

Emissões televisivas dirigidas, total ou principalmente, para um território diferente do Estado de origem.

Concorrência desleal ou consequência da liberdade de circulação de serviços no mercado interno europeu?

Luísa Roseira¹
lroseira@cr.erc.pt
Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Resumo

O regime audiovisual da União Europeia tem como objetivo primordial prosseguir a liberdade de circulação de serviços da comunicação audiovisual.

Constituem traves mestras do ordenamento jurídico europeu, da política europeia e da construção do mercado único: **(i)** o princípio do estado de origem, **(ii)** o princípio da jurisdição exclusiva e, obviamente, **(iii)** o princípio da liberdade de circulação de serviços

Emissões televisivas destinadas a um país diferente do país de origem são uma realidade incontornável e replicada em todo o espaço europeu.

A jurisdição de um Estado sobre um serviço de programas televisivos é condição essencial para aplicação das «suas» normas nacionais, balizadas pelas regras comunitárias, a esse mesmo serviço de programas.

A existência de serviços de programas «estabelecidos» num determinado Estado da União Europeia, mas que dirigem a sua programação, exclusiva ou maioritariamente, para outro Estado membro, com legendagem e com conteúdo publicitário específico, constitui uma prática recorrente. Os operadores sediados num determinado Estado membro onde a legislação nacional, que transpõe a Diretiva de Serviços de Comunicação Social Audiovisual (DSCSA), é aplicada e o seu cumprimento ou incumprimento regularmente auditado, designadamente no que diz respeito ao apuramento das quotas de conteúdos, poderão sentir-se «discriminados» ao ter um concorrente para o mesmo mercado que não é alvo do mesmo escrutínio efetuado no «seu» Estado membro.

Existem exceções à liberdade de prestações de serviços audiovisuais. Mas também aqui se colocam questões complexas, designadamente no que diz respeito à

aplicação destas cláusulas de salvaguarda. Quando adotar e como concretizar os mecanismos de «defesa» previstos na DSCSA para serviços de programas fornecidos por operadores de televisão sob jurisdição de outro Estado membro sempre que se verifique que tais serviços são total ou principalmente dirigidos a outro território? O que deve ser considerado infração, o que são regras mais rigorosas e o que se deve entender como medidas adequadas, necessárias e proporcionais?

Palavras-chave: Emissões televisivas; Deslocalização; Cláusulas de salvaguarda

Introdução

Os problemas conexos com as emissões televisivas dirigidas, total ou principalmente, para um território diferente do Estado de origem perpassam as últimas décadas da realidade europeia.

É interessante constatar que mesmo quando imperava o silêncio dos tratados europeus e inexistiam competências e normas expressas sobre a política audiovisual europeia, as questões e problemas já eram manifestos tendo, neste aspeto, a jurisprudência do Tribunal Justiça desempenhado um papel determinante e preponderante na arquitetura normativa e, mesmo, na evolução da política do audiovisual europeu.

(Nanclares, 2012) refere que “o primeiro dilema com que historicamente se encontrou a União Europeia na hora de se confrontar com a questão do audiovisual foi que, como também sucedeu noutras matérias, os tratados constitutivos originariamente não continham nenhuma atribuição expressa de competência para a regulação do fenómeno televisivo e muito menos para a construção de uma política do audiovisual europeia ao estilo das existentes noutros âmbitos materiais (agrícola, pescas, transportes, concorrência, comércio externo, etc.).”

A «Diretiva Televisão Sem Fronteiras», Diretiva 89/552/CEE, tinha como um dos seus desideratos garantir plenamente a liberdade de circulação de programas de televisão. Ou seja, todo e qualquer programa de televisão que cumprisse as exigências do ordenamento jurídico do Estado membro de emissão - o qual tinha que cumprir o mínimo denominador comum das regras estabelecidas na citada Diretiva - tinha assegurado a sua liberdade de circulação pelos demais Estados membros.

