

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito e Católica Lisbon School of Business & Economics

Mestrado em Direito e Gestão



**O PAPEL DOS *INFLUENCERS* DIGITAIS NA FORMAÇÃO DO
NEGÓCIO JURÍDICO**

Dissertação

Matilde Maria Bleck Azancot Cassiano Neves

Orientador: Professor Dr. Diogo Costa Gonçalves

Abril de 2022

ÍNDICE

§1. Introdução.....	3
§2. Contratação à distância.....	5
2.1. Consumidor, o elo mais fraco	7
§3. Deveres pré-contratuais das partes: o dever de informação vs o ônus de autoinformação	9
§4. A publicidade.....	15
4.1. Práticas comerciais desleais.....	19
4.2. Práticas comerciais enganosas, em especial a publicidade enganosa	21
§5. O papel dos <i>influencers</i> digitais na formação do negócio jurídico.....	23
5.1. Publicidade não identificada	25
5.2. Publicidade ilícita	30
§6. A responsabilidade civil dos profissionais/agências de publicidade, em especial o caso dos <i>influencers</i> digitais	32
6.1. A responsabilidade civil dos <i>influencers</i> digitais	34
6.1.1. A responsabilidade civil dos <i>influencers</i> digitais perante terceiros	34
6.1.2. A responsabilidade civil dos <i>influencers</i> digitais perante os anunciantes.....	38
6.1.3 O tipo de danos causados por publicidade ilícita, a determinação da indemnização e o ônus <i>probandi</i>	40
6.2. Responsabilidade pré-contratual	43
§7. Conclusão	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	50

§1. Introdução

*Tudo quanto vive, vive porque muda;
muda porque passa; e, porque passa, morre.*

Fernando Pessoa

Foi no final da década de 80 que surgiu aquela que é hoje vista como uma das maiores e mais impactantes invenções do século XXI: a *internet*.

São inúmeros os ramos de atividade onde esta nova ferramenta tecnológica se revela essencial para a prossecução das mais variadas tarefas, seja no âmbito da educação, do entretenimento, do negócio ou da simples comunicação.

Se há vinte anos atrás o impacto da *internet* já era notório, a pandemia da Covid-19 iniciada em 2019, e que ainda hoje vivemos, demonstrou a tamanha importância e necessidade desta *world wide web* e a constante utilização que lhe damos.

Com a necessidade de nos fecharmos em casa em prol da Saúde, reinventarmo-nos era a única opção para conseguirmos trabalhar remotamente, para que as crianças não deixassem de ter acesso à educação ou para não deixarmos de falar com as pessoas que nos são próximas. A verdade é que a realização de todas estas tarefas é nos facilitada devido à existência das plataformas digitais. Já dizia Álvaro de Campos que *conquistamos todo o mundo antes de nos levantarmos da cama*. Seja merecedor do vosso acordo ou não, a verdade é que, num momento complicado e duradouro como aquele que ainda agora vivemos, a resposta foi simples e eficaz: a tecnologia.

Assim, nos últimos anos, assistimos a um aumento exponencial do consumo das diversas aplicações existentes nas atuais plataformas digitais, tais como o *Zoom*, *Facetime*, *Netflix* ou *Instagram*.

Contudo, e como em tudo na vida, há que olhar para o reverso da moeda. Se é verdade que todas estas plataformas e aplicações foram um colete salva-vidas numa altura em que o sentimento predominante era o da incerteza, o mesmo colete vem agora revelar-se, também, uma fonte de problemas.

As plataformas digitais demonstram ser um mercado digital, onde frequentemente nos deparamos com a formação e celebração de contratos.

Ao longo desta dissertação pretendemos abordar a problemática dos contratos de consumo em ambiente digital, em especial o papel dos criadores de conteúdo digital (*os influencers* digitais) na formação do negócio jurídico. Para tal, iniciarei este trabalho com uma breve exposição sobre a contratação à distância e a posição do consumidor enquanto parte mais fraca na relação de consumo. De seguida, farei uma reflexão sobre os deveres pré-contratuais das partes, em especial o dever de informação. Será ainda objeto de análise a publicidade, os princípios a que se encontra vinculada e a figura dos *influencers* como verdadeiros veículos e embaixadores da mesma. Por fim, debruçar-nos-emos sobre o tema da potencial responsabilidade dos *influencers* digitais pelos danos causados ao consumidor através publicidade por estes promovida.

§2. Contratação à distância

A matéria dos contratos celebrados à distância encontra-se regulada no Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro e é aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, tendo em vista promover a transparência das práticas comerciais e salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores.

O artigo 3º do Decreto-Lei *supra* referido vem definir o contrato celebrado à distância como o *contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de um ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração*¹.

Deste modo, surge de imediato a questão de saber como se forma um negócio jurídico quando nos encontramos perante uma plataforma digital.

O processo de negociação, seja num ambiente tradicional ou digital, consubstancia um conjunto de declarações negociais, sendo necessário existir uma declaração negocial performativa da ordem jurídica, isto é, que se encontra destinada a produzir alterações na ordem jurídica. Para que esta declaração negocial se concretize numa proposta, é ainda imprescindível que se verifiquem cumulativamente determinados elementos. Em primeiro lugar, a declaração de vontade tendente à formação de um negócio jurídico tem de ser completa, na medida em que contenha todos os elementos necessários para que a aceitação seja apta a concluir o negócio jurídico. Para além disto, a declaração de vontade tem ainda de ser firme, isto é, deve demonstrar uma vontade inequívoca de contratar². Por fim, tem de existir suficiência formal.

¹ Desde logo, podemos concluir que *sites* como o OLX ou o Imovirtual não se encontram abrangidos por este Decreto-Lei, uma vez que consubstanciam ambientes negociais onde as partes dos contratos são ambas consumidores. Contudo, estes casos encontrar-se-ão abrangidos pela Lei n.º 40/2020, de 7 de janeiro.

² Por exemplo, se eu me dirigir a um estabelecimento e pedir um café, e disser “é um café, por favor”, apesar de não dizer expressamente “por favor, venda-me um café”, o contexto da situação faz com que o meu ato/declaração seja associado a um contrato de compra e venda. O mesmo acontece quando quem está atrás do balcão, mesmo não respondendo “sim, eu vendo-lhe um café”, ao concretizar o simples ato de deixar a chávena com café em cima do balcão irá corresponder a uma aceitação tácita, formando-se, assim, um negócio jurídico.

De forma diferente, se eu comentar com um amigo: “gostava de comprar um computador novo, podia era vender o meu atual” e o mesmo responder “eu comprava-te”, a declaração negocial não consubstancia uma proposta, pois não revela uma vontade inequívoca de contratar, mas apenas uma situação hipotética expressa naquele momento e que pode, ou não, vir a ocorrer.

Perante uma declaração negocial onde se verifiquem estes elementos essenciais, forma-se uma proposta que, uma vez seguida de uma outra declaração negocial – a aceitação – resulta na formação de um negócio jurídico.

Uma análise mais interessante é aquela relativamente ao momento no qual os negócios jurídicos se formam, no âmbito da contratação através de uma plataforma digital, uma vez que, de forma diversa dos meios tradicionais, as plataformas digitais promovem uma forma de contratação altamente massificada e plurilocalizada. Assim, uma declaração negocial pode ser emitida ou recebida por uma pluralidade de declarantes e declaratários, respetivamente, e pode ainda ser emitida, recebida e executada a qualquer momento e em qualquer lugar do mundo.

Na prática, aqueles que querem contratar a venda de um bem num meio digital revelam essa mesma intenção através de comunicação por mensagens, que podem ser lidas no respetivo espaço virtual, acessível em qualquer lugar e a qualquer altura, revelando-se, assim, disponíveis para contratar nas condições propostas, sem possibilidade de negociação por parte dos destinatários da declaração³.

Com isto, revela-se essencial que o consumidor seja protegido e que tenha à sua disposição mecanismos que possa utilizar para contrariar a vulnerabilidade a que está sujeito em confronto com a figura dos fornecedores. Neste sentido, cumpre-nos analisar a posição do consumidor, que demonstra ser o “elo mais fraco” na contratação à distância.

³ Como já referimos, nos últimos anos assistimos a uma crescente massificação da atividade económica e dos negócios jurídicos que a caracterizam, em especial no ambiente digital, designadamente dos negócios jurídicos celebrados na *Internet*. Deste modo, revelou-se essencial regular os contratos que são celebrados com recurso a mecanismos de adesão, isto é, contratos em que uma das partes apresenta um conjunto de condições e em que a outra parte se limita a dar o seu consentimento, sem possibilidade de alterar ou discutir sobre o conteúdo do mesmo. Surgem, assim, as leis contratuais gerais, que consubstanciam regras previamente estabelecidas e elaboradas, de modo rígido, e que regulam estes contratos de adesão.

A lei das cláusulas contratuais gerais, através do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, visam disciplinar a utilização desta técnica comercial, impedindo, através de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas, que as mesmas prevaleçam sobre as regras particulares ou que sejam aplicáveis nos casos em que quem contrata não se inteirou na totalidade sobre o conteúdo e condições do contrato.

O que se revela de especial interesse para o caso em estudo é o facto de existirem disposições aplicáveis à relação entre profissionais e consumidores, este último visto como a parte mais fraca e mais desprotegida da relação, que visam que esta relação se processe de forma ética e equilibrada.

2.1. Consumidor, o elo mais fraco

O consumidor é *toda a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional*⁴. A Lei de Defesa do Consumidor define⁵, ainda, o consumidor como *aquele a quem sejam fornecidos bens, prestações de serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*⁶.

No que respeita à definição de fornecedor, da Lei de Defesa do Consumidor não consta uma definição, podendo retirar da parte final do artigo 2º, n.º 1, *supra* referido, que corresponde à intervenção profissional do empresário⁷.

Nos dias de hoje, no contexto das relações de consumo, o consumidor é, sem espaço para dúvidas e invariavelmente, a parte mais fraca, carecendo de uma particular proteção. Vivemos num sistema que incentiva largamente o consumo e em que os fornecedores, pelo seu conhecimento técnico e poderio económico, impõem as suas vontades no mercado. É o fornecedor quem coloca um produto, com certas características e a um determinado preço, no mercado. Já ao consumidor, não lhe resta mais do que optar, ou não, por adquirir o bem ou contratar o serviço, de acordo com as limitações previamente estabelecidas.

Ao reconhecer esta vulnerabilidade, o Direito intervém ao criar certos mecanismos e instrumentos para que, legalmente, seja possível regular de forma mais justa e equitativa esta relação, de forma que o consumidor seja dotado de uma proteção acrescida.

Desde logo, a Constituição da República Portuguesa, através do artigo 60º n.º1, atribui dignidade constitucional aos direitos dos consumidores, determinando que os mesmos têm direito à qualidade dos bens e serviços adquiridos, à formação e informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação

⁴ Artigo 2º, alínea g) do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro.

⁵ Artigo 2º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

⁶ Contudo, desta definição podemos ainda concluir que o consumidor não engloba todo e qualquer adquirente de bens ou serviços. Para efeitos da Lei de Defesa do Consumidor, quando estamos perante a aquisição de um bem ou serviço a um particular, o negócio e a sua proteção devem ser analisadas no quadro dos princípios gerais do Direito Civil e das Obrigações.

⁷ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Comercial e do Mercado*, Almedina, 2021, pp.213

dos danos, direitos estes que são reforçados pela Lei de Defesa do Consumidor (artigos 4º a 15º)⁸.

