma parte da doutrina tende a distinguir entre *simples conselhos, recomendações ou informações* (“indicações circunstanciais, sem consistência aparente e, nessa medida, insuscetíveis de criar uma situação de confiança na pessoa normal”) e os *verdadeiros conselhos, recomendações ou informações* (“nas quais quaisquer pessoas acreditam e que são suscetíveis de determinar, da parte destes, efetivas atuações”)¹⁵⁴. Os três conceitos são próximos, tendo como fundamento comum a possibilidade de influenciarem a vontade do informado.

Contudo, no mesmo sentido que MAFALDA BARBOSA, entendo que o critério judicativo não passa pela qualificação do conselho, recomendação ou informação.

Neste sentido, importa analisar a posição de SINDE MONTEIRO que defende que não haverá responsabilidade fora do âmbito de relevância contratual ou na hipótese de relevância aquiliana, fora das hipóteses de violação de um direito absoluto, de uma disposição legal de proteção de interesses alheios ou de abuso do direito¹⁵⁵.

Quanto à primeira modalidade de ilicitude, SINDE MONTEIRO conclui pela confirmação clara da lei alemã: “existe responsabilidade por factos ilícitos, nos termos gerais, mesmo que o dano seja provocado por conselhos, recomendações ou informações” de acordo com a aplicação do art. 483.º e 485.º do CC, “a proteção delitual dos direitos absolutos deve em princípio ser assegurada sem lacunas, com independência do tipo de conduta adotada pelo lesante”¹⁵⁶.

¹⁵³ MONTEIRO, Sinde, Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações, Almedina, Coimbra, 1989. Pp. 23-26.

¹⁵⁴ Vide. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, 2020. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano n.º 2. P. 973

¹⁵⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. Pp. 429.

¹⁵⁶ Idem. Pp. 432 e 434.

No que tange à segunda modalidade de ilicitude SINDE MONTEIRO volta a fazer uso do direito alemão “a responsabilidade derivada de um ato ilícito, não é questionável que a infração de qualquer “lei de proteção”, tenha ou não caráter penal, pode gerar o dever de reparar os danos causados”¹⁵⁷.

Por fim, relativamente ao abuso de direito, também não parece adequado o seu afastamento por consequência do art. 485.º do CC.

Na responsabilidade contratual, também podemos afirmar a responsabilidade por conselhos, recomendações e informações, uma vez que o contrato pode até ter como objeto principal a prestação de conselhos, recomendações e informações, havendo um dever de agir com diligência.

Deste modo, não se vislumbra qualquer motivo para afastar a relevância da lesão de direitos absolutos no quadro da prestação de informações. Tal como afirma MAFALDA BARBOSA “a falta de referência a esta hipótese justificar-se-á pelo facto de, verificando-se a violação de uma dessas posições subjetivas dotadas de eficácia *erga omnes*, não restarem quaisquer dúvidas acerca da possível assimilação do seu âmbito de relevância pelo âmbito de relevância do artigo 483.º CC”¹⁵⁸.

Logo, quanto à ilicitude parece não haver qualquer problema, mas, levantam-se bastantes questões relativamente à causalidade, o que implica, concomitantemente, problemas com a ilicitude.

De forma a exemplificar este problema MAFALDA BARBOSA¹⁵⁹ dá o exemplo de A morrer na sequência de um conselho prestado por B, sendo que neste caso, não é a morte em si que é ilícita, mas a morte que possa ser imputada ao comportamento de B pelo que o nexo de causalidade se configura como um nexo de imputação ou nexo de ilicitude, sendo que este vai mediar o comportamento do próprio lesado, tendo em conta a conduta do agente e a lesão verificada, tornando a situação ainda mais complexa. Porém, as dificuldades não recaem apenas na primeira modalidade de ilicitude, mas também em todas as outras que atrás mencionadas.

Por conseguinte, as teorias tradicionais analisadas no ponto anterior, revelam-se imprestáveis para resolver esta questão.

Nesta lógica, a teoria da *conditio sine qua non* mostra-se insuficiente por percecionar o

¹⁵⁷ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. P.435.

¹⁵⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P.974

¹⁵⁹ Idem. P.974

comportamento humano à luz de uma visão determinística-naturalística, portanto, nos casos que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica, torna-se difícil raciocinar em termos contrafactuais¹⁶⁰. Esta ainda origina uma extensão desmedida da responsabilidade e, em outras situações, restringe a responsabilidade impedindo uma decisão justa¹⁶¹.

Insuficiência esta que também se verifica na teoria da causalidade adequada por conter formulações totalmente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, até um conceito normativizado de causalidade. Esta teoria causa problemas na descrição dos termos a relacionar, visto que consoante a descrição que se faça dos eventos, a resposta já vai contida na indagação, não sendo fácil optar por uma descrição dos termos a relacionar de forma abstrata ou em concreto ¹⁶². Assim sendo, a adequação é uma fórmula vazia.

Coloca-se ainda o problema de saber qual a perspectiva que se deve adotar nesta indagação: a perspectiva do sujeito que atuou, do homem médio ou do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar?¹⁶³.

Assim, ao perguntarmos se é normal e verosímil que um determinado tipo de comportamento gere um certo tipo de dano, sendo o comportamento a prestação ou omissão de uma informação relevante, estamos novamente a presumir que a atuação dos sujeitos é determinística. Mas mais do que isso: estamos a articular duas realidades que podem não se relacionar entre si, exceto através da mediação ativa ou omissiva do lesado.

Neste sentido MAFALDA BAROSA¹⁶⁴ dá um exemplo “em que B, influencer, promove nas suas redes sociais um determinado comportamento, que, sendo adotado por C, causa uma lesão na sua integridade física. A simples informação, em si mesma, não pode, do prisma causal natural, gerar o dano, pelo que a causalidade se terá de estabelecer mediatamente, a implicar, igualmente, que se pondere deterministicamente a conduta do próprio lesado”.

Logo, se a ação do primeiro agente é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para a decisão livre, e a ação do segundo, que naquela se sustentou, poderia ter sido diversa, torna-se problemático responsabilizar o primeiro agente.

Sendo assim, a doutrina da *conditio sine qua non* não nos diz a quem vai ser imputado

¹⁶⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017 p. 257

¹⁶¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P. 976

¹⁶² Idem. P.977

¹⁶³ Idem. P. 979

¹⁶⁴ Idem. P.981

o resultado danoso, por ser qualquer dos comportamentos condição sem a qual o dano não poderia acontecer. Da igual modo, a doutrina da adequação também não consegue dar resposta à questão, porque, havendo uma objetiva regularidade dos acontecimentos, torna-a complexa.

No contexto dos influenciadores, os consumidores atuam de forma livre, não se encontrando limitados a um mero instrumento de atuação do lesante.

Nestes casos, estamos perante a causalidade psicológica que se justifica pelo facto de o agente não ter meios para aferir a probabilidade da emergência do dano, culminando a decisão de agir/não agir num sentimento pessoal de incerteza. O que caracteriza esta causalidade psicológica é o facto de, entre a primeira causa e o resultado interferir uma decisão livre tida como segunda causa, ou seja, será que a primeira causa é determinante, pela influência psicológica que exerceu sobre o segundo agente, afetando-lhe a vontade?

O ponto fulcral é descobrir em que medida um agente pode vir (ou não) a ser considerado responsável por um dano quando concorre para a produção desse dano o comportamento livre do lesado ou de um terceiro.

Sempre que esta dimensão psicológica está presente, é difícil saber o impacto real de um conselho ou informação dada pelo lesante, atendendo que não se sabe se sem aquele conselho/informação o lesado atuaria de forma diferente, e se essa ação não afeta o núcleo de autonomia em que se deve basear a decisão do indivíduo.

Os autores B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH E R. ZIMMERMANN¹⁶⁵ defendem que a causalidade psíquica pressupõe que várias pessoas estão envolvidas no mesmo facto, podendo estas encontrar-se numa relação de oposição entre si ou numa relação de cooperação, salientando que há formas e intensidades variadas de influência psicológica, caracterizando-as em: **1) *slightest influence*** - casos de *simply excitement* (ex. da pessoa que viu um acidente e auxilia a vítima, sendo atingida por outro automóvel), casos de simples tentação (rapaz que brinca com o vidro que encontra no recreio) e casos de sedução (promessa de casamento como meio para obter o consentimento para relações sexuais); **2) *slight influence*** - formas de imitação (alguém instiga outro, pelo exemplo que dá ou não, a adotar um certo comportamento); **3) *stronger influence*** (casos de incitamento à prática atos perigosos ou ilícitos); **4) *strongest influence*** (atuação às ordens de alguém que lhe pediu para executar determinada atividade perigosa. Também se integram aqui os casos de explícita provocação e de

¹⁶⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P. 984

intimidação); **5) casos particulares de influência psicológica** que dizem respeito à *errada ou insuficiente informação*, como as situações de não cumprimento do dever de informação por parte dos médicos.

Por sua vez, *LANGE* e *SCHIEMANN*¹⁶⁶ dividem este problema em dois grandes segmentos: **1) *freie Handlungen des Verletzten*** – comportamento livre do lesado e **2) *Eingriffe Dritter*** – intervenção de um terceiro, considerando, a este propósito, que a delimitação da responsabilidade desses terceiros e o âmbito do risco do lesado não é baseada só na adequação e que o comportamento do terceiro não exclui a responsabilidade quando lhe foi dada a ocasião para o evento ou mesmo quando tenha atuado negligentemente. Excluem-se, porém, as situações de negligência grosseira do terceiro.

Por outro lado, o autor TILL RISTOW¹⁶⁷ distingue entre: **a) casos em que o segundo agente causador do dano lesa os seus próprios interesses**, nos quais a questão que se suscita é a de saber se o primeiro agente é responsável ou se, sendo o primeiro agente responsável, vai ou não haver uma repartição da indemnização; **b) casos em que o primeiro agente sofre através de um segundo agente danos**, colocando-se o problema de saber se ele tem de suportar esse dano, se o agente é responsável ou se o segundo é responsável mas o dever de indemnizar fica limitado pela contribuição culposa do primeiro agente; **c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro**, passando o problema a ser o de saber se é responsável o primeiro agente, o segundo ou os dois solidariamente.

Refere ainda RISTOW¹⁶⁸ outra hipótese que pode ser aplicada no caso dos influenciadores: a atuação do segundo agente não é motivada pela criação de um especial perigo por parte do primeiro agente, mas por uma confiança neste que surge pelo défice de conhecimentos do segundo, que o impede de avaliar a situação. Deve ser analisada aqui a autorresponsabilidade do segundo agente, porque a desinformação pode ser culpa sua.

Tal como afirma SINDE MONTEIRO “a confiança daquele que pede uma informação pode derivar de outros fatores que não a posição profissional, v.g. dos conhecimentos fácticos que o informado presume existirem no parceiro¹⁶⁹”.