Todavia, os problemas subsistiram e os conflitos jurídicos tornaram-se ainda mais complexos, pelo que no ano de 1997 foram introduzidas cláusulas derogatórias ao princípio da livre circulação de serviços, em matéria da deslocalização de emissões, através da alteração da Diretiva «Televisão Sem Fronteiras» de 1997², para acolher a jurisprudência que havia sido proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

² Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu.

¹ Os pontos de vista expressos vinculam exclusivamente a autora.

Este Tribunal havia proferido uma sentença³ na qual declara que “*não se pode negar a um Estado membro o direito de adotar medidas destinadas a impedir que as liberdades garantidas pelo Tratado sejam utilizadas pelo prestador de serviços, cuja atividade esta totalmente ou principalmente orientada para o seu território para eludir as normas que seriam aplicadas se estivesse estabelecido no território do dito Estado.*”.

Contudo, o princípio estabelecido na sentença aludida tem de ser compatibilizado com a demais jurisprudência europeia que, também, determinava que o Tratado não proibia que uma empresa pudesse fazer uso da sua liberdade de prestação de serviços quando não oferece nenhum serviço no Estado membro em que se haja estabelecido. Existia, pois, a necessidade de compatibilizar ambos os princípios, sendo que a solução adotada, e que não “beliscava” o princípio do país de origem, foi a adoção de cláusulas de salvaguarda e mecanismos de colaboração que permitissem solucionar estes problemas.

O que nos propomos analisar, de uma forma sucinta, é se estas cláusulas de salvaguarda e estes mecanismos de cooperação são suficientes, eficazes e exequíveis.

1 - A liberdade de circulação de serviços de serviços de comunicação social, o princípio do Estado de origem e o princípio da jurisdição única

A liberdade de circulação de serviços, o princípio do estado de origem e o princípio da jurisdição exclusiva constituem traves mestras do ordenamento jurídico comunitário, da política europeia e da construção do mercado único europeu.

O n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2012/13/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2012 (doravante, DSCSA) estabelece o princípio geral da liberdade de circulação dos serviços de comunicação social “*os Estados membros devem assegurar a liberdade de recepção e não colocar entraves à retransmissão nos seus territórios de serviços de comunicação social audiovisual provenientes de outros Estados membros por razões que relevem dos domínios coordenados pela presente diretiva.*”. Os serviços que obedecem à legislação do Estado membro onde os respetivos fornecedores se encontram estabelecidos podem circular livremente na Europa sem um segundo controlo por parte dos Estados membros que os rececionam.

Segundo (Nanclares, 2012) “*a atividade de televisão constitui desde a época de oitenta do século passado um elemento básico da livre prestação de*

3 Processo - TV 10 c. Commissariaat vor de Media (C-23/93).

serviços que exigiu uma harmonização ad hoc até desembocar na citada Diretiva de 2010 sobre serviços de comunicação audiovisual.”.

Os artigos 49º a 50º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) consagram o direito fundamental à liberdade de estabelecimento. Por conseguinte os fornecedores dos serviços de comunicação social devem ser, em geral, livres de escolher os Estados membros em que se queiram estabelecer – cfr. Considerando 40 da DSCSA. Nesta senda, o Tribunal de Justiça já proferiu jurisprudência na qual afirma que “*O tratado não proíbe uma empresa de exercer a sua liberdade de prestação de serviços quando não oferece serviços no Estado membro em que esta estabelecida.*”.

O princípio do estado de origem (Carvalho et al., 2012:108) “*afigura-se central no regime da Diretiva DSCSA, uma vez que garante a segurança jurídica necessária aos fornecedores de serviços e a livre circulação de programas no mercado interno (...).* De acordo com este princípio, as regras aplicáveis a um serviço de comunicação social audiovisual que possa ser captado em qualquer território da União Europeia são apenas as do Estado membro sob cuja jurisdição se encontra esse serviço (...). Assim, o princípio do estado de origem dos serviços de comunicação social audiovisual institui o critério por excelência para a definição da jurisdição aplicável, no sentido de existir apenas um Estado membro com jurisdição sobre cada operador de serviços de comunicação social.