A proteção do consumidor assume, ainda, especial relevância na circunstância de estarmos perante um ambiente digital, onde a extrema facilidade em contratar acaba por ser diretamente proporcional à possibilidade do respetivo arrependimento. Quantas vezes damos por nós em *sites* a comprar instintivamente uma peça de roupa, mas que chega a casa e não nos serve? Ou um telemóvel de nova geração, mas que, depois do dinheiro sair da conta bancária, apercebemo-nos da falta financeira que o mesmo nos faz?

Na verdade, o Direito visa acautelar estas situações, estabelecendo normas de proteção o consumidor, desde logo, através do exercício de livre resolução do contrato celebrado à distância.

O direito ao arrependimento, consagrado no artigo Decreto-Lei 24/2014, sob a epígrafe *direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial*, surgiu como resposta aos problemas colocados pela insuficiência do regime geral da invalidade e dos vícios da vontade contratuais, em especial o da coação e do erro⁹, traduzindo-se num remédio que o Direito oferece para os típicos e tão comuns consumidores que instintivamente celebram contratos à distância.

Este direito ao arrependimento traduz-se num direito potestativo, isto é, confere a possibilidade de, em ato jurídico unilateral, produzir efeitos jurídicos na esfera jurídica de outrem, sem a sua cooperação, sem o seu consentimento e até contra a sua vontade¹⁰. Trata-se de um direito que assume especial relevância, estando em causa a alteração da esfera jurídica de uma outra pessoa, sujeita à conformação que o titular do direito potestativo poderá ou não efetuar¹¹, cujo exercício se basta com uma simples manifestação de vontade, através da exteriorização de uma declaração negocial.

⁸ Para além dos direitos que previstos nos referidos diplomas legais, os consumidores encontram ainda proteção e inúmeras garantias para a proteção dos seus interesses em diversas disposições legais em instrumentos dispersos.

⁹ VICENTE, JOSÉ RAMÓN GARCÍA, *Derecho de Desistimiento*, in *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 845-881, p. 849.

¹⁰ VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 2002, p.152.

¹¹ FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, *Código Civil, Livro do Cinquentenário*, Vol. I, Almedina, 2019, p.307.

Assim, o direito ao arrependimento corresponde à faculdade concedida ao consumidor de, dentro de um certo prazo, resolver o contrato, isto é, poder desvincular-se do contrato e das obrigações que dele emergem de forma unilateral e sem necessidade de causa que o justifique. Corresponde, assim, a um direito subjetivo potestativo, que dispensa, para além de indicação dos motivos que levam ao seu exercício, o pagamento de qualquer montante indemnizatório¹².

Importa ainda notar que estamos perante um direito de natureza injuntiva¹³, não sendo possível que as partes o afastem, mesmo mediante acordo, sendo que qualquer disposição nesse sentido determina a sua nulidade.

Deste modo, após a celebração do contrato, o consumidor possui catorze dias para o resolver.

Analisaremos, antes de mais, em que medida é surgem mecanismos de proteção do consumidor em momento prévio à da celebração do contrato.

§3. Deveres pré-contratuais das partes: o dever de informação vs. o ónus de autoinformação

Quando nos encontramos perante um contrato de consumo, o fornecedor tem como principais obrigações a entrega, ao consumidor, dos bens objeto do contrato e a certificação de que os mesmos se encontram conformes ao acordado, sendo esperado, do lado do consumidor, que este pague o preço estabelecido e devido.

Ora, a conformidade é algo que não é aferido apenas no momento em que se verifica o cumprimento do contrato, mas sim em momento prévio, numa fase pré-contratual. Tal como defende MENEZES CORDEIRO¹⁴, as partes do contrato encontram-se adstritas a deveres decorrentes do princípio da boa-fé na fase pré-contratual, isto é, *a uma atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos*

¹² ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.

¹³ Cfr. Artigo 11.º, n.º 7 do Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro.

¹⁴ Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Obrigações*, 2º Volume, AAFDL 1980, pág. 285, e AcRelGuimarães de 19 de março de 2015 (FILIPE CAROÇO), Proc. n.º 2148/10.4TBBRG.G1, disponível em www.dgsi.pt

*escopos visados*¹⁵. Assim, as partes ficam vinculadas a um dever de proteção, de lealdade e de informação¹⁶, contendo este último especial relevância em ambiente digital, como será exposto adiante. Estes deveres visam contribuir para a realização dos interesses legítimos que ambas as partes pretendem obter com a celebração do contrato.

O dever de informação é o mais invocado na problemática da contratação *online*.

A informação significa *o ato ou efeito de informar-se; comunicação; esclarecimento sobre o procedimento de outrem; notícia dada ou recebida; conjunto de dados, em princípio imprevisíveis; aquilo que é transmitido*¹⁷. Na forma mais comum e concisa, podemos dizer que a informação é a comunicação de determinados dados ou factos, essenciais para a formação da vontade de contratar. Assim, como é lógico, o dever de informação é o dever jurídico de proceder a esta comunicação.

Este dever desdobra-se em duas vertentes: a ação e a omissão. Por um lado, o fornecedor tem o dever informar a contraparte de todas as características essenciais acerca do bem jurídico objeto do contrato e de todas aquelas de que o fornecedor tenha conhecimento e que possam contribuir para uma alteração da vontade de contratar por parte do consumidor, mas que este último desconhece, num momento inicial do processo de contratação. Se, em algum momento, o fornecedor prestar informações falaciosas, incorretas ou que induzam o consumidor em erro, estamos perante uma violação dos deveres de informação¹⁸.

Contudo, o dever de informação “não se fica por aqui”, sentenciando também a violação de deveres de informação por omissão, isto é, a situação em que o fornecedor possui uma informação essencial para a formação da vontade de contratar do consumidor, mas decide omiti-la. Na verdade, neste último caso o fornecedor não prestou nenhuma informação

¹⁵ Neste sentido, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES: *A boa fé, embora na base de elementos anteriores, de tipo social e religioso, correspondeu, já no antigo Direito Romano, a uma criação dos juristas: ela permitiu, nas mãos do pretor, alargar a tutela jurídica a situações inteiramente novas, derivadas da expansão romana, na bacia do Mediterrâneo. Os juízos de boa fé estão na origem, por exemplo, dos contratos de compra e venda, de locação, de mandato e de sociedade, tal como hoje os conhecemos*, in *A boa fé nos finais do século XX*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Volume III, 1996, cit. p. 894.

¹⁶ Neste sentido, cfr., *inter alia*, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da boa-fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 583.

¹⁷ Definição retirada da Dicionária 2011, Porto editora multimédia.

¹⁸ REBELO, FERNANDA NEVES, *O direito à informação do consumidor na contratação à distância*, in *Liber Amicorum Mário Frota: A causa dos direitos dos consumidores*, 2012, p. 136.

inexata, mas optou pelo silêncio a respeito de elementos relativamente aos quais a contraparte tinha um interesse objetivo e direito a conhecer.

Assim, importa perceber quais os limites e contornos deste dever de informação. Será que o anunciante deve preocupar-se em detalhar o bem ou serviço até ao mais ínfimo pormenor, sob pena de responder perante os danos causados ao consumidor pela inexatidão das informações prestadas, caso não o faça?

Se é verdade que para a doutrina portuguesa se revela indiscutível a existência de deveres pré-contratuais de informação, o mesmo já não se pode dizer no que respeita aos seus limites.

Para alguns autores, entre eles MENEZES CORDEIRO, *o dever de informação tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação criada, não seja conhecido pela contraparte e será tanto mais intenso quanto maior for a complexidade do contrato e da realidade por ele envolvida*¹⁹. A nosso ver, esta visão parece sugerir um dever geral de informação, algo que nos parece pouco razoável, pois vitimizaria de forma extrema a posição do consumidor, onerando em demasia o fornecedor²⁰. Estaríamos a tentar equilibrar a posição vulnerável do consumidor, mas a fazê-lo de forma desmedida e desvirtuosa. Se é certo que o consumidor consubstancia a parte mais fraca, devendo, por isso, ser protegido no âmbito de uma relação de consumo, parece-nos que poderíamos originar a situação inversa ao criar certos deveres que, por se verificarem de tal forma amplos, seriam excessivamente onerosos e colocariam o fornecedor dos bens numa posição desprotegida face ao consumidor. Assim, seria contra o escopo da atividade do fornecedor dar toda e qualquer informação, podendo até, no limite, desinteressar aos consumidores.

¹⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de direito comercial* cit., pp. 388 e 389. (citar)

²⁰ Um dever geral de informação vai ao encontro da defesa da autonomia privada, uma vez que permite que as partes contratem e estipulem aquilo que quiserem e considerarem conveniente. Nesta perspetiva, compreende-se que o dever de informação deve ser bastante limitado. Contudo, para que as partes possa exercer desta mesma autonomia privada, demonstra-se essencial que as partes se encontrem informadas sobre o objeto que estão a contratar. Para que possam contratar livremente, é necessário que a vontade negocial seja formulada considerando o acesso à totalidade e transparência da informação, de forma a que a esta mesma vontade não se encontre viciada.

Para além do mais, fugindo ao ponto de vista jurídico e abraçando o económico, de igual importância quando nos referimos a contratos de consumo, um dever geral de informação inviabilizaria qualquer negócio.

O artigo 227º do Código Civil implicitamente esclarece, *ab initio*, limites a este dever, uma vez que atua segundo o princípio da boa-fé. Deste modo, o fornecedor deixa de se encontrar obrigado a informar o consumidor acerca de todos os elementos que este, segundo a diligência de um homem médio, possa razoavelmente, por si só, ter acesso. *A contrario*, se o fornecedor tem acesso a informação fundamental para a esclarecida formação da vontade negocial do consumidor e este, por exclusiva iniciativa individual, não consiga aceder diretamente à mesma, então o fornecedor tem o dever de prestar essa informação²¹.

Questão particularmente interessante de abordar é a de se o facto de nos encontrarmos a contratar em ambiente digital modifica, ou não, em alguma particularidade o dever de informar.

Numa perspetiva de contratação *online*, importa analisar e contrapor o dever de informação ao ónus de autoinformação. Preliminarmente, o dever de informação onera o declarante, enquanto que o ónus de informação é uma faculdade atribuída ao declaratório. Regra geral, quando nos referimos ao dever de informação pré-contratual, o dever de informar apenas se verifica quando não nos encontramos no âmbito do ónus de autoinformação. Isto porque, quando um indivíduo se coloca na posição de consumidor, este tem uma capacidade mínima, que se reconduz a um dever, de autoindagação. Não nos parece ser razoável onerar o fornecedor da totalidade desta obrigação

Importa, então, delimitar as fronteiras daquilo que é exigido que o consumidor diligentemente conheça ou deva conhecer, ou seja, traçar os contornos deste ónus de autoinformação.

Esta questão revela-se de especial importância, uma vez que o legislador não se basta apenas com o artigo 227º do Código Civil, sob a epígrafe *culpa na formação dos contratos*. O legislador regula, ainda, a existência de deveres pré-contratuais, o que significa que o legislador assume – o que na verdade, se verifica – na maioria das vezes, que as partes do contrato se encontram em posição de assimetria informativa, isto é, que uma das partes no negócio não se encontra numa situação de igualdade de informação

²¹ Defende, ainda, LUÍS MENEZES LEITÃO que *o não acatamento desses deveres acessórios, embora não legitime o recurso à ação de cumprimento, nos termos do artigo 817.º pode implicar uma situação de responsabilidade civil, e fundamentar o direito a uma indemnização, no caso da infração aos deveres da boa fé implicar danos para quaisquer uma das partes*, in *Direito das Obrigações*, Volume II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, cit. p. 313.

para com a outra, tendo, assim, o Direito que intervir, a fim de corrigir essa desigualdade e onerando uma das partes com deveres especiais de informação.

