

PEDRO LOMBA

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÕES COMERCIAIS

SUJEITO, MERCADO
E DEMOCRACIA

ÍNDICE

•

Resumo.....	9
<i>Abstract</i>	11
Nota prévia	15
Introdução	17
 PARTE I	
PUBLICIZAÇÃO	47
 Capítulo I — Direito, Comunicação e Liberdade	49
1. Direito, comunicação e liberdade: uma aproximação	49
1.1. Direito como Comunicação	52
i. Generalidades.....	52
ii. Proteção jurídica através da comunicação.....	55
1.2. Comunicação como Direito e <i>direitos</i>	60
i. Direito e disciplina comunicativa: o Direito da Comunicação e da Informação.....	60
ii. Comunicação como (objeto de) direitos	63
iii. Práticas comunicativas e função constitutiva do Direito.....	69
1.3. Comunicação <i>como</i> liberdade	72
i. Liberdade jurídica e liberdade constitucional.....	72
ii. Liberdades de comunicação e liberdades de ação: conexões intra — e intercomunicativas no sistema constitucional.....	79
iii. Outra linha de separação: o sentido afirmativo das liberdades expressivas e a eficácia geral dos direitos fundamentais	87
iv. Liberdade de expressão positiva e negativa.....	99
v. A delimitação constitucional dos âmbitos comunicativos da liberdade de expressão.....	103
 Capítulo II — Duas Tradições Jurídicas de Conformação da Comunicação — Liberdade de Expressão e Liberdade de Comércio	119
1. Relacionando Liberdade de Expressão e Liberdade Económica	119

•	
1.1. O projeto liberal de neutralização do poder.....	121
i. As origens: a constitucionalização da liberdade de expressão e a separação entre opinião e poder.....	121
ii. A liberdade de comércio e o desenvolvimento e consolidação do mercado.....	125
iii. Do relacionamento entre a liberdade de expressão e a liberdade de comércio: uma tensão genética no projeto liberal.....	134
iv. Desvios à neutralização liberal: o sistema de profissões e competências.....	141
1.2. As Esferas Comunicativas do Estado Liberal.....	144
i. Opinião pública e influência pública: o desenvolvimento das liberdades orientadas para a comunicação pública.....	144
ii. Comércio, comunicação e esfera pública.....	150
iii. A Concorrência como o Regulador Comum das Esferas de Comunicação: as “dinâmicas de concorrência perpétua e discussão perpétua”.....	154
iv. O mercado de bens como mercado de ideias: identidade ou separação entre a livre circulação de ideias e de bens.....	159
1.3. A Viragem para o direito social e a progressão dos domínios comunicativos afetos à comunicação comercial regulada.....	162
i. A socialização jurídica das liberdades e a intensificação da separação entre liberdades de comunicação e liberdades comerciais.....	162
ii. Comunicação para a concorrência: o “concorrente leal, correto e honesto”.....	174
iii. Comunicação para o consumo: do consumidor “autônomo e racional” ao consumidor “informado e protegido”.....	180
iv. Comunicação para o mercado: o controlo da integridade das decisões económicas e a pulverização de testes jurídicos.....	192
v. O pluralismo de modelos jurídicos de consumidor: o seu impacto na compreensão situacional do Direito das comunicações comerciais.....	199
PARTE II	
EUROPEIZAÇÃO.....	203
Capítulo III — Liberdade de Expressão no Contexto do Mercado — O Estado de Liberdades e Regulação.....	205
1. O Advento do Estado Constitucional de Mercado e Democracia Social: do Conflito entre Meios ao Conflito entre Fins.....	205
i. Direito e Constituição económica: a elevação constitucional das liberdades de comércio e indústria na ordem jurídica.....	205
ii. A economia social de mercado entre a liberdade coordenada e a regulação económico-social.....	210
iii. O alargamento dos direitos de expressão: a complexificação do modelo constitucional de liberdade e a autonomização da dimensão objetiva dos direitos.....	217
•	