Com a consagração de princípio da jurisdição exclusiva/única procura-se que o conteúdo audiovisual seja verificado apenas uma vez, em vez de o ser em vários países – simplificando quer os processos, quer os procedimentos, para os fornecedores de serviços, especialmente aqueles que desejam desenvolver negócios transfronteiriços. A jurisdição de um Estado sobre um serviço de programas televisivos é condição essencial para que esse Estado detenha sobre a alçada das suas “normas” nacionais esse mesmo serviço de programas.

O artigo 2.º⁵ da DSCSA estabelece os critérios para determinação da jurisdição dum Estado membro

4 Processo VT4 Lda versus Vlaamse Gemeenschap (C-56/96 -) e processo Centros Ltd contra Erhvervs-og Selskabsstyrelsen (C-212/97).

5 Este artigo consagra, também, que a Diretiva não é aplicável a serviços destinados exclusivamente a ser captados em países terceiros e que não sejam captados direta ou indiretamente pelo público de um ou mais Estados membros através de equipamento de consumo corrente.

sobre os fornecedores de serviços de comunicação social. Assim, considera-se que um fornecedor de um serviço de comunicação social se encontra estabelecido num Estado membro nos seguintes casos:

- (i) Quando estabeleça a sua sede social num Estado membro e as decisões editoriais sejam aí tomadas;
- (ii) Se a sede for num Estado membro e as decisões editoriais sejam tomadas noutro Estado membro, o fornecedor considera-se estabelecido no Estado membro em que uma parte significativa do pessoal implicado na realização da atividade exerce as suas funções. Caso exerçam funções em ambos os Estados membros, considera-se o da sede social. Se não exercerem funções em nenhum dos Estados membros, deverá ser considerado sob jurisdição do Estado membro onde iniciou a sua atividade, desde que mantenha uma relação efetiva e estável com a economia desse mesmo Estado.
- (iii) Caso a sede social seja num Estado membro, mas as decisões editoriais sejam tomadas num país terceiro, ou vice-versa, considera-se que o fornecedor de serviços de comunicação social está estabelecido no Estado membro, desde que uma parte significativa do pessoal afeto à atividade nele exerça as suas funções.

Subsidiariamente são, ainda, aplicáveis dois outros critérios dirigidos, sobretudo, a serviços de comunicação social audiovisual estabelecidos fora da União Europeia, quando nenhum dos anteriores permite determinar o Estado membro com jurisdição sobre o órgão de comunicação social: um referente à utilização de uma ligação ascendente terra-satélite situada nesse Estado membro, o outro para as situações em que embora não utilizem uma ligação ascendente terra-satélite, utilizam uma capacidade de satélite pertencente a esse Estado membro. Ressalve-se que estes critérios garantem que as emissões que tenham um impacto sobre o público da União Europeia são abrangidas pela DSCSA, mesmo quando os operadores não estão estabelecidos na União Europeia.

2 – A deslocalização de emissões televisivas e os mecanismos de cooperação *ad hoc* na DSCSA

Emissões televisivas destinadas para um país diferente do país de origem constituem uma realidade incontornável e replicada em todo o espaço europeu. Acresce ainda que, como aliás já referimos, o princípio da liberdade de circulação de serviços permite que uma empresa estabeleça a sua sede num determinado Estado membro no qual não ofereça nenhum serviço.

A existência de serviços de programas “estabelecidos” num determinado país do espaço europeu, mas que dirigem a sua programação exclusiva ou maioritariamente para outro Estado membro tendo

como a língua principal a do Estado de destino das emissões, legendagem específica, conteúdo publicitário e programação que vise “esse” determinado público do país de destino constitui uma prática recorrente.

Por vezes verifica-se que os operadores estabelecem a sua sede em Estados membros cujas exigências legais são menos rigorosas, quer em termos de licenciamentos ou autorizações, quer em termos de conteúdos, mas destinam, principalmente, as suas emissões e conteúdos a outro Estado membro. Esta questão está prevista e consagrada no artigo 4.º da DSCSA, atinente a situações de deslocalização das emissões.

Os operadores sediados num determinado Estado membro onde a legislação nacional, que verte obrigatoriamente a DSCSA, é aplicada e o seu cumprimento ou incumprimento regularmente auditado, designadamente no que diz respeito ao apuramento das quotas de conteúdos, poderão sentir-se discriminados ao ter um concorrente para o mesmo mercado que não é alvo do mesmo escrutínio no “seu” Estado membro.

O problema das emissões realizadas por um prestador estabelecido num outro Estado membro com o objetivo de transmitir programas de televisão destinados total ou principalmente ao território de outro Estado membro diferente pode configurar uma situação de fraude à lei, em que a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços se utiliza, na realidade, para ludibriar a legislação do Estado membro destinatário dos programas. Situação, que é, por si só, justificativa do desenvolvimento do regime aplicável à limitação da livre circulação de serviços neste âmbito.

A DSCSA elenca, no seu Considerando 42, alguns indicadores da existência de uma situação de deslocalização das emissões, a saber, origem da receita de publicidade, língua principal das emissões, existência de programas ou comunicações comerciais que visem especificamente o público do Estado membro em causa.

A este respeito não se poderá deixar de salientar que muitos dos serviços programas televisivos atualmente disponibilizados em Portugal, dispõem já de publicidade dirigida a este país e aqui adquirida através das representações comerciais existentes. Todavia, e como veremos mais à frente, consideramos que dificilmente, por si só, este facto subsume na íntegra a previsão das normas referentes à adoção das cláusulas de salvaguarda e os correspondentes mecanismos de cooperação entre Estados membros nas situações da deslocalização de emissões. Contudo, não se pode deixar de sublinhar que potenciais e putativas situações de deslocalização das emissões poderão pôr em causa o equilíbrio do parco

mercado publicitário em Portugal, com grave prejuízo para os operadores nacionais.

É ainda interessante salientar o “conflito” que opunha, de um lado, os pequenos Estados e aqueles nos quais a legislação era mais restritiva por razões legítimas de proteção dos consumidores ou de diversidade cultural e, do outro lado, os Estados cuja legislação era menos exigente. Na procura de soluções eficazes para lutar contra as fugas à legislação mais restritiva, a Comissão Europeia optou por uma solução consensual que promove um procedimento de duas etapas nas situações de deslocalização das emissões.

Nesta senda, visando combater a referida fuga pelos operadores, encontram-se previstas no artigo 4º da DSCSA cláusulas de salvaguarda para o país recetor, suscetíveis de aplicação, mediante um mecanismo de cooperação, quando estejam em causa interesses públicos gerais, que justifiquem a derrogação do princípio “chave” comunitário da livre circulação de serviços.

Num primeiro momento, o procedimento consagrado prevê a cooperação entre os Estados membros, no sentido de serem encontradas soluções aceitáveis para as duas partes, e, num segundo momento, e apenas caso o diálogo entre os Estados membros não permita alcançar uma solução construtiva, a Comissão Europeia intervirá para examinar a compatibilidade das medidas adotadas pelo Estado membro destinatário das emissões, com o direito comunitário:

i. A primeira fase assenta numa tentativa amigável de solução do conflito, na qual o Estado membro⁶ destinatário das emissões solicita ao Estado membro⁷ que detém jurisdição sobre o prestador de serviço o encontro de uma solução compromissória para resolução dos problemas elencados.

A DSCSA estabelece, todavia, a necessidade de se cumprirem requisitos para que o Estado membro do destino das emissões possa “notificar” o outro Estado membro - 4.2 DSCSA:

a) Resulte manifesto que se oferecem emissões dirigidas, total ou principalmente, ao território de outro Estado membro;

6 Os Estados membros podem enviar a questão ao Comité de Contacto para examinar a questão, que pode emitir a sua opinião mas sem caráter vinculativo.