Temática que se discute é a de se, no contexto e ambiente digital, em que se contrata através de uma plataforma digital, o ónus de autoinformação se intensifica. Claro está que, através do mesmo dispositivo eletrônico que é utilizado como meio para contratar, o consumidor consegue ter, “à distância de um *click*”, a possibilidade de indagar por informação, comparar os produtos com outros semelhantes, ver os preços estipulados por outros fornecedores para produtos similares, entre outros aspetos. Toda esta informação é facilmente alcançada sem o consumidor, literalmente, ter de se levantar da cadeira. Como vimos *supra*, uma vez que o dever de informação existe a montante do ónus de autoindagação, o dever de informar por parte do fornecedor, na contratação *online*, seria muito diminuto, ao inverso do ónus de se autoinformar do consumidor.

Uma vez mais, do nosso ponto de vista, a ideologia de que o consumidor tem a possibilidade de indagar toda a informação consubstancia uma posição extremista e com a qual não poderíamos estar mais em desacordo. Esta linha de pensamento leva a crer que as partes do contrato se encontram numa situação de paridade, quando esta, a existir, não passa de uma situação meramente aparente.

Nos dias de hoje, o consumidor é alvo de um bombardeamento avassalador de todo o tipo informação, a todo o momento e em qualquer lugar. Seria bucólico considerar que todos nos encontramos numa posição de igualdade para compreender essa mesma informação. Verdade inegável é a de que, na teoria, está tudo disponível na *internet*. Contudo, com um simples exemplo conseguimos perceber que tal não passa de uma ilusão e que, C contrapondo diferentes tipos de consumidores, não podemos assertivamente afirmar que nos encontramos todos numa posição de igualdade. Vejamos:

Uma pessoa mais velha, com oitenta anos, por exemplo, não tem a mesma capacidade de indagar por informação que uma pessoa de vinte ou trinta anos. Enquanto que o primeiro conhece e lida com este tipo de tecnologia há relativamente pouco tempo, para os jovens esta é uma realidade que está presente desde o início da sua vida, exponenciando o seu domínio e conhecimento sobre a mesma.

Posto isto, exige-se um certo cuidado aquando da análise dos deveres de informação das partes em momento prévio ao do contrato, sendo necessário fazer uma análise casuística. Se é verdade que em ambiente digital há uma aparente facilidade de acesso ao mais diverso tipo de informações, também é verdade que nem todos estamos em posição de igualdade quanto à capacidade para indagar e até mesmo compreender essa informação. Assim, na nossa ótica, quando nos encontramos perante um cenário de contratação *online*, há que ter especial atenção os deveres pré-contratuais das partes, em especial o dever de informação.

De seguida, analisaremos um dos mecanismos aos quais recorrem permanentemente os fornecedores quando nos referimos a contratação *online* e que vai ao encontro deste dever de informação: a publicidade.

§4. A publicidade²²

Em pleno ano de 2022, impossível é falar de *influencers* digitais sem abordarmos o tema da publicidade e vice-versa. Contudo, apesar de não ser manifesto, esta relação é, ainda, pouco explorada, o que significa que, para os problemas que já existem e para os muitos que irão surgir derivados desta relação, o Direito poucas ou nenhuma respostas tem para dar.

Antes de mais, procuremos perceber o que é a publicidade, como surgiu e qual a sua utilidade.

O decorrer do tempo forçou, e continua a forçar, a que as pessoas exponenciassem a utilização das mais variadas aplicações e plataformas digitais para que conseguissem normalizar as suas vidas.

Se salientarmos as tão conhecidas redes sociais, tais como o *Facebook*, o *Instagram*, o *Twitter* ou até o mais recente *Tiktok*, diversos estudos revelam que o número de utilizadores destas plataformas e o tempo médio que esses mesmos utilizadores gastam diariamente nessas plataformas, tem vindo constantemente a aumentar. Desde o ano de 2012 até ao ano de 2021, a média de minutos gastos por dia por utilizador nas redes sociais aumentou em todos estes anos. Se em 2012 a média de utilização por pessoa era de, aproximadamente, 90 minutos por dia, em 2020 foi 60% superior, passando a ser de 145 minutos por dia. O mesmo estudo²³ conclui, ainda, que mais de 50% da população mundial usufrui das redes sociais, sendo a média de utilização da Europa Ocidental de 79% da população. Assim, considerando que há quarenta anos os principais meios de comunicação eram o telégrafo e o telefone e que os computadores não tinham outros fins sem ser os científicos e os governamentais, de momento vivemos na era digital, o que nos conduz a diversas modificações sociais, culturais e que nos leva à criação de novos padrões de consumo. É neste contexto que surgem as plataformas digitais, um meio digital que, apesar de no início representar apenas lugares virtuais onde os seus utilizadores podiam partilhar momentos, fotografias ou pensamentos, se tornou num mercado

²² Vd. CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito Comercial e do Mercado*, Almedina, 2021, pp.218-219, CHAVES, RUI MOREIRA, *Regime Jurídico da Publicidade*, Almedina, Coimbra, 2005, e AMORIM, ANA CLARA AZEVEDO DE, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.

²³ Diário de Notícias, *Quanto tempo passam os portugueses nas redes sociais?*, 2020, disponível em <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/quanto-tempo-passam-os-portugueses-nas-redes-sociais-mais-de-duas-horas-por-dia-12969037.html>

altamente utilizado, que conecta facilmente quem produz e/ou fornece com quem consome esses mesmos produtos, o consumidor, desempenhando, assim, um papel crucial enquanto facilitador das interações e transações que ocorrem neste meio digital. Pois bem, onde há relações de consumo, há publicidade e é assim que surge o cruzamento entre plataformas digitais e publicidade.

A definição de publicidade vem expressamente consagrada no artigo 3º do Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro (doravante designado Código da Publicidade), correspondendo a um ato de comunicação que, para ser considerado um ato publicitário, tem que ocorrer no âmbito de uma atividade económica e visar a promoção de um ato de aquisição ou adesão por parte do declaratório desse ato. Por exemplo, inserido no conceito de ato publicitário temos as conhecidas promoções ou patrocínios. Contudo, se estiverem em causa as comunicações de um profissional de relações públicas, no âmbito da sua atividade, não se trata de um ato publicitário, uma vez que este não incentiva nem promove a aquisição ou adesão de um bem ou serviço, mas tem antes o intuito de aprimorar a imagem de uma certa entidade ou instituição.

Assim, analisando o referido artigo, retiramos que a publicidade, para ser considerada como tal, tem de conter cumulativamente quatro elementos:

- i. Estrutura, sendo a publicidade sempre entendida como um ato de comunicação, independentemente da sua forma;
- ii. Sujeitos da atividade publicitária, podendo quem a produz ser uma entidade pública ou privada;
- iii. Objeto, uma vez que a atividade publicitária tem de decorrer no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal; e
- iv. O fim, visando promover a aquisição de bens ou serviços ao consumidor.

A publicidade é um enorme motor de mercado, que assume uma relevância e dimensão significativas, quer no domínio da atividade económica, quer como ferramenta extraordinária de incentivo à concorrência, algo benéfico não só para os clientes, que conseguem ver a oferta a ser aumentada, concretizando-se numa maior quantidade e diversidade de produtos e serviços disponíveis e aos melhores preços, mas também para as empresas, que experienciam, assim, um mercado mais competitivo, sólido e que promove condições equitativas.

Contudo, estando perante relações de consumo e procurando a publicidade convencer, através das mais variadas técnicas, um consumidor a adquirir o seu produto, o Direito estabelece a defesa contra as práticas comerciais desleais como um vetor fundamental para a tutela do consumidor²⁴.

Uma sociedade criteriosa, ponderada e responsável não pode deixar de estipular normas de forma a conseguir administrar certas situações e determinados riscos propícios a lesar direitos e a causar danos, tais como uma utilização ilícita da publicidade, seja esta abusiva ou enganosa, e que deturpe o mérito e utilidade da atividade publicitária.

Neste sentido, tanto o Código da Publicidade como a Lei n.º 24/96, de 31 de julho, de Defesa do Consumidor (doravante designada de LDC), e o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais, consubstanciam instrumentos de proteção ao consumidor face à publicidade. Desde logo, a publicidade encontra-se vinculada ao cumprimento de princípios orientadores e delimitadores, previstos no artigo 6º e seguintes do Código da Publicidade, a saber: o princípio da ilicitude, da identificabilidade, da veracidade e do respeito pelos direitos do consumidor.

- i. O princípio da licitude vem limitar a publicidade ao não permitir que a sua forma, objeto ou fim ofendam de forma alguma os valores ou princípios constitucionais.

O n.º 2 do artigo 5º do Código da Publicidade elenca, ainda, algumas situações que violam expressamente esses valores ou princípios. Contudo, importa notar que não estamos perante um artigo taxativo, não estando a publicidade proibida de incorrer apenas em tais situações.

- ii. O princípio da identificabilidade vem exigir que a publicidade seja inequivocamente identificada como tal, independentemente do meio de difusão utilizado.
- iii. O princípio da publicidade oculta ou dissimulada vai ao encontro do artigo 60º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa ao proibir *todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa*, isto é, a natureza publicitária do conteúdo transmitido tem de ser clara e perceptível para o destinatário, o consumidor.

²⁴ Cfr. SERRANO, LUIS MARIA. MIRANDA, *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid / Barcelona, Marvail Pons, 2001, pp. 13 e ss.

- iv. Por último, o princípio da veracidade, tal como o nome indica, limita a publicidade ao vincular a mesma a respeitar a verdade, não deturpando de forma alguma os factos. As informações relativamente aos produtos e serviços devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

Verificamos desta forma que todos os princípios que regem e orientam a publicidade visam proteger o consumidor de condutas ilícitas por parte de quem pratica os atos publicitários, evitando o aproveitamento da maior vulnerabilidade do consumidor. A este propósito refere ANTÓNIO PIRES MONTEIRO que *tomou-se consciência de que era imperioso proteger a vítima da moderna sociedade de consumo em face, nomeadamente, da situações de desigualdade que esta potencia, das formas ardilosas de persuasão que inventa, da criação artificial de necessidades e das técnicas de marketing e publicidade que engendra, dos abusos do poder económico que tolera, da falta de qualidade e segurança dos bens que oferece e, enfim, das múltiplas situações de risco que cira, quantas vezes dramaticamente traduzidas em inúmeros e gravíssimos danos*²⁵.

²⁵ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais*, Estudos do direito do consumidor, FDUC, Centro de Direito do consumo, n.º 2, 2000, pp. 333 a 350

4.1. Práticas comerciais desleais

Além dos princípios orientadores estabelecidos no Código da Publicidade, uma das medidas que a Comissão Barroso²⁶ empreendeu na esfera dos direitos dos consumidores foi precisamente a adoção da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno²⁷. Esta Diretiva foi transposta em Portugal pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março.