•

Capítulo IV — Liberdade de Expressão e Contexto Comercial — os Direitos de França, Estados Unidos e Alemanha.....	229
1. Para uma Investigação Juscomparativa sobre a Comercialização da Liberdades Comunicativas.....	229
1.1. Comparativismo, Direito constitucional e liberdades de comunicação.....	229
i. Sobre o Direito comparado como prática relacional: a procura das “diferenças relativas” entre práticas jurídicas	229
ii. Liberdade de expressão e Direito constitucional comparado	233
1.2. Direito Francês	237
i. Modelo de formação histórica: racionalismo, legicentrismo e liberdades públicas.....	237
ii. Constitucionalização de valores antagônicos, a liberdade sob reserva e o intervencionismo estatal	242
iii. Ambivalência e separação entre liberdades comerciais e liberdades de comunicação	245
1.3. O Direito dos Estados Unidos da América	251
i. Modelo de formação histórica: judicialização, constitucionalismo libertário e participação democrática	251
ii. Uma teoria compósita: a aplicação da Primeira Emenda entre diferentes argumentos, doutrinas e testes.....	257
iii. A Primeira Emenda e o contexto comercial: desenvolvimento e evolução da jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão comercial.....	260
1.3. O Direito Alemão	266
i. Modelo de formação histórica: liberdade-autonomia e distribuição da liberdade pelo Estado	266
ii. A dupla dimensão da liberdade de opinião na Constituição alemã e a metodologia da ponderação.....	268
iii. O hesitante reconhecimento da liberdade de expressão em contexto comercial e a coexistência com a proteção da liberdade de profissão	272
Capítulo V — A Europeização do Problema — Liberdades Económicas e Liberdade de Expressão no Espaço Jurídico Europeu	277
1. O Confronto entre Liberdades Económicas e Liberdade de Expressão no Tribunal de Justiça da União Europeia e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	277
1.1. A Legalização de uma Ordem Judicial Policêntrica na Europa.....	277
i. A institucionalização jurídica de um sistema transnacional de liberdades económicas	277

•

•	
ii. A institucionalização de um sistema de direitos de comunicação a partir da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	280
1.2. Excurso: Internacionalização do Direito constitucional e Constitucionalização do Direito Internacional	285
i. A internacionalização do Direito constitucional	285
ii. As propostas de constitucionalização do Direito internacional	293
iii. O exemplo de uma questão constitucional transnacional: liberdade de expressão e regulação do discurso comercial	298
iv. A Internet comercial e a emergência da discussão constitucional no Direito digital europeu	301
1.3. Entre a resistência e a aceitação da liberdade de expressão em contexto comercial no espaço judicial europeu.....	303
i. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	303
aa. Discurso comercial e o contexto de participação no debate público	304
bb. Discurso comercial e o contexto essencialmente comercial-profissional	306
cc. Discurso comercial e o contexto europeu de regulação económica..	308
dd. Discurso comercial e contexto de concorrência económica	309
ii. O Tribunal de Justiça da União Europeia	311
aa. Discurso comercial e o contexto da liberdade de circulação de mercadorias.....	314
bb. Discurso comercial e contexto legislativo relativo à regulação do produto	316
PARTE III	
CONSTITUCIONALIZAÇÃO	323
Capítulo VI — Para uma Interpretação do Direito da Liberdade de Expressão na Ordem Constitucional de 1976	325
1. A Construção e o Sentido da Proteção da Liberdade de Expressão na Constituição de 1976	325
1.1. Antecedentes diretos do processo de formação	325
i. O controlo da comunicação pública sob a Constituição de 1933.....	327
ii. Dirigisimo administrativo comunitarista da regulação da opinião pública na ordem de 1933: Marcello Caetano e a opinião pública	330
iii. A publicidade no Estado Novo: da regulação administrativa setorial à antecipação da tutela do consumidor	341
iv. A transição para a Constituição de 1976: o contexto constituinte ...	343