7 O Estado membro que tem jurisdição sobre o prestador de serviços só tem como obrigação dar resposta a esta solicitação no prazo de 2 meses.

b) O pedido esteja devidamente justificado.

ii. Numa segunda fase, não se tendo alcançado uma solução satisfatória na fase anterior, o Estado membro pode passar para as medidas previstas no ponto 4.3 da DSCSA:

a) O Estado afetado tem que notificar a Comissão Europeia e o Estado em que esta estabelecido o organismo de televisão da intenção de adotar as medidas em questão e os motivos nos quais fundamenta tal decisão;

b) A Comissão Europeia tem de autorizar tais medidas, analisando a sua compatibilidade com o direito da União Europeia e com as exigências da DSCSA;

c) A autorização ou negação da Comissão deverá ser proferida no prazo de 3 meses.

Para aplicação deste mecanismo de cooperação é essencial frisar que a DSCSA permite que os Estados membros possam aplicar regras mais estritas ou pormenorizadas no domínio desta Diretiva aos operadores de comunicação social sobre sua jurisdição e “*a fim de gerir as situações em que um operador televisivo sobre jurisdição de um Estado membro transmite uma emissão televisiva total ou principalmente dirigida ao território de outro Estado membro*” – Considerando 41.

3 – As medidas derogatórias à liberdade de circulação de serviços televisivos na Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido

A Lei n.º 57/2007, de 30 de julho, com as alterações efetuadas pela Lei n.º 8/2011, de 8 de abril – Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (LTV) transpõe, para o ordenamento jurídico português, a DSCSA e consagra limites à retransmissão de serviços de programas⁸, traduzidos na possibilidade de suspensão dos serviços de programas, bem como na adoção de medidas que combatam situações de deslocalização.

A deslocalização das emissões é tratada pelo legislador português no artigo 86º - A da LTV⁹, limitando-

8 Artigos 86.º e 86.º-A da LTV.

9 Artigo 86-A da LTV “ 1 -A Entidade Reguladora para a Comunicação Social pode adotar medidas adequadas, necessárias e proporcionais à cessação de infrações cometidas através de serviços de programas fornecidos por operadores de televisão sob jurisdição de outro Estado membro quando verifique que tais serviços são total ou principalmente dirigidos ao território português e que os respetivos operadores se estabeleceram noutra Estado membro para contornar

se o seu âmbito de aplicação ao universo de operadores de televisão sujeitos a jurisdição de algum Estado membro da União Europeia, podendo, neste caso, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) determinar a aplicação de medidas tidas por adequadas contra os serviços de programas provenientes de outro Estado membro se verificar que as suas emissões se destinam total ou principalmente ao território português e que os respetivos operadores se estabeleceram noutra Estado membro para contornar as regras mais rigorosas a que ficariam sujeitos sob a jurisdição do Estado Português.

Saliente-se que a lei não concretiza as medidas que poderão ser adotadas pelo regulador sectorial português nestas condições, sublinhando apenas a sua necessidade, adequabilidade e proporcionalidade face à gravidade da infração e ao interesse público a salvaguardar.

4 – Os conceitos inerentes às cláusulas de salvaguarda.

Quando adotar e como concretizar as cláusulas de salvaguarda previstas na DSCSA e na LTV para serviços de programas fornecidos por operadores de televisão sob jurisdição de outro Estado membro sempre que se verifique que tais serviços são total ou principalmente dirigidos a outro território? O que deve ser considerado infração, o que são regras mais rigorosas e o que se

as regras mais rigorosas a que ficariam sujeitos sob jurisdição do Estado português.