Em suma, a doutrina tem procurado soluções, afastando-se das teorias tradicionais e

¹⁶⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P. 984

¹⁶⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P.985

¹⁶⁸ Idem. Pp. 985-986.

¹⁶⁹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. P. 485

partindo da ideia de liberdade humana.

Neste segmento, FOST apresenta dois modelos imputacionais do resultado lesivo à conduta do agente, dividindo em causalidade mediata ou indireta e no modelo causa negligente¹⁷⁰.

O primeiro modelo diz respeito aos casos em que a atuação do segundo agente se baseia num ato de vontade livre. O autor defende que a questão essencial corresponde à diferenciação entre a atuação livre do segundo agente e a heterodeterminação da sua vontade, não podendo ser feita segundo uma visão naturalista.

Assim, se o segundo agente não atuar livremente não terá que responder, caindo esta responsabilidade sob o primeiro agente. A atuação do segundo agente será considerada não autónoma quando este tinha a “obrigação de agir; quando o primeiro agente cria situação em que o segundo passa a ter essa obrigação sob pena de sanções; quando a sua ação seja autorizada; quando haja posição de autoridade do primeiro; ou nível cognitivo/grau de competência superior do mesmo”¹⁷¹.

No entanto, há situações em que se deve responsabilizar o primeiro agente (suposto lesante) ainda que a liberdade de vontade do segundo agente (lesado) não esteja em causa, surgindo assim o segundo modelo. Este foca-se na qualidade subjetiva da conduta do primeiro agente, sendo ela dolosa, poucas dúvidas restarão sobre a sua responsabilidade, caso seja negligente, a questão será mais complexa.

Nos casos em que a conduta do primeiro agente é negligente é necessário ter em atenção os deveres de atuação diligente a que está sujeito.

Deste modo, se uma ação levada a cabo com omissão desse dever de diligência originar certos acontecimentos, não se pode negar a responsabilidade pela lesão ocorrida alegando a livre vontade do segundo agente que intervém posteriormente na relação causa-efeito¹⁷².

Como MAFALDA MIRANDA BARBOSA afirma, a “nota de excecionalidade derrama aqui a sua influência” na medida em que a responsabilização do primeiro agente por uma conduta do segundo quebra a regra da responsabilidade pessoal e direta, dessa forma, deve haver uma

¹⁷⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P. 987

¹⁷¹ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.25

¹⁷² BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P.988

ponderação na atribuição da obrigação de indemnizar”¹⁷³. Para esta obrigação de ressarcimento, deve-se ter em atenção a previsibilidade objetiva da violação do bem jurídico e a evitabilidade da lesão.

O primeiro modelo remete-nos para o núcleo predicativo da adequação e para a probabilidade que ela comporta, que deixa de ser elemento essencial da imputação, para passar a ser um mero filtro auxiliar do juízo de valoração entretencido. Por sua vez, o segundo modelo traz para o centro da indagação causal o princípio do controlo da coisa pelo agente.

Importa assim, entender se a conduta do primeiro agente é apenas condição necessária mas não suficiente para a decisão do segundo agente, isto é, se o conselho/recomendação por parte do influenciador for uma das condições necessárias para uma certa decisão de compra, mas não condição suficiente, será difícil responsabilizá-lo.

Não obstante, se se provar que a ação do influenciador foi condição suficiente para a tomada de decisão do lesado, será mais fácil responsabilizá-lo por meio da causalidade psicológica.

No entanto, esta teoria defendida por FORST apresenta também insuficiências, ainda que tente combater as inconcludências das doutrinas tradicionais, não garantindo uma resposta justa e normativamente adequada. Embora o modelo proposto supere a visão determinística da causalidade, não consegue ultrapassar as dificuldades a que somos conduzidos pela necessidade de comprovação da condicionalidade de que ainda se parte em muito deles.

Defende MAFALDA BARBOSA¹⁷⁴ que se deve propor uma nova visão relativamente à causalidade, considerando um modelo imputacional assente no confronto de esferas de risco.

Diferentemente do nexos de causalidade tradicional, que era entendido de forma unívoca, atualmente o nexos de causalidade tem uma natureza binária, concorrendo lado a lado a causalidade fundamentadora (se aquele dano foi causado pelo comportamento ilícito) e a causalidade preenchedora da responsabilidade, que posteriormente revelará na determinação da indemnização (por que danos deve o lesante responder).

Além disso, neste modelo a causalidade passa a ser compreendida como nexos de imputação, ou seja, a responsabilidade deixa de ser compreendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas a ser entendida do ponto de vista ético-axiológico. A pessoa ao agir de

¹⁷³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P.995

¹⁷⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P. 990

forma livre assume uma *role responsibility*, tendo de cumprir um conjunto de deveres de cuidado.

Assim, ou a pessoa age investida num especial papel/função ou integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a fundamentar o juízo imputacional fica *a priori* traçada; ou a esfera de risco/responsabilidade que encerra não é suficientemente definida para assegurar o acordo daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser confirmado, exatamente, pela omissão daqueles deveres de cuidado (deveres no tráfego).

Logo, os deveres profissionais das pessoas que, em face da sua atividade, possuem uma posição de especial confiança, e nessa qualidade dão informações ou recomendações sobre questões patrimoniais, são vistos como deveres no tráfego, cuja violação originaria responsabilidade. Estes deveres, por um lado, possibilitam revelar a culpa, devendo, para isso, haver previsibilidade da lesão e da exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio, e por outro lado, fundamentam o juízo imputacional, ao fixarem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de averiguar, posteriormente, se o dano pertence ao núcleo.

Note-se, a partir do momento em que o agente atua com dolo, encabeçando uma esfera de risco, as exigências previstas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Além disso, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente, uma vez que não tem de fazer referência a todos os danos, tal como aos danos subsequentes ou aqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da criação da esfera de risco que se passa a titular. Logo, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar a origem do seu surgimento¹⁷⁵.

No entanto, não basta que haja omissão dos deveres de cuidado exigíveis para que se estabeleça causalidade, tem de se considerar ainda, o risco assumido pelo lesante ou a esfera de responsabilidade que ele assume ao atuar.

Sobre esta noção de risco, MAFALDA BARBOSA refere-se à assunção de uma esfera de risco que diz respeito à “edificação de uma esfera de responsabilidade, a montante, densificada

¹⁷⁵ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P. 995.

pela ideia de cuidado”¹⁷⁶. É esta esfera de risco que permite determinar que o agente atue com certos deveres de cuidado, que podem surgir quando “a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo.”

Nos casos em que inexista esta esfera, o juízo de imputação pode ser causado pelo desvio de um comportamento exigível e expectável, tendo como referente o homem médio.

Convém salientar que este juízo de imputação não é estático, não cabendo aqui danos previsíveis ou prováveis.

Assim, exclui-se a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (impossibilidade do dano), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado, quando haja diminuição do risco e quando ocorra um evento fortuito ou de força maior. Impõe-se uma ponderação da problemática atinente ao comportamento lícito e alternativo que passa por entender se aquele comportamento geraria o mesmo resultado ilícito, ou seja, se sem o desvio na conduta adequada o evento lesivo ocorreria, com o que se exclui a indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de força maior.

Posteriormente, após a análise da probabilidade do dano e da possibilidade de este se integrar dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o respeito dos deveres de cuidado, deve-se comparar esta esfera de risco com outras esferas de risco.

Deve-se considerar, *prima facie*, a esfera de risco geral da vida, devendo a imputação ser recusada quando o facto do lesante, ainda que crie uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. A questão que devemos colocar é a de saber se esse risco se trata (ou não) de um risco a que todos estão expostos?

Subsequentemente, deverá haver um cotejo da esfera de risco com a esfera de risco titulada pelo lesado. Neste âmbito, deve-se ter em conta a debilidade constitucional do lesado, ou seja, se esta for conhecida do lesante deve-lhe ser imputado a responsabilidade, salvo se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Portanto, o lesante ao violar os deveres de cuidado a que está sujeito, assume a

¹⁷⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. Pp. 269 e ss.

responsabilidade pelos danos que ocorrerem, tal como assume se o lesado tiver debilidades que agravem a lesão perpetrada, a menos que essas debilidades sejam tão atípicas, que o lesado devesse assumir especiais deveres consigo mesmo. Esta solução deve-se também aplicar às hipóteses em que está em causa uma conduta do lesado que permite criar uma esfera de responsabilidade.

O importante nos casos supra referidos é determinar em que medida existe ou não uma atuação livre por parte do lesado que estabeleça uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida.

Por conseguinte, havendo uma atuação livre do lesado, é necessário perceber se os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como fim prevenir o comportamento do lesado.

Tido isto em consideração, tal como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas ¹⁷⁷.

Quando a segunda esfera de risco é encabeçada por um terceiro é necessário considerar duas hipóteses: o segundo agente não tem o domínio absoluto da sua vontade, porque houve indução à prática do ato ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento atendendo à conta a conduta do primeiro agente. Neste caso ou o primeiro agente é responsabilizado como autor mediato ou sua ação ainda se integra na esfera de responsabilidade por ele construída e este tem de ser responsabilizado.

Contudo, quando há uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano, é necessário perceber se o primeiro lesante continua a ser chamado para a indemnização. Tal questão revela-se importante no âmbito dos influenciadores porque os consumidores atuam livremente, não se encontrando reduzidos a um mero instrumento de atuação do lesante.

Nestes casos, temos de saber se os deveres de cuidado que pertencem à esfera de risco do lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do terceiro, pois, se assim for, torna-se clara a resposta afirmativa à indagação imputacional, o que aqui está em causa é perceber se a gravidade da conduta do terceiro pode consumir a responsabilidade do primeiro lesante.

Destarte, a omissão dos deveres de respeito pelo primeiro lesante pode implicar que a lesão cometida pelo terceiro seja imputável àquele, para isso é necessário analisar a

¹⁷⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P.996

intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso¹⁷⁸.

Ainda que a atividade exercida seja idónea à produção de danos, é necessário que o lesado prove a ocorrência do evento lesivo e de que a atividade levada a cabo pelo lesante foi efetivamente a causa desses danos. Assim, do ponto de vista do método imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa, dependendo de um juízo do julgador que só recusará a imputação quando essa prova seja suficiente para concluir que a lesão teria ocorrido da mesma maneira se o sujeito não tivesse atuado daquela forma.

Entenda-se que uma coisa é afirmar que determinado produto pode produzir certos danos, outra é conseguir provar que essa foi, efetivamente, a causa.

Deste modo, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, contrariamente podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível da causalidade¹⁷⁹.

Sempre que surjam problemas relativos à causalidade cumulativa, nomeadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos.

Por conseguinte, a responsabilidade por conselhos, informações ou recomendações será determinável por análise da violação dos deveres de tráfego ou pelo confronto com a própria esfera do lesado.