De acordo com os artigos 4º e 5º, n.º 1 do referido Decreto-Lei, as práticas comerciais consideram-se desleais quando *desconformes 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 certo bem ou serviço*. Através desta definição conseguimos, também, reduzir a prática comercial desleal à verificação cumulativa de três elementos:

- i. A existência de uma prática comercial, que se encontra consagrada no artigo 3º d), enquanto *qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e promoção comercial, em relação direta com a promoção, venda ou fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor*. Diz respeito a um conceito de tal forma abrangente que permite incluir todas as condutas do profissional desde os atos preliminares ou à formação de negócios jurídicos de consumo;
- ii. Uma desconformidade com a diligência profissional. O artigo 3º g) define este preceito como *o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta do mercado e ou com o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade profissional*. Depreende-se de tal preceito que devem ser tomados em consideração os padrões éticos pelos quais o profissional deve pautar o exercício da sua atividade; e, por último,

²⁶ José Manuel Durão Barroso foi Presidente da Comissão Europeia entre o anos de 2004 e 2014.

²⁷ LEITÃO, LUÍS MENEZES TELES DE, *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, Lisboa, Abril/Junho 2011, p. 424.

- iii. É exigido que esta prática comercial seja suscetível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor ou de o afetar relativamente a certo bem ou serviço.

Verificando-se estes requisitos, podemos dizer que nos encontramos perante uma prática comercial desleal²⁸.

A redação do DL 57/2008, de 26 de março contém, ainda, a enumeração de diversas modalidades de práticas comerciais desleais.

Do ponto de vista jurídico, e tal como consagrado no artigo 21º do referido Decreto-Lei, as práticas comerciais desleais são consideradas contraordenações, sendo sancionadas através da aplicação de coimas.

Para além disso, de acordo com os artigos 14º e 15º, são considerados anuláveis todos os contratos que tenham sido celebrados ao abrigo dessas práticas, o que nos parece determinar a possibilidade de constituir o infrator em responsabilidade civil pelos danos causado ao consumidor. Sobre esta questão, debruçar-nos-emos adiante.

Por último, e como previsto no artigo 16º, o exercício destas práticas pode, ainda, determinar o recurso à ação inibitória, que se encontra destinada a estabelecer a sua proibição futura.

Entre as práticas comerciais desleais encontram-se as práticas comerciais enganosas, que analisaremos com especial detalhe de seguida, nomeadamente a publicidade enganosa.

²⁸ Cfr. CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumidor*, 7ª ed., 2020, e CRISTAS, ASSUNÇÃO, *Concorrência desleal e a proteção do consumidor: a propósito da Diretiva 2005/29/CE*, AA.VV. Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, 2007.

4.2. Práticas comerciais enganosas, em especial a publicidade enganosa

Como referido anteriormente, o Decreto-Lei 57/2008 consagra, nas alíneas b) e c) do seu artigo 6º, as práticas comerciais enganosas²⁹.

O legislador teve o especial cuidado de estipular que, quando praticadas ações ou omissões enganosas através da publicidade, estamos perante um caso de publicidade enganosa, consagrado no artigo 11º do Código da Publicidade.

Contudo, ao contrário do que anteriormente se verificava, de momento, é necessário recorrer sempre ao Decreto-Lei para aceder à definição de publicidade enganosa³⁰, uma vez que o artigo 11º do Código da Publicidade refere apenas que *é proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março*³¹.

Com isto, aferimos através do seu artigo 7º que *é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo*.

A par do que foi abordado anteriormente e tendo em conta que a prática comercial enganosa se refere à prestação de informações, as práticas comerciais enganosas contêm uma subdistinção entre ações enganosas, acima descritas, e omissões enganosas, previstas no artigo 9º. Deste modo, importa não apenas a falsidade ou inexatidão das informações

²⁹ Este artigo distingue, ainda, as práticas comerciais enganosas das agressivas. As práticas comerciais agressivas, previstas no artigo 11º, n.º 1 do Decreto-Lei 57/2008 são as que, devido a assédio, coação ou influência indevida, limitem ou sejam suscetíveis de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e que, conseqüentemente, faça com que o consumidor adote um comportamento que de outro modo não teria tomado.

³⁰ Na nossa perspetiva, a revogação do anterior artigo e a obrigação de recorrermos a um instrumento autónomo é desguarnecido de sentido. Sendo a defesa dos consumidores um dos pilares e princípios basilares do código da publicidade, parece-nos no mínimo incoerente e incompreensível que o mesmo não contenha de forma expressa e clara as situações em que os profissionais incorrem em práticas desleais, mais especificamente em publicidade enganosa.

³¹ Estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno

prestadas ao consumidor, como as informações que não lhe são prestadas e que teriam implicações na sua vontade de contratar caso tivessem sido por si conhecidas.

De acordo com o exposto acerca dos deveres pré-contratuais de informação³², concluímos que não podem ser omitidas informações relacionadas com características e requisitos substanciais e determinantes para que o consumidor possa tomar uma decisão livre e esclarecida.³³

Deste preceito, conjuntamente com a Diretiva 2005/29/CE, depreende-se que as empresas e restantes fornecedores de bens ou serviços estão proibidos de, por si ou através da publicidade, induzir em erro o consumidor. Conseguimos, uma vez mais, compreender a vontade e necessidade, por parte do legislador, de proteger o consumidor, ao ter o especial cuidado de clarificar que quem pratica atos publicitários não necessita de causar um dano efetivo na esfera jurídica do consumidor, bastando a possibilidade de verificação desse mesmo dano. Mesmo que não se venha a verificar qualquer tipo de prejuízo material, antes, durante e após uma transação comercial de um produto, podemos estar perante publicidade enganosa, podendo o agente ter de responder civilmente por tal.

Surge, então, a questão de saber quem pode, de facto, responder por esses danos. Se apenas os anunciantes, isto é, aqueles no interesse de quem se realiza a publicidade, sejam estas pessoas singulares ou coletivas, ou se outros sujeitos pertencentes à cadeia de consumo, mas não fazendo parte do contrato último celebrado entre o consumidor e o anunciante, podem também, de alguma forma, ser responsabilizados. É neste panorama que surge a problemática em torno da atividade dos *influencers* digitais. Assim, analisaremos de seguida esta figura, quais as suas funções e o seu âmbito de atuação, em que medida é que realizam atos publicitários e, por último, se devem, ou não responder por esses mesmos atos quando originam um dano.

³² Cfr. §3. *Deveres pré contratuais das partes, em especial o dever de informação vs. ónus de autoinformação.*

³³ Nomeadamente, características principais do bem ou serviço, endereço geográfico e identidade profissional, o preço e restantes despesas, modalidades de pagamento, de expedição ou de execução, existência de direitos de resolução e anulação.

§5. O papel dos *influencers* digitais na formação do negócio jurídico

Os criadores de conteúdo digitais ou *influencers* digitais são hoje uma figura inegavelmente presente nas plataformas digitais, em especial nas redes sociais.

Os *influencers* constituem um grupo de pessoas que se destacam através da *internet*, nomeadamente das redes sociais como o *Instagram* ou o *Facebook*, e que reúnem um grupo de seguidores, isto é, utilizadores que consideram as suas opiniões e o conteúdo que criam e que, inclusive, veem o seu comportamento e as suas vontades serem moldadas em prol das declarações do *influencer*.

A partilha regular de conteúdo e o desenvolvimento de diálogos diretos por partes dos *influencers* originam uma relação sólida de confiança e de fidelidade, fazendo com que os seus seguidores confiem nos seus *posts*³⁴ e os considerem uma referência de comportamento.

Assim, e segundo a Forbes³⁵, o termo *influencers* está intimamente ligado aos seguidores com quem o *influencer* partilha conteúdo³⁶. Porém, importa notar que tal não implica necessariamente que o grau de influência esteja diretamente relacionado com a quantidade de seguidores³⁷. O grau de influência que um *influencer* digital exerce sobre um determinado público é determinado em função de três essenciais pilares do *marketing*, a saber:

- i. O alcance³⁸, que se traduz no potencial que um *influencer* tem de espalhar a sua mensagem. Ou seja, é certo que se uma pessoa tiver muitos seguidores terá, à partida, um maior alcance, mas se os seus seguidores também tiverem muitos seguidores, esse alcance poderá ser ainda maior,

³⁴ *Post* é o conteúdo criado e publicado numa plataforma da *Internet*. Essa publicação pode ter o formato de imagem, vídeo, texto, áudio ou de todos estes em conjunto.

³⁵ TEAT, TERRA, *Influencers: Is this marketing buzzword something you need?* Forbes, 2019, disponível em <https://www.forbes.com/sites/forbescommunicationscouncil/2019/04/10/influencers-is-this-marketing-buzzword-something-you-need/?sh=24d3e2574e55>

³⁶ Alguns exemplos de *influencers* Portugueses nas mais diversas áreas: Cristiano Ronaldo (desporto), Anita da Costa (moda), Cristina Ferreira (entretenimento) ou Carolina Deslandes (música)

³⁷ É considerado um *nanoinfluencer* aquele que detenha até 10 mil seguidores, *microinfluencer* entre os 10 mil e o 100 mil, intermediário entre os 100 mil e os 500 mil, *macroinfluencer* entre os 500 mil e o 1 milhão e, por último, *megainfluencer* com mais de 1 milhão.

³⁸ Este elemento é essencial e será abordado de seguida, uma vez que distingue os verdadeiros *influencers* das pessoas que têm um elevado número de seguidores, mas que são comprados ou sobre o qual não exerce qualquer tipo de influência.

pois se um seguidor partilhar um *post* do *influencer*, todos os seguidores desse seguidor visualizarão esse mesmo *post*, por exemplo;

- ii. A ressonância³⁹, que corresponde a uma verdadeira interação entre o *influencers* e o público. Uma pessoa ou entidade pode ter menos seguidores, mas os mesmos interagirem de forma assídua, isto é, regularmente comentarem os *posts*, fazerem *likes*, partilharem o conteúdo publicado pelo *influencer*, entre outros; e, finalmente,
- iii. A relevância, isto é, a importância que aquele *influencer* tem no seu nicho, não sendo necessário que este tenha milhões de seguidores, mas que tenha a capacidade de ser relevante dentro do grupo que se propõe a influenciar⁴⁰;

Com isto, a ideia de publicidade e de agente publicitário transfigurou-se com a passagem do tempo. Com o surgimento e crescimento da figura dos *influencers*, as empresas, ao se aperceberem do potencial desta relação de confiança, decidem aproveitar-se desta mesma relação para que, através da divulgação dos seus produtos por meio dos *influencers*, consigam aumentar o número de consumidores que adquirirem os seus produtos.

Aliás, a pandemia de Covid-19, como referido na introdução deste trabalho, exponenciou a utilização destas redes sociais e levou a que muitas empresas recorressem a diversos mecanismos⁴¹ colocados em prática nas redes sociais, visando mitigar os efeitos económicos que se faziam sentir com os sucessivos confinamentos que foram decretados e o inevitável decréscimo do consumo tradicional dos seus bens e serviços.

Assim, devido ao crescimento nos últimos anos da figura dos *influencers* e da sua interligação com a publicidade, é necessário que a doutrina procure dar respostas às mais

³⁹ Há que ter em consideração que certas pessoas ou páginas nas redes sociais têm um elevado número de seguidores, mas que uma considerável parte destes são “falsos”, isto é, que foram angariados de forma diversa daquela que seria a vontade dos próprios seguidores. Neste cenário, o elevado número de seguidores não significa que estejamos perante um *influencer*, uma vez que não se encontra verificada a situação que define este mesmo conceito, que é o facto de ter um grupo de pessoas que tem em consideração as opiniões e comportamentos do *influencer*. Assim, nestes casos os seguidores são apenas um número, não existindo qualquer tipo de interação entre as partes.