•	
1.2. A reformatação do conceito de opinião pública na teoria da liberdade de expressão	346
i. Um dilema: a substituição do referente comunitarista do Direito público da comunicação	346
ii. A reindividualização do processo de formação da opinião: uma “liberdade sem sociedade”	352
iii. A identificação constitucional da opinião pública com a opinião eleitoral	356
1.3. Principais Implicações para o Estatuto da Liberdade de Expressão na Constituição de 197	359
i. Formalismo jurídico e défice substancialista: a liberdade de expressão como liberdade positiva	359
iii. Liberdade de expressão e liberdade de propaganda	372
v. A subponderação das liberdades de expressão e informação e a conexão restritiva das questões de discurso público.....	388
vi. A exclusão do tratamento da publicidade no âmbito das liberdades de comunicação	391
Capítulo VII — A Comunicação no Contexto de Mercado — Problemas de Localização no Sistema Constitucional de Direitos.....	393
1. Argumentos sobre a Localização Dogmática dos Atos de Comunicação no Contexto Comercial: Análise Crítica.....	393
1.1. A caracterização do contexto comercial como ação ou discurso	396
i. A separação entre ação e discurso na teoria da liberdade de expressão	396
ii. Uma separação dogmaticamente inconclusiva e indeterminada: a comunicação no contexto comercial.....	401
1.2. A recondução da atividade comunicativa no contexto de mercado às liberdades do ordenamento económico	403
i. As liberdades de iniciativa económica e de atividade empresarial	403
ii. A liberdade de consumo como fundamento	414
iii. Implicações dogmáticas: insinceridade regulatória e expansão de políticas públicas a partir da perspectiva económica e do “interesse geral” ..	418
1.3. A Prioridade da Autonomia Individual	423
1.4. A Prioridade da Democracia	433
1.5. A Prioridade da Verdade	448
Capítulo VIII — Elementos de Caracterização Jurídico-Constitucional da Liberdade de Expressão no Contexto do Mercado.....	459
1. A Delimitação da Liberdade de Expressão e o Contexto do Mercado: Caracterização Aberta de Práticas Sociais e Princípio Geral da Fidelidade ao Contexto.....	459
•	

•	
1.1. Um Direito de Práticas, Princípios e Contextos Particulares de Aplicação: Pressupostos Gerais	463
i. Juízos categoriais e juízos de contexto: crítica e reformulação	463
ii. Práticas comunicativas, fidelidade ao contexto e o objeto da liberdade de expressão	472
iii. Em busca do contexto comercial relevante (e dos seus elementos constitutivos).....	491
1.2. A Identidade dos Participantes: o Mercado como Estrutura Aberta de Comunicação.....	496
i. Enquadramentos restritivos: a configuração de uma liberdade de expressão das “empresas” e das pessoas coletivas.....	496
ii. Excurso: a reconstrução dos princípios da compatibilidade e da especialidade na definição dos direitos fundamentais das pessoas coletivas .	502
iii. Empresas, empresários e a extensão da liberdade de expressão	507
iv. Liberdade de atuação jurídico-coletiva e relatividade da análise da motivação lucrativa.....	513
v. O Caso Nike c. Kasky: a ilustração das dificuldades de classificação do discurso a partir da identidade dos participantes	518
1.2. A estrutura dos atos de comunicação: o mercado como ordem de comunicação constitucionalmente conformada	524
i. Direitos de publicidade: as funções intelectual, propositiva, promocional, informativa e orientadora	524
ii. O problema da sobre- ou sub-inclusão definitória e a necessidade de um conceito constitucional de comunicação comercial.....	537
iii. A questão da publicidade “chocante” e os casos Benneton	548
1.3. A Relação de Interesses: o Mercado como Estrutura Assimétrica de Posições dos Comunicadores, das Audiências e da Sociedade em Geral.....	550
i. Os direitos e interesses dos participantes, dos consumidores e da sociedade em geral: a livre circulação de informação comercial.....	550
ii. Assimetria e divergência de interesses: efeitos da informação comercial na esfera de decisão individual	555
iii. A distinção entre interesses relativos à liberdade de decisão e outros bens merecedores de proteção	560
Capítulo IX — Um Direito Fundamental à Liberdade de Expressão no Contexto do Mercado — Bens Protegidos e Interferências Justificadas	563
1. As Modulações da Liberdade de Expressão no Contexto do Mercado: os Bens Constitucionalmente Protegidos	563
i. Nota prévia sobre a delimitação do âmbito normativo da liberdade de expressão: a função dos bens protegidos.....	565
•	