3. A responsabilidade Civil dos influenciadores digitais

Os influenciadores são uma nova realidade com importância crescente, não sendo imune à criação de danos, bastando para isso que o produto ou serviço que promovam demonstre ser lesivo para os consumidores que o adquirem.

Eis o cerne do nosso trabalho, o problema da eventual responsabilidade dos influenciadores digitais que suscita algumas dificuldades, principalmente em relação à concretização e à articulação dos pressupostos responsabilizatórios.

Primeiramente, não há uma relação contratual entre os influenciadores e os consumidores por isso urge, desde logo, afastar a responsabilidade contratual. Apesar da

¹⁷⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P.997

¹⁷⁹ Idem. P. 998

responsabilidade contratual não ser exclusivamente do domínio dos contratos, é nele que encontra o seu campo de atuação.

Diferente é a situação entre o influenciador e o anunciante que, em princípio, assenta num contrato, sendo regulada pelo regime da responsabilidade civil obrigacional. Nestes casos, ainda que no contexto de uma relação contratual, a violação dos deveres da boa-fé inserem-se na “terceira via” de responsabilidade supra referida.

De acordo com o princípio geral da responsabilidade obrigacional previsto no art. 798.º do CC “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”, portanto, podemos concluir que entre o influenciador e o consumidor não existe qualquer obrigação em falta, esta relação surge de forma espontânea aquando da utilização das plataformas digitais e redes sociais, não existindo qualquer vínculo contratual entre eles.

Posto isto, ao não se evidenciar qualquer contrato, parece ser de afastar a responsabilidade contratual.

Contudo, quando há uma violação de um direito de crédito ou de um simples interesse patrimonial e não existe um contrato, ficamos perante um problema de danos puramente patrimoniais. Este problema não se questiona na responsabilidade contratual, aí qualquer interesse patrimonial é protegido, desde que seja tutelado por um contrato ¹⁸⁰.

Os danos puramente patrimoniais são um dano que se repercute na situação global do lesado, mas sem interferir em bens concretos, objeto de proteção específica, como a vida ou a saúde. Tais danos não podem ser reparados por falta de um dos requisitos essenciais para a emergência da obrigação ressarcitória – a ilicitude ¹⁸¹.

O conceito restritivo de ilicitude remete-nos para a violação de direitos absolutos, não sendo nestes casos os danos puramente patrimoniais ressarcidos. Porém, quando há uma norma legal de proteção de interesses de terceiros ou situação de abuso de direito, os danos puramente patrimoniais passam a ser indemnizáveis.

Além disso, uma parte da doutrina mais sensível ao tema, admite que estes danos sejam ressarcíveis se em causa estiver a violação de uma norma cujo o objeto seja a proteção

¹⁸⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 153.

¹⁸¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. P.155

dos interesses puramente patrimoniais ¹⁸².

Quanto a isto, importa referir o caso dos *cable cases* em que uma empresa provoca, negligentemente, o corte de um cabo de fornecimento de energia elétrica, afetando um bairro inteiro em elevados prejuízos económicos. Os danos do proprietário do cabo de fornecimento serão indemnizáveis por se tratar da violação de um direito de propriedade e, portanto, insere-se na segunda modalidade de ilicitude. Relativamente aos danos causados pela falta de eletricidade aos moradores do bairro surge a mencionada questão da indemnização dos danos patrimoniais primários.

A razão destes danos puramente patrimoniais não serem indemnizáveis tem sido estudada por diversos autores, havendo dois grandes grupos de argumentos que são usados para sustentar esta ideia: o argumento de ordem axiológica e outro tendencialmente pragmática.

Relativamente ao primeiro argumento, este prende-se com a ideia de menor valor ou menor importância dos bens jurídicos em causa nestas situações de danos puramente patrimoniais, designadamente os direitos de personalidade e os direitos reais que são direitos absolutos, tendo valor superior aos danos meramente patrimoniais.

É verdade que nem todos os valores defendidos pelo ordenamento têm valor idêntico, e que os bens jurídicos pessoais são bens de maior valia e devem ser colocados num patamar superior quando comparados aos danos puramente patrimoniais, porém o mesmo não se pode dizer sobre os direitos reais. Esta ideia não faz sentido, principalmente numa sociedade em que os direitos de crédito assumem uma importância crescente.

Assim, o argumento de ordem axiológica não tem fundamento suficiente para justificar a razão dos danos puramente patrimoniais não serem indemnizáveis.

O segundo argumento invocado pela doutrina é de ordem pragmática, tendo os autores como maior preocupação evitar o alargamento desmesurado da responsabilidade civil. Se não se restringisse a responsabilidade por alguma via, esta facilmente resvalava *ad infinitum*.

A verdade é que como afirma MAFALDA BARBOSA¹⁸³ “em economias de mercado como a nossa, os interesses económicos surgem de tal modo conexas entre si que a lesão de um deles, inevitavelmente, redundará na lesão dos demais”, referindo-se, de novo, aos *cable cases*.

Alguns autores justificam a não indemnização dos danos puramente patrimoniais devido

¹⁸² FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 157.

¹⁸³ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. P. 162

à composição dinâmica das consequências económicas e com o problema do elemento *foresseeability* da lesão.

Este argumento remete-nos para o problema do alargamento da responsabilidade até limites in comportáveis.

No fundo, há uma preocupação quer com a posição do lesante, pela probabilidade de um dano meramente patrimonial causar danos in comportáveis para o lesante, quer com a administração da justiça, uma vez que aumentaria o número de ações em Tribunal, com riscos evidentes para o sistema de justiça, pelo in comportável aumento dos custos de administração dos mesmos ¹⁸⁴.

Assim sendo, este critério da não indemnizabilidade pode ter subjacente dois fundamentos: por um lado, uma ideia de salvaguardar as expectativas do lesante, não o expondo a uma responsabilidade demasiado ampla; por outro lado, os danos puramente patrimoniais, são danos com menor notoriedade social pelo que não seria exigível que fossem respeitadas nos mesmos termos em que se tutelam as pessoas ou os direitos reais ¹⁸⁵.

A doutrina tem procurado resolver a questão dos danos puramente patrimoniais, fazendo-lhes face com outros expedientes, todavia, no caso em concreto dos influenciadores, estes expedientes não tem muito sucesso.

Uma das hipóteses é a figura do contrato com eficácia de terceiros. Os contratos com eficácia de terceiros inserem-se na chamada terceira via de responsabilidade uma vez que não é possível subsumir esta situação a uma das modalidades de responsabilidade civil, contratual ou delitual. Este tipo de responsabilidade não é obrigacional, porque não está em causa sancionar o não cumprimento de deveres de prestar, apenas estabelecidos entre as partes no contrato. Mas também não é aquiliana, dado que se funda no contrato enquanto ato direcionado a proteger (também) interesses de terceiros. Estes contratos situam-se assim, numa zona intermédia entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual.

SINDE MONTEIRO¹⁸⁶ afirma que os deveres de proteção para terceiros podem ser conduzidos à responsabilidade contratual, estando o terceiro protegido pela tutela do contrato, mas quando há preterição desses deveres não se deverá aplicar na totalidade o regime contratual, inserindo-se assim na terceira via de responsabilidade.

¹⁸⁴ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017 Pp. 162-163

¹⁸⁵ Idem. P. 163

¹⁸⁶ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. P. 525

MAFALDA MIRANDA BARBOSA¹⁸⁷ discorda desta posição, afirmando que para além dos deveres que decorrem da vontade das partes, há outros deveres que se remetem ao conteúdo contratual. Todavia, mesmo aqueles que resultam da vontade das partes, não podem deixar de manifestar a vontade dos contraentes e, por isso, estes originam responsabilidade contratual aquando da sua omissão. Logo, os danos gerados por violação de deveres no âmbito dos contratos com eficácia de proteção para terceiros, são integrados no regime contratual, negando-se aqui a terceira via de responsabilidade.

O cerne desta figura “está em admitir que determinados negócios são suscetíveis de conferir uma certa tutela a quem não é neles parte; essencialmente através da atribuição (a esses terceiros) da possibilidade de deduzirem pedidos indemnizatórios contra as partes nesse contrato, não em virtude do incumprimento de um dever de prestar — pois este existe apenas, salvo exceções como a do contrato a favor de terceiro, entre os contraentes —, mas pelo não acatamento de outros deveres que integram a relação obrigacional no seu todo, tendo por objeto ou finalidade a sua proteção”¹⁸⁸.

No fundo, trata-se de uma manifestação do envolvimento de terceiros na relação obrigacional desencadeada pelo contrato. Podemos definir esta relação obrigacional como complexa, pois para além dos deveres de prestação e corresponsivos, também tem outros deveres designados por STOLL como “deveres de proteção” ou por LARENZ como “outros deveres de conduta”¹⁸⁹.

Neste sentido, estes contratos não se tratam das hipóteses reguladas no 443.º e ss do CC, não são deveres com o objetivo de cumprimento da prestação auxiliar mas de uma extensão do dever de cuidado (ou de “proteção”) a um terceiro, incluindo-o no âmbito de proteção do contrato, estes deveres são deveres de adoção de certos comportamentos na matriz da cláusula geral da boa fé (arts. 239.º e 762.º do CC) tendo como objetivo o fim do contrato dada a relação de confiança que este cria. O surgimento destes deveres depende do caso em concreto.

Quanto à relação com o terceiro, que não é parte contratual mas está envolvido devido à sua proximidade com a prestação principal e com o credor, é composta por uma base de não existência de deveres primários de prestação, mas da qual resulta um dever secundário, que é ainda integrador da relação contratual no seu todo, o dever de proteção ou de cuidado em

¹⁸⁷ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017. Pp. 36 e ss

¹⁸⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da, Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil? Coimbra: Almedina, 1997. P. 89

¹⁸⁹ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 12

relação aos terceiros ¹⁹⁰.

Nestes termos, os lesados poderão ser diretamente indemnizados pelo lesante, juntamente com a parte contratual também lesada, porque os efeitos contratuais se lhes estenderão.

Porém, surge a questão de saber que terceiros é que podem ser protegidos.

De acordo com a doutrina alemã, só faz sentido a utilização desta figura nos casos em que a inclusão dos terceiros no âmbito de proteção seja exigida pela boa fé, ou seja, quando os terceiros estão tão próximos do credor que este “confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”.

O autor CARNEIRO DA FRADA¹⁹¹ prevê como critério de delimitação a existência, entre o credor e o terceiro de uma “relação pessoal ou de dependência social”¹⁹². Nestas situações, o credor tem interesse em que o terceiro se mantenha no âmbito da proteção contratual porque tem que zelar pelo bem-estar daquele.

Por sua vez, o autor SINDE MONTEIRO¹⁹³, no que diz respeito à matéria da responsabilidade por informações, argumenta que a tutela dos terceiros deve ser admissível quando a informação que é prestada sirva de base para as decisões daqueles. No ponto de vista do autor, se o direito permite o mais (contratos a favor de terceiro) também deve permitir o menos (contratos com eficácia de proteção a terceiros).

Além do mais, a informação para além de se destinar a influenciar as decisões dos terceiros, deve ser perceptível pelo informante - destinatário da responsabilidade. Este informante deve estar numa posição de independência, isto é, se estiver em posição de subordinação em relação a outro, a sua responsabilização em relação a terceiros não pode existir, uma vez que a confiança que os informantes suscitam nos terceiros justifica-se por esta independência.

Em sentido oposto, CARNEIRO DA FRADA¹⁹⁴ considera que para surgir uma pretensão indemnizatória os terceiros necessitam de ter um interesse maioritariamente coincidente com o do credor da prestação. Se assim não fosse, esta figura estender-se-ia para além do

¹⁹⁰ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. p. 11

¹⁹¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da, Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil? Coimbra: Almedina, 1997. P. 91.

¹⁹² Idem. P. 91

¹⁹³ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. Pp. 524 e 525.

¹⁹⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da, Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil? Coimbra: Almedina, 1997. Pp. 92 e 93.

razoavelmente aceitável. Logo, o contrato com eficácia de terceiros não pode ser fundamento para a proteção das informações negligentes.

Relativamente ao ónus da prova, este deverá ficar a cargo do lesado, tal como na responsabilidade extracontratual.

Esta figura revela-se importante no âmbito do direito da publicidade nacional, tendo um vasto campo de aplicação, na medida em que os contratos celebrados entre os anunciantes e as agências ou os profissionais tem como principais destinatários os consumidores em geral, que apesar de não serem partes contratuais são quem sente em primeiro lugar os efeitos positivos e principalmente os negativos, se existirem.

Tal como SINDE MONTEIRO¹⁹⁵ afirma, esta é uma matéria que a área da publicidade para já não contempla, mas, dado o forte sistema de autorregulação do setor e a forte vontade das partes diminuírem os litígios extrajudicialmente, será mais um apoio para delimitar os eventuais lesados por danos ocorridos em virtude da celebração do contrato de publicidade.

No que diz respeito aos influenciadores digitais, esta figura poderá surgir no âmbito dos contratos entre os influenciadores e os anunciantes, sendo os terceiros protegidos os consumidores, enquanto utilizadores das redes sociais.

Neste sentido, o influenciador tem um dever de proteção para com os consumidores que visualizam o conteúdo que aqueles criam. Quando haja preterição deste dever de cuidado, os consumidores ficam legitimados a ser compensados pelos danos que lhes tenham sido causados.

No entanto, a figura do contrato com eficácia de terceiros só seria exequível se, entre o influenciador e o produtor do bem e/ou serviço existisse um contrato, e que no âmbito da proteção desse contrato se integrassem os interesses dos consumidores, que teriam uma relação de proximidade com o influenciador ao ponto de a boa-fé fazer emergir especiais deveres de proteção¹⁹⁶.

No fundo esta situação só seria aplicada a casos limite, como aqueles em que a publicidade tivesse toda a informação necessária, de forma clara, sobre o produto e/ou serviço, assumindo-se quase como uma recomendação.

Uma outra solução poderia passar por uma analogia entre a responsabilidade dos

¹⁹⁵ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. Pp. 232-233

¹⁹⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações*. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020).P. 1004

influenciadores e a publicidade, chamando à colação o art. 30.º do CPub. A este propósito cumpre referir o caso sueco em que se considerou que a atividade do influenciador deveria ser identificada como marketing, quando efetivamente estivesse em causa uma atividade promocional¹⁹⁷.

Porém esta solução implica que haja esta analogia, a qual pode não se verificar sempre.

Este problema não se impõe quando a recomendação do produto e/ou serviço nas plataformas digitais que origine a violação de um direito protegido em absoluto - é exemplo o caso de um incêndio no parque de estacionamento de um evento publicitado pelos influenciadores, causado por falta de condições de segurança da organização em que a integridade física dos participantes foi colocada em risco, havendo danos nos carros, propriedade dos participantes.

Todavia, também surgirão casos em que os danos serão meramente patrimoniais, basta pensar no caso em que o incêndio causa danos num carro, mas esse carro não era propriedade de um dos participantes, mas um carro de uma empresa de estafetas em que este trabalhava, tendo as encomendas do dia seguinte sofrido um grande atraso, causando danos económicos elevados para a empresa.

Assim, o problema dos danos puramente patrimoniais não é uma questão fácil de resolver, sendo que esta questão só desapareceria se com a utilização do bem e/ou serviço promovido pelo influenciador ocorresse a lesão de um direito absoluto.

O problema da responsabilidade dos influenciadores não encontra solução na visão tradicional de causalidade, em virtude desta não conseguir dar uma resposta satisfatória a esta questão, basta pensar na hipótese de um influenciador promover uma prática perigosa que se vem a efetivar num determinado dano, sendo necessário saber em que medida tal lesão pode ser imputada ao influenciador, na medida em que a causa última do dano é o comportamento do próprio lesado¹⁹⁸.

Posto isto, esta questão pode ser resolvida segundo a teoria da compreensão da causalidade como nexos de imputação que aqui já foi desenvolvida.

Segundo este entendimento, é necessário distinguir as pessoas que proferem a sua

¹⁹⁷ ZENK, Kajsa; SODERBERG, Karin - Swedish case law: Influencers have to properly identify marketing content, but only if it is marketing. In Bird & Bird [Em linha] (2020) [consult. 5/04/2021].Disponível em: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2020/sweden/swedish-case-law-influencers-have-to-properly-identify-marketing-content-but-only-if-it-is-marketing>

¹⁹⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P.1005

opinião sobre uma determinada matéria e aquelas que, fazendo-o, sabem que vão influenciar muitas pessoas. O que está aqui em causa não é uma separação das informações dos conselhos e recomendações, mas sim estabelecer contornos de uma esfera de risco que, preliminarmente, se edifica. Esta esfera de risco constrói-se a partir da omissão dos deveres do tráfego que a situação em causa faz emergir.

Deste modo, aquele que, tendo consciência do público que alcança e do impacto que as suas afirmações tem nos consumidores, não adequa a sua conduta de acordo com o cuidado que lhe era exigível faz convolar uma primitiva esfera de responsabilidade pelo outro (no sentido de *role responsibility*) numa esfera de responsabilidade perante o outro (no sentido da *liability*), para onde devem ser reconduzidas todas as lesões que poderiam (em termos de possibilidade e não de probabilidade) ter sido impedidas com o cumprimento dos deveres omitidos ou violados¹⁹⁹.

Contudo, é necessário confrontar a esfera de risco do lesante com a esfera de risco geral da vida, a esfera de risco do lesado e a esfera de risco de um terceiro. Para se efetuar uma ponderação comparativa com estas esferas é necessário saber se o comportamento do lesado foi livre e se a posição de influenciador pode excluir tal liberdade. Se o comportamento do lesado for autónomo é necessário averiguar os deveres de tráfego (deveres de conduta) a que o influenciador estava sujeito e perceber até que ponto tais deveres faziam com que o influenciador tivesse o dever de acautelar o comportamento do primeiro agente. Efetuado este juízo, será possível compreender que esfera de risco absorve a outra ou se entre ambas existe um concurso.

Podemos concluir que a posição do influenciador (equiparável a um estatuto de autoridade) determina que lhe possa ser imputado eventuais riscos que correriam, geralmente, por conta do lesado ou terceiro, sendo que o facto de o comportamento do lesado intermediar entre o influenciador e a lesão não faz com que a responsabilidade do influenciador seja afastada²⁰⁰.

Os influenciadores não devem assim, publicitar produtos e/ou serviços em relação aos quais não tenham uma confiança firme, ou seja, esta confiança, em princípio, adquire-se a partir da utilização do produto/serviço pelo influenciador, não havendo esta confiança quando este

¹⁹⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020). P. 1005

²⁰⁰ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Revista de Direito da Responsabilidade. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito. Ano N.º 2 (2020) P. 1005

desconheça o produto/serviço, apesar de afirmar o oposto nas suas plataformas digitais, por ser pago para tal. Devem ainda abster-se de considerações feitas em termos absolutos, acerca da segurança dos produtos/serviços quando não tenham certezas acerca desta, devendo alertar para os perigos dos produtos/serviços que divulgam, mesmo que estes surjam apenas quando usados defeituosamente ou por um público que não se adequa a esse produto/serviço, uma vez que não sabem a quem poderá chegar o conteúdo que publicam nas suas redes sociais.

Assim, se é cognoscível que a informação dada irá servir de apoio para uma decisão de carácter patrimonial, deve haver um mínimo de cuidado exigível no tráfico, evitando-se as afirmações feitas “às cegas” ou como se diz na jurisprudência alemã, informações defeituosas em que a informação é prestada sem que quem a preste verifique o seu fundamento, criando simultaneamente uma aparência de ter procedido a essa verificação.

O autor RUI MOREIRA CHAVES²⁰¹ vai mais longe, defendendo que nos casos em que os influenciadores digitais não sendo obrigados a participar na campanha publicitária a aceitam a troca de elevados honorários, devem ser responsabilizados caso o produto não corresponda às expectativas criadas nos destinatário.

Contudo, o facto de um influenciador publicitar nas suas plataformas digitais certo produto e/ou serviço, não faz com que deva ser responsabilizado automaticamente por danos relacionados com o mesmo, até porque pode haver mais do que uma causa na origem do acontecimento danoso como, por exemplo, existir publicidade do mesmo produto e/ou serviço noutros meios de comunicação, ou aquele produto e/ou serviço não ter sido o único causador do dano.

Desse modo, nem só a atividade publicitária do influenciador será causa para o dano, tal como, nem só aquele produto poderá ter causado o prejuízo. E, desta forma, encaminhamo-nos para o concurso de causas.

O concurso de causas acontece quando existe uma causa real que gera a lesão e cria a obrigação de indemnizar e outra que é eventual e que não terá impacto na ocorrência do evento²⁰². Porém, se a causa real não tivesse ocorrido, o efeito lesivo surgiria na mesma. De acordo com as teorias tradicionais, o agente não seria responsabilizado pela falta de condicionalidade, ou seja, por não se conseguir perceber qual dos comportamentos era *conditio sine qua non* do surgimento do dano.

²⁰¹ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. Pp. 235-237

²⁰² VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral. 10.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. I P. 533.

Neste seguimento, MENEZES CORDEIRO²⁰³ é contra a aplicação do art. 490.º devido ao facto do lesado não conseguir demonstrar a culpa de um dos agentes, uma vez que nem é capaz de demonstrar o comportamento danoso. Deste modo, não conseguiremos saber qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa, todavia a causalidade cumulativa também não será a melhor solução, uma vez que se responsabiliza os dois agentes, não sabendo em concreto qual o grau de contribuição de cada um deles²⁰⁴.