⁴⁰ Estes elementos são designados como os *3 R's of Marketing: Reach, Repetition and Relevance*.

⁴¹ Tal como os *giveaways*, isto é, um mecanismo muito eficaz para se conquistar reconhecimento e notoriedade, estimulando o público a partilhar uma determinada publicação ou a identificar amigos nos comentários em troca de um prémio que será entregue a um destinatário veedor de um sorteio. A marca pode alcançar, assim, um público orgânico muito maior e que, em circunstâncias “normais”, seria inalcançável.

variadas problemáticas que decorrem da atuação destes indivíduos, condutas estas que têm o potencial de deixar os consumidores demasiado expostos e desprotegidos.

Será relevante analisar a prática comum das empresas de contratação com *influencers* digitais, para que estes criem e partilhem conteúdo favorável aos produtos que determinada empresa quer comercializar, sem que essa condição de publicidade seja clara para o consumidor, muitas vezes violando o basilar princípio da identificabilidade da publicidade. Desta forma, e como vimos em momento anterior, o consumidor vê a sua liberdade de escolha ser limitada e até comprometida pela adoção desta estratégia de *marketing*, onde não existe transparência na comunicação e na promoção destes produtos ou serviços.

Iremos tentar perceber em que medida é que os *influencers* podem ser responsabilizados pelos possíveis danos causados ao consumidor.

Assim, teremos de abordar esta questão de duas diferentes perspetivas:

- i. A princípio, é necessário examinar a atuação dos *influencers* nos casos em que estes agem enquanto verdadeiros profissionais ou agência de publicidade, isto é, *pessoa singular que exerce a atividade publicitária*⁴², fazendo objetivamente parte da cadeia de consumo e facilitando a criação de dano ao consumidor.
- ii. De outro modo, releva analisar as situações em que estamos perante a promoção de certos produtos ou serviços e em que tal promoção não é devidamente identificada e muitas vezes justificada pela liberdade de expressão de um *influencer*.

5.1. Publicidade não identificada

Tal como referido anteriormente⁴³, um dos princípios primordiais da publicidade é o da identificabilidade. Contudo, por mais que possamos aplicar analogicamente alguns conceitos e disposições legais, a realidade é a da inexistência de uma norma legal que refira e se dirija explicitamente à atividade desenvolvida pelos *influencers* digitais.

⁴² Vd. artigo 5º, n.º 1 al. b) do Código da Publicidade.

⁴³ Cfr. §4. *A publicidade*

A fim de saber se os preceitos gerais da publicidade que preconizam o comportamento ético e legal dos anunciantes e dos profissionais/agências de publicidade se aplicam à atuação dos *influencers*, teremos de, primeiramente, analisar se esta divulgação não identificada pelos *influencers* pode constituir um ato de publicidade.

Para estarmos perante publicidade é exigido a cumulação de quatro elementos⁴⁴. No caso dos *influencers* digitais, três desses elementos não levantam dúvidas: (i) há um ato de comunicação, seja em formato audiovisual, através das *stories*⁴⁵ no *Instagram*, ou através de imagens acompanhadas de uma legenda (os *posts*), (ii) é praticado por uma pessoa singular, o *influencer* e (iii) visa promover a aquisição de bens ou serviços ao consumidor, muitas vezes até de forma bem visível ao colocarem um link ou ao utilizarem o mecanismo *swipe-up*⁴⁶, que permite ao consumidor aceder diretamente a um certo produto, através de um só *click*.

A questão coloca-se relativamente à verificação do quarto elemento, havendo, por vezes, dúvida se o *influencer* se encontra, ou não, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal.

A nosso ver, quando estamos perante publicidade identificada, não é minimamente duvidável que estamos no âmbito de uma atividade comercial. Nesses casos, é visível ao consumidor que por detrás da partilha daquele conteúdo específico está, não a divulgação de uma opinião livre e descomprometida do *influencer*, mas sim um ato de publicidade realizado mediante uma contraprestação, seja esta em dinheiro ou em espécie⁴⁷.

Dando um passo à frente, quando nos deparamos com *posts* em que se verificam os requisitos anteriormente mencionados, mas que não incluem a identificação explícita de estarmos perante um ato de publicidade, podemos estar perante a violação dos deveres de identificabilidade e transparência da mesma.

⁴⁴ Cfr. §4. *A publicidade*

⁴⁵ As *stories* do *Instagram* são um recurso que têm como objetivo melhorar a interação entre os usuários. Consiste na possibilidade de publicar fotografias ou vídeos de curta duração, cada um com o máximo de quinze segundos e que ficam acessíveis até um máximo de 24h. Após esse período as imagens são automaticamente apagadas da rede social e os utilizadores deixam de conseguir visualizar esse conteúdo.

⁴⁶ Este mecanismo está disponível para os *influencers* que possuem mais de 10 mil seguidores. A plataforma possibilita que estes adicionem *links* externos aos seus *stories* e o seguidor, ao arrastar o dedo para cima na tela, é diretamente direcionado para a página de venda do produto.

⁴⁷ Note-se que, recorrentemente, os *influencers* digitais recebem, ao invés de quantias monetárias, a entrega de certos produtos, muitas vezes semelhantes aos que estão a ser publicitados. É indispensável que o facto desta contraprestação ser em espécie não induza ao erro: em espécie ou em dinheiro, é uma contraprestação e faz com que estejamos perante uma atividade comercial.

Já passaram os tempos em que era admissível dizer e pensar que ser *influencer* era um *hobby*, que era uma simples partilha de conteúdo natural do dia-a-dia destas pessoas. Ser *influencer* é uma profissão, exige trabalho e pressupõe uma remuneração. Claro que a publicidade não é a única fonte de rendimento e até pode nem ser o objeto central desta atividade, mas é inegável que faz parte dela.

Assim, o nosso entendimento é o de que a divulgação e promoção de produtos por partes de *influencers* é um ato publicitário e, como tal, estes devem ser também responsáveis na eventualidade da criação de danos aos consumidores, por ação dessa mesma publicidade.

A este propósito e analisando a jurisprudência internacional, vejamos o caso do *Fyre Festival*⁴⁸.

O caso *Fyre Festival* é a história de um evento musical de luxo que se iria realizar nas Bahamas, no ano de 2017, em que foi anunciada e publicitada a existência de um grande cartaz de artistas musicais, alojamentos de luxo e ainda refeições de elevado calibre, confeccionadas por *chefs* famosos. Para este evento foram vendidos ingressos ao público por valores entre os USD 500 e os USD 1.500⁴⁹. Para conseguir alcançar um maior número de pessoas e esgotar os ingressos, McFarland, o organizador do evento, contratou *influencers* para que estes divulgassem o evento. Em troca dessa divulgação, os *influencers* receberiam uma contraprestação em espécie, designadamente ingressos para o evento, e uma contraprestação pecuniária, através do pagamento de uma quantia monetária elevada. Deste modo, os *influencers* contratados⁵⁰ partilharam simultaneamente nas redes sociais uma imagem de um quadrado cor de laranja, sem nenhuma informação sobre o conteúdo do evento, apenas constando da legenda uma mensagem de solicitação, de encorajamento e instigação a comparecerem no evento, não contento nenhuma informação adicional para além de “#FyreFestival”.

Após a venda exacerbada destes ingressos, o festival revelou-se um fracasso. Além do mau tempo que se fez sentir no dia anterior e que deteriorou as condições do local onde se ia realizar o festival, os chefes de cozinha não compareceram, os alojamentos eram

⁴⁸ ODY, LISIANE FEITEN WINGERT, *A responsabilidade dos influencers: uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais acontece*.

⁴⁹ O que, atualmente, corresponde aproximadamente a € 445 e a € 1336.

⁵⁰ Nomeadamente, Kendall Jenner (da família Kardashian), Bella Hadid (modelo do ano em 2016), Emily Ratajkowski (atriz e modelo americana), Hailey Baldwin (modelo), Elsa Holsk, Chanel Iman, Lais Ribeiro (modelos da Victoria's Secret).

precários e a maioria das celebridades musicais que ia atuar, nunca tinha confirmado a sua presença.

Os consumidores lesados decidiram intentar uma ação coletiva contra McFarland⁵¹, o que se revela expectável, mas também contra os *influencers*, o que foi recebido com alguma surpresa, com a justificação de que estes tinham publicitado o evento sem a identificação clara de que se tratava de publicidade⁵² e sem prestarem as informações essenciais sobre o objeto da publicidade.

McFarland foi condenado a uma pena de prisão de seis anos e ao pagamento de uma indemnização avultada de milhões de dólares, mas o que realmente surpreendeu foi que, além de a condenação do organizador, Kendall Jenner, uma *influencer* de renome com atualmente 220 milhões de seguidores no *Instagram*, acordou o pagamento de USD 90 000⁵³.

A questão adquire especial relevância porque, ao não identificarem a informação divulgada como publicidade, surge a questão de saber se o *influencer* age como um terceiro ao negócio jurídico em causa, atuando por sua própria conta e risco e sendo o contrato única e exclusivamente entre o anunciante (McFarland) e o consumidor, ou se faz diretamente parte da cadeia de consumo, equiparando-se à figura do anunciante.

Segundo o *The New York Times*⁵⁵, a propósito do caso *Fyre Festival* e da atuação de Kendall Jenner, quando nos encontramos flagrantemente perante um anúncio, estamos perante uma escolha ponderada e individual de quem a publicita, o que significa que os

⁵¹ The United States Department of Justice, *William McFarland sentenced to 6 years in prison in Manhattan Federal Court for engaging in multiple fraudulent schemes and making false statements to a federal law enforcement agent*, 2018, disponível em <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/william-mcfarland-sentenced-6-years-prison-manhattan-federal-court-engaging-multiple>

⁵² Note-se que o manuseio de elementos de identificação como os *hashtags*, “parceria paga” ou “patrocinado” são expressões que indiciam que estamos perante publicidade e que, como tal, estão vinculados a todos os princípios. Assim, revela-se insuficiente que se coloquem tais menções em letras pequenas ou num canto despercebido da imagem.

⁵³ Aproximadamente € 80.169 (oitenta mil e cento e sessenta e nove euros), valor abaixo do pretendido que seria o valor recebido pela publicação do *post*, cerca de € 244.961 (duzentos e quarenta e quatro mil, novecentos e sessenta e um euros).

⁵⁴ SHENTON, ZOE, *Kendall Jenner settles Fyre Festival Instagram post lawsuit for \$90,000*, *Cosmopolitan*, 2020, disponível em <https://www.cosmopolitan.com/uk/entertainment/a32624953/kendall-jenner-fyre-festival-lawsuit-settlement/>

⁵⁵ FRIEDMAN, VANESSA, *The rise and (maybe) fall of Influencers*, *The New York Times*, 2017, 2022, disponível em <https://www.nytimes.com/2017/05/10/fashion/kendall-jenner-fyre-festival-pepsi-bella-hadid-influencers.html>

envolvidos têm uma relação não só profissional como pessoal com o produto que estão a publicitar. Por sua vez, isso significa que dessa relação advém uma responsabilidade.