•	
ii. Comunicação no contexto do mercado: dos bens protegidos à justificação das interferências.....	570
iii. A distinção entre interferências com e sem impacto comunicativo...	572
1.1. O Princípio do Discurso Público	574
i. A relevância das matérias comerciais para a formação da opinião pública	574
ii. Um direito de livre participação comunicativa no discurso público sobre assuntos públicos comerciais.....	583
iii. Medidas de justificação das interferências e a necessidade de distinção entre discurso público e publicidade comercial e institucional.....	596
aa. Discurso público e regulação das práticas publicitárias	598
bb. Discurso público e publicidade institucional.....	600
cc. Discurso público e direitos industriais: marcas e segredos comerciais	603
dd. Discurso público e tratamento jornalístico de dados pessoais	605
1.2. O Princípio da Autodeterminação Económica	610
i. Discurso comercial e autodeterminação económica do consumidor...	610
ii. Conformação e interpretação dos regimes legal das comunicações comerciais orientada pela liberdade de expressão	618
aa. Publicidade comparativa	620
bb. As fronteiras entre discurso público, discurso comercial e concorrência desleal.....	622
cc. Comunicações comerciais audiovisuais	626
dd. Comunicações comerciais nos serviços de plataformas de partilha de vídeos	634
ee. Publicidade profissional.....	635
ff. Discurso de influenciadores: a situação do discurso monetizado.....	640
gg. A nova categoria de discurso comercial: deveres de identificação e publicidade política.....	647
hh. A publicidade digital: personalização comercial e liberdade de expressão	657
Responsável pelo direcionamento e proteção da liberdade de comunicação personalizada	660
Publicidade digital e proteção de conteúdos digitais.....	662
Intermediação publicitária e função de infraestrutura comunicativa.....	665
A subordinação dos serviços de publicidade digital a deveres de transparência adicional e fair design: das Diretivas do Comércio Eletrónico e AVMS ao Regulamento de Serviços Digitais.....	672
1.3. O Princípio da Competência Pública.....	676
i. A circulação de informação confiável e disciplinada no mercado e deveres jurídicos de promoção da competência pública.....	676
aa. Promoção da competência e contextos de vulnerabilidade.....	679
•	

ÍNDICE

•	
bb. A nova e fluida categoria da vulnerabilidade digital.....	682
ii. Condições constitucionais para a promoção da competência pública	683
aa. Interferências através de deveres de comunicação específica e orientada	688
bb. As restrições sobre a difusão de alegações nutricionais e de saúde: rigor científico, dever de verdade e competência pública	695
cc. As restrições sobre a difusão de alegações ambientais ou de sustentabilidade	699
dd. Novos domínios de discurso compelido: a promoção da competência na publicidade digital.....	700
iii. Competência pública, paternalismo e o problema da regulação do discurso comercial por políticas públicas.....	702
iv. Controlo de proporcionalidade, margem de conformação do legislador e interferências na liberdade de expressão no mercado	706
iv. Efeito de mútua conformação e interdependência entre o Direito público e o Direito privado.....	712
1.4. O Princípio da Confiança.....	716
Notas Finais	719
Bibliografia.....	725
Índice.....	763



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt