



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Jéssica Cruz Maia Ferreira

PUBLICIDADE INVISÍVEL
O PROBLEMA DOS *INFLUENCERS* DIGITAIS

VOLUME 1

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (tendente ao grau de mestre) e sob a orientação da Professora Sandra Cristina Farinha Abrantes Passinhas Videira

Outubro de 2021

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer à minha família, em especial, aos meus pais e ao meu irmão, por estarem sempre presentes nos bons e maus momentos e por toda a ajuda e disponibilidade que sempre tiveram para comigo.

À minha avó Ângela, a grande responsável pelo meu crescimento e desenvolvimento como pessoa, que fez de mim tudo aquilo que sou hoje. Um agradecimento especial porque nos deixou este ano e não poderei partilhar com ela mais uma conquista, por isso a ti dedico esta dissertação.

Aos meus amigos, Inês Nobre, Diana Cardoso, Joana Santos, Diogo Vale, Ricardo Silva, Elisa Moutinho e Paulo Moura, que me acompanharam nesta longa caminhada, que partilharam comigo os melhores e os piores momentos, cujo apoio incondicional deles foi fundamental para todos os meus êxitos.

Ao Daniel, por todo o apoio, sacrifício, paciência e coragem transmitida durante todas as etapas da minha vida. Em especial, nesta etapa, que face a todas as adversidades da minha vida, sempre me encorajou a não desistir, sendo sempre um ouvinte atento de todas as minhas dúvidas, inquietações, desânimos e sucessos, o meu mais sincero agradecimento.

À Faculdade de Direito de Coimbra, e a todos os docentes e funcionários que contribuíram a minha evolução pessoal e profissional.

À minha orientadora, a professora Sandra Passinhas, pela valiosa partilha de conhecimentos, pela contribuição e incentivo à realização da presente dissertação.

A Coimbra, por me acolher e partilhar comigo a sua história e conhecimento. Foi um privilégio conhecer-te, e viver contigo os melhores anos da minha vida. Despeço-me com a certeza que voltaremos a encontrar-nos.

À memória da minha avó, Ângela

Resumo

Numa era cada vez mais digital, surge a profissão de *influencer* digital, e com ela inúmeros problemas jurídicos do ramo da publicidade que levantam diversos problemas e questões. Falamos aqui do problema dos *influencers* digitais, que consiste na violação do princípio da identificabilidade e na publicidade oculta por de trás de opiniões aparentemente pessoais.

Assim, numa perspetiva de compreender o problema em causa, é necessário perceber em que categoria de sujeitos publicitários se inserem os *influencers*, onde se inserem os consumidores, bem como os tipos de publicidade ilícita, onde encontramos a publicidade oculta, como também os tipos de contratos de publicidade existentes. De realçar que, a publicidade pode ser considerada uma prática comercial, e podemos estar aqui perante uma prática comercial desleal, problemática que cumpre ser analisada.

Deste modo, como forma de dar uma possível solução ao problema, é importante discutir a viabilidade de uma auto-regulação e imposição de um código de conduta, não só de forma a garantir a proteção dos consumidores, como também os profissionais desta área. É importante ter em conta que, já há auto-regulação noutros países e nesse sentido decisões relativas a publicidade oculta.

Por outro lado, cumpre-se também analisar as possíveis consequências da publicidade ilícita, não só o ilícito contraordenacional como também a aplicabilidade da responsabilidade civil nestes casos. A análise será feita não só com base no regime jurídico nacional, como também estrangeiro.

Palavras-chave: *influencers* digitais; publicidade oculta; princípio da identificabilidade; opiniões aparentemente pessoais; responsabilidade civil dos *influencers* digitais

Abstract

In an increasingly digital era, the profession of digital influencer appears, and with its numerous legal problems in the advertising industry that raise several questions. We are talking here about the problem of digital influencers, which is a violation of the principle of identifiability and hidden publicity behind apparently personal opinions.

Thus, in order to understand the problem at hand, it is necessary to understand in which category of advertising subjects influencers fall, where consumers are included, as well as the types of illicit advertising, where we find hidden advertising, as well as the types of existing advertising contracts. It should be noted that advertising can be considered a commercial practice, and here we may be facing an unfair commercial practice, a problem that must be analyzed.

Thus, as a way to provide a possible solution to the problem, it is important to discuss the feasibility of self-regulation and the imposition of a code of conduct, not only in order to guarantee the protection of consumers, but also professionals in this area. It is important to bear in mind that there is already self-regulation in other countries and, accordingly, decisions regarding hidden advertising.

On the other hand, it is also necessary to analyze the possible consequences of illegal advertising, not only the illicit administrative offense but also the applicability of civil liability in these cases. The analysis will be made not only based on the national legal regime, but also abroad.

Keywords: digital influencers; hidden advertising; principle of identifiability; seemingly personal opinions; liability of digital influencers

Lista de Abreviaturas e Siglas

Ad – advertising

AEA - Associação Espanhola de Anunciantes

ARP – Auto-Regulação Publicitária

Art. – Artigo

AUTOCONTROL - Autorregulação da Comunicação Comercial

C. Civil – Código Civil

CE – Comunidade Europeia

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária

C. Pub – Código da Publicidade

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DL PCD – Decreto – Lei relativo às Práticas Comerciais Desleais

D PCD – Diretiva relativa às Práticas Comerciais Desleais

Ed – edição

LDC – Lei da Defesa do Consumidor

P. – Página

Pub – Publicidade

V – Volume

Índice	
Resumo	4
Abstract	5
Lista de Abreviaturas e Siglas	6
Introdução	8
Parte I – Enquadramento teórico	11
1. Influencers digitais como sujeitos de publicidade	11
1.1 – Contextualização - Influencers digitais são anunciantes?	11
1.2 – Consumidores como destinatários da mesma.....	14
Parte II – Enquadramento Prático	17
1. Princípio da identificabilidade	17
2. Tipos de Publicidade Ilícitos	20
2.1 – Práticas Comerciais Desleais.....	20
2.2 – Publicidade Oculta.....	24
2.3 – Publicidade Sublimar.....	26
2.4 – Opiniões Aparentemente Pessoais.....	27
3. O Problema Dos Influencers Digitais	28
4. Responsabilização dos Influencers Digitais pela publicidade ilícita	31
4.1 – Em que medida se aplicam as medidas sancionatórias?.....	33
5. Possibilidade da Auto -Regulação da Profissão de Influencer.....	35
6. A exposição das crianças nos perfis das influencers digitais	38
Parte III – Outros Ordenamentos	41
1. Posições Adotadas noutros ordenamentos jurídicos	41
Europa.....	41
EUA.....	42
Brasil.....	43
Parte IV	47
Nota Conclusiva	47
Parte V	53
Bibliografia	53
Jurisprudência	55
Legislação Complementar.....	55

Introdução

A sociedade dos dias de hoje é cada vez mais influenciada no seu dia a dia pelo que vê na internet, mais propriamente, nas redes sociais sendo estas uma nova forma de divulgação de publicidade. Todos os dias nas redes sociais nos deparamos com qualquer tipo de publicidade, seja através de publicidade de lojas online que seguimos, seja através das pessoas que seguimos ou até mesmo publicidade que aparece nas páginas que estamos a consultar.

Deste facto, nasceu uma profissão que se encontra em ascensão, sendo nos dias de hoje em Portugal já bastante conhecida, os *influencers*¹ digitais. Os *influencers* digitais, que muitos de nós seguem nas redes sociais acabam por influenciar os consumidores a adquirir produtos, todos os dias, tendo em conta que estes por regra possuem um contrato de publicidade com determinadas marcas que através de patrocínios², parcerias³ ou ofertas⁴ fazem publicidade de determinado produto.

Contudo, esta publicidade não deixa de estar sujeita ao Código da Publicidade (DL n.º 330/90 de 23 de outubro), à Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), bem como estar de acordo com a CRP. Do Código da Publicidade, art.1º decorre que: “O Código da Publicidade aplica-se a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão”.

¹Definição: “Pessoa ou personagem no meio digital que possui o potencial de influenciar os outros, independentemente do número de consumidores seus seguidores que acompanham as suas publicações. Influenciadores também são criadores de conteúdos digitais e uma fonte importante de informação e de influência para os consumidores que nestes confiam”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, Informação Sobre Regras e Boas Práticas na Comunicação Comercial No Meio Digital: *Guia para influenciadores e Anunciantes* (2019), p.4

²PATROCÍNIO: “A atribuição de qualquer apoio, seja através de contributos financeiros, humanos ou materiais, ou da disponibilização de quaisquer bens, serviços ou recursos num evento ou atividade, como contrapartida de uma associação direta ou indireta a esse evento ou atividade, com vista à promoção do nome, da imagem ou das atividades, bens ou serviços do patrocinador. O patrocínio é uma forma especial de publicidade e está sujeito aos mesmos princípios e regras gerais”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

³PARCERIA: “Relação de colaboração com vista à obtenção de uma boa imagem da marca ou instituição, sem condições exigidas”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

⁴OFERTA: “Disponibilização gratuita de bens ou serviços por parte das marcas, ainda que por tempo determinado, sem condições”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

Desta forma, uma publicação pode ser considerada publicidade quando : “Existe algum tipo de relação comercial que implique o pagamento de um valor monetário; A publicação inclui a oferta de produtos com ou sem quaisquer condições, como sejam, presentes, brindes, amostras, serviços, convites para viagens, eventos, refeições, estadias, experiências, descontos e sorteios, empréstimo de artigos ou outros benefícios, mesmo que não exista uma compensação financeira; O conteúdo promove produtos ou serviços específicos e contém links ou códigos de desconto.”⁵

A publicidade tal como é regulada no Código da Publicidade, encontra-se regida por diversos princípios importantes, tais como o princípio da informação, ou seja, o consumidor tem de estar devidamente informado sobre o produto que poderá vir a adquirir, “porquanto o consumidor tem o direito a não somente de não ser enganado, mas também de ser informado verídica e lealmente sobre pontos fundamentais que determinarão e poderão determinar a sua decisão.”⁶ Bem como o princípio da licitude, que “tutela os valores, princípios e instituições fundamentais, proibindo a sua ofensa pela publicidade.”⁷

O grande problema deste tipo de publicidade surge no princípio da identificabilidade, art.8º, DL n. 330/90 de 23 de outubro “1 - A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”, acontece que algumas *influencers* digitais não indicam que o que estão a mencionar é a título de publicidade, uma clara violação do código da publicidade, bem como da lei da defesa do consumidor, mas um problema ainda mais grave é a dita “publicidade invisível” em que é transmitido conteúdo como se fosse opinião de um consumidor para outro consumidor mas que na realidade é uma estratégia, ainda que dissimulada, de publicidade. Esta última é muito usada pelos *influencers* digitais, desta forma, será este tipo de publicidade uma publicidade oculta ou dissimulada? Sendo que ambas são ilícitas, art.9.º do DL n. 330/90 de 23 de outubro “1 - É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”.

⁵DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

⁶JOÃO CALVÃO DA SILVA, “A Publicidade Na Formação Do Contrato”, *In FDUL Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra Editora, 2004, p.697

⁷RUTE COUTO, “Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à Informação”, *Revista Luso-brasileira de Direito do Consumidor – V III|Nº9| (2013)*,p.58

De forma, a suprir algumas dúvidas que possam existir e de forma a melhor regular esta profissão, a Direção Geral do Consumidor criou o guia para *influencers* e anunciantes, mas será que este guia de boas praticas no meio digital é suficiente para suprir alguns ilícitos cometidos por estas? É a resposta a esta e outras questões que vamos procurar responder na presente dissertação.

Na presente, pretende-se antes demais perceber o regime do Código da Publicidade e em que medida se relaciona com a lei do consumidor, de seguida fazer um enquadramento na profissão de *influencer* digital e em que medida a publicidade perpetrada por estas não é prejudicial ao consumidor e pode influenciar de forma negativa os consumidores. Também se abordará a publicidade dissimulada ou oculta e se podemos caracterizar a publicidade dos *influencers* como tal.

No primeiro capítulo ir-se-á fazer um pequeno enquadramento teórico, ou seja, perceber como se podem enquadrar os *influencers* nos sujeitos publicitários e quem serão os destinatários da publicidade por estes difundida

No segundo capítulo irá esmiuçar-se o princípio da identificabilidade, a sua ligação ao direito da informação, a sua definição, pressupostos, em que sentido os *influencers* o violam, os tipos de publicidade e contratos publicitários. Também se irá compreender em que consiste o verdadeiro problema dos *influencers* digitais, ou seja, o que leva ao ilícito, bem como as sanções já existentes e por fim, em que medida é que estes podem ser responsabilizados, tanto a nível civil como penal, pelo tipo de publicidade pois decorre do guia para influenciadores e anunciantes, da direção geral do consumidor, feito pelo governo no sentido de orientar esta profissão que: “Os influenciadores, os anunciantes e as agências são corresponsáveis pelos conteúdos comerciais divulgados.”

Ainda se irá discutir a problemática das práticas comerciais desleais, onde se pode enquadrar a publicidade oculta, e equacionar a auto-regulação, em que medida se pode aplicar aos *influencers*, se será exequível a auto-regulação da profissão aqui em discussão e perceber em que medida foi aplicada noutros ordenamentos.

A título breve irá ainda ser abordada a exposição das crianças, filhas de *influencers* nas redes sociais e como são utilizadas a título publicitário.

No terceiro capítulo, irá verificar-se o regime adotado para estas noutros ordenamentos jurídicos, sendo que, em Portugal ainda é pouco discutida esta questão, tanto que não há jurisprudência sobre o assunto. Portanto, iremos tentar compreender em que medida os outros países regulamentam esta profissão, e em caso de ilícitos que sanções aplicam, ou mesmo se responsabilizam civilmente os *influencers* digitais.

Por fim, será feita uma nota conclusiva, onde se abordará o problema em foco, se irá equacionar uma possível aplicação da responsabilidade civil, ou seja, uma possível solução para o problema em apreço, bem como o ónus de prova para aplicação da mesma.

Parte I – Enquadramento teórico

1. Influencers digitais como sujeitos de publicidade

1.1 – Contextualização - Influencers digitais são anunciantes?

Antes de começar a falar do tema em questão, devemos tentar perceber o que se entende por publicidade, o art.3º do C.Pub entende como publicidade: “ (...) qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza publica ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal (...)”, e atividade publicitária, tal como consta do art.4º do C.Pub, “Considera-se atividade publicitaria o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agencias de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efetuem as referidas operações”.

Portanto, temos aqui “um conceito amplo, que incide sobre o processo publicitário e que num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação se torna progressivamente mais complexo.”⁸

A publicidade foi evoluindo ao longo da história, e cada vez mais a publicidade “cabe no conceito de prática comercial de empresa nas relações com os consumidores ou, abreviadamente, prática comercial.”⁹ Do exposto, acresce que as redes sociais e tecnologias digitais só vieram potenciar a relevância desta. Nas palavras do autor Paulo Mota Pinto, “A publicidade é, assim, qualquer forma de comunicação, não sendo o conteúdo da mensagem

⁸ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony Editora, 2018, p.43

⁹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.43

relevante para a delimitação. Para que se esteja perante uma comunicação publicitária, esta deve ser promovida pelo anunciante no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal.”¹⁰

Porém, há uma distinção importante a fazer entre publicidade e comunicação comercial, “(...) ficam abrangidos pelo conceito de comunicação comercial audiovisual a publicidade televisiva, televenda, patrocínio, a colocação do produto, a ajuda à produção e autopromoção. (...) abrange a publicidade bem como outras técnicas, (...) que pretenda essencialmente promover e influenciar o comportamento dos consumidores”¹¹ Portanto, os *influencers* digitais quando comunicam com os seus seguidores a título de publicidade, estão na realidade a fazer comunicação comercial.

Importa também distinguir o elemento objetivo, subjetivo e teleológico da publicidade. O elemento objetivo diz respeito “a qualquer forma de comunicação”, “é uma conduta externa dirigida a determinados agentes económicos”¹², quanto ao elemento subjetivo corresponde “entidades de natureza pública ou privada”, e este elemento “coincide com a noção de anunciante consagrada no art.5º, n.º1 alínea a) do C.Pub.”¹³O elemento teleológico “não incide sobre a intenção do anunciante”.¹⁴

Portanto, tendo em conta o que já foi dito quem pode ser sujeito de publicidade? O anunciante, art.5º, n.º1, a) do C.Pub “a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade”, sendo que podemos também ter o profissional ou agência de publicidade, art.5º, n.º1, b) do C.Pub “a pessoa singular que exerce a atividade publicitária ou a pessoa coletiva que tenha por objeto exclusivo o exercício da atividade publicitária” e o titular de suporte publicitário, art.5º, n.º1, c) do C.Pub “o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária”.

De entre os sujeitos de publicidade em que sujeito podemos enquadrar os *influencers* digitais? E o que são *influencers* digitais? *Influencer* é “Pessoa ou personagem no meio digital que possui o potencial de influenciar os outros, independentemente do número de

¹⁰PAULO MOTA PINTO, “Publicidade Domiciliária Não Desejada”, 74 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1998), p.276

¹¹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.35

¹²ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.35

¹³ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.38

¹⁴ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.38

consumidores seus seguidores que acompanham as suas publicações. Influenciadores também são criadores de conteúdos digitais e uma fonte importante de informação e de influência para os consumidores que nestes confiam”¹⁵

Nos dias de hoje, no Instagram são várias as contas de *influencers* que fazem conteúdo de moda, viagens, maquiagem, lifestyle, desporto e entre outros. Estas reúnem assim inúmeros seguidores que criam empatia com os seus conteúdos e as seguem de forma assídua. As marcas tendo conhecimento da exposição das *influencers* e da sua visibilidade aproveitam isso para promover os seus produtos. “É justamente na segunda etapa, a da busca por informações acerca do produto ou do serviço desejado, em que a influência de blogs, vídeos blogs e dos chamados influenciadores digitais é exercida. Em estudo exploratório no segmento de beleza, Crescitelli e Tagawa (2015), constataram que o nível de influência de um conteúdo produzido por personalidades da rede, como blogueiros, pode ser capaz de variar no mesmo grau de engajamento dos seguidores daquele criador de conteúdo. Assim, quanto maior a fidelidade e a frequência de acompanhamento por parte do seguidor, maiores as chances de que as indicações do influenciador induzam o comportamento de compra.”¹⁶ Este último, é um estudo brasileiro, mas que em nada fica atrás do que se passa em Portugal.

A realidade é que os *influencers* digitais em regra quando fazem publicidade estão perante uma relação comercial, entre eles e a marca, portanto estes usam como titular de suporte publicitário a internet, mais propriamente as redes sociais, tais como, Facebook, Instagram e mesmo o Youtube. Estes não são anunciantes na medida em que, como o próprio C.Pub indica “a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade”, ou seja, estas são pessoas singulares que atuam no interesse da marca que as contratou.¹⁷ Eles não serão anunciantes, mas são o meio que estes utilizam para difundir a sua marca e produtos.

Tendo em conta, o já exposto as *influencers* digitais são sujeitos publicitários, são titulares de suportes publicitários, pois publicitam através das redes sociais, e difundem

¹⁵DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

¹⁶JORDAN VINICIUS DE OLIVEIRA, “Hashtag Publi? Influenciadores Digitais, o CONAR e a Regulação da Publicidade Velada na Rede”, *Revistas das Faculdades Integradas Vianna Júnior* (2019), p.300-301

¹⁷RELAÇÃO COMERCIAL: “Qualquer ligação entre uma marca e um influenciador que inclui compensação financeira ou outro tipo de benefícios”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.5

mensagens/imagens aos seus destinatários, produtos de marcas que através de patrocínios¹⁸, parcerias¹⁹, ofertas²⁰ ou mesmo contratos de publicidade feitos com os anunciantes, onde criam aqui uma relação comercial.

Como sujeitos de publicidade estas devem atuar de acordo com o Código da Publicidade, art.1.º, sendo o artigo mais importante o art.8.º princípio da identificabilidade, onde devem sempre identificar que aquele conteúdo se trata de publicidade. Este último princípio é o cerne da questão, pois é constantemente violado pelos *influencers* digitais, na maioria das vezes não identificam a publicidade como tal. A publicidade é dirigida aos seguidores que por sua vez serão consumidores logo também estão sujeitas a lei da defesa do consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), mas será que os consumidores estão de facto protegidos deste meio publicitário? É o que veremos mais à frente na presente dissertação.

Por fim, estas também têm de atuar de acordo com a CRP, artigo 60.º “A publicidade é disciplinada por lei sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”.

1.2 – Consumidores como destinatários da mesma

A primeira pergunta que podemos fazer sobre este tema é o que é ser destinatário? O nosso código da publicidade, no art.5.º define isso mesmo, “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela pode ser atingida.”

Portanto, o destinatário será o “público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais ou potenciais do produto ou serviço.”²¹»

¹⁸PATROCINIO: “A atribuição de qualquer apoio, seja através de contributos financeiros, humanos ou materiais, ou da disponibilização de quaisquer bens, serviços ou recursos num evento ou atividade, como contrapartida de uma associação direta ou indireta a esse evento ou atividade, com vista à promoção do nome, da imagem ou das atividades, bens ou serviços do patrocinador. O patrocínio é uma forma especial de publicidade e está sujeito aos mesmos princípios e regras gerais”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

¹⁹PARCERIA: “Relação de colaboração com vista à obtenção de uma boa imagem da marca ou instituição, sem condições exigidas”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

²⁰OFERTA: “Disponibilização gratuita de bens ou serviços por parte das marcas, ainda que por tempo determinado”: DIREÇÃO GERAL DO CONSUMIDOR, *ob.cit.*, p.4

²¹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.48

O destinatário da publicidade será consumidor no sentido em que consta na LDC, no art.2º “é consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos (...), ou seja, o destinatário é a quem se dirige a mensagem publicitária que o levará a adquirir algum produto e serviço, sendo assim consumidor, daí que o direito da publicidade anda lado a lado com o direito do consumidor.

Neste sentido, é importante percebermos a noção de consumidor, Jorge Morais Carvalho, entende que para percebermos o conceito temos de ter em conta quatro elementos fundamentais, sendo eles o elemento subjetivo, objetivo, teleológico e relacional. Ora, “o elemento subjetivo (“todo aquele”) é bastante amplo, abrangendo numa primeira abordagem, todas as pessoas singulares ou coletivas (...), o elemento objetivo também tem uma amplitude significativa (“a quem forem fornecidos bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos”), parecendo abarcar qualquer relação contratual estabelecida entre as partes. Parece-nos que a razão de ser deste diploma se estende, no entanto, também a relações não contratuais.”²² Este último ponto, é o que nos interessa, ou seja, aplica-se o conceito de consumidor mesmo quando não estejamos perante um contrato. Assim, “quanto ao elemento teleológico (“destinados a uso não profissional”), a atual LDC adota uma formulação diferente da anterior (“uso privado”), embora a circunstância não reflita qualquer diferença de regime.”²³ Por outro lado, a noção contém ainda o elemento relacional, impondo que a contraparte (em relação ao consumidor) seja “uma pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade económica que vise obtenção de benefícios”.²⁴

No mundo atual através da internet e das técnicas de publicidade cada vez mais disseminadas através das redes sociais, todos nós acabamos por ser destinatários e por consequência, consumidores. Não são raras as vezes em que se navega nas redes e se encontra publicidade, ou através de sites de marcas ou mesmo de pessoas que seguimos, “(...) utilização crescente dos blogues pessoais, das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos acentua a diminuição do controlo dos profissionais sobre disseminação de informação relativa aos seus produtos e serviços, contribuindo para incrementar de forma significativa o poder de mercado os consumidores.”²⁵

²²JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumidor*, 7ªEd, Almedina, Coimbra, 2021, p.33

²³JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.33

²⁴JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.33

²⁵ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.177

No caso dos *influencers* digitais, os seus seguidores são os possíveis consumidores dos produtos ou serviços que estes publicitam, portanto são consumidores destinatários, e tem de ter os seus direitos devidamente salvaguardados, tais como os princípios consagrados na CRP e no C. Pub.

O princípio basilar é o princípio da licitude, art.7º do C. Pub, é expressamente proibida qualquer tipo de publicidade que incite à violência, seja discriminatória, que não respeite as normas de saúde e segurança ou seja prejudicial a estas e contrária ao bom gosto e à decência, em suma, é ilícita toda a publicidade que não respeite a CRP. Esta é também proibida pela LDC, tal como consta nos art.13º e art.12º do CPub.

O consumidor destinatário também é regido pelo princípio da informação, pois a publicidade tem uma função de persuadir o consumidor a comprar determinado produto mas nunca sem informação necessária, “a publicidade tem por firo atrair e estimular o consumo, enquanto a informação visa dotar o consumidor de elementos objetivos e subjetivos que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer as suas escolhas”²⁶, portanto o consumidor é levado a adquirir algo mas não pode ser levado ao engano, aqui entraríamos no campo da publicidade enganosa que iremos falar mais à frente e da qual o consumidor é alvo por parte dos *influencers* digitais.

“As decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir”²⁷, é aqui que as marcas aproveitam a utilidade das *influencers* digitais, pois tendo em conta a empatia, confiança e até algum idolatrar destas conseguem garantir que os consumidores vão adquirir algo que seja publicitado pelos *influencers* nas redes sociais pois vai despertar sensações que levarão o consumidor a adquirir o produto. Daí o princípio da informação estar ligado ao princípio da identificabilidade da publicidade, o consumidor tem de ser um consumidor informado para formar a sua consciência e decisão de compra livre, sem ser baseada em publicidade enganosa.

Um dos problemas da publicidade que os *influencers* fazem é que muitas vezes não é transparente e não contem todas as informações necessárias para que o consumidor forme

²⁶PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “A Informação como Direito Fundamental do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 2001, p.25

²⁷RUTE COUTO, *ob. cit.*, p.57

a sua opinião “livremente”. Os influenciadores acabam por ser “formadores de opinião”²⁸, “as postagens são diárias, de diversos produtos, marcas, recomendações, dicas de uso. Desta forma, eles influenciam a audiência, causando um impacto visível e comprovado. Com a repercussão de suas postagens, o influenciador digital ganha força suficiente para transformar e criar opiniões em determinados nichos. Ele tem o poder de influenciar a preferência de uma marca a outra, despertar curiosidades em determinados produtos ou serviços que o consumidor nunca havia cogitado comprar.”²⁹ Por exemplo as e os *influencers* de moda e beleza, publicitam vários produtos de beleza que são desconhecidos de alguns seguidores, e ao dar a sua experiência de uso influenciam alguns seguidores a comprar.

A estratégia de marketing nas redes sociais por parte das marcas através de *influencers* é sobretudo inteligente, pois levam mais pessoas a comprar, as marcas foram percebendo o poder dos *influencers* e aproveitaram-se disso para fazer contratos de publicidade com os mesmos, o problema será em que medida os consumidores estão protegidos, em especial os consumidores vulneráveis estão protegidos, que tem fácil acesso à publicidade. Neste sentido, muitas crianças têm acesso à internet e nessa medida têm acesso aos conteúdos dos *influencers*, o que gera alguma vulnerabilidade dos mesmos, face aos potenciais perigos, incluindo a publicidade, podem ser ludibriados por estes a consumir produtos.

Parte II – Enquadramento Prático

1. Princípio da identificabilidade

Vamos passar ao cerne da nossa questão, o princípio da identificabilidade, portanto o C. Pub no art.8.º, n. 1 define que “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio utilizado”. Neste sentido, e tendo em conta o nosso tema, sempre que as *influencers* digitais fazem publicidade devem indicar que o estão a fazer e que os produtos que estão a recomendar é a título de publicidade. Mas será que isso acontece sempre? Veremos mais a frente.

²⁸LETÍCIA BUFON NEVES, *Influenciadores Digitais Como Estratégia de Marketing: Quais São os Efeitos No Comportamento do Consumidor?*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019, p.22

²⁹LETÍCIA BUFON NEVES, *ob. cit.*, p.22

Desta forma, “o princípio da identificabilidade devia de incidir sobre o elemento teleológico como acontecia no C.Pub, para abranger também o elemento subjetivo e alguns elementos objetivos, o que demonstra a sua relevância no domínio da internet.”³⁰

Portanto, decorre do art.8.º, n.º1 do C. Pub que a publicidade tem de ser identificada, sendo que a maioria das *influencers* digitais já adiciona a palavra PUB em alguns dos seus conteúdos partilhados, mas estará aqui resolvido o problema? Não! E quando se falar dos tipos de publicidade irá se perceber o porquê.

Não só o C. Pub regula estes temas, a lei da defesa do consumidor também o faz, nomeadamente no seus arts.3º e 7º LDC, onde se fala em “informação para o consumo.”³¹ O consumidor deve ser um consumidor informado, que sabe o que está a comprar, e na publicidade é igual, deve saber que aquele produto que está a ser recomendado por um *influencer* é recomendado a título de publicidade. O que nem sempre acontece pois, muitos *influencers* a através de publicidade oculta ou a chamada mera opinião aparentemente pessoal, promovem produtos como se da sua opinião pessoal se tratasse, ou seja, falam de consumidor para consumidor e na realidade é nada mais nada menos que uma técnica de publicidade.

Neste sentido, o autor Carlos Ferreira de Almeida defende que: “O direito à informação é “um modo de designar situações que, tendo um reverso comum – a prestação de informações -, são muito diversificadas em função da entidade sujeita, do conteúdo da informação e dos efeitos jurídicos gerados pela sua prestação ou omissão.””³² No mais, “O direito à informação é tradicionalmente apontado como um dos direitos fundamentais dos consumidores (art.60º-1 da CRP), identificando-se mesmo a informação com proteção. (...) A LDC confere aos consumidores um direito à informação em geral (art.7º) e um direito à informação em particular (art.8º).”³³ O art.8º, nº1 da LDC impõe a informação transmitida tem de ser transmitida de forma clara, objetiva e adequada. “O profissional encontra-se vinculado a fornecer ao consumidor todos os elementos de que disponha sobre o bem ou o contrato a celebrar, nomeadamente informações que possam ser revelantes para a decisão de

³⁰ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.124

³¹RUTE COUTO, *ob. cit.*, p.51-62

³²CALOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pág.116

³³JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p. 161

contratar.”³⁴ O direito à informação do consumidor está intimamente ligado ao princípio da identificabilidade da publicidade, pois a identificação da publicidade ou a omissão desta é informação ou falta de informação para o consumidor, ainda que não seja informação concreta sobre o produto em questão, ou serviço, o consumidor tem o direito de ser informado que o conteúdo que está a ver é publicidade e que o *influencer* está a falar daquele produto a título de publicidade. “Além disto, tem ainda lugar dentro do conceito amplo de dever de informação o dever de verdade.”³⁵ Tal como já referido anteriormente, no princípio da informação.

Portanto, para além de dever de informar tem de informar com verdade, onde pecam os *influencers*, principalmente quando dão opiniões aparentemente pessoais, que julgamos que não é publicidade, mas que muitas vezes é, estamos perante uma omissão de informação ou transmissão de uma informação que não é verdadeira.

“A complementar este princípio encontramos ainda a proibição da publicidade oculta ou dissimulada considerada precisamente como aquela em que os destinatários não tomam consciência da natureza publicitária da mensagem, sendo esta expressamente proibida pelo art.9.º do C. Pub.”³⁶

Os direitos dos consumidores aqui falados, são uma defesa do próprio estado para com os consumidores, tendo em conta o art.60º da CRP, referimo-nos desde logo, “à sujeição obrigatória da publicidade a uma disciplina legal, que implica imposição concreta de legislação, bem como à proibição constitucional de todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa. Apesar de a publicidade não ser uma realidade que se refira exclusivamente ao consumo, compreende-se esta associação constitucional.”³⁷

Por fim, depreendemos que estamos perante uma proibição constitucional, que associa a publicidade aos direitos dos consumidores consagrados na CRP, onde também consta a proibição da publicidade ilícita, tal como a publicidade oculta. Os *influencers*

³⁴JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.162

³⁵FERNANDA NEVES REBELO, “O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância”, in *Liber Amicorum Mário Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Ada Pellegrini Grinover, Guillermo Orozco Pardo, Jean Calais-Auloy José Luís Perez Serrabona González, Manuel Januário da Costa Gomes, Vinício Augusto Pereira Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2012, p.123

³⁶ANDREIA RODRIGUES COSTA, *O Regime Jurídico da Publicidade Enganosa: a (des) proteção dos consumidores?*, Universidade Católica do Porto, Porto, 2014, p.15

³⁷JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº5 (2003), p.157

acabam também por violar direitos consagrados na constituição, o que torna só o seu problema mais gravoso.

2. Tipos de Publicidade Ilícitos

Os tipos de publicidade que se irá falar a seguir, são tipos de publicidade que violam os princípios reguladores da publicidade, sendo o principal o princípio da identificabilidade, ou seja, encontramos o problema na forma da mensagem transmitida, que vai de encontro ao problema que deu origem à presente dissertação. O problema das *influencers* será esmiuçado mais a frente, mas do já exposto, percebemos que um dos grandes problemas é a mensagem transmitida por estas e a forma como a transmitem.

Antes de falar em tipos de publicidade devemos perceber, a publicidade como prática comercial desleal, pois tal como o autor Luis Menezes Leitão defendeu: “Efetivamente, o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada de clientes, foi atualmente substituído por um modelo de comerciante ativo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através de várias técnicas convence-los a adquirir os produtos, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psicologicamente.”³⁸ Ora, uma clara descrição do que se passa nos dias de hoje, em que tudo passa pela internet e os anunciantes ou mesmo detentores de marcas de produtos contratam o *influencers* para fazer esse “cerco” aos consumidores e através da sua influência manipular psicologicamente para a aquisição do produto, onde aqui se levanta a questão das práticas comerciais desleais.

2.1 – Práticas Comerciais Desleais

No caso dos *influencers* digitais já percebemos que estes trabalham para os anunciantes, e que os vínculos que os unem são contratos comerciais, portanto será que podemos estar aqui também perante uma prática comercial desleal?

³⁸LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “A Proteção do Consumidor Contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas”, *Estudos de direito do consumidor.*, Nº5 (2003), p.163

Neste sentido, “(...) considera prática comercial desleal qualquer ação ou omissão, conduta ou afirmação de um profissional incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor.”³⁹ “A decisão negocial do consumidor exige conhecimento e liberdade, pelo que serão desleais as práticas comerciais que distorçam estes predicados. (...) quando a liberdade do consumidor seja significativamente limitada por assédio, coação ou influencia indevida, podemos estar perante uma prática comercial agressiva.”⁴⁰

Desta forma, percebe-se que a influencia que os *influencers* exercem sobre os consumidores poderá ser uma prática comercial enganosa, ou seja, uma prática ilícita, pois em certa medida poderão influenciar de forma indevida o consumidor. A este respeito a Diretiva 2005/29/CE, define como profissionais abrangidos pelas práticas comerciais desleais como “qualquer pessoa singular ou coletiva que no que respeita as práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou quem atue em nome ou por conta desse profissional.” A mesma diretiva considera a publicidade enganosa como prática comercial desleal, bem como os efeitos que esta acarreta para o consumidor médio.

Neste sentido, no que diz respeito à Diretiva 2005/29/CE, “o art.4º determina que “são proibidas as práticas comerciais desleais”. Já o art.5º define quando é que uma prática comercial é considerada desleal, enquanto o art.6º divide as práticas comerciais desleais em práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas.”⁴¹ Mas como é que se afere que é uma prática desleal? “O nº1 do art.5º da Diretiva 2005/29/CE estatui que “é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligencia profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário (...).”⁴² Ainda importa salientar que: “(...) é aferido utilizando-se a referência do consumidor médio.”⁴³ O mesmo salienta que tem de existir uma expectativa razoável.

³⁹ RUTE COUTO, *ob. cit.*, p.59-61

⁴⁰ RUTE COUTO, *ob. cit.*, p.59-61

⁴¹ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.141

⁴² JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.141

⁴³ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.141

Em que medida pode estar ligada à publicidade realizada pelos *influencers*? Pois, segundo o autor Jorge Morais Carvalho, “a prática comercial só é desleal se for suscetível de levar o consumidor a tomar uma decisão diferente daquela que tomaria se não tivesse sido realizada a prática, podendo falar-se em requisito de essencialidade. (...) Exige-se que a prática distorça o comportamento do consumidor e que prejudique sensivelmente a aptidão deste para tomar a decisão.”⁴⁴ A prática dos *influencers* acaba por distorcer o comportamento dos consumidores, porque a sua convicção, ou motivação que os leva a adquirir os produtos está viciada. Esta última aproxima-nos das práticas comerciais enganosas, “assim, uma ação é considerada enganosa se for suscetível (não tem de ter sido em concreto) de (i) induzir o consumidor em erro em relação a aspetos relevantes do contrato e (ii) conduzi-lo a tomar uma decisão que não tomaria.”⁴⁵

Nesta senda, podemos também ter uma prática comercial desleal por omissão, as chamadas omissões enganosas, quanto a isto a autora Sandra Passinhas defende que: " Nos termos do n.º2, também é considerada uma omissão enganosa a prática comercial em que o profissional, tendo em conta os aspetos descritos no n.º1, oculte a informação substancial referida no mesmo numero ou apresente de modo pouco claro, ininteligível, ambíguo ou tardio, ou quando não refira a intenção comercial da pratica em questão, se esta não se poder depreender do contexto e, em qualquer dos casos, conduza vou seja suscetível de conduzir o consumidor medio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo. São considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing.”⁴⁶ Contudo, apesar de aqui se incluir a publicidade, as práticas comerciais desleais, tal como a autora acima citada menciona no seu texto, são práticas aplicadas entre empresa e consumidor, e o que discutimos é no fundo consumidor perante consumidor, pois os *influencers* apesar de o fazerem a troco de uma contraprestação económica não são uma empresa, esta será o anunciante.

Neste sentido, podemos concluir que a omissão de informação é uma prática comercial desleal, e que a publicidade dos *influencers*, se for considerada como prática

⁴⁴ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.144

⁴⁵ JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*, p.146

⁴⁶ SANDRA PASSINHAS, “A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor”, in *Estudos de Direto do Consumidor*, n.º13 (2017), p.146 -147

comercial, apesar de a empresa serem os anunciantes, pode esta revestir forma de prática comercial e por sua vez, uma prática comercial desleal, mais propriamente na omissão enganosa, onde se oculta informação relevante. Os *influencers*, ocultam alguma informação aos consumidores, no que toca as opiniões aparentemente pessoais. No sentido de prática comercial, Alexandre Dias Pereira defende que da diretiva: “A noção de práticas comerciais das empresas face aos consumidores, designadas também por “práticas comerciais” abrange qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores (art. 2.º-d).”⁴⁷

A prática comercial desleal à semelhança de outros tipos de publicidade ilícitos é punida com sanções.

Mas tendo em conta o exposto poderá ser aplicado ao problema que tratamos? ou seja, podemos aplicar este regime à publicidade oculta/ ilícita das influencers digitais? A autora Maria Miguel Morais de Carvalho, estabelece uma distinção importante, que se prende com a distinção entre publicidade enganosa e publicidade oculta e dissimulada. Antes demais a publicidade enganosa consiste “é proibida toda a publicidade que seja enganosa (...) relativa as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”, art.11º, n. º1 C.Pub. Portanto, a publicidade enganosa está intimamente ligada as práticas comerciais desleais e a uma relação empresa/consumidor e não tanto consumidor/consumidor como se verifica nas relações dos *influencers* digitais com os seus seguidores e na medida em que os influenciam a comprar algo e a serem consumidores. Neste sentido, Maria Miguel Morais de Carvalho defende que: “As afirmações triviais e não comparáveis não estão sujeitas ao princípio da veracidade, como tal não podem constituir publicidade enganosa. A publicidade de exclusividade ou superlativa é aquela que, sendo objetivamente comprovável, divulga produtos, serviços ou mesmo empresas que ocupam posição de topo no mercado. O exagero publicitário consiste em fazer afirmações exageradas, as quais não são, à partida, levadas a sério pelos seus destinatários, como tal estes não são induzidos em erro. **A publicidade oculta ou dissimulada é toda a publicidade que encobre a sua natureza promocional aos olhos do seu destinatário. Este**

⁴⁷ Alexandre Dias Pereira, “Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº7 (2005), p.366

tipo de publicidade é proibido porque, não sendo a sua natureza publicitária conhecida do destinatário ele ficara mais exposto aos seus defeitos⁴⁸, ou seja, é nisto que consiste a publicidade ilícita difundida pelos *influencers* digitais.

Desta forma, o conceito de publicidade oculta ou dissimulada parece adequar-se melhor na forma de publicitação de conteúdos feita por parte dos *influencers*. O consumidor acaba por não perceber que está a ser alvo de uma campanha publicitária e fica totalmente desprotegido nesse sentido, daí a palavra “oculta”, pois não há perceção de que é uma campanha publicitária. E é deste tipo de publicidade que se vai falar a seguir.

2.2 – Publicidade Oculta

A publicidade oculta é um tipo de publicidade proibido, não só pelo disposto no código da publicidade como também pela CRP. Neste sentido, a CRP consagra os direitos fundamentais de todos os cidadãos e nela consagra a proibição de publicidade oculta, art.60º, n. º2 da CRP “(...) 2. *A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.*”

Mas em que consiste a publicidade oculta? Do art.9º, do C. Pub decorre que: “1- *É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem; 3 - Considera-se publicidade subliminar, para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.*” Da leitura deste artigo logo se percebe qual o problema das *influencers* digitais, mas mais a frente irá ser explicar.

Do exposto, percebe-se que este tipo de publicidade ilícita está intimamente ligado com o princípio da identificabilidade, ou seja, é uma clara violação deste princípio. Este princípio determina que toda a publicidade deve ser identificada como tal, se quem fala de determinado produto não revela aos consumidores que o está a fazer por publicidade, viola o princípio da identificabilidade bem como está a fazer publicidade oculta, que é ilícita.

⁴⁸MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, PINTO MONTEIRO (org.), VOL I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.700 a 706

“No regime jurídico das práticas comerciais desleais, a publicidade oculta é objeto de uma dupla abordagem, correspondendo, por um lado, a uma ação enganosa que incide sobre a “motivação da prática comercial” nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 7.º do DL PCD e, por outro lado, a uma omissão enganosa relativa à “intenção comercial” segundo a alínea c) do n.º 1, art. 9.º do DL PCD. Através da publicidade oculta, o anunciante evita a tendencial resistência dos destinatários relativamente à finalidade comercial de determinadas mensagens. Ou seja, trata-se de uma modalidade de comunicação comercial “em que o público, julgando perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objeto de persuasão.”⁴⁹

Portanto, a publicidade oculta assume várias vertentes, mas visa sempre o mesmo que é levar o consumidor a adquirir os produtos ou serviços se quem perceba que está a adquirir por uma técnica de publicidade.

A autora Ana Clara Azevedo de Amorim, suscita um problema relevante em “cima da mesa”, ou seja, “o problema da prova da relação contratual entre anunciante e o titular do suporte.”⁵⁰ De facto, é importante esta questão pois é difícil perceber o tipo de relação contratual entre o anunciante e o titular de suporte, em que considero que o anunciante seja a marca que visa a publicidade e o titular de suporte serão as *influencers* digitais, e é difícil de provar este tipo de contrato e posteriormente difícil de responsabilizar por ilícitos como a publicidade oculta. A mesma autora defende que “a existência de uma contraprestação económica deve continuar a ser entendida como mero indício da natureza publicitária da mensagem. Na verdade, a opção por um critério formal – como condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, designadamente ao nível da remuneração do titular de suporte – sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários, não só ao nível do respeito pelo princípio da identificabilidade, mas também pelo regime jurídico da publicidade.”⁵¹ Da análise das palavras da autora, percebe-se que a remuneração pela publicidade é um ponto de partida, ou seja, no caso das *influencers* estes são pagos pela publicidade que fazem, mas o contrato entre estes e as marcas continua a ser difícil de provar, ou seja, é difícil de imputar responsabilidade pelos ilícitos. Suponhamos que se está perante um caso de publicidade oculta, quem será responsabilizado? O anunciante que é o

⁴⁹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.128-129

⁵⁰ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.129

⁵¹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.130

interessado na publicidade? Ou a pessoa que difundiu a mensagem? Certo é que não havendo prova do contrato é difícil perceber quem será o responsável o que origina nas palavras da autora uma “impunibilidade da publicidade oculta”.

2.3 – Publicidade Sublimar

A presente modalidade de publicidade reveste mais um engano quanto à forma da mensagem, tal como o art.9º, n. 3 do C. Pub dispõe que: “Considera-se publicidade subliminar, para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.” Portanto, aqui estamos perante mais uma violação do princípio da identificabilidade, semelhante à publicidade oculta. Tal como a define a autora Ana Clara Azevedo de Amorim, “A publicidade sublimar constitui um instrumento de manipulação dos destinatários que assenta no escasso tempo de exposição à mensagem, produzindo meros estímulos de ordem sensorial (auditivos, visuais, olfativos).”⁵²

Desta forma, a publicidade emanada pelas *influencers* não poderá enquadrar-se aqui? A maioria das *influencers* usa a rede social Instagram para fazer publicidade e muitas recorrem não só a publicações como também as historias do Instagram que demoram segundos a ver, podem conter musica e imagem e desaparecem ao fim de 24h, portanto, tendo em conta o defendido acima, se tivermos em conta o “escasso tempo”, aqui a publicidade é feita por 24h, portanto o consumidor não fica muito tempo exposto à mensagem, até pode nem a ver mais e através do conteúdo produzido pode criar os ditos estímulos e levar o consumidor a comprar.

Não são raras as vezes, em que vários *influencers* fazem vídeos de pequenos minutos, com música de forma animada a mostrar determinados produtos, seja roupa, seja produtos de beleza e criam no espetador diversão e felicidade que podem de certa forma influenciar na compra do determinado produto porque efetivamente criou um estímulo e muitas vezes acontece sem que o consumidor se aperceba que era publicidade. Esta última parte vai de encontro ao próximo ponto, pois o que acontece é que estes produtos são falados como uma opinião pessoal de quem a transmite.

⁵²ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.131

2.4 – Opiniões Aparentemente Pessoais

As opiniões aparentemente pessoais são um dos problemas da publicidade e o mais preocupante e de difícil prova, das *influencers* digitais, onde os consumidores pensam estar perante uma opinião pessoal, ou seja, consumidor/consumidor e na realidade é uma prática publicitária.

O relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores, de 23 de novembro de 2010, já alertava para esta problemática, bem como visava o combate a esta publicidade. No seu ponto 17 dispõe: “17. Lamenta que esteja em expansão uma forma de publicidade "oculta" na Internet, que não é abrangida pela DPCD (relações de consumidor a consumidor), mediante a divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destrinçam, pelo seu teor, de meras opiniões; há portanto um risco de o consumidor ser conduzido a tomar decisões erradas convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económico financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial, e solicita à Comissão e aos Estados Membros que garantam a correta aplicação da Diretiva DPCD neste campo;” Portanto, no relatório solicitou-se aos estados membros a correta aplicação da Diretiva DPCD para combater este tipo de publicidade, porém em 2021 situações destas acontecem todos os dias sem que nada seja feito.

Desta forma, esta opinião aparentemente pessoal é uma forma de publicidade oculta e por sua vez ilícita, pois está-se a apelar aos sentimentos dos consumidores e “pela relação de proximidade criada com os destinatários”⁵³ e *influencers* originando uma nova forma de publicitar os produtos.

Por fim, podemos concluir que “a proibição do engano relativo à forma das mensagens não assenta apenas na lesão dos interesses económicos, mas sobretudo na instrumentalização das pessoas a objetivos comerciais, fundada no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, art26º n. º1 da CRP.”⁵⁴ Ou seja, o que se visa aqui proteger não são só os interesses económicos dos consumidores que são enganados e levados

⁵³ANA CLARA AZEVEDO DEAMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.135

⁵⁴ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.135

a comprar, como também visa proteger a sua dignidade, direito a livre decisão e direito ao livre desenvolvimento de personalidade, pois através do que um consumidor pensa que seja uma mera opinião há uma instrumentalização do próprio para adquirir o produto. É totalmente ilícita esta forma de publicitar produtos.

3. O Problema Dos Influencers Digitais

No decorrer da presente dissertação já se levantou o “véu” acerca do problema das *influencers* digitais e tendo em conta o exposto, vai-se agora perceber o problema.

Primeiramente, tal como já mencionado, nos tempos que correm e cada vez mais num futuro próximo a publicidade irá passar pelas redes sociais, contudo apesar de não ser feita pelos métodos habituais (Televisão, Rádio, Jornais/Revistas, entre outras) não deixa de estar sujeita a regras. “A relevância dos blogues e das redes sociais como instrumentos publicitários resulta da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas nas mentes dos consumidores (SCOTT,2007).”⁵⁵ Nas palavras de Ana Clara Azevedo há um, “envolvimento efetivo assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos *influencers* digitais.”⁵⁶

Portanto, é devido a essa confiança, familiaridade e empatia criada pelos consumidores com os *influencers* que a publicidade nas redes tem tanto sucesso, pois os consumidores decidem adquirir os produtos publicitados por estas por terem essa convicção que é de confiança. Aliás, Ana Clara Azevedo salienta que: “(...) os influenciadores estão em condições de provocar mudanças de comportamento e mentalidade.”⁵⁷ E por isto, percebemos o quão é importante a regulamentação deste tipo de publicidade e o respeito pelas normas já existentes.

Neste sentido, tendo em conta o que já foi dito, as *influencers* digitais são titulares de suporte publicitário (as redes sociais), que através de contratos com os anunciantes, bem

⁵⁵ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, Rio de Janeiro, 2018, p.123

⁵⁶ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.124

⁵⁷ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.124

como parcerias e patrocínios desencadeiam campanhas publicitárias. Porém, surgem problemas desta forma de publicidade, e foram estes que motivaram a presente dissertação. Estes problemas são primeiramente a violação do princípio da identificabilidade, tal como dispõe o art.8º do C. Pub, bem como do art.60º da CRP, que proíbe todo o tipo de publicidade oculta.

Do exposto, face a um dos grandes problemas das *influencers* digitais, a identificação do conteúdo como publicidade, a direção geral do consumo criou o guia para influenciadores e anunciantes, onde impõem regras básicas como o respeito pelo princípio da identificabilidade, art.8º C. Pub, nos dias de hoje já é usual ver alguns/algumas *influencers* a usar o #PUB, #AD, #PATROCINIO. Neste sentido, percebe-se que já há uma preocupação em salvaguardar o consumidor da publicidade nas redes sociais, mas será isto suficiente?

Desta forma, se o problema da identificação da publicidade parece ultrapassado acabavam aqui os problemas, mas não é o que acontece. Há aqui o problema das opiniões aparentemente pessoais, que também foi discutido no Parlamento Europeu no relatório sobre impacto da publicidade no comportamento dos consumidores, onde as caracterizou como “a divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destringam, pelo seu teor, de meras opiniões.” E é mesmo disso que se trata, tal como já mencionado nesta dissertação, as *influencers* divulgam nas redes sociais produtos que dizem ter gostado e que não se trata de publicidade, ou seja, que é a sua opinião, mas na realidade é uma “técnica publicitaria”. Nas palavras de Ana Clara Azevedo “estas novas técnicas publicitarias traduzem opiniões aparentemente pessoais, que simulam experiências relativas a produtos, continuando a verificar-se um engano dos consumidores relativo à finalidade promocional das mensagens.”⁵⁸

As opiniões aparentemente pessoais, enquadram nas atividades consideradas enganosas elencadas no art.8º, alínea ab) do decreto-lei n. 57/2008, de 26 de março: “Alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor.”

⁵⁸ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p. 126

“Daqui decorre a atual dimensão eminentemente emocional e simbólica do princípio da identificabilidade, em detrimento da perspectiva racional das decisões de consumo, que esteve na origem da proibição da publicidade oculta.”⁵⁹

Portanto, do exposto, há uma clara violação do princípio da identificabilidade pois os *influencers*, aproveitando-se da confiança, empatia e familiaridade dos seguidores/consumidores, usam as opiniões aparentemente pessoais como estratégia publicitária, ou seja, fazem publicidade sem a identificar como tal. Esta é publicidade oculta pois do art.9º, n. 1º do C. PUB decorre que: “É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.” Neste sentido, dar uma opinião de um produto e dizer que não é publicidade, mas sim a sua opinião, quando na verdade é publicidade é nada mais que um meio dissimulador de transmitir publicidade.