Na posição de MAFALDA MIRANDA BARBOSA ²⁰⁵ para resolver este problema é necessário partir da edificação de duas esferas de responsabilidade em que ou uma das esferas consome a outra e apenas a primeira é responsabilizada, ou nenhuma consome a outra e haverá lugar à responsabilidade solidária nos termos do art. 497.º, que deve ser lido em conjunto com o art. 490.º, de forma a ser interpretado não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável.

De facto, esta solução parece ser a mais adequada, uma vez que sendo ambas as esferas determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas uma devesse indemnizar. Na jurisprudência esta posição tem vindo a ser acolhida nomeadamente no STJ que embora continue a recorrer à tradicional teoria de *conditio sine qua non*, abre a possibilidade de responsabilização desta forma.

Urge realçar que pode ainda estar em causa o eventual concurso de responsabilidade do terceiro produtor do bem e/ou serviço, o eventual concurso com uma causa natural ou uma predisposição constitucional do lesado²⁰⁶.

Interpretando a teoria do fim da norma e a noção de esfera de risco, podemos concluir que os influenciadores têm que assumir uma esfera de risco cujos deveres de cuidado apenas podem ser concretizados a partir do caso em concreto.

²⁰³ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.26

²⁰⁴ Idem. P. 26

²⁰⁵ Idem. P. 27

²⁰⁶ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, 2020. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano n.º 2. Pp. 1005-1006

Capítulo VI. Hipóteses de Resolução da questão controversa

A atividade publicitária dos influenciadores enquadra-se no regime da responsabilidade civil extracontratual, na regulação direta prevista no Código da Publicidade e ainda, por toda a autorregulação existente.

Embora a responsabilidade civil seja uma método eficiente, este quando complementado com outros sistemas torna-se mais eficaz.

1. Regulação e Autorregulação

a) Regulação

Em razão da enormidade de potenciais comportamentos danosos, o recurso à responsabilidade civil é insuficiente sendo, por vezes, muito difícil resolver uma questão recorrendo apenas à responsabilidade civil.

Na regulação são as autoridades estaduais que criam regras jurídicas imperativas e zelam pelo seu cumprimento. A palavra regulação traduz o ato e o efeito de regular, ou seja, de instituir regras gerais e abstratas de atuação.

Este regime visa que os possíveis lesantes tenham certas cautelas para reduzir o risco ou o nível de lesão. Esses cuidados sendo observados, mesmo que o dano venha ocorrer, os lesantes não podem ser responsabilizados, caindo o dano residual nas vítimas, isto é, a regulação além de ajustar o comportamento dos possíveis lesantes, também faz com que as vítimas observem um nível de cuidado eficiente²⁰⁷.

A regulação configura-se, muitas vezes, como uma atividade que restringe o comportamento, evitando a ocorrência de certos danos.

Em Portugal a publicidade é regulada segundo o Código da Publicidade, a qual se encontra suprarreferida.

b) Autorregulação

A verdade é que a regulação não resolve todas as questões, tal como o autor MELO refere “para além da legislação, é necessário ter em conta a sua aplicabilidade e a sua efetiva aplicação. Por ser por vezes demasiado generalista e ignorar os problemas reais, a regulação

²⁰⁷ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P. 43

baseada em boas intenções tem dificuldade em chegar ao quotidiano, quer dos anunciantes e dos publicitários, quer dos consumidores-cidadãos”²⁰⁸.

A autorregulação é um sistema de adesão voluntária que surge como um complemento à estrutura jurídica orientadora estabelecida pela regulação, acompanhando mais rapidamente a evolução social, tendo como objetivo dar resposta de forma mais eficaz e célere às questões emergentes das atividades ou setores específicos, procurando a harmonia de interesses dos diversos envolvidos.

Neste âmbito, as autoridades estaduais abstêm-se de intervir no processo regulador, podendo apenas fiscalizar a conformidade destas normas éticas com as disposições jurídicas imperativas estaduais.

Mediante a introdução de novos níveis de responsabilidade, a autorregulação contribui para reforçar a correção das condutas dos profissionais e assegurar a segurança jurídica face às cláusulas gerais principalmente nos setores caracterizados pela inovação constante, pela complexidade e pela mutação das relações e das técnicas de comercialização.

Assim, a autorregulação ocorre quando um grupo de empresas ou indivíduos exerce controlo sobre os seus próprios membros e o seu comportamento.

Consideram os defensores da autorregulação este um método mais eficaz e célere para a publicidade, uma vez que é um ato voluntário com um código de conduta próprio, não tendo que lidar com os desafios de conformidade de leis impositivas, intrusivas e indesejadas. Por sua vez, os seus críticos consideram este método como uma forma de manter o controlo da mensagem publicitária e evitar legislações mais duras²⁰⁹.

De acordo com o autores R. BALDWIN, M. CAVE e M. LODGE, antes da adoção de um regime autorregulatório devem ser analisados cinco pressupostos: eficiência, especialização, mandatos, responsabilidade e justiça dos processos²¹⁰.

No que tange à **especialização**, os membros das organizações autorregulatórias conhecem com profundidade as temáticas que regulam e apreciam os seus conhecimentos técnicos devido à proximidade que estes têm com o setor. As obrigações regulatórias são criadas

²⁰⁸ MELO, Ana Guilhermina Seixas Duarte, A Participação do Consumidor-Cidadão na Publicidade: Percepções, Modalidades e Regulação. Braga: Universidade do Minho, 2013. Tese de Doutoramento.

²⁰⁹ ALMEIDA, Susana, A Autorregulação da Comunicação Comercial em Portugal. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo. Brasil. Vol. II, N.º4, (2012).

²¹⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin – Understanding regulation - Theory, Strategy and Practice, 2.ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2012. Pp. 139 e s.

de forma voluntária, tendo por base o nível de aceitação expectável dos indivíduos do setor visado, gerando uma maior eficácia na observância das mesmas e custos baixos de imposição²¹¹.

No que diz respeito à **eficiência**, os sistemas autorregulatórios proporcionam custos baixos de acesso à informação, de controlo e de adaptabilidade do regime às alterações no setor, dado que como são os membros do próprio grupo a regular, agem de forma informal e têm a confiança dos seus membros²¹².

Relativamente aos **mandatos**, a exigência destes fundamenta-se pelos fins legítimos que compõem a regulação. Há uma especial dificuldade nos regimes autorregulatórios com a delimitação dos objetivos que pode ser feita de uma forma de controlo privado, dificultando deste modo a justificação das ações que afetem partes fora da associação privada e explicar que essas visam servir um interesse público²¹³.

Na senda da **responsabilidade** revela-se importante porque o regime da autorregulação pode ser uma fonte de poder para grupos que não são responsabilizados pelos meios democráticos normais. Poderão ser responsabilizados, todavia o cerne do problema está em delimitar essa responsabilização, *v.g.* determinar se se deve tratar de uma forma de controlo privada ou governamental²¹⁴.

Por fim, a questão da **justeza dos processos** permite a obtenção de uma decisão acessível, rápida e eficaz, possibilitando uma intervenção rápida, aplicação imediata e eficaz das sanções. Além disso, neste sistema os conflitos são dirimidos de dentro, estando mais afastados da opinião pública, sendo o cumprimento das decisões mais eficiente²¹⁵.

Embora este sistema da autorregulação deva ser tido em conta, o mesmo não pode ser visto como uma medida absoluta de avaliação visto que, atualmente, não se pode fazer corresponder diretamente investimento e impacto. A expressão *earned media* é um exemplo da possível discrepância entre um e outro, já que se refere à comunicação, visibilidade ou impacto conseguidos de forma orgânica, a partir da relevância do conteúdo, numa adaptação do tradicional boca-a-boca, não sendo necessariamente proporcional ao esforço financeiro²¹⁶.

²¹¹ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin – Understanding regulation - Theory, Strategy and Practice, 2.ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2012. Pp. 139 e ss.

²¹² Idem. Pp. 140 e ss.

²¹³ Idem. Pp. 141 e ss.

²¹⁴ Idem. Pp. 142 a 144

²¹⁵ Idem. Pp. 145

²¹⁶ MELO, Ana Guilhermina Seixas Duarte – Autorregulação Publicitária em Portugal: os interesses da indústria e dos consumidores em convergência? Revista Mediterránea de Comunicación. Alicante. [Em linha] (2010) [consult. 3/04/2021] Disponível em:

A autorregulação não poderá substituir a regulação tradicional e, aliás, funcionará melhor se estiver enquadrada na lei, que defina os princípios gerais e atue como último recurso. Pese embora todas as vantagens referenciadas, a autorregulação não poderá cair na tentação de almejar apenas o benefício de quem a promove, devendo antes procurar salvaguardar com imparcialidade os interesses do consumidor ou do público em geral, que é, na verdade, o destinatário da publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira.

A autorregulação é um mecanismo recente no ordenamento jurídico Português mas já se encontra implementado desde os anos 60 na Europa, em países como o Reino Unido, Holanda e Suíça²¹⁷.

No que diz respeito à publicidade, a autorregulação surge com o propósito de autodisciplinar, num compromisso de responsabilidade social, a publicidade, tendo como base princípios éticos e boas práticas que fortalecem a confiança dos consumidores numa publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira, para benefício de todos, aplicando sanções nos casos de incumprimento das regras (v.g., publicação das deliberações, imposição de autorização prévia obrigatória para anúncios futuros do infrator ou encaminhamento para a autoridade reguladora oficial).

Consequentemente, em 1991 foi criada uma comissão de autodisciplina da publicidade, designada por ICAP com o objetivo de defender os princípios ético-deontológicos da comunicação e atividades publicitárias, vindo complementar a eficácia da lei publicitária mediante um sistema de cooperação recíproco.

Tem-se verificado no nosso ordenamento jurídico um reforço dos modos autorreguladores de publicidade com o recurso a códigos de conduta, como é o caso da criação do Guia de Boas Práticas para Comunicações de Marketing Digital e Publicidade Comportamental Online no Âmbito da Autorregulação.

A relevância dos Códigos de Conduta como fonte do direito da publicidade coincide com as “normas” na cláusula geral de concorrência desleal prevista no art. 317.º n.º1 do CPI que remete para a autorregulamentação de conteúdo normativo realizada pelos profissionais²¹⁸.

Os Códigos de Conduta constituem uma forma coletiva de regulação e não estadual, integrando regimes informais de pautas de comportamento que surgem na maioria das vezes

<https://www.mediterranea-comunicacion.org/article/view/2019-10-2-autorregulacao-publicitaria-em-portugal-os-interesses-da-industria-e-dos-consumidores-em-convergencia> ISSN: 1989-872X

²¹⁷ CHAVES, Rui Moreira, Regime Jurídico da Publicidade. Lisboa: Almedina, 2005. P. 291.