Neste caso, e na nossa opinião, os *influencers* deviam ser, em certa medida, responsabilizados⁵⁶, algo que exploraremos em maior profundidade adiante. Contudo, também anunciamos, desde já, a nossa censura relativamente à quantia acordada por Kendall Jenner, a título de compensação pela realização de atos de publicidade enganosa. O valor inicialmente requerido terá sido o valor monetário recebido pela *influencer* em troca do ato publicitário, isto é, cerca de USD 275 000. Porém, o valor último acordado foi, como referido *supra*, de USD 90 000, valor significativamente inferior ao recebido. O facto de o valor ser inferior ao valor recebido pela publicação faz com que a *influencer* ainda lucre com uma conduta ilícita, geradora de danos aos consumidores. Se, por um lado, a sua imagem pode ser prejudicada por tal acontecimento, a verdade é que monetariamente as repercussões não foram significativas, pelo que esta possibilidade de permitir que quem pratica uma conduta ilícita ainda consiga, com essa mesma conduta, obter algum lucro, poderá incentivar a que outros criadores de conteúdo digital, colocados na mesma posição, violem estes princípios e deveres.

⁵⁶ Análise que será efetuada de seguida, vd. §6. *A responsabilidade civil dos profissionais/agências de publicidade, em especial o caso dos influencers digitais.*

5.2. Publicidade ilícita

Os *influencers* dedicam-se aos mais variados temas, tais como *fitness* e saúde ou moda, sendo que muitas vezes comentam e recomendam diversos produtos relacionados com o seu âmbito de atividade. O que regularmente se verifica é que estes indivíduos, na maioria das situações, não têm qualquer qualificação necessária ou conhecimento científico que verse sobre o objeto divulgado. Tendo este facto em consideração, a probabilidade destas manifestações de incentivo ao consumo, por parte dos *influencers*, virem a causar danos ao consumidor é elevada.

São inúmeros os casos de *influencers* que divulgam certo tipo de medicação, aliada a uma ideia de “produto milagroso” que fará uma pessoa emagrecer ou casos de promoção de bronzeadores que protegem do sol sem ser necessário utilizar protetor solar.

A título de exemplo, e segundo o The Guardian⁵⁷ e a CNN⁵⁸, temos o caso do conhecido ex-pugilista Floyd Mayweather e do DJ Khaled, que se viram envolvidos num processo litigioso relativamente a uma campanha que fizeram nas suas redes sociais sobre *criptomoedas*. Além de terem sido acusados por não terem tornado explícito ao consumidor que estavam a publicitar um produto foram ainda acusados de publicidade ilícita, tendo vindo a comprovar-se que a atividade que estavam a publicitar era fraudulenta.

Além da condenação da empresa da moeda criptográfica, uma vez mais, a par de Kendall Jenner, tanto Mayweather como DJ Khaled chegaram a acordo, obrigando-se ao pagamento de \$100.000,00 e \$50.000,00⁵⁹, respetivamente, ficando ainda impedidos de publicitar bens ou serviços relativos a *criptomoedas* por um período de três anos.

⁵⁷ *Floyd Mayweather and DJ Khaled fined over cryptocurrency promotion*, The Guardian, 2018, disponível em <https://www.theguardian.com/sport/2018/nov/29/floyd-mayweather-dj-khaled-cryptocurrency-sec-fines>

⁵⁸ GARCIA, AHIZA, DJ Khaled, Floyd Mayweather Jr. charged with promoting cryptocurrency without disclosing they were paid, CNN Business, 2018, disponível em [Floyd Mayweather Jr. and DJ Khaled charged DJ Khaled, Floyd Mayweather Jr. charged with promoting cryptocurrency without disclosing they were paid - CNN](#).

⁵⁹ A par do caso de Kendall Jenner, o valor de pagamento acordado foi inferior ao recebido pelos *influencers*, o que, a meu ver, consubstancia um incentivo positivo à prática destes atos ilícitos.

Também, em 2019, correu e concluiu-se um processo⁶⁰ no Brasil que responsabilizou objetivamente uma *influencer* por uma compra que tinha sido feita pelo consumidor através de uma loja indicada pela mesma. Neste caso, a *influencer* tinha publicitado o produto e deixado à disposição dos seus seguidores o *site* onde poderiam adquirir o mesmo. O que se verificou foi que um certo consumidor, após ter sido dirigido a este *site* através do *link* publicado pela *influencer*, realizou o pagamento, mas nunca chegou a receber o produto.

Neste caso, o juiz considerou que, apesar de não se considerar que os *influencers* são parte da relação de consumo, estes incorrem em responsabilidade objetiva, na medida em que existe obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, um risco para os direitos de outrem. Segundo o juiz, a atividade normal desenvolvida pela *influencer* de expor produtos de terceiros à venda, faz com que os *influncers* prestem uma garantia sobre os produtos e seja indiscutível a sua influência na respetiva aquisição, na medida em que o consumidor não teria, muito provavelmente, comprado o produto se este não tivesse sido divulgado pela *influencer*. Assim, tratando se de uma atividade exercida com habitualidade, que gera lucros e proveitos e que é geradora de riscos e causadora de potenciais danos, os *influencers* devem ser responsabilizados e condenados à reparação dos danos causados na esfera jurídica de terceiros. Sublinha ainda que os *influencers*, ao realizarem atos de publicidade, devem ter o especial cuidado de se informarem sobre o produto, sobre as suas condições e veracidade.

Concluimos, assim, que este é um tema que tem começado a ser abordado pela doutrina e jurisprudência internacionais, mas sendo certo que são mais as dúvidas do que as certezas relativamente a estas questões, faltando ainda um longo percurso para que estes temas possam ser tratados e abordados de forma constante e sistemática na nossa ordem jurídica.

Importa agora analisar em que termos é equacionada esta responsabilidade em Portugal e se, à luz dos referidos casos, os *influencers* devem, ou não, responder perante os danos causados ao consumidor.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, de 5 de novembro de 2019, Proc. n.º 0019543-02.2019.8.19.0007, *Carina Calvano Cyrino x Pedro Afonso Rezende Posso*, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/influenciadora-digital-responde-golpe.pdf>

§6. A responsabilidade civil dos profissionais/agências de publicidade, em especial o caso dos *influencers* digitais

O regime e a ideia de responsabilidade civil consubstanciam um desvio relativamente àquela que seria a solução do nosso ordenamento jurídico. Regra geral, cada um suporta na sua esfera jurídica as consequências negativas de qualquer que seja o acontecimento relevante para a ordem jurídica. Contudo, o regime da responsabilidade civil possibilita que, quando verificados todos os seus pressupostos, essas consequências sejam transferidas para a esfera jurídica de outrem, não tendo de ser o próprio a suportar as consequências danosas que lhe foram causadas. Tal regime demonstra ser de extrema relevância para a merecida proteção do destinatário, como visto *supra*, e que deste modo se constitui titular de um possível direito a ser indemnizado pelos danos que lhe foram causados através da difusão de uma mensagem publicitária ilícita.

Apesar do conteúdo da responsabilidade civil poder variar consoante o caso concreto, a sua finalidade mantém-se: a reparação dos danos causados. De acordo com este fim, a indemnização derivada da responsabilidade civil nunca excederá esses mesmos danos, uma vez que a única finalidade é exclusivamente a sua reparação e não a punição de uma certa conduta, por exemplo.

O nosso Código Civil contempla uma divisão da responsabilidade civil entre contratual, extracontratual ou aquilina, encontrando-se previstas nos artigos 227º, 483º e 798º, respetivamente, do Código Civil.

Curiosamente, a matéria da responsabilidade é abordada de forma um pouco distinta no Código da Publicidade, no Decreto-Lei que versa sobre as práticas comerciais desleais e na Lei de Defesa do Consumidor. Em todos estes instrumentos legais, verifica-se meramente uma preocupação com a existência de responsabilidade civil em caso de verificação de um dano causado ao consumidor no âmbito de uma relação jurídica de consumo, não transparecendo um interesse na natureza dessa responsabilidade.

Deste modo, importa centrar no tema da responsabilidade dos *influencers* digitais quando estes efetuam um ato publicitário, que lhe tenha sido incumbido pelo anunciante, e que não esteja em conformidade com os princípios basilares e orientadores da publicidade, causando um dano ao consumidor.

O Código da Publicidade prevê, no n.º 1 do seu artigo 30º, que os *anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respetivos concessionários, respondem civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.*

No mais, o artigo 2º do Código da Publicidade reflete que *o direito civil e o direito comercial são de aplicação subsidiária.*

Deste modo, e no âmbito do direito de publicidade, o nosso Código Civil contempla:

- (i) as normas resultantes do incumprimento das obrigações, de negócios unilaterais ou da lei através do regime da responsabilidade contratual, previsto nos artigos 798º e ss.
- (ii) as normas provenientes da violação dos direitos absolutos ou da prática de certas condutas ilícitas que reproduzem um dano a outrem, através da responsabilidade extracontratual consagrada no artigo 483º;
- (iii) as delimitações do risco, que forcem o dever de indemnizar independentemente de existir uma conduta culposa⁶¹;
- (iv) normas resultantes do incumprimento de deveres pré-contratuais derivados do princípio da boa-fé, através do artigo 227º denominado de *culpa in contrahendo*.

Tendo isto em consideração, cumpre-nos averiguar em que medida é que os *influencers* digitais podem ser alvo de responsabilidade perante terceiros e perante o anunciante.

⁶¹ Cfr. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, 2ª edição, Vol, I, Coimbra editora, 1979, p.416

6.1. A responsabilidade civil dos *influencers* digitais

6.1.1. A responsabilidade civil dos *influencers* digitais perante terceiros

Para a aplicação do regime da responsabilidade civil, é necessário ter sido praticado um facto voluntário ilícito, imputável ao agente que, com dolo ou mera culpa, tenha causado um dano a outrem, sendo requisito a existência de nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano. Todos estes pressupostos se revelam cruciais para que, uma vez verificados, o agente fique obrigado a indemnizar o lesado pelos danos, patrimoniais ou não patrimoniais, resultantes da violação.

Assim, cabe-nos analisar, perante o caso concreto, a verificação destes pressupostos. Tomemos como exemplo o caso do *Fyre Festival*, relatado anteriormente, aplicando estes pressupostos à conduta da *influencer*, Kendall Jenner. Aqui,:

- (i) Encontramo-nos perante um facto voluntário do lesante que, por livre e ponderada escolha, decidiu difundir uma mensagem publicitária acerca do festival *Fyre Festival*;
- (ii) Verifica-se que o facto é ilícito, uma vez Kendall Jenner decidiu publicitar um festival através de um *post* de um quadrado cor-de-laranja, sem qualquer tipo de informação sobre o evento e com a disposição de um *link* que redireciona diretamente o consumidor para o *site* onde se compram os bilhetes, promovendo, assim, a aquisição dos mesmos, tratando-se de uma conduta contrária à lei, nomeadamente ao Código da Publicidade, que vincula os atos publicitários ao cumprimento de certos princípios como o da identificabilidade ou o da proibição de difundir mensagens publicitárias ocultas ou enganosas;
- (iii) O facto ilícito é imputável a Kendall Jenner, pois foi esta quem praticou o ato, isto é, que praticou o ato publicitário contrário à lei;
- (iv) Causou danos a outrem, nomeadamente aos consumidores que compraram bilhetes para o festival e que viram o mesmo não corresponder às expectativas que lhes foram criadas;

- (v) Há nexos de causalidade, pois aqueles danos apenas foram criados porque Kendall Jenner publicitou o festival. Ou seja, foi por o consumidor ter visto a publicação de Kendall Jenner que comprou os bilhetes para o festival⁶².