Em suma, podemos concluir que alguma da publicidade que é feita pelos *influencers* é ilícita, viola o código da publicidade bem como o art.60º da CRP que proíbe todo o tipo de publicidade oculta. E também que o principal problema das *influencers* digitais é a publicidade oculta, mais propriamente as opiniões aparentemente pessoais.

A autora Ana Clara Azevedo, já levantou um dos principais problemas em punir os *influencers* digitais que se prende com a “prova da relação contratual com o anunciante. Ao contrário do que defendia tradicionalmente a doutrina norte-americana, deixa de estar em causa apenas a remuneração do titular do suporte, passando a qualificação como publicidade a resultar hoje sobretudo da possibilidade de imputação da mensagem do anunciante.”⁶⁰

Por fim, a questão que se coloca é em que medida se pode responsabilizar os *influencers* pela prática de publicidade ilícita? Existe mecanismos para tal? É fácil fazer a prova deste problema? Em que medida podem os *influencers* digitais ser punidos? E quais os contratos feitos por estas? As presentes respostas irão ser respondidas a seguir.

⁵⁹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.126

⁶⁰ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.128

4. Responsabilização dos Influencers Digitais pela publicidade ilícita

O Código da Publicidade determina, no art.34º, n. º1, que: “A infração ao disposto no presente diploma constitui contraordenação punível com as seguintes coimas”, portanto a violação do disposto no Código da Publicidade é punida com contraordenação, havendo a possibilidade de serem aplicadas ainda medidas acessórias. A questão que se coloca agora, é quem pode ser responsabilizado? O art.36º do C. Pub dispõe que: “São punidos como agentes das contra-ordenações previstas no presente diploma o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”.

Portanto, do exposto o Código da Publicidade determina que em caso de violação do princípio da identificabilidade, é aplicada uma coima e o anunciante e o titular do suporte podem ser responsabilizados. Neste sentido, os *influencers* digitais como titulares de suporte podem ser responsabilizados pela publicidade ilícita, mas no contexto atual não é o que acontece, tanto que a autora Ana Clara Azevedo de Amorim, fala de uma certa impunidade e difícil prova dos contratos entre anunciante e titular do suporte.

Desta forma, vai-se tentar perceber qual o problema da prova dos contratos e quais os contratos que existem em publicidade. Na publicidade existem vários tipos de contratos, tais como o contrato publicitário em sentido estrito que “corresponde a um contrato de conceção e distribuição publicitaria”⁶¹, contrato de difusão publicitaria que “é celebrado entre o anunciante, a agência de publicidade ou as centrais de compras, pelo lado da procura, e o titular de suporte ou concessionário, pelo lado da oferta”⁶², este é aplicável os *influencers* digitais que pode celebrar com os anunciantes contratos de difusão publicitaria mediante uma remuneração.

Neste sentido, existem também os contratos de criação publicitaria que é “celebrado entre a agência de publicidade e o criativo profissional independente”⁶³, e o contrato de patrocínio, este ultimo nas palavras de Ana Clara Azevedo de Amorim, “fica ainda abrangido

⁶¹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Estratégias comerciais: marketing e publicidade”, in Fashion Law, Direito da Moda, J. F. Castro (Coord.), UCP, 2019, p.861-894

⁶²ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Estratégias Comerciais: Marketing e Publicidade”, *cit.*, p.861-894

⁶³ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Estratégias Comerciais: Marketing e Publicidade”, *cit.*, p.861-894

pelo contrato de difusão publicitária, dado que o beneficiário colabora na distribuição da comunicação do patrocinador em qualquer meio à sua disposição, recebendo em contrapartida uma ajuda financeira (...), foi reconhecido pelo Tribunal da Relação de Lisboa mas a doutrina nacional continua a autonomizar o contrato de patrocínio face ao contrato de difusão publicitária”⁶⁴, ou seja, a doutrina continua a diferenciar ambos. Do exposto, os principais contratos que se aplicam os influencers são os contratos de difusão publicitária e o de patrocínio.

Então o porquê de: “as dificuldades probatórias continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta em ambiente digital”? ⁶⁵

Depreende-se que é de difícil prova, este contrato entre anunciante e titular do suporte, *influencers* digital, sendo que muitas das vezes quem é responsabilizado é somente o anunciante, tanto que Ana Clara Azevedo de Amorim entende que: “A existência de uma contraprestação económica deve continuar a ser entendida como mero indicio da natureza publicitária da mensagem”⁶⁶, a autora afirma ainda que: “(...) a opção por um critério formal – como as condições contratuais estabelecidas entre anunciante e os meios, designadamente ao nível da remuneração do titular do suporte – sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários, não só ao nível do respeito pelo principio da identificabilidade mas também pelo regime jurídico da publicidade”. ⁶⁷

Neste sentido, deve-se ter em conta que “o conceito de publicidade continua a depender apenas dos elementos objetivo, subjetivo e teleológico, relevantes no art.3º, n. º1 C. Pub, bem como da imputação da mensagem ao anunciante”⁶⁸, ou seja, tendo em conta o pensamento da autora acima indicada, se se tiver em conta os elementos objetivo, subjetivo e teleológico a responsabilidade da mensagem é imputada ao anunciante, e o único indicio existente para provar o contrato entre anunciante e titular de suporte é a remuneração, em contraposição a outros ordenamentos tais como o ordenamento italiano, “foram enunciados igualmente outros indícios da relação contratual entre anunciante e titular de suporte, para

⁶⁴ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Estratégias Comerciais: Marketing e Publicidade”, *cit.*, p.861-894

⁶⁵ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Conceito Jurídico de Publicidade: Contributos para uma Redefinição”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 14, 2018, p. 49

⁶⁶ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM *Manual de Direito da Publicidade*, *cit.*, p.130

⁶⁷ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, *cit.*, p.130

⁶⁸ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, *cit.*, p.130

efeitos da imprensa, como alusão às características de apenas um produto ou serviço, o conteúdo particularmente elogioso, a existência de páginas publicitárias dedicadas ao produto ou serviço na mesma publicação”.⁶⁹

Por fim, compreende-se a dificuldade probatória, ou seja, é difícil provar que a publicidade ilícita ocorreu por determinado contrato publicitário apenas com a prova de que foi um contrato remunerado, é difícil provar que aquele titular do suporte cometeu o ilícito, sendo que no que toca à finalidade da mensagem publicitária é mais fácil imputar ao anunciante do que ao titular do suporte, daí se falar de uma certa impunidade.

4.1 – Em que medida se aplicam as medidas sancionatórias?

No seguimento do já exposto, o *influencer* que viole os princípios elencados no código da publicidade, bem como na lei de defesa do consumidor poderá ser punido com uma coima, sendo-lhe aplicada uma contraordenação. O problema como já foi referido é que é difícil provar o vínculo do contrato e com isso tem resultado que em Portugal, não há decisões em matéria de publicidade oculta, daí se falar de uma certa impunidade.

Desta forma, será possível responsabilizar civilmente os *influencers*? Por danos que causem a consumidores? Há já quem fale em responsabilidade civil como forma de punir os *influencers*.

Paulo Jorge Scartezzini, fala em “responsabilidade objetiva dos *influencers* digitais pelas informações (ou falta delas) veiculadas nas plataformas digitais.”⁷⁰ Isto, na ótica do ordenamento brasileiro, mas pensado como a publicidade ilícita seria uma violação do princípio da boa-fé e associado quase a uma responsabilidade pelo risco. Porém, mesmo no ordenamento brasileiro há controvérsia quanto a esta posição, Lucia Amora Lopez de Magalhães Dias diz que “não faria sentido imputar às celebridades, quando estas prestem informações ou recomendações de conteúdo publicitário, responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco de atividade, esta sim, aplicável aos fornecedores”.⁷¹

⁶⁹ ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.130

⁷⁰ PAULO SCARTEZZINI GUIMARÃES, “A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam”, *Revista dos Tribunais*, 2007, p. 202

⁷¹ LÚCIA AMORA LOPEZ DE MAGALHAES DIAS, “Publicidade e Direito”, *Revista dos Tribunais*, 2010 p.305

Em Portugal, esta questão não parece ser discutida, mas é uma boa questão a abordar no próximo capítulo, onde se equacionar o problema e talvez se consiga responder em que medida se pode aplicar a responsabilidade civil aos *influencers* digitais.

Numa posição mais extrema, há ainda quem defenda a criminalização da publicidade enganosa, tal como em outros tempos já aconteceu, art.40º do DL 28/84, que posteriormente foi substituído pelo regime atual, contraordenacional.

Neste sentido, André Neves Mouzinho, entende que a publicidade “é um processo de incitamento de massas”⁷² e defende que podemos estar perante um crime de perigo, “novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes e raros e que desencadeiam consequências insuportáveis contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar proteção suficiente”.⁷³ Tendo aqui em conta que esta publicidade pode por em causa os grupos mais vulneráveis, pois, tal como defende “a publicidade enganosa é composta por dois elementos essenciais: o elemento material consiste nas alegações, indicações, indicações ou apresentações publicitárias que são falsas, induzem em erro ou são suscetíveis de o fazer (...) consiste através de uma ação psicológica se criar uma certa impressão, no espírito do destinatário, fazendo-lhe crer como verdadeiro algo que, efetivamente não o é.”⁷⁴ Em conclusão, o que este autor propõe é a criminalização da publicidade ilícita, onde se encaixa a publicidade oculta, que é o principal problema dos *influencers* digitais, com fundamento em que reveste um crime de perigo, capaz de provocar danos desmedidos, ou seja, “um crime que potencia um perigo para bens jurídicos diversos, indispensáveis à vida comum, e como fenómeno de incitamento e massas que é, todos merecem igual proteção.”⁷⁵

Por fim no próximo capítulo irá ser abordado o que se julga ser a melhor solução para aplicar ao caso concreto em questão.

⁷²ANDRÉ NEVES MOUZINHO, “A Publicidade Enganosa – Direito Penal do Consumidor”, *II curso de pós-graduação em direito do consumo da Faculdade de direito de coimbra*, 2006, p.16

⁷³ANDRÉ NEVES MOUZINHO, *ob. cit.*, p.14

⁷⁴ANDRÉ NEVES MOUZINHO, *ob. cit.*, p.16

⁷⁵ANDRÉ NEVES MOUZINHO, *ob. cit.*, p.19-21

5. Possibilidade da Auto-Regulação da Profissão de Influencer

Na presente dissertação, até então abordamos o facto de os *influencers* estarem abrangidos pelas normas impostas pela LDC, Código da Publicidade, CRP, mas há ordenamentos que já aplicaram um código de conduta e possuem mecanismos de auto-regulação. Antes demais, cumpre explicar em que consiste um código de conduta e o que é a auto-regulação. O código de conduta⁷⁶ é um conjunto de normas que visa orientar um determinado grupo de pessoas no contexto profissional, sendo que auto-regulação, que pelo próprio nome indica, significa no fundo regular-se a si próprio, portanto poderá ser uma associação, entidade ou um grupo de pessoas que aceitam voluntariamente respeitar um conjunto de normas.

Neste sentido, os nossos vizinhos, em Espanha adotaram através da Associação Espanhola de Anunciantes (AEA) e a Associação para a Autorregulação da Comunicação Comercial (AUTOCONTROL), um código de conduta para os *influencers* digitais, sendo que dela fazem parte anunciantes, marcas, *influencers*, entre outros que queiram fazer parte e se mostrem interessados. Neste código de conduta, são dadas informações/indicações a seguir, de forma a dar cumprimento à lei, quando alguma disposição do código de conduta for violada, é feita a resolução de litígios pela entidade de AUTOCONTROL. Esta atua através de um júri da própria entidade que decidirá qual a melhor forma de resolver, ou seja, há uma auto-regulação pois resolvem os litígios dentro da própria entidade.

Em Portugal, neste sentido, tal como já mencionado na presente dissertação, foi feito pela direção geral do consumidor, um guia de para influenciadores e anunciantes, ou seja, uma espécie de código de conduta para estes seguirem, de acordo com a CRP, LDC e código de publicidade, normas que este tem de seguir para evitar uma divulgação de publicidade ilícita. Entre nós existe também a ARP (Auto-Regulação Publicitária), que regulamenta a comunicação comercial, mas *“as decisões da ARP têm incidido apenas sobre o conteúdo das mensagens, especialmente quando está em causa a veracidade das afirmações e a comparação entre concorrentes. Não se conhecem decisões em matéria de publicidade*

⁷⁶ “Por código de conduta entende-se o acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ser vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou setores de atividade”: Art. 2º-f da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005

oculta, continuando a verificar-se uma significativa impunidade relativamente à forma ou configuração externa dos anúncios.”⁷⁷

Mas será a auto-regulação uma forma de resolver os problemas que esta profissão apresenta? A autora Ana Clara Azevedo de Amorim, quanto a este tema entende que: “o recurso à autodisciplina, enquanto tutela privada organizada pelos próprios profissionais, que apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autodisciplina contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais (CONTE, 2006). Dado que as normas emanadas pelos organismos profissionais têm uma acentuada componente ética e de responsabilidade social, os sistemas de autodisciplina conduzem quase sempre a um equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do mercado publicitário e da sociedade em geral.”⁷⁸ De fato, os sistemas de auto-regulação, autodisciplina, apresentam uma elevada componente ética e responsabilidade social, não só pelos códigos de conduta, que regulamentam as atividades dos profissionais, como também pela rápida resolução de litígios, o que como a autora refere, seria crucial para a defesa dos consumidores e dos profissionais.

No entanto, será a autodisciplina assim tão eficaz e vantajosa? O autor Paulo Mota Pinto, defende: “*Se se introduzir uma disciplina jurídica neste setor, não parece que se possa confiar simplesmente em soluções alcançadas com base na auto-regulamentação (embora esta, frequentemente e mais desenvolvida no estrangeiro, deve ser encorajada, talvez até como medida prévia a uma intervenção estatal), ou extraídas do desenvolvimento de mecanismos gerais como proteção dos direitos de personalidade, (...), ou a proibição da concorrência desleal: a auto-regulamentação é, por natureza limitada.*”⁷⁹ Apesar de, esta citação, nos dias de hoje se poder considerar já ultrapassada, pois já existem várias entidades de auto-regulação, estas tal como o autor refere são de facto limitadas, limitadas no sentido

⁷⁷ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.127

⁷⁸ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.126-127

⁷⁹PAULO MOTA PINTO, “Publicidade Domiciliária Não Desejada”, *74 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1998, p.312

em que a resolução de litígios será somente pelas normas elencadas no código de conduta, e na maioria das vezes visam somente proteger os profissionais.

Será por isso aplicável ao tema em apreço? A Direção Geral do Consumidor, lançou já mão de uma espécie de código de conduta a aplicar aos *influencers*, onde visou não só a proteção do profissional, como também do consumidor. Neste sentido, no nosso entender parecer ter-se aberto portas a uma futura auto-regulação, apesar de a ARP aplicar já sanções e regulamentar a comunicação comercial, onde se inclui a publicidade, não há decisões de publicidade oculta e nesse sentido pressupõe-se que não houve, ainda, o cuidado de autodisciplinar a profissão de *influencer digital* e pensar na proteção não só do próprio profissional, como também do consumidor.

No Brasil, como veremos mais à frente, há uma entidade de auto-regulação, CONAR, que regula publicidade e as práticas dos *influencers*, estes têm um guia semelhante ao nosso, e já há diversas decisões no sentido de sancionar os *influencers* digitais pela publicidade ilícita. Entre nós, como já existe a entidade de auto-regulação publicitária, o mais lógico seria esta vir a agregar casos de publicidade ilícita por parte dos *influencers* digitais, e aqui ser possível resolver os problemas levantados por estes, visto que, a chegada aos tribunais judiciais deste tipo de casos parece ainda longínqua e de difícil prova.

Contudo, a autora Ana Clara Azevedo de Amorim, entende que: *“Não obstante, constata-se que os mecanismos sancionatórios tradicionais e a própria autodisciplina são ineficazes, especialmente na sua dimensão repressiva, face às mensagens difundidas por influenciadores digitais com milhões de seguidores permanentemente conectados à Internet, dado que o fenómeno de “viralização” permite a ampla difusão de conteúdos num curto espaço de tempo, inviabilizando o efeito útil da decisão de cessação. Neste sentido, cabe também ao mercado um papel relevante na reação contra a lesão dos seus interesses.”*⁸⁰

Portanto, apesar da autodisciplina trazer uma ideia de ética e responsabilidade social, e de um sistema que funciona, no sentido de rápida, não parecem ser eficazes para resolver o problema aqui em discussão, onde facilmente se pode perceber pelo exemplo do Brasil,

⁸⁰ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.127

que apesar de ter o uma entidade que autodisciplina os *influencers*, aplica sanções, estas revelam-se escassas ou ineficazes.

Por fim, entende-se que uma possível auto-regulação publicitária que abranja a publicidade feita pelos *influencers* digitais, ou mesmo uma auto-regulação desta profissão poderá ser benéfico para os *influencers*, que certamente serão melhor apoiados no exercício da profissão e terão um código de conduta a seguir, ou seja, trará uma proteção a estes profissionais. Relativamente, aos consumidores, os principais afetados, de certa forma permitirá um mecanismo de reação mais rápido, perante a publicidade ilícita, portanto, terão também uma proteção acrescida, mas à semelhança do que já se passa noutros países, poderá ser uma falsa proteção, na medida em que nem sempre há uma “punição” dos mesmos, ou quando há é somente uma advertência. No fundo, as entidades de auto-regulação recomendam formas de atuar e não uma responsabilização pelos danos causados.

6. A exposição das crianças nos perfis das influencers digitais

De forma breve, iremos abordar este tema, pois um dos grandes flagelos que advém com a profissão de *influencer* digital é a exposição de crianças, nomeadamente os filhos dos *influencers* nas redes sociais e muitas vezes o uso da imagem destes em conteúdos publicitários.

Os pais, tem como principal finalidade a proteção dos seus filhos, ou seja, faz parte dos seus poderes/deveres de acordo com o art.1878º do C. Civil, e “quando o assunto é crianças e Internet a doutrina trata em abundância de situações como a responsabilidade dos pais pelo comportamento dos filhos na internet (...), contudo apesar dos temas referidos serem de inegável relevância, outro assunto tem se tornado especialmente importante no contexto atual: a exposição da imagem dos filhos menores na grande rede por pais que são influencers digitais.”⁸¹

Ainda pouco se escreveu sobre o assunto, mas é possível que comece a haver posições relativas ao tema, tendo em conta a exposição constante. Pois, os *influencers* digitais, expõe a sua vida diariamente nas redes sociais, expondo o dia a dia dos seus filhos,

⁸¹FILIPE JOSÉ MEDON AFFONSO, “Influenciadores Digitais e o Direito à Imagem dos seus Filhos: Uma Análise a Partir do Melhor Interesse da Criança”, *Revista Eletrônica da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, v.2 (2019), p.2

onde apelidam os seguidores de “tios” e “tias”. É normal, tendo em conta a exposição e reconhecimento dos influencers que este sejam quase que celebridades, e que exista algum tipo de exposição, mas o normal seria por parte das revistas e não por parte dos próprios pais.

“Pais que postam demais já são objeto de preocupação em redor do mundo. Na língua inglesa, cunhou-se o termo *sharenting* para explicar a prática.”⁸² neste sentido, tal como já foi dito, o principal objetivo dos pais é proteger as crianças dos perigos, mas aqui eles acabam por os expor aos perigos da internet, nomeadamente aos perigos do mundo digital. Acontece que, o que está aqui em causa é o direito à imagem das crianças menores de idade e à intimidade da vida privada, que os pais se socorrendo da ideia de que são responsáveis por estes, tem o direito de dispor dos seus direitos como bem entendem.

Neste sentido, *“Além da questão dos perigos da internet, que é real e deve alertar os progenitores, entendemos que esse não são proprietários da imagem dos filhos, nem da sua privacidade, não lhes sendo lícito, sem mais, dispor destes direitos de personalidade. Em Portugal, embora ainda não exista uma ampla discussão sobre estes temas, alguns tribunais já começaram a demonstrar preocupação com a “ciberproteção” dos menores. Uma das decisões pioneiras foi a proferida pelo tribunal de Évora em 5 de junho de 2015, que determinou a imposição aos pais do dever de abstenção de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar as filhas nas redes sociais é adequada a salvaguardar o direito à reserva da intimidade da vida privada e proteção da segurança do menor no ciberespaço. Entendeu o tribunal que: “Na verdade, os filhos não são coisas ou objetos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. São pessoas e consequentemente titulares de direitos. Se por um lado os pais devem proteger os filhos, por outro devem garantir e respeitar os seus direitos. É isto que constitui o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no superior interesse da criança (...). Quanto ao perigo adveniente da exposição da imagem dos jovens e crianças nas redes sociais, as organizações internacionais e os*

⁸² FILIPE JOSÉ MEDON AFFONSO, *ob. cit.*, p.9

Estados têm manifestado crescente preocupação porquanto é sabido que muitos predadores sexuais e pedófilos usam essas redes para melhor atingirem os seus intentos.””⁸³⁸⁴

Mas o que aqui importa, não é somente o uso da imagem, mas o uso da imagem para fins publicitários, ou seja, o uso dos filhos ajuda na tal empatia que os seguidores criam pelos influencers, sendo que a este respeito os *influencers*/pais podem alegar que se trata de um uso da imagem no superior interesse da criança, pois este é o trabalho dos pais, e a publicidade irá gerar rendimentos para a família.

Por fim, é complexo o presente assunto, mas uma realidade dos dias de hoje, que será recorrente tendo em conta a cada vez maior utilização das redes para publicidade. É importante neste sentido perceber até que ponto não poderão os pais ser responsabilizados pelos eventuais danos causados aos filhos por exposição da sua imagem, bem como uso da imagem para publicidade, num claro desrespeito pelo direito à imagem dos filhos. É importante que surja algum tipo de regulamentação neste sentido, para evitar futuras complicações na vida do menor. O grande problema prende-se pelo elevado número de seguidores dos *influencers* digitais, que expõe os filhos aos seus seguidores e assim aos perigos do mundo. Não só pela exposição, como também pelos problemas a nível de responsabilidades parentais que isso possa acarretar no futuro, pois poderá acontecer que quando o vínculo dos pais acabar, ou seja, casamento, relacionamento, etc., e um deles tenha a profissão de *influencer* digital, poderão ser levantadas questões relativamente à exposição, ou mesmo uso para fins publicitários. Uma realidade que não está assim tão longínqua e que é importante ser tratada pelo nosso ordenamento.

⁸³ROSSANA MARTINGO CRUZ, “A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança”, Conferencia: A Sociedade em Rede, Universidade do Minho, 2015, p.289

⁸⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25-062015, Proc. N.º789/13.7TMSTB-B.E1, disponível em www.dgsi.pt

Parte III – Outros Ordenamentos

1. Posições Adotadas noutros ordenamentos jurídicos

Europa

Nos países da Europa, pensa-se que não há muito a falar, pois, o Parlamento Europeu através de regulamentos e diretivas origina que os países da UE tenham posições semelhantes quanto a este tema da publicidade, nomeadamente a publicidade oculta. Aliás, como já aqui foi falado, do Relatório do Parlamento Europeu, de 2010, sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores, onde já se discutia questões da publicidade enganosa e publicidade oculta.

Contudo, nem todos os países dispõem de um código de publicidade, com exceção da Espanha que tem a *Ley General de Publicidad*, aprovada pela lei n.º34/1998, tal como dispõe a autora Ana Clara de Azevedo Amorim, “ (...) serviu de inspiração na elaboração do C^{Pub} português (...) na transposição da diretiva PCD, o legislador espanhol introduziu algumas normas de coordenação que, por um lado, qualificam como publicidade ilícita alguns comportamentos tipicamente desleais e, por outro lado, fazem coincidir meios de tutela contra a publicidade ilícita.”⁸⁵

Nos restantes países da Europa, nada se passa desta forma, pois não há uma lei que regule a publicidade, enquadrando os ilícitos da publicidade no direito do consumidor, onde “*Acautela-se aqui a proteção de destinatários no quadro da relação jurídica publicitária, mas ao contrário do que se verifica no ordenamento espanhol, não se regula atividade publicitária.*”⁸⁶ Portanto, países como Itália, França Alemanha não existe um código da publicidade que discipline questões de ilicitude relacionadas com a publicidade, quando tal acontece socorrem-se do direito do consumidor.

No entanto, tal como já foi mencionado, em Espanha adotaram o sistema de autodisciplina, pela Associação Espanhola de Anunciantes (AEA) e a Associação para a Autorregulação da Comunicação Comercial (AUTOCONTROL), esta última que, tal como já foi explicado, atua na resolução de litígios.

Desta forma, pode-se perceber que se em Portugal existem medidas específicas para a publicidade, mas mesmo assim há uma certa ideia de impunibilidade quanto à publicidade

⁸⁵ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.31

⁸⁶ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.31

oculta, como já se falou no que toca a questões de prova e entre outros, então certamente nestes países estes tipos de questões, que se levantam na presente tese serão ainda mais complexos de resolução.

EUA

A nível de legislação e código de publicidade, os EUA não possuem leis específicas nos estados que tratem a publicidade oculta ou ilícita. No que respeita a regulamentação de publicidade e marketing as entidades que as regulam são as entidades reguladoras de publicidade, e também existe uma comissão, a FTC (Federal Trade Commission) que através de regulamentos que regulam a publicidade visa proteger os consumidores americanos. O que faz em específico a FTC? “A FTC é uma entidade federal com a missão dupla exclusiva de proteger os consumidores e promover a concorrência.”⁸⁷

Neste sentido, a FTC protege os consumidores de práticas ilícitas como a publicidade enganosa. Para fazer face à publicidade enganosa e no que diz respeito à publicidade feita pelos *influencers* a FTC, criou um conjunto de regras aplicadas aos influenciadores que podemos considerar que é semelhante ao guia prático para influenciadores e anunciantes elaborado pelo governo português. O “Disclosures 101 for Social Media Influencers”, contém regras para orientar os *influencers* de forma a proteger os consumidores, dentro destas regras existe por exemplo o #ad. Este guia não tem força de lei, mas ajuda a regulamentar a atividade cada vez mais em crescimento.