²¹⁸ AMORIM, Ana Clara de, Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P. 26

sob a forma de Códigos de Autorregulação ou Códigos Deontológicos, ou seja, são os próprios profissionais de forma voluntária que regulam os comportamentos do seu ramo de atividade.

Estes códigos fundam-se na autonomia privada e num princípio de reciprocidade, integrando verdadeiros ordenamentos jurídicos autónomos. O valor jurídico dos Códigos de Conduta é determinado pela aplicação e execução eficaz das respetivas normas.

No sentido da adoção de Códigos de Conduta pelos Estados-membros da UE, veja-se o previsto no considerando n.º 20 da DPCD: “Deve determinar-se um papel para os códigos de conduta, de forma a permitir que os profissionais apliquem de maneira efetiva os princípios da presente diretiva em domínios económicos específicos. Em sectores onde a conduta dos operadores seja regulada por requisitos obrigatórios específicos, estes requisitos devem contemplar também as obrigações em matéria de diligência profissional nesse sector. O controlo exercido pelos titulares de códigos ao nível nacional ou comunitário, no sentido de serem eliminadas as práticas”.

Devemos ainda destacar outras entidades como a ARP, a APAN, a APAP e a APEME, a DECO e a DGC.

O marketing de influenciadores é um setor específico, distinto e com capacidade para se autorregular. Logo, ainda que dentro de um sistema maior de regulação e responsabilidade civil, é adequado considerar um regime de autorregulação para o marketing de influenciadores em que se criariam grupos responsáveis pela tomada de decisões regulatórias, especialmente compostos por indivíduos pertencentes a agências de influenciadores.

Embora o Código de Conduta de Autorregulação Publicitária poder aplicar-se aos influenciadores, considero que faz sentido criar novas normas autorregulatórias que incrementem especificamente a temática dos influenciadores digitais que apenas se consegue com a especialização que os indivíduos do próprio setor detêm.

Ao passo que a regulação e autorregulação serão utilizadas *ex ante*, como forma de prevenir que possíveis mensagens ilícitas sejam transmitidas e, que consequentemente, provoquem danos ao consumidor que confiou numa comunicação comercial ilícita, e, a jusante, aos operadores que veem a sua imagem denegrida pela reprovação, o regime de responsabilidade civil será desencadeado, *ex post*, quando não tenham sido cumpridas, não sejam suficientes ou não existam regras regulatórias.

A utilização conjunta deste sistema é fundamental para que as questões legais

relacionadas com a publicidade dos influenciadores sejam resolvidas da forma mais eficiente, regulando, o mais possível, o setor.

Pese embora, haver quem defenda que por falta de informação e também por eventual ineficiência do sistema de justiça, ocorra uma duplicação de penalizações, isto é, são usados vários instrumentos legais para resolver o mesmo problema, podemos concluir que estes instrumentos legais se complementam, tendo o objetivo comum da promoção da eficiência do mercado.

2. A existência de seguros para os influenciadores.

A hipótese da criação de seguros visa proteger não só os influenciadores de incorrerem em situações ilegais, como proteger os consumidores da necessidade de recorrer aos tribunais e consequentes custos administrativos.

O seguro é uma forma de eliminar o risco ou minimizá-lo, tal significa que uma pessoa (tomador ou subscritor do seguro) transfere para outra (empresa, entidade ou companhia seguradora) o risco da verificação de uma eventualidade (sinistro) na esfera jurídica própria ou alheia (segurado), mediante o pagamento de determinada remuneração (prémio)²¹⁹.

Um contrato de seguro é uma maneira de cobrir os riscos de determinado tomador do seguro ou de outrem. O risco pode ser definido como a probabilidade de diminuição.

De acordo com o previsto no art. 1.º da Lei do Contrato de Seguro, do DI. n.º 72/2008, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada quando ocorra o evento aleatório previsto no contrato, ou seja, quando o risco indesejável se verificar, em contrapartida o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente (art. 102.º LCS)²²⁰.

Por conseguinte, no caso dos influenciadores, estes pagariam para que houvesse uma diminuição do risco associado à sua atividade.

Não obstante esta hipótese dos seguros pareça fazer sentido no caso dos influenciadores, a verdade é que esta não é uma medida sem falhas, uma vez que o seguro dá uma certa segurança ao segurado que acaba por ter menos cuidados por se sentir protegido pelo seguro.

Assim, a apólice de seguro que elimine o risco pode, no entanto, ter um efeito colateral

²¹⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013. P.31 ISBN: 978-972-40-5040-9

²²⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*. Coimbra: Almedina, 2013. Pp. 518 e ss.

indexável – o risco moral²²¹.

A solução para este problema seria ajustar o valor do prémio do seguro, de forma a que se torne mais coerente conforme o nível de zelo que o segurado tenha. Porém, as seguradoras não conseguem controlar o comportamento de todos os segurados de forma a ajustar corretamente o prémio, sendo esta solução dificilmente exequível.

Paralelamente, temos outro problema associado ao prémio do seguro: a inexistência de dados suficientes por parte das seguradoras para averiguar a possibilidade de cada indivíduo segurado incorrer no risco que o seguro visa evitar, origina o estabelecimento de uma tarifa média para todos os segurados, e não caso a caso.

Logo, no caso dos influenciadores digitais, aqueles com mais probabilidade de incorrer no risco pagam o mesmo que os menos prováveis. Para estes últimos esta não é uma solução eficiente, não sendo vantajosa a nível de custo-benefício, levando à desistência deste instrumento.

De forma a que a hipótese dos seguros seja ideal, é necessário que a apólice de seguro proporcione cobertura para eliminar o risco, ao mesmo tempo que baseie o prémio no comportamento da pessoa segurada, evitando o problema do risco moral.

A hipótese de criação de seguros para os influenciadores já existe no Reino Unido, criada pela seguradora *HISCOX*. Esta visa proteger aqueles que vivem a sua vida na “mira” do público, incluindo os *Influencers* com um número vasto de seguidores e *YouTubers*, tendo este seguro sido personalizado para cobrir os riscos consequentes da exposição pública e dos conteúdos que partilham nas suas redes sociais, canais ou sites²²².

A *PERFORMANCE INSURANCE* também criou um seguro para influenciadores para os casos em que há difamação, violação das normas de propriedade intelectual, desrespeito pelas normas do direito da publicidade, entre outros²²³.

O valor do seguro depende de vários fatores, como o número de seguidores e os meios que são usados para influenciar.

No Canadá a *ALIGNED INSURANCE*²²⁴ também personalizou um seguro que

²²¹ COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado. P.47

²²² HISCOX, Influencer and Public Figure Protection. [Em linha] (2019) [Consult. 17/05/2021].

Disponível em <https://www.hiscox.co.uk/sites/default/files/documents/2019-05/19983-UK-Influencer-and-public-figure-appetite-guide.pdf>

²²³ PERFORMANCE, Public Figure & Influencers Insurance. [Consult. 19/05/2021].

Disponível em <https://www.performance-insurance.com/media-film-tv/influencer-and-public-figure-insurance/>

²²⁴ ALIGNED INSURANCE, Social Media Influencer Liability Insurance. [Consult. 19/05/2021].

conseguisse abranger os influenciadores digitais, *YouTubers* e *Bloggers*.

As seguradoras têm visto este setor com um potencial de forte crescimento no futuro.

Os seguros revelam-se importantes em várias áreas como difamação, danos pessoais (p.ex no caso de um acidente que ocorra durante a realização de atividades publicitária para uma empresa/marca) e ações judiciais (p.ex. quando surgem problemas jurídicos ligados à perda de clientes, reputação e rendimentos).

Os seguros, protegem assim, o influenciador quando este não tem capacidade financeira para suportar as despesas judiciais.

São inúmeros os casos em que a ação do influenciador pode ser lesiva, basta pensar no caso de um influenciador digital na área desportiva afirmar nas suas redes sociais que o seu fraco desempenho se deve à qualidade do seu calçado. A empresa vai encerrar o contrato, podendo também apresentar uma reclamação por ter havido violação no contrato.

Posto isto, é necessário que os influenciadores tomem consciência dos riscos inerentes à sua atividade social, entender estes seguros como uma proteção para os consumidores e para eles. Estamos cada vez mais integrados no mundo digital, sendo fundamental proteger aqueles que fazem deste o seu trabalho.

Apesar de em Portugal não ter sido identificado uma solução específica para este nicho de mercado, é importante garantir a segurança e tranquilidade, para que a sua estabilidade financeira não seja comprometida.

Em suma, é difícil que os seguros sejam uma medida sem falhas, porém, esta parece ser a mais próxima de tal.

Conclusão:

Concluída que está a investigação, cumpre-nos fazer umas breves considerações finais.

É verdade que qualquer atividade publicitária pode gerar responsabilidade civil, não sendo exceção o marketing dos influenciadores.

Porém, nem todas as informações, conselhos e recomendações são efetuadas com cariz publicitário, além de que, nem sempre é perceptível o impacto que as palavras que proferimos poderão ter no outro.

Não obstante, é necessário ter em atenção que há situações em que a responsabilidade se deve impor, sendo elas as que originam ilicitude extracontratual nas suas diversas modalidades, ou responsabilidade contratual. Lidar com a responsabilidade com base em conselhos, informações e recomendações pressupõe que num primeiro momento se lide com o problema da ilicitude, todavia, este requisito por si só não é suficiente. Abrem-se, por isso, as portas à indagação causal.

Ao longo deste trabalho constatamos que, na maioria dos casos, o problema dos influenciadores digitais pode ser equiparado a situações já existentes no nosso ordenamento jurídico, recorrendo ao regime da responsabilidade civil.

Contudo, existem pontos que ainda suscitam algumas dúvidas, como as referidas hipóteses da causalidade psicológica, da interpretação do art. 485.º do CC, dos danos puramente patrimoniais e do contrato com eficácia de terceiros.

No concernente à causalidade psicológica, podemos concluir que as teorias tradicionais são insuficientes para lidar com o requisito da ilicitude, devendo haver uma mudança de paradigma. Se interpretarmos a causalidade como um nexo de imputação, conseguimos resolver muitos dos problemas que ficariam sem resposta com base na teoria da causalidade adequada e da *conditio sine qua non*, como é o caso do problema dos influenciadores digitais.

Assim, quanto à causalidade psicológica concluímos que é necessário analisar o caso em concreto e questionar se a decisão de compra do consumidor foi determinada na totalidade pela influência do *Digital Influencer*. Se a resposta for positiva, colocaremos a hipótese de responsabilização por meio da causalidade psicológica.

Quanto à interpretação do art. 485.º do CC, a nossa posição vai de encontro à de SINDE MONTEIRO que considera que os danos causados por conselhos, recomendações ou informações devem ser compensados se preenchidas as premissas de qualquer uma das modalidades de ilicitude.

No que tange aos danos puramente patrimoniais, entendemos que este tipo de danos só serão indenizáveis se associados a uma violação de disposições legais de proteção de interesses alheios ou abuso de direito.

Por último, no que diz respeito aos contratos com eficácia de terceiros, estes só seriam possíveis no caso de entre o influenciador e o produtor do bem e/ou serviço existir um contrato que visa os interesses dos consumidores.

A ineficiência do comportamento do influenciador pode gerar danos para o consumidor, devido à falta de informação que este tem em relação aos riscos dos produtos e/ou serviços publicitados, mas, é de realçar que os consumidores têm liberdade para atuar e por isso, no regime legal português considera-se que ambas as partes podem concorrer para a produção do resultado.

Consequentemente, entendemos que o influenciador digital deve ser responsabilizado dado que estes utilizam as redes sociais e plataformas digitais como uma ferramenta de trabalho, onde publicitam os produtos/serviços de marcas com quem têm uma parceria.

Assim, esta partilha de opinião por parte dos influenciadores digitais, não é meramente uma partilha de opinião, mas uma partilha que é geradora de capital e de rendimento, por isso, devem ser responsabilizados uma vez que obtêm ganhos com a sua atividade (seja proveito económico ou outro qualquer), devendo assumir os riscos desta atividade, respeitando os deveres de tráfego inerentes a esta. O influenciador digital não pode beneficiar do capital económico decorrente da sua influência social sem que haja responsabilização pela possibilidade de ocorrência de dano pelo produto e/ou serviço divulgado.

Consideramos que quando se atinge um certo número de seguidores numa página, sendo essa geradora de capital e rendimento, deve haver uma responsabilidade acrescida tal como a de uma pessoa que trabalhe num jornal ou num formato de media tradicional.

Acreditamos que os influenciadores digitais têm um papel muito importante na aproximação das marcas aos consumidores, tendo a consciência de que as empresas para ter sucesso precisam, cada vez mais, de estar presentes digitalmente necessitando de recorrer a estes. Porém, é necessário que o conteúdo difundido nas plataformas digitais e redes sociais seja feito de forma responsável e com a informação necessária, para tomadas de decisões informadas e, consequentemente, conscientes.

Por conseguinte, é essencial que os *influencers* se consciencializem do poder de influência que têm perante os consumidores. Não basta por isso, dizer que a publicação é uma

dica, pois embora essa dica seja necessária, é preciso que os influenciadores percecionem que a informação que partilham chega a um elevado número de seguidores que entenderão aquela dica como se fosse algo sempre verdadeiro, sendo suficiente para causar danos.

Deste modo, é necessário uma revisão mais alargada e profunda do Código da Publicidade, que inclua uma melhor adaptação aos novos riscos e desafios que se tornaram patentes com o desenvolvimento do *marketing* digital, com o crescimento exponencial das plataformas online e o aparecimento dos Influenciadores Digitais.

A revisão do Código da Publicidade deve garantir a sua adequação aos diferentes suportes em ambiente digital, criando regras específicas sobre o tipo e forma de informação disponibilizada, assegurando que a informação essencial para os consumidores é legível, compreensível e apropriada ao ambiente e suporte utilizado.

Além do regime da responsabilidade civil, analisamos outros meios como a regulação e autorregulação.

Temos vindo a verificar que o nosso ordenamento jurídico tem revelado alguma preocupação com esta situação, tendo criado o Guia das Boas Práticas na Comunicação Comercial no Meio Digital que assinala que as mensagens publicitárias devem de ser analisadas como tal, em respeito dos princípios da identificabilidade e veracidade.

Embora este guia se revele importante para a consciencialização dos intervenientes, subsiste ainda a necessidade de uma regulamentação específica destas temáticas no ambiente digital, porquanto a tutela dos consumidores não é suficientemente acautelada pelo regime vigente.

Uma das soluções apresentadas para o problema foi a criação de seguros para os influenciadores de modo a reduzir os riscos para os mesmos, sendo esta uma solução vantajosa, quer para os consumidores, quer para os *Digital Influencers* e até mesmo para o sistema legal, evitando-se uma possível sobrecarga do mesmo.

Da análise feita à legislação portuguesa e do recurso a alguns exemplos de ordens jurídicas estrangeiras ao longo deste trabalho foi possível averiguar que embora as soluções sejam muito idênticas em todos os ordenamentos mencionados, há certos ordenamentos jurídicos, como é o caso dos Estados Unidos da América, que parecem ter instruções e recomendações mais esclarecedoras nestas situações, provavelmente devido ao facto da propagação destes casos proliferarem mais nestes países.

Contudo, estas profissões e estes meios de publicidade são também uma realidade presente em Portugal, tornando-se urgente uma reflexão sobre o tema entre nós.

A regulamentação mais apertada deste meio publicitário pode reduzir o interesse das marcas na sua utilização, dado que esta publicidade deixa de ser realizada de forma informal, acarretando a perda de proximidade com consumidor, mas a proteção do consumidor a que o Estado está obrigado exige que a regulamentação seja adequada, devendo ser ponderado o grau de intervenção do legislador num mercado emergente e ainda largamente desconhecido.

Bibliografia:

1. ABREU, Rodrigo – Nutricionistas Influencers. Viver Saudável. Lisboa. Número de Depósito Legal: 401844/15. Ano 4, n.º 52 (2020)

2. ALMEIDA, Carlos Ferreira de,
Direito do Consumo. Coimbra: Almedina, 2005. P.27. ISBN: 972-40-2548-9
Conceito de Publicidade. In Separata do <<Boletim do Ministério da Justiça>>. Lisboa. N.º 349 (1985)

3. AMORIM, Ana Clara Azevedo de,
Estratégias Comerciais: marketing e publicidade. In J. F. Castro (Coord.), Fashion Law, Direito da Moda (pp. 861-894). Navarra: Aranzadi, 2019. ISBN: 978-84-1309-565-3 Disponível no Repositório da Universidade Portucalense <http://hdl.handle.net/11328/3181>
Manual de Direito da Publicidade. Lisboa: Petrony Editora, 2018. P. 33 ISBN: 9789726852568
Os influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro. Anais do I Congresso Internacional em Humanidades Digitais no Rio de Janeiro. Brasil: Rio de Janeiro, 2018. ISBN: 978-85-60213-13-9

4. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin – *Understanding regulation - Theory, Strategy and Practice*, 2.ª edição. Oxford University Press, 2012. ISBN: 9780199576081

5. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda,
Causalidade, Imputação e Responsabilidade por Informações. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, 2020. Revista de Direito da Responsabilidade, Ano n.º 2.
Lições de Responsabilidade Civil, 1.ª Edição. Lisboa: Principia, 2017, p. 14. ISBN:9789897161568

6. BASTOS, Maria Augusta [et al.] O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. Brasil: Ponta Grossa, 2017. ISSN: 2173-7623.
7. BENTO, Alexandra – Nutricionistas Influencers. Revista Viver Saudável. Lisboa. Número de Depósito Legal: 401844/15. Ano 4, n.º 52 (2020)
8. BRANQUINHO, Inês Maria Pereira – O Impacto do Facebook na Publicidade Online: Uma perspetiva do Google versus Facebook. Porto, Universidade Católica do Porto, Faculdade de Economia e Gestão, 2014. Dissertação de Mestrado.
9. CARVALHO, Jorge Morais,
Manual de Direito do Consumo. Coimbra: Almedina, 2016. 3ª Edição.
ISBN:978-972-40-63843
O Conceito de Consumidor no Direito Português in Estudos do Direito do Consumidor. N.º 14. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.
P. 213. ISSN:1646-0375
10. CHAVES, Rui Moreira, *Regime Jurídico da Publicidade*. Lisboa: Almedina, 2005.
ISBN:9789724025902
11. CORDEIRO, António Menezes,
Direito das Obrigações. Lisboa: AAFDUL, 1980. Vol. II
Direito dos Seguros. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN: 978-972-40-5040-9
12. CORREIRA, Ana Rita Araújo – Problemas Jurídicos das Plataformas Eletrónicas de Partilha de Vídeos: A Criação de Conteúdos no Youtube e os seus limites. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2019. Dissertação de Mestrado.
13. COSTA, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da Costa - A responsabilidade Civil pelos Conteúdos Ilícitos Colocados e Difundidos na Internet. Porto: Universidade do Porto, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de mestrado

14. COUTINHO, Mariana Mendes – A responsabilidade dos influenciadores quanto ao conteúdo publicitado nas suas plataformas digitais e a sua relação com os consumidores. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2020. Dissertação de Mestrado.
15. COUTO, Ana Filipa Ribeiro, O processo de decisão de divulgação de publicidade renumerada – um estudo dos influenciadores digitais no Instagram, em Portugal. Porto: Faculdade de Economia. Dissertação de Mestrado.
16. FALCÃO, David José Geraldes – Conceito de Consumidor. Revista Gestin, VII – N.º8. Castelo Branco: Instituto Politécnico de Castelo Branco. Maio, 2010. P. 152. ISSN n.º 1645-2534
17. FERREIRA, Eduardo Aranha - O papel dos Influenciadores Digitais no Processo de Intenção de Compra dos Seguidores. Lisboa: Escola Superior de Comunicação Social, 2018. Dissertação de Mestrado
18. FRADA, Manuel A. Carneiro da; VASCONCELOS, Maria João Pestana, Danos Económicos Puros: ilustração de uma problemática. In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 153.
19. FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil?* Coimbra: Almedina, 1997. ISBN:972-40-1048-1
20. GOANTA, Catalina; RANCHORDÁS, Sofia, The Regulation of Social Media Influencers. Groningen: Universidade de Groningen, 2019. Dissertação de Mestrado.
21. JACOB, Natasha Yasmin – A Ação dos Influenciadores Digitais na Atitude e Comportamento do Consumidor: as Redes Sociais e a Temática da Beleza. Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, 2017.