Para além dos *influencers* poderem ser alvo das mais diversas formas de responsabilidade anteriormente enunciadas, o Código da Publicidade dá um passo em frente ao determinar que o regime de solidariedade dos diversos agentes pela prática de factos ilícitos, neste caso através de atos publicitários.

Tal significa que, numa obrigação em que concorram diversos sujeitos, sejam estes ativos ou passivos, haverá uma unidade da prestação. No caso, há uma cadeia de agentes composta por, pelo menos, o anunciante e o *influencer* digital. Quer isto dizer que o consumidor, em caso de lesão de algum dos seus direitos, pode exigir a totalidade da reparação ao anunciante ou ao *influencer*⁶³, caso em que quem for chamado a prestar a totalidade da dívida tem a obrigação de solvê-la integralmente, exonerando os restantes obrigados no momento em que a prestação for efetuada⁶⁴.

Importa notar que, mesmo que o anunciante e o *influencer* estipulem entre si disposição diversa, tal terá apenas efeitos *inter-partes*, isto é, o consumidor não será afetado por tal acordo. Por exemplo, admitamos que o anunciante celebra um contrato com o *influencer* em que estipulam que, caso o anúncio seja previamente apresentado ao anunciante e por este aprovado, apenas este será responsável pelos possíveis danos causados ao consumidor. Tal contrato não invalida que o consumidor lesado pela publicidade deixe de poder invocar a responsabilidade do *influencer* perante este, uma vez que a responsabilidade é solidária. No limite, o anunciante e o *influencer* podem, depois de repararem os danos do consumidor, intentar uma ação de regresso entre si com base no contrato estipulado.

Por último, interessa ainda referir que, como exceção à responsabilidade dos anunciantes, reflete o Código da Publicidade no número 2 do artigo 30.º que estes *eximir-se-ão da*

⁶² Deverá, ainda, ser tida em consideração a teoria da causalidade adequada, prevista no artigo 563º do Código Civil, no que respeita ao dever do agente de indemnizar o lesado. Assim, para que o dano seja reparável, o facto praticado tem de ter sido condição do dano, não sendo exigível que, abstratamente, o facto seja uma causa adequada desse dano.

⁶³ Ou qualquer outro agente lesante, se aplicável.

⁶⁴ Fica clara a intenção do legislador resguardar a posição do consumidor ao consagrar este regime indemnizatório face a terceiros lesados, o que enfatiza a particular vulnerabilidade do consumidor.

responsabilidade prevista no número anterior caso provem não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

Curiosamente, não decorre expressamente do Código da Publicidade os casos em que os agentes publicitários não seriam responsabilizados pelos danos causados aos consumidores.

É verdade que, uma vez celebrado um contrato entre o anunciante e o *influencer*, o principal dever criado na ordem jurídica do anunciante é o dever de pagamento da retribuição ao *influencer*. Contudo, os deveres do anunciante não se restringem a este dever de pagamento, competindo-lhe também os deveres decorrentes do princípio da boa-fé e da mútua colaboração. Assim, revela-se essencial que certos elementos relativos ao bem ou serviço que vai ser divulgado pelo *influencer* lhe sejam fornecidos, tais como o preço, as características essenciais, qual a empresa que comercializa o produto e todas as demais informações substanciais para o correto cumprimento da obrigação do *influencer*: publicitar esse bem ou serviço.

Vejamos o seguinte exemplo,

O anunciante e o *influencer* celebram um contrato em que o segundo fica obrigado à divulgação de um certo modelo de telemóvel em troca de uma contraprestação monetária. O anunciante informa o *influencer* de que esse modelo de telemóvel se encontra com 25% de desconto. De acordo com esta informação, o *influencer* divulga o produto nas suas redes sociais, informando os seus seguidores que ao invés de € 200, o telemóvel estava, agora, a custar € 150.

O consumidor, ao ver este anúncio, dirige-se à loja para adquirir o produto.

Contudo, ao chegar à loja verifica que o equipamento se encontra apenas com 10% de desconto, isto é, que custa € 135.

Não surge a mais pequena dúvida de que o consumidor foi alvo publicidade enganosa, ao ver as expectativas que lhe foram criadas serem frustradas. Contudo, tal não justifica que o *influencer* em questão seja responsável pelo dano causado, uma vez que o carácter enganador surge na esfera jurídica do *influencer*, na medida em que obteve informações

falaciosas no momento da celebração do contrato de publicidade com o anunciante, e surge na esfera jurídica do consumidor no momento em que este se dirige à loja.

Nestes casos, a nosso ver, surge um certo conflito entre a defesa do consumidor e a do *influencer*, que também viu serem criados danos na sua esfera jurídica devido à conduta do anunciante. Contudo, e como estudámos ao longo de toda esta dissertação, o consumidor merece uma especial proteção devido à sua particular vulnerabilidade, pelo que se o *influencer* for o devedor solidário demandado, este terá de cumprir integralmente a prestação. Contudo, no âmbito da relação interna entre anunciante e *influencer*, para além do direito de regresso sobre o anunciante, isto é, do pedido de reembolso da quota-parte que lhe cabe, o anunciante responde perante o *influencer* por incumprimento contratual ou por violação dos deveres pré-contratuais.

6.1.2. A responsabilidade civil dos *influencers* digitais perante os anunciantes

Tal como concluímos anteriormente, um *influencer* ao publicitar um bem ou serviço está a praticar uma ação que se verifica ser no âmbito da sua atividade profissional. Como tal, o cumprimento desta atividade deve ser realizado com a máxima diligência, empregando toda a experiência já adquirida para alcançar os objetivos desse ato publicitário, evitando lesar não só os consumidores, o que resultaria nas consequências imediatamente acima analisadas, como os demais agentes publicitários envolvidos, neste caso os anunciantes.

Assim, cabe-nos a este propósito averiguar se a obrigação assumida pelo *influencer* digital consubstancia uma obrigação de meios ou de resultado.

A nosso ver, e como justificaremos adiante, não surge qualquer dúvida em qualificarmos a obrigação dos *influencers* como uma obrigação de meios, isto é, quando um *influencer* é contratado para publicitar algo, naturalmente que se exige que o mesmo atue de forma estratégica, ponderada e comprometida através da aplicação de todo o seu conhecimento e experiência. Contudo, o contrato pressupõe a promoção do bem ou serviço, mas não uma prestação de resultados. Com isto, os *influencers* digitais não podem nem devem responder perante os anunciantes pela ineficácia prática do anúncio, mais especificamente pelo não crescimento incremental da venda do bem ou serviço publicitado. Neste sentido, defende RITA BARBOSA DA CRUZ⁶⁵ que quem divulga atos publicitários *pode assumir uma obrigação de resultado (...) no sentido de finalizar, nos termos e segundo as condições acordadas, a obra publicitária e por este resultado pode ser responsabilizada. Pelo contrário, já não lhe é lícito assumir uma obrigação de garantia, comprometendo-se para com o cliente que, em consequência da ação publicitária, este obterá um aumento do volume de vendas ou uma maior percentagem de lucro.*

Além disso, fazê-lo seria ignorar que a venda de um certo bem ou serviço não depende apenas da sua publicitação, mas também da qualidade, do preço, da concorrência ou do *stock* do produto, por exemplo.

⁶⁵ CRUZ, RITA BARBOSA DA, *A publicidade – em especial os contratos de publicidade*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1299 a 1391, p.1340

Claro está que, a partir do momento em que o *influencer* incumpre o contrato com o anunciante, será sujeito a responsabilidade contratual, uma vez que a sua obrigação se restringe ao cumprimento dos deveres inerentes à sua prestação.

Assim, será imprescindível que se verifique um nexo de causalidade entre o facto e o dano, isto é, a verificação de que foi a inobservância dos deveres contratuais por parte do *influencer* que originaram o prejuízo ou a falta de resultados positivos para o anunciante. Se tal ocorrer, então o *influencer* deve ser responsabilizado pelo incumprimento contratual, como previsto nos artigos 798º e ss. do Código Civil, indemnizando o anunciante pelos danos causados.

6.1.3 O tipo de danos causados por publicidade ilícita, a determinação da indemnização e o ónus *probandi*

Como vimos, a verificação de um dano na esfera jurídica do consumidor constitui um elemento crucial para que se acione a responsabilidade civil indemnizatória.

O *influencer*, ao divulgar um bem ou serviço, está adstrito às mais diversas normas previstas no Código da Publicidade. Assim, a violação de alguma destas normas poderá causar danos aos consumidores.

Estes danos podem ser caracterizados como não-patrimoniais/morais ou patrimoniais, abrangendo estes o desdobramento entre os danos emergentes, isto é, a perda patrimonial efetivamente sofrida, correspondente ao prejuízo já existente na data da lesão, e os lucros cessantes, correspondente aos benefícios que o consumidor deixou de obter devido à lesão, mas que ainda não tinha direito na data da lesão⁶⁶. Assim, e de acordo com ANTUNES VARELA, *o dano patrimonial é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado*⁶⁷.

Os danos patrimoniais podem ser reparados através de uma indemnização pecuniária. Diferentemente, os danos não-patrimoniais, que atingem, por regra, os direitos de personalidade previstos nos artigos 70º e seguintes. do Código Civil, não são suscetíveis de avaliação pecuniária, mas podem ser alvo de uma “compensação”, de acordo com o artigo 494º, n.º 2 do Código Civil. Neste sentido, ANTUNES VARELA refere que, por regra, é imposta uma obrigação pecuniária ao agente, mas que se considera *mais como uma satisfação do que como uma indemnização*⁶⁸.

Quando nos referimos a publicidade enganosa, importa sublinhar que a simples transmissão de um mensagem publicitária que não seja verdadeira não cria diretamente um dano. A título de exemplo,

- (i) Quanto à posição do consumidor, é necessário que este adquira efetivamente o bem ou serviço publicitado, caso em que se verificará que o bem não corresponde ao que foi publicitado ou que o consumidor pagou o preço, mas não lhe foi entregue o bem. Nestes casos, os danos causados são suscetíveis de reparação por parte do agente lesante.

⁶⁶ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., 2000, p.599

⁶⁷ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., 2000, p.591

⁶⁸ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., 2000, p.601

- (ii) Quanto à posição do anunciante, se verificarmos a existência da situação prevista no artigo 30º, n.º 2 do Código da Publicidade, a publicidade enganosa divulgada pelo *influencer* e desconhecida pelo anunciante, pode causar danos patrimoniais e não patrimoniais a este último, através de um impacto negativo na imagem da empresa perante o olhar dos consumidores, por exemplo, e traduzir-se numa diminuição de clientes e, conseqüentemente, de vendas.

Verificando-se a ocorrência destes danos, ou de diversos não exemplificados nas alíneas acima, surge a obrigação de indemnizar. Esta obrigação, de acordo com o artigo 566º, n.º 1 do Código Civil, implica a restituição natural, isto é, a reconstituição da situação hipotética que existiria se não se tivesse verificado o facto gerador da responsabilidade. No entanto, caso esta não seja de possível concretização por não reparar integralmente os danos ou por ser excessivamente onerosa para o devedor, a indemnização deve ser fixada em dinheiro, tal como previsto no artigo referido, sendo calculada através da teoria da diferença, isto é, *pela diferença entre a situação real em que o facto deixou o lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria sem o dano sofrido*⁶⁹.