A FTC defende ainda que: “As empresas que pagam aos *influencers* são responsáveis por os informar acerca das regras do guia (...), isto porque a publicidade que é feita pelo *influencers* é em nome das marcas (anunciantes).”⁸⁸

Pelo que se pode depreender nos EUA, no que toca em apurar responsabilidade quanto a práticas de publicidade ilícitas, têm sido responsabilizados os anunciantes e agências de publicidade e não propriamente a pessoa que transmite a publicidade, ou seja, os *influencers*.

⁸⁷FTC, *About FTC: What We Do*, disponível em <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>

⁸⁸PAOLO ZIALCITA, *FTC Issues Rules For Disclosure Of Ads By Social Media Influencers*, 2019, disponível em <https://www.npr.org/2019/11/05/776488326/ftc-issues-rules-for-disclosure-of-ads-by-social-media-influencers?t=1627057916710>

Do exposto, do que se pode concluir acerca da punibilidade de *influencers* sobre a publicidade por eles vinculada, não é recorrente estes serem responsabilizados. Assim, apesar de os anunciantes serem responsabilizados, não faz sentido que os *influencers* gozem mais uma vez desta impunibilidade, sendo que, se têm conhecimento das regras e da forma como devem fazer publicidade, devem fazer por cumprir e não transmitir uma publicidade ilícita.

Por fim, como se pode constatar nos EUA existe à semelhança de Portugal uma ideia de impunibilidade dos *influencers* quanto à publicidade oculta, mais propriamente na forma de disseminar a mensagem publicitária.

Brasil

O Brasil é de todos os países que já aqui foram mencionados o que talvez tenha mais estudos sobre a matéria cerne da presente dissertação, também por esse motivo seja grande parte da bibliografia retirada de autores brasileiros. Mas como é que se processam as coisas no Brasil? No Brasil, o regime é bastante semelhante ao português, há um código de defesa do consumidor, há um código brasileiro de autorregulamentação publicitária (diferente do sentido do código português) que contém princípios semelhantes aos que constam no código da publicidade português, como princípio da veracidade e honestidade. Mas é no código de defesa do consumidor que contam os principais princípios reguladores da publicidade, tais como o princípio da identificabilidade, artº36º código da defesa do consumidor, contém a proibição da publicidade enganosa, tal como a publicidade sublimar, bem como os princípios da veracidade, não abusividade e transparência.

Neste sentido, no Brasil, tal como em Portugal, é proibida a publicidade enganosa ou abusiva, sendo punida pelo código de defesa do consumidor que tal como o código português a responsabilização daqueles que violam os princípios pode ser em âmbito penal, civil ou administrativo.

No Brasil, há semelhança de outros países, existe o CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que fez o código de autorregulamentação publicitária, que não tem força de lei, mas ajuda a regular. Em Portugal, também existe uma entidade a auto-regulação publicitária, mas a diferença do CONAR, é que esta última regulamenta os *influencers* digitais, criou um guia para os *influencers*, ou seja, quase como um código de

conduta, e possui um conselho de ética que resolve litígios entre consumidores, anunciantes e *influencers*, entre os quais resolve litígios de falta de identificação da publicidade. Portanto, existem acórdãos do CONAR, por violação do princípio da identificabilidade, mas a maioria das decisões apenas pede a alteração da publicidade, ou seja, não há no fundo uma responsabilização ou sanção mais gravosa.

Desta forma, “No Brasil, a intervenção do organismo profissional tem resultado quase sempre da iniciativa dos próprios consumidores, determinando a alteração da mensagem e a advertência do titular do suporte publicitário, especialmente quando a referência à finalidade promocional não haja sido voluntariamente introduzida durante o processo. Acresce que a generalidade das decisões em matéria de identificabilidade da publicidade incide hoje sobre os influenciadores digitais, em detrimento dos meios de comunicação de massas, que estiveram na origem da proibição da publicidade oculta, sob a forma de publicidade redigida e publrreportagem. No entanto, a identificação da comunicação comercial tende a não permitir que os consumidores evitem a visualização das mensagens, uma vez que só neste momento são informados sobre a respetiva finalidade promocional.”⁸⁹ Do exposto, facilmente percebemos que apesar da haver decisões sobre publicidade oculta, o sistema de autodisciplina não é suficientemente eficaz para travar o problema.

Mas a grande questão que se prende, e já é discutida no Brasil, é como são responsabilizadas as *influencers* digitais por transmitirem aos seguidores publicidade ilícita? Ou seja, a publicidade que viola o princípio da identificabilidade, que tem a aparência de mera opinião, como é que o Brasil trata estas questões? A regra seria tal como em Portugal a aplicação de sanções, mas há quem fale em responsabilidade civil.

Ora, para a responsabilizar civilmente é necessário, tal como em Portugal, que estejam reunidos certos requisitos tais como: “*ato danoso, a culpa ou o dolo, a lesão e o nexo de causalidade entre a conduta e o objeto lesionado*”⁹⁰, mas também é importante classificar se a responsabilidade civil é objetiva, subjetiva ou extracontratual. E quanto a esta

⁸⁹ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *cit.*, p.127

⁹⁰ANNA CARLINA GRUNER, “*Influencers digitais e a responsabilidade jurídica por suas mensagens publicitarias*”, in VII Congresso Intercontinental de Direito Civil, NOBRE MAIA, JULIANA MACHADO, MARCELLA CRTISTINA GRUNER CARVALHO, CARLA FERNANDA RANGEL SILVA, 2019, p.648

última questão: “*Em primeira hipótese, há o caso em que o influenciador digital é contratado por uma empresa para prestar um serviço de divulgação, sendo aplicável a relação contratual prevista no código civil. Como segunda possibilidade, existe situações em que o influencer atua perante terceiros, ou seja, consumidores diretos. Desse modo se o influencer for contratado pro exemplo para divulgar um produto, ele sucedera na cadeia de consumo, somente se tiver conhecimento sobre a falha ou vício do produto que apresentou. Por fim, e não menos importante, o influenciador digital pode proceder como profissional liberal, isto é, divulga o conteúdo de forma autónoma, sem que haja contratação com uma pessoa jurídica (...) Logo aplica-se o código do consumidor (...).*”⁹¹

O facto é, a maioria dos *influencers* digitais tem um contrato com a marca para fazer publicidade, e os problemas com a publicidade vinculada por estes surge na “*maioria dos casos estão relacionados à identificação publicitária, isto é, os influenciadores divulgam o produto ou serviço sem dizer clara a natureza publicitária de tal vinculação, podendo levar o consumidor a pensar que se trata de opinião pessoal deles. Este ato, recorrentemente praticado pelos influenciadores, inclusive como estratégia de marketing, é contrário ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código do CONAR.*”⁹²

Entre nós o grande problema em responsabilizar os *influencers* pelas suas condutas, prende-se com o ónus de prova, é difícil provar o que cria uma certa impunibilidade.

No Brasil, o art.38º do código de defesa do consumidor defende que “os ónus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Do exposto, e da investigação a conclusão a que se pode chegar é que apesar da evolução existe também uma ideia de impunibilidade dos *influencers* no Brasil, ou seja, à semelhança de Portugal não se consegue provar a culpa do *influencer*, sendo punido o anunciante, que será o detentor da marca anunciada. Apesar de no Brasil existirem algumas sentenças em que se responsabiliza os *influencers*, não é pela mensagem divulgada por estes ser proibida ou ilícita. Neste sentido, pode haver aplicação de uma multa pelo CONAR, mas

⁹¹ANNA CARLINA GRUNER, *ob. cit.*, p.649

⁹²ANNA CARLINA GRUNER, *ob. cit.*, p.650

não há uma verdadeira aplicação da responsabilidade civil, ou se quer chega aos tribunais judiciais.

De acordo com uma notícia, apurou-se que: *“Influenciadores, youtubers e produtores de conteúdo digital lideram as denúncias e condenações do Conar por publicidade velada/disfarçada e prática não admitida por Conar e CDC. De acordo com as informações no site do conselho, em 2019 foram 302 processos instaurados. Entre eles, com relação à identificação publicitária, foram 7,1% questionamentos; 8,7% de queixas de consumidores; 17% para adequação às leis; 45,8 % para apresentação verdadeira; 69,5% processos relativos à publicidade na internet, sendo 39,1% em redes sociais, 14,3 % de vídeos online, 3,7% de e-mail marketing e 42,9% na Internet em geral. (...) em relação às decisões emitidas em 2019, o cenário foi o seguinte: 25,1% arquivamentos das denúncias; 32,4% recomendações de alterações das campanhas; 21,7 advertências; e 20,7% sustações. Em sua maioria, os questionamentos envolveram a veracidade da apresentação das mensagens publicitárias, seguidos pela sua adequação à legislação vigente.”*⁹³

Portanto, pode-se concluir que no ano de 2019, foram instaurados 302 processos a influencers, yutubers ou produtores de conteúdo digital no brasil, dais quais resultaram condenações e advertências por parte do CONAR, sendo que a maioria deveu-se à veracidade das mensagens publicitarias, ou seja, cada vez mais há a preocupação do consumidor em relação à publicidade e àquilo que está a consumir através das redes sociais, sendo o problema da mensagem vinculada pelos *influencers* digitais cada vez mais importante de regulamentar.

Por fim, tal como no Brasil foram aplicadas contraordenações pelo CONAR, ou seja, advertências, mas nunca se responsabilizou civilmente os *influencers* pelas suas condutas ilícitas. O que leva a questionar, se responsabilizar civilmente os influencers digitais será uma medida demasiado excessiva? Será a contraordenação suficiente para punir estes pela publicidade ilícita/ enganosa? Ficam os consumidores protegidos da publicidade ilícita emanada nas redes sociais? às presentes questões pretende-se responder no ponto seguinte.

⁹³RENATA SORAIA LUIZ, *Revista Consultor Jurídico*, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/renata-luiz-atuacao-digital-influencer>

Parte IV

Nota Conclusiva

A presente dissertação visou tratar o problema dos *influencers* digitais, estes últimos, tal como já explicamos ao longo da presente, são a profissão do momento que com a evolução das redes sociais e do mundo digital tem tido cada vez mais adesão.

Acontece que, por ser uma profissão relativamente recente ainda é pouco falada e discutida e em consequência pouco regulamentada. Facto é, que os *influencers* digitais são “veículos” de publicidade, ou seja, estes possuem inúmeros seguidores e as marcas apercebendo-se que estes podem exercer influência sobre os seguidores, fazem contratos de publicidade para que publicitem produtos. Hoje em dia, qualquer um de nós vai a uma rede social e depara-se com pessoas que seguimos a fazer publicidade. O grande problema é que a publicidade feita por estas é uma publicidade ilícita.

Ora, uma das questões discutidas foi se os *influencers* seriam anunciantes, ou seja, qual o seu papel como agentes publicitários, que facilmente percebemos pela interpretação do art. 5º, nº1 do C. Pub, que estas seriam titulares de suporte publicitário, ou seja, são os meios de difundir a mensagem de um anunciante. Neste sentido, os *influencers* tem um contrato publicitário com os anunciantes/marcas para que divulguem os seus produtos e marcas em troca de uma retribuição monetária.

Como se pode verificar estamos no âmbito do direito do consumidor/ direito da publicidade, sendo que os meios de regulamentar os possíveis ilícitos decorrentes da profissão são os Códigos da Publicidade e a Lei da Defesa do Consumidor.

A profissão de *influencer* digital, tal como o título da presente dissertação indica tem problemas, um deles é a violação do princípio da identificabilidade, art.8, nº1 C. Pub., ou seja, muitos são os *influencers* que fazem publicidade, mas não a identificam como tal, os consumidores estão a consumir publicidade sem que percebam que se trata de publicidade, que viola também a lei do consumidor pois tem o direito de ser informados art.3º e 7º da LDC. Contudo, relativamente a este problema já existiu alguns avanços, nomeadamente pela direção geral do consumo que criou, à semelhança de outros países, um guia para *influencers* e anunciantes, onde diz expressamente que todas devem identificar a publicidade com um #PUB, #AD, #PATROCIO, bem como o Parlamento Europeu no relatório sobre o impacto

da publicidade no comportamento dos consumidores, já demonstrou preocupação quanto a este assunto.

Contudo, tendo em conta, que o problema da identificação da publicidade parece estar a ficar ultrapassado surge outro, que diz respeito à mensagem transmitida pelos *influencers* digitais, muitas vezes estes divulgam produtos ou marcas ao que eles dizem ser a título de mera opinião pessoal, porém nem sempre isto é assim tão linear. As marcas muitas vezes têm contratos com os *influencers* para divulgarem os produtos a título de opinião pessoal, pois isto leva a que os consumidores consumam mais o produto, ou seja, não permitem que o consumidor forme a sua vontade livremente.

É neste sentido, que encontramos o grande problema das *influencers* digitais, estas fazem publicidade oculta, daí o título de publicidade invisível, é um tipo de publicidade ilícita e punida no código da publicidade, a própria constituição proíbe a publicidade oculta no art.60º, nº2 CRP, ou seja, não violam só o código da publicidade, (art.9º do C. Pub), como também violam a CRP.

O Código da Publicidade tem consequências para a publicidade oculta, sendo que quem violar os princípios do Código da Publicidade ou fizer publicidade ilícita é punido com medidas cautelares, como advertências suspensões e mesmo coimas, segundo o art. 41º, do C. Pub. A questão é que raramente são punidos os *influencers* pela publicidade oculta/ ilícita que fazem, pois na maioria das vezes quem é punido são os anunciantes, por causa do ónus da prova, é difícil provar o vínculo entre o anunciante e o *influencer*.

Desta forma, a autora Ana Clara Azevedo de Amorim, fala de uma certa impunibilidade. O que de facto se pode verificar, tendo em conta a profissão ser recente não há decisões/ jurisprudência quanto ao assunto, porque de facto é difícil provar não só o vínculo entre os *influencers* e os anunciantes, como no caso das opiniões meramente pessoais é difícil provar que seja ou não publicidade. No entanto, no nosso entender será, à medida que se implementar novas regulamentações e que sejam feitos novos estudos sobre o tema, mais facilmente provado o vínculo.

Outro flagelo desta profissão prende-se com os profissionais desta área, usarem a imagem dos seus filhos, menores de idade, para publicidade e divulgação de marcas. Esta questão poderá futuramente levantar várias questões a nível de responsabilidade civil.

Mas esta impunibilidade não poderá durar para sempre, terão de vir a ser implementadas regras mais “apertadas” para os profissionais desta área, pois coloca em causa os consumidores, viola os seus direitos, e especialmente coloca em causa os consumidores mais vulneráveis como as crianças, que cada vez mais tem acesso à internet e as redes sociais, podendo originar comportamentos nestas não desejados, como incitar à compra de produtos.

Uma possível forma de ajudar a colmatar esta incerteza criada pelos *influencers*, passaria pela auto-regulação, e nesse sentido, tendo em cota que existe a ARP, poderia agregar da profissão de *influencer* a esta entidade. Mas as entidades de auto-regulação, apesar de resolverem litígios, tal como vimos no caso do Brasil, aplicam apenas advertências ou recomendações, de certa forma, ajudam na resolução do problema aqui em estudo, mas não lhe dão uma solução. Apesar de tudo, os códigos de conduta, que recomendam o cumprimento da lei e dão orientações aos profissionais de como a cumprir, e dão regulamentações para o exercício da profissão, não têm força de lei. E como podemos constatar pelo caso do Brasil, apesar de aplicar sanções e ter decisões no sentido de punir a publicidade oculta, estas revelam-se pouco eficazes ou escassas e não resolvem o problema. Contudo, acredita-se que poderá ser uma forma de avanço para a resolução do problema, que avançar com a autodisciplina da profissão seria um passo para a resolução.

Por outro lado, em outros países como o Brasil, fala-se de uma possível aplicação do regime da responsabilidade civil, ou seja, responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, pelas informações/ conteúdos reproduzidos pelos *influencers*, porque de facto tal como André Neves Mouzinho defende “é um processo de incitamento de massas”⁹⁴. Contudo, discorda-se deste autor que seja um assunto que possa ser tratado pelo direito penal, pensa-se que seja excessivo esta intervenção. E mesmo, em Portugal, já há quem fale em responsabilidade civil, não diretamente dos *influencers* digitais, mas sim, dos titulares de suporte publicitário e anunciantes, porém ainda não houve decisões nesse sentido

Mas em que medida poderá ser aplicada a responsabilidade civil a este problema? De facto, podemos ter bens lesados, não só pela instrumentalização das pessoas na compra,

⁹⁴ ANDRÉ NEVES MOUZINHO, *ob. cit.*, p.16

porque se acabam de criar a ideia de certos produtos são necessários a título de mera opinião pessoal.

A responsabilidade civil tem como principais objetivos/ funções, tal como defende Teresa Lopez, “(...) uma função da responsabilidade civil que impeça a realização de danos estará garantindo a integridade física, moral e económica do cidadão individualmente e da sociedade inteira”⁹⁵, ou seja, uma das principais funções é impedir o dano, função preventiva, sendo a outra a função punitiva, onde se pune quem causa um dano a outrem. Para ser aplicada a responsabilidade civil tem de estar reunidos os pressupostos desta, ou seja, existência de um facto humano e voluntario, ilicitude, imputação do facto ao agente, existência de um dano e nexo de causalidade entre o dano. Por sua vez, a responsabilidade civil pode ser contratual, extracontratual, objetiva e subjetiva. Vejamos então a sua aplicação neste caso concreto.

De facto, apesar de não haver ainda jurisprudência nesse sentido a nossa lei prevê a uma possível punição a título de responsabilidade civil por publicidade ilícita, ou seja, tal como dispõe o art. 30º, n.º1 do C.Pub: “*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.*” Portanto, sendo os *influencers* titulares de suporte podem ser responsabilizados civilmente, e em concordância com a autora Ana Clara Azevedo de Amorim, será punida nos termos do art.483º, nº1 do C.Civil: “*Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*”, ou seja, os consumidores tem direito a uma publicidade sem vícios. Neste sentido, “No quadro da responsabilidade civil por factos ilícitos a ilicitude resulta em regra da violação de uma norma de proteção ou disposição destinada a proteger bens alheios”⁹⁶, vamos punir pelo dano causado ao consumidor, pois, através da publicidade ilícita, as opiniões meramente pessoais que na verdade não o são, onde pela influência se

⁹⁵LAÍS RAMOS BARBOZA, “A Impossibilidade de Responsabilização Civil de “Digital Influencers” pela Realização de Publicidade Velada à Luz do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista da AGU, Brasília - DF*, v.18, n.01,2019, pág.266,

⁹⁶ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.240

instrumentaliza o consumidor a comprar, leva o consumidor a criar um comportamento e por sua vez um dano. Pelo que, a responsabilidade civil pressupõe também o direito à indenização, onde os consumidores podem ser indenizados por estes danos causados, art. 496º do C. Civil, sendo que tal como dispõe o art. 30º do C. Pub, os anunciantes respondem solidariamente pelos danos causados, art. 497º do C. Civil, o que faz sentido, os anunciantes serem também responsabilizados porque no fundo os *influencers* estão a publicitar produtos deles, com contratos para o efeito que levam a danos de terceiros.

Por outro lado, há também a possibilidade de responsabilidade pré-contratual, onde “Esta possibilidade assenta na qualificação da mensagem publicitária como proposta contratual, (...) Mas a possibilidade de invocar o regime jurídico da responsabilidade pré-contratual assenta também na emergência do marketing direito, que começa por abordar individualmente o consumidor no seu domicílio e que está na origem da proibição das práticas comerciais agressivas, com recurso a assédio, coação e influencia indevida, (...) A principal vantagem deste instituto reside na presunção de culpa, enunciada no art.799º do C. Civil.”⁹⁷

Por fim, em concordância o já exposto acima, é possível responsabilizar civilmente os *influencers* digitais pela publicidade ilícita, ou seja, é urgente começar a responsabilizar pessoas pela publicidade ilícita difundida e principalmente pelas opiniões meramente pessoais que são um dia-a-dia nas redes sociais que induzem em erro os consumidores. Portanto, o principal problema dos *influencers* digitais prende-se com a violação do princípio da identificabilidade da publicidade, art.6º do C. Pub., seja, a título de não a identificam como tal ou através de opiniões meramente pessoais que não o são. Pelo exposto, percebe-se que as sanções que existem, raramente são aplicadas e quando aplicadas não são suficientes para colmatar o flagelo em questão, sendo que se defende a responsabilidade extracontratual, art.483º do C. Civil, pelos danos que estes causem aos consumidores e a devida indemnização aos consumidores, pelo que será solidaria com os anunciantes. Por último, o problema reside ainda no ónus de prova e daí a questão da impunibilidade, art.487º do C. Civil, cabe ao lesado provar a culpa do autor, o que torna difícil, pois o consumidor dificilmente conseguirá provar a ilicitude da publicidade em certos casos. Uma possível inversão do ónus de prova, talvez possa ajudar nesta questão.

⁹⁷ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, cit., p.241

Como última reflexão, o direito deve acompanhar mais rapidamente as alterações da sociedade, principalmente numa sociedade que é cada vez mais movida pela internet, pelas redes sociais, onde os trabalhos pelas redes são cada vez mais uma constante. O futuro da publicidade passará cada vez mais pelas redes sociais, pela internet em si e menos pelas televisões, jornais, revistas e placards, e nesse sentido parece urgente uma maior proteção do consumidor, uma maior atenção ao consumidor e acima de tudo uma resposta rápida as possíveis ilicitudes que advêm da publicidade porque efetivamente pelo exposto percebe-se que é possível causar danos e criar vontades aos consumidores atuais, e não só aos consumidores mais vulneráveis como as crianças. Tem de ser dada mais atenção as profissões do futuro como a de *influencers* digitais, pois a tendência será crescer e não pode continuar a existir a ideia de impunibilidade.

Parte V

Bibliografia

AFFONSO, Filipe José Medon, “Influenciadores Digitais e o Direito à Imagem dos seus Filhos: Uma Análise a Partir do Melhor Interesse da Criança”, *Revista Eletrónica da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro*, V.2, 2019

ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005

AMORIM, Ana Clara Azevedo, “Conceito Jurídico de Publicidade: Contributos para uma Redefinição”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº14, 2018

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, “Estratégias Comerciais: Marketing e Publicidade”, in *Fashion Law, Direito da Moda*, UCP, 2019

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony Editora, 2018

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, “Os Influenciadores Digitais e a Publicidade Oculta: Abordagem Comparada de Direito Luso-Brasileiro”, *Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, Rio de Janeiro, 2018

ANDRANDE, José Carlos Vieira de, “Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa”, in *Estudos de Direito do Consumo*, nº5, 2003

AUTOCONTRL, *Código de Conducta Sobre el Uso De Influencers En La Publicidad, 2020*, disponível em <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>

BARBOZA, Laís Ramos, “A Impossibilidade de Responsabilização Civil de “Digital Influencers” pela Realização de Publicidade Velada à Luz do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista da AGU, Brasília -DF*, v.18, n.01,2019

CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 7ªEd., Almedina, Coimbra, 2021

CARVALHO, Maria Miguel Morais, “O Conceito de Publicidade Enganosa”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, V. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

COUTO, Rute, “Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor À informação”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor*, V III, Nº9, 2013

COSTA, Andreia Rodrigues, *O Regime Jurídico da Publicidade Enganosa: (des) proteção dos Consumidores*, Universidade Católica do Porto, 2014

CRUZ, Rossana Martingo, “A Divulgação da Imagem do Filho Menor nas Redes Sociais e o Superior Interesse da Criança”, *Conferencia Sociedade em Rede*, Universidade do Minho, 2015

DIAS, Lúcia Amora Lopez de Magalhães, “Publicidade e Direito”, *Revista dos Tribunais*, 2010

Direção Geral do Consumidor, Informação Sobre Regras e Boas Práticas da Comunicação Comercial no Meio Digital: *Guia para Influenciadores e Anunciantes*, 2019

FTC, *About FTC: What We Do*, disponível em <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>

GRUNER, Anna Carlina, “Influencers digitais e a responsabilidade jurídica por suas mensagens publicitárias”, in *VII Congresso Intercontinental de Direito Civil*, NOBRE MAIA, JULIANA MACHADO, MARCELLA CRTISTINA GRUNER CARVALHO, CARLA FERNANDA RANGEL SILVA, Coimbra, 2019

GUIMARÃES, Paulo Scartezzinni, “A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam”, *Revista dos Tribunais*, 2007

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “A Proteção do Consumidor Contra as Práticas Comerciais Desleais e Agressivas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº5, 2003

LÔBO, Paulo Luiz Netto, “A Informação como Direito Fundamental do Consumidor”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº3, 2001

LUIZ, Renata Soraia, *Revista Consultor Jurídico*, 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/renata-luiz-atuacao-digital-influencer>

MOUZINHO, André Neves, “A Publicidade Enganosa – Direito Penal do Consumidor”, *II Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2006

NEVES, Leticia Bufon, *Influenciadores Digitais Como Estratégia de Marketing: Quais São os Efeitos no Comportamento do Consumidor?*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019

OLIVEIRA, Jordan Vinicius de, “Hashtag Publi? Influenciadores Digirais, o CONAR e a Regulação da Publicidade Velada na Rede”, *Revistas das Faculdades Integradas Vianna Júnior*, 2019

PASSINHAS, Sandra, “A Propósito das Práticas Comerciais Desleais: Contributo para uma Tutela Positiva do Consumidor”, in *Estudos do Direito do Consumidor*, nº13, 2017

PEREIRA, Alexandre Dias, “Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº7, 2005

PEREIRA, David Serra, “Código de Conduta de Influencers e a Autoregulação: Protejamos os nossos Influencers” disponível em <https://www.meiosepublicidade.pt/2021/01/codigo-conduta-influencers-autoregulacao-protejamos-os-influencers>

PINTO, Paulo Mota, “Publicidade Domiciliária não Desejada”, *74 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1998

REBELO, Fernanda Neves “O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância”, in *Liber Amicorum Mário Frota: A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2012

SILVA, João Calvão da, “A Publicidade na Formação do Contrato, *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004

ZIALCITA, Paolo, FTC Issues Rules For Disclosure Of Ads By Social Media Influencers, 2019, disponível em <https://www.npr.org/2019/11/05/776488326/ftc-issues-rules-for-disclosure-of-ads-by-social-media-influencers?t=1627057916710>

Jurisprudência

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25-062015, Proc. N°789/13.7TMSTB-B.E1

Legislação Complementar

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005