22. LOUREIRO, João M., *Direito do Marketing e da Publicidade*. Lisboa: Edipress, 1985.
23. MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe - Manual de direito do consumidor. Revista dos Tribunais. São Paulo, 7.^a Edição (2007) Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79126345.pdf>
24. MATOS, Joana – Digital Influencers – O novo desafio para o Direito Fiscal. Coimbra: Faculdade de Direito, . Dissertação de mestrado.
25. MELO, Ana Guilhermina Seixas Duarte,
A Participação do Consumidor-Cidadão na Publicidade: Percepções, Modalidades e Regulação. Braga: Universidade do Minho, 2013. Tese de Doutoramento.
Autorregulação Publicitária em Portugal: os interesses da indústria e dos consumidores em convergência? Revista Mediterránea de Comunicación. Alicante. ISSN: 1989-872X (2010)
Disponível em: <https://www.mediterranea-comunicacion.org/article/view/2019-10-2-autorregulacao-publicitaria-em-portugal-os-interesses-da-industria-e-dos-consumidores-em-convergencia>
26. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. ISBN: 972-40-0560-7
27. MONTEIRO, António Pinto - Sobre o direito do consumidor em Portugal, Estudos de direito do consumidor, FDUC, Centro de Direito do Consumo, n.º4, 2002,
28. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.^a edição atualizada. Coimbra Editora. ISBN:
29. RIES, AL; RIES, Laura, *A Queda da Publicidade e a Ascensão das Relações Públicas*. Lisboa: Casa das Letras, 2008. P. 25 ISBN: 9789724618357
30. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*. 10.^a Edição. Coimbra: Almedina. ISBN:978-972-40-1389-3

31. VERDOODT, Valerie; FECL, Nadia – *“Digital influencers and vlogging advertising: calling for awareness, guidance and enforcement”*. Revista Auteurs en Media (2019). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3703293

Fontes digitais:

1. AGRAWAL, AJ, Why Influencer Marketing Will Explode In 2017. Forbes. (2016) [Consult. 14/10/2020].
Disponível em <https://www.forbes.com/sites/ajagrawal/2016/12/27/why-influencer-marketing-will-explode-in-2017/?sh=4287776920a9>
2. ALIGNED INSURANCE, Social Media Influencer Liability Insurance. [Consult. 19/05/2021]. Disponível em <https://www.alignedinsurance.com/social-media-influencer-liability-insurance/>
3. ARPP, Digital Advertising and Marketing Communications Code. (2015) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/digital-advertising-and-marketing-communications-code/#toc_1_3
4. ASA, Influencers Guide. [Em linha]. (2020) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html>
5. Asa, Beauty and Cosmetics: Food, supplements and pills. [Em linha]. (2021) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/advice-online/beauty-and-cosmetics-food-supplements-and-pills.html>
6. ASA, Protecting Children Online [Em linha]. (2021) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/protecting-children-online-our-monitoring-results-from-q1-2021.html>
7. ASA, Protecting young and vulnerable people, Annual Report 2020. [Em linha]. (2020) [Consult. 18/2/2021]. Disponível em <https://www.asa.org.uk/resource/annual-report-2020-protecting-young-and-vulnerable-people.html>

8. Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO [Em linha]. (2021) [Consult. 17/10/2021]. Parecer n.º 186 – 2021 – Alteração do Código da Publicidade Disponível em <https://deco.pt/wp-content/uploads/2021/10/PARC-000186-2021.pdf>
9. AUTOCONTROL, “Código de Conduta Publicitaria de Autocontrol”. (2020). [Consult. 10/03/2021] Disponível em <https://www.autocontrol.es/codigos-de-conducta/>
10. COMMISSION, Federal Trade, CSGOLotto Agreement and Decision and Order. (2017) [Consult. 7/2/2021].
Disponível em:
https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1623184_csgolotto_agreement_and_decision_and_order.pdf.
11. COMMISSION, Federal Trade, FTC Approves Final Order Requiring Warner Bros. to Disclose Payments to Online Influencers. (2016) [Consult. 7/2/2021].
Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/11/ftc-approves-final-order-requiring-warner-bros-disclose-payments>.
12. COSTAS, Alicia; MONCLÚS, Jorge “Primera Resolución en España sobre publicidad realizada por influencers”. Blog CUATRECASAS. (2020) [consult. 15/03/2021].
Disponível em <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/primera-resolucion-en-espana-sobre-publicidad-realizada-por-influencers>
13. EIKEL, Constantin “(International) influencer marketing in Germany”. In Media Writers. [Em linha] (2017). [Consult. 7/03/2021] Disponível em https://mediawrites.law/international-influencer-marketing-in-germany-ad-might-not-be-enough/#_ftn1.
14. Federal Trade Commission, FTC Staff Reminds Influencers and Brands to Clearly Disclose Relationship. [Em linha] (2017) [Consult. 27/1/2021]. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose>

15. Federal Trade Commission, Disclosures 101 for social media influencers. (2019) [Consult. 27/1/2021].
Disponível em <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/disclosures-101-social-media-influencers>.
16. GUIMARÃES, Anna Luísa; TANUY, Isabella – Desafios da Regulação do Influencer no marketing do Brasil. Jornal Jota. (2018). Atual. 8 junho de 2018 [Consult. 10/2/2021].
Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>
17. HISCOX, Influencer and Public Figure Protection. [Em linha] (2019) [Consult. 17/05/2021].
Disponível em <https://www.hiscox.co.uk/sites/default/files/documents/2019-05/19983-UK-Influencer-and-public-figure-appetite-guide.pdf>
18. Jota – Desafios da Regulação do Influencer marketing no Brasil. GUIMARÃES, Anna Luísa; TANUY, Isabella. 29/08/2020; Atualizado a 31/08/2020. Consult em 15/12/202. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/desafios-da-regulacao-do-influencer-marketing-no-brasil-29082020>
19. MARQUES, Rui Oliveira – Influenciadores Portugueses Alvo de Contra-ordenações da Direção Geral do Consumidor. Jornal Meios & Publicidade. (2020) [consult. 17/03/2021]. Disponível <https://www.meiosepublicidade.pt/2020/02/influenciadores-portugueses-alvo-ordenacoes-da-direccao-geral-do-consumidor/>
20. MESA, Cristina “Las tres claves de la publicidad de “influencers” que debes conocer tras el dictamen de Autocontrol en el caso Paulina Eriksson”. Blog Garrigues Digital. (2020) [consult. 15/03/2021]. Disponível em https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/las-tres-claves-de-la-publicidad-de-influencers-que-debes-conocer-tras-el-dictamen
21. KLEINMAN, Zoe - “Has Fyre Festival Burned Influencers” in *BBC News*, 2019. [Consult. 3/1/2021]. Disponível em <https://www.bbc.com/news/46945662>

22. O'NEIL-HART, Celie; BLUMENSTEIN, Howard. Why youtube stars are more influential than traditional celebrities (2016) [Consult. 14/10/2020].
Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/consumer-insights/youtube-stars-influence/>
23. Parlamento Europeu – Documento de Sessão, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, Relatório sobre Impacto da Publicidade no Comportamento dos Consumidores (2010/2052(INI)) de 15 de dezembro de 2010. [consult. 6/2/2021].
Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010IP0484&from=ES>
24. PERFORMANCE, Public Figure & Influencers Insurance. [Consult. 19/05/2021].
Disponível em <https://www.performance-insurance.com/media-film-tv/influencer-and-public-figure-insurance/>
25. REIS, Carolina Influenciar através das Redes Sociais. Jornal Expresso. (2007) [Consult. 15/6/2020]. Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2017-09-30-Influenciar-atraves-das-redes-sociais>
26. WOMMA, The WOMMA guide to influencer marketing. (2017) [Consult. 02/09/2020].
Disponível na Internet:
<http://getgeeked.tv/wp-content/uploads/uploads/2018/03/WOMMA-The-WOMMA-Guide-to-Influencer-Marketing-2017.compressed.pdf>

Legislação:

União Europeia:

- Diretiva (UE) 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:178:FULL&from=PT>

- Diretiva (UE) 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=IT>
- Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2161&from=PT>

Portugal:

- Código de Conduta da Autorregulação Publicitária em matéria de publicidade e outras formas de comunicação social, disponível em https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf
- DL n.º 330/990 de 23 de outubro - Código da Publicidade. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=390&nversao=&tabela=leis
- DI. n.º 57/2008 de 26 de março – Práticas Comerciais Desleais. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis
- DI n.º 2/99 de 13 de janeiro – Lei da Imprensa. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=138&tabela=leis
- DL n.º 72/2008 de 16 de abril. Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/249804/details/normal?p_p_auth=ODBFjY3x
- DL n.º 133/2009, de 2 de junho. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1107&tabela=leis&so_miolo=

- DI n.º 7/2004 de 7 de janeiro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1399&tabela=leis&so_miolo=

DI. n.º 24/2014 de 14 de fevereiro. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2062&tabela=leis

- Guia para Influenciadores e anunciantes – Informação sobre as regras e boas práticas no comércio no meio digital, de 1 de abril de 2019, disponível em <https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx>

Jurisprudência:

União Europeia:

- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha], de 03-07-1997 (proc. n.º C – 269/95), relatado por J. L. Murray, C. N. Kakouri [consult. 22/11/2020]. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0269>
- Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia [em linha], de 19-01-1993 (proc. n.º C – 89/91), relatado por Schockweiler [consult. 22/11/2020]. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0089>

Portugal:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 17-06-2004 (proc. n.º 4735/2004-6), relator Gil Roque [consult. 20/11/2020]. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c4d5a603d1d5ec8980256f260047dc9b?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [em linha], de 29-05-2014 (proc. n.º 1092/10.0TBLSD-G. P1. S1), relator João Bernardo [consult. 20/11/2020]. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/186dea1ec17532f080257ce70053b7cb?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa [em linha], de 25-10-2012 (proc. n.º 5348/11.6TBSXL), relator Teresa Prazeres Pais [consult. 10/1/2021]. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3e5279065474f01e80257ac3003cdd50?OpenDocument>
- Parecer da Procurador(a) Geral da República [em linha], de 29-11-1987 (n.º 88/1987), relator Garcia Marques [consult. 19/1/2021].
Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/7951>
- Parecer da Procuradoria Geral da República [em linha], de 29-05-1991 (n.º 30/1991), relator Salvador da Costa [consult. 10/1/2021].
Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8384>

Alemanha:

- G Hannover [em linha] decidido a 8 março de 2017 (n.º 23 O 5/17) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em
<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Hannover&Datum=08.03.2017&Aktenzeichen=23%20O%205%2F17>
- OLG Celle [em linha] decidido a 8 de junho 2017 (n.º 13 U 53/17) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em
<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Celle&Datum=20170608&Aktenzeichen=13%20U%2053%2F17>

- LG Berlin, [em linha] decidido a 24 de maio de 2018 (n.º 52 O 101/18) [Consult. 10/3/2021]. Disponível em:
<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Berlin&Datum=24.05.2018&Aktenzeichen=52%20O%20101%2F18>

Brasil:

- CONAR [em linha] de Setembro de 2012 (representação n.º 221/12, n.º 222/12 e n.º 223/12), relatado pelo Conselheiro Clementino Fraga Neto [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>
- CONAR [em linha] de Outubro de 2016 (representação n.º 213/16, n.º 214/16 e n.º 215/16), relatado pelo Conselheiro Licinio Motta [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>
- CONAR [em linha] de Fevereiro de 2016 (representação n.º 211/15), relatado por Paulo Celso Lui [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>
- CONAR [em linha] de Fevereiro de 2018 (representação n.º 263/17), relatado pela Conselheira Marlene Bregman [Consult. 10/2/2021]. Disponível em <http://www.conar.org.br/>