Por último, importa notar que no ordenamento jurídico português, a veracidade dos factos invocados precisa de ser demonstrada por quem os invoca, segundo o artigo 342º do Código Civil.

Assim, quando nos referimos a responsabilidade civil subjetiva, por força do artigo 483º e 487º do Código Civil, é ao lesado que recai o dever de provar a culpa do lesante, salvo os casos em que haja presunção legal de culpa.

Já no âmbito da responsabilidade contratual, encontramos-nos perante uma presunção de culpa do devedor que inverte o ónus da prova, sendo incumbido ao devedor a prova de que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não se devem a sua culpa.

É precisamente este o caso que encontramos no âmbito da publicidade, vejamos o que reflete o Código da Publicidade:

- (i) Sobre a publicidade enganosa, prevista no artigo 11º, o seu número 2 estipula que *cabe ao anunciante apresentar provas da exatidão material dos dados de facto contidos na publicidade; e*

⁶⁹ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, 10.ª ed., 2000, p.906

- (ii) Sobre o princípio da veracidade, consagrado no artigo 10º, o número 2 refere que as afirmações sobre os bens ou serviços devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

Uma vez mais, o legislador revela toda a intenção em proteger o vulnerável consumidor, destinatário da publicidade, invertendo o ônus da prova. Deste modo, ao consumidor lesado basta-lhe apenas provar os danos que lhe foram causados em consequência do ato publicitário.

6.2. Responsabilidade pré-contratual

Por último, além da responsabilidade civil extracontratual e contratual, não queríamos deixar de fazer uma breve análise à possibilidade dos *influencers* digitais responderem pela violação de deveres pré-contratuais.

Tal como verificado em §3. *Deveres pré contratuais das partes: o dever de informação vs. o ónus de autoinformação*, o legislador admite a existência de direitos e deveres derivados do princípio da boa-fé em momento prévio à celebração do contrato, isto é, na fase negocial. Tal justifica-se, de acordo com ANA PRATA, na *tutela da confiança do sujeito na correção, na honestidade, na lisura e na lealdade de comportamento da outra parte quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos, por ele ser o seu autor ou o seu destinatário*, acrescentando que *o problema tanto se coloca a propósito dos contratos como dos negócios unilaterais, ou até dos puros atos jurídicos, desde que tenham um destinatário*⁷⁰.

Sendo o contrato de consumo entre o vendedor/anunciante e o consumidor, seriam estas as partes vinculadas ao cumprimento destes deveres pré-contratuais. Contudo, tem-se procurado estender estes deveres a terceiros que, apesar de não serem diretamente parte no contrato celebrado com o consumidor, encontram-se numa posição em que podem gerar uma justificada confiança que pode pesar na celebração dos contratos.

No âmbito da publicidade, esta questão adquire uma substancial relevância, uma vez que no comércio jurídico-publicitário podemos encontrar longas cadeias de intervenientes que, apesar de não serem parte no contrato, influem neste.

Assim, tendemos a defender que os *influencers*, aquando da prática de atos publicitários, devem respeitar os deveres pré-contratuais, estando vinculados a prestar informações verdadeiras e precisas, proporcionando ao consumidor as características essenciais do bem ou serviços a publicitar. Caso tal não ocorra, podem ser alvo de responsabilidade pré-contratual.

⁷⁰ PRATA, ANA, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Lisboa, 2002, p.25

Neste caso, e tal como referido num acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra⁷¹, os pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual são absolutamente simétricos aos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, sendo a única diferença a de que, no domínio da responsabilidade pré-contratual, a ilicitude corresponde à violação de algum dos deveres de boa fé pré-contratual, geralmente incluídos na tríade anteriormente indicada: dever de proteção, dever de informação e dever de lealdade⁷².

Deste modo, e uma vez que já verificámos a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva, parece-nos que os *influencers* devem, também, responder por violação dos deveres pré-contratuais.

⁷¹ **AcRelCoimbra de 7 de outubro de 2013** (HENRIQUE ANTUNES) / Proc. nº 325/06.1TBTBU.C1, disponível em www.dgsi.pt

⁷² Cfr. §3, *Deveres pré-contratuais, em especial o dever de informação*

§7. Conclusão

A utilização das plataformas digitais como ambiente de celebração de contratos de consumo e o aparecimento, e exponencial crescimento, da figura dos *influencers* digitais como parte desta cadeia de consumo têm impactos naqueles que são os direitos e deveres de todos os envolvidos.

Verificámos que a publicidade praticada de acordo com os seus princípios orientadores é um mecanismo benéfico para o mercado de consumo, seja para quem vende certos produtos como para quem os compra.

Contudo, nem toda a publicidade cumpre com esses princípios, decorrendo daí danos causados aos consumidores, que muitas vezes se veem iludidos e incentivados a adquirir um certo produto, que também muitas vezes não corresponde ao que lhes foi apresentado. É frequentemente o caso da divulgação de mensagens publicitárias por parte dos *influencers* digitais.

Neste trabalho procurámos analisar as situações em que estes intervenientes incorrem em responsabilidade civil, uma vez que, ao indicar e promover certos produtos, podem vir a criar danos na esfera jurídica de outrem, em especial na dos consumidores que, por terem uma relação de confiança com os *influencers*, adquirem os produtos que estes divulgam, acreditando na maioria das informações que lhe são transmitidas pelo *influencer* no âmbito desse mesmo ato publicitário.

Após esta análise, o nosso entendimento é o de que, verificados os pressupostos da responsabilidade, os *influencers* devem responder civilmente perante os consumidores pelas mensagens publicitárias a estes transmitidas e que se revelam causadoras de danos. Seja através de responsabilidade contratual, extracontratual ou, a nosso ver, até mesmo pré-contratual.

Essencialmente, e sendo esta uma realidade tão presente nos dias de hoje, esta dissertação pretende reforçar a importância e a necessidade de o Direito se debruçar sobre estas questões.

É impreterível que se comece a pensar, a olhar e a procurar respostas para as mais diversas situações que surgem, e que se vão manifestar com cada vez maior regularidade em ambiente digital, e para a responsabilidade em que incorrem todas as novas figuras que surgem neste meio e que têm impacto na relação de consumo constituída.

Importa não esquecer que os *influencers* digitais agem como verdadeiros anunciantes, pelo que certos atos publicitários são feitos de forma unilateral, tendo estes liberdade de escolha na maneira como o faz. Assim, se decidirem consciente e diligentemente partilhar com os seus seguidores um certo bem ou serviço, devem também assumir a responsabilidade sobre essa mesma divulgação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, PEDRO DE, *Direito das obrigações – Contratos em Especial*, Vol. I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

ALMEIDA, TERESA, *Lei de Defesa do Consumidor – Anotada*, 2ª ed., Instituto do Consumidor, Lisboa, 2001

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil Teoria Geral*, 2ª ed. Coimbra Editora, Vol. I, 2000

ASENSIO, PEDRO ALBERTO DE MIGUEL, *Derecho privado de internet*, Civitas Ediciones, 2002

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os Contratos de Consumo: reflexão sobre a autonomia privada no Direito do consumo*, Almedina, 2012

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumidor*, 7ª ed., 2020

CHAVES, RUI MOREIRA, *Código da Publicidade Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2005

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo I, 4ª edição Almedina, Coimbra, 2012

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Comercial*, Almedina, 5ª ed., 2022

COSTA, ANDREIA RODRIGUES, *O regime jurídico da Publicidade Enganosa: a (des)proteção dos consumidores?*, Porto, 2014

COSTA, MARIANA FONTES DA, *O dever pré-contratual de informação (FLUP)*, 2022

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., 2009, pp. 243-276

CRISTAS, ASSUNÇÃO, *Concorrência desleal e a proteção do consumidor: a propósito da Diretiva 2005/29/CE*, AA.VV. Homenagem da faculdade de direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, 2007

- CRUZ, RITA BARBOSA DA, *A publicidade – em especial os contratos de publicidade*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 1299 a 1391, p.1340
- CUNHA, PAULO OLAVO, *DIREITO Comercial e do Mercado*, 3ª ed., Almedina, 2021
- FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 6ª ed., 2017, pp. 193-211
- FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA, *Código Civil, Livro do Cinquentenário, Vol. I*, Almedina, 2019, p.307
- FRADA, MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2007
- FROTA, MÁRIO, *Direito de Arrependimento – Parecer*, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 24, 2000, pp. 78-86
- LEITÃO, LUÍS MENEZES TELES DE, *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Lisboa, Abril/Junho 2011
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Volume II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais, Estudos do direito do consumidor*, FDUC, Centro de Direito do consumo, 2015
- REBELO, FERNANDA NEVES, *O direito à informação do consumidor na contratação à distância*, in *Liber Amicorum Mário Frota: A causa dos direitos dos consumidores*, 2012, p. 136.
- ODY, LISIANE FEITEN WINGERT, *A responsabilidade dos influencers: uma análise a partir do Fyre Festival, a maior festa que jamais aconteceu*
- PEREIRA, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS, *Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, 2005
- PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Direito da Internet e Comércio Eletrónico, Quid Juris?* - sociedade editora, Lisboa, 2001

- PRATA, ANA, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Lisboa, 2002
- SERRANO, LUÍS M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*, Madrid/Barcelona, Marçal Pons, 2001
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 2002, p.152
- VICENTE, JOSÉ RAMÓN GARCÍA, *Derecho de Desistimiento*, in *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- SHENTON, ZOE, *Kendall Jenner settles Fyre Festival Instagram post lawsuit for \$90,000*, Cosmopolitan, 2020, disponível em <https://www.cosmopolitan.com/uk/entertainment/a32624953/kendall-jenner-fyre-festival-lawsuit-settlement/>
- FRIEDMAN, VANESSA, *The rise and (maybe) fall of Influencers*, The New York Times, 2017, 2022, disponível em <https://www.nytimes.com/2017/05/10/fashion/kendall-jenner-fyre-festival-pepsi-bella-hadid-influencers.html>
- Floyd Mayweather and DJ Khaled fined over cryptocurrency promotion*, The Guardian, 2018, disponível em <https://www.theguardian.com/sport/2018/nov/29/floyd-mayweather-dj-khaled-cryptocurrency-sec-fines>
- GARCIA, AHIZA, *DJ Khaled, Floyd Mayweather Jr. charged with promoting cryptocurrency without disclosing they were paid*, CNN Business, 2018, disponível em [Floyd Mayweather Jr. and DJ Khaled charged DJ Khaled, Floyd Mayweather Jr. charged with promoting cryptocurrency without disclosing they were paid - CNN](https://www.cnn.com/2018/11/29/business/dj-khaled-floyd-mayweather-cryptocurrency-sec-fines/index.html)

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

AcRelCoimbra de 7 de outubro de 2013 (HENRIQUE ANTUNES) / Proc. n.º 325/06.1TBTBU.C1, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro, de 5 de novembro de 2019, Proc. n.º 0019543-02.2019.8.19.0007, Carina Calvano Cyrino x Pedro Afonso Rezende Posso, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/influenciadora-digital-responde-golpe.pdf>

The United States Department of Justice, *William McFarland sentenced to 6 years in prison in Manhattan Federal Court for engaging in multiple fraudulent schemes and making false statements to a federal law enforcement agent*, 2018, disponível em: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/william-mcfarland-sentenced-6-years-prison-manhattan-federal-court-engaging-multiple>