2 -As medidas referidas no número anterior apenas podem se adotadas quando, após ter formulado um pedido circunstanciado perante o Estado membro competente para fazer cessar a infração, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social:

a) Não tenha por aquele sido informada, no prazo máximo de dois meses, dos resultados obtidos, ou considere tais resultados insatisfatórios; e

b) Tenha subsequentemente comunicado, de forma fundamentada, à Comissão Europeia e ao Estado membro em causa a intenção de adotar tais medidas, sem que, nos três meses seguintes, a Comissão se oponha à decisão.

3- Entidade Reguladora para a Comunicação Social assegura os procedimentos que garantam a reciprocidade no exercício da faculdade referida no n.º 1 por outros Estados membros relativamente a serviços de programas televisivos de operadores de televisão sujeitos à jurisdição do Estado português.”.

deve entender como medidas adequadas, necessárias e proporcionais?

De entre os conceitos enunciados nas referidas questões aquele, cuja concretização menos dúvidas nos suscita é o de infração. Assim, existe infração quando o operador televisivo que destina, total ou predominantemente, as suas emissões para um determinado Estado membro se estabelece noutra Estado membro com o objetivo de evitar a sujeição às regras mais exigentes do Estado membro de receção.

No que diz respeito às regras mais exigentes/rigorosas impostas pelo legislador nacional, a DSCSA admite derrogações às regras comunitárias quando exista um interesse público geral que assim o justifique. Nesse sentido o Considerando 41 da DSCSA enuncia que “ *Os Estados-Membros deverão poder aplicar regras mais estritas ou pormenorizadas nos domínios coordenados pela presente diretiva aos fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição, assegurando a conformidade destas regras com os princípios gerais do direito da União (...)*”.

Neste âmbito é, também, interessante referir o Considerando 43 da DSCSA o qual expressa que “ *nos termos da presente diretiva, não obstante a aplicação do princípio do país de origem, os Estados membros continuam a poder tomar medidas que restrinjam a livre circulação de emissões televisivas, mas apenas nas condições e termos da presente diretiva. No entanto, o Tribunal de Justiça tem afirmado repetidamente que qualquer restrição à livre prestação de serviços, como qualquer derrogação de um princípio fundamental do Tratado, deve ser interpretada de forma restritiva.*”.

A aplicação de regras nacionais específicas, mais restritivas, terá de ter em conta o conceito de interesse público geral, alicerçado na jurisprudência relacionada com os artigos 43º e 49º do Tratado CE (atualmente artigos 49º e 56º do Tratado Funcionamento da União Europeia - TFUE) que inclui, designadamente as regras atinentes à proteção dos consumidores, à proteção dos menores e à política cultural – cfr. Considerando 41 da DSCSA.

O TFUE mantém o setor audiovisual sobre o título VIII atinente à cultura, no seu artigo 167º do TFUE (ex-artigo 151.º do TCE), onde se pode ler “1. A União contribuirá para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum. 2. A ação da União tem por objetivo incentivar a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiar e completar a sua ação nos seguintes domínios: (...)

— *Criação artística e literária, incluindo o sector audiovisual.*”.

É importante sublinhar que, também, no âmbito da UNESCO foi adotada, em 20 de outubro de 2005, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, na qual são partes a Comunidade Europeia e a maioria dos seus Estados-Membros, referindo-se expressamente, no seu preâmbulo, que a diversidade cultural “*é uma característica essencial da Humanidade (...) que a diversidade linguística é um elemento fundamental da diversidade cultural*”. Acrescendo a alínea h) do n.º 1 do artigo 1.º “*Reiterar o direito soberano dos Estados a conservar, adotar e pôr em prática as políticas e medidas que considerarem adequadas à proteção e à promoção da diversidade das expressões culturais no seu território.*”.

Nesse sentido, o Considerando 78 da DSCSA refere que “*no intuito de promover ativamente uma língua específica os Estados membros devem conservar a faculdade de estabelecer regras mais rigorosas ou mais pormenorizadas em função dos critérios linguísticos, desde que tais regras respeitem o direito da União e, em particular não se apliquem à retransmissão de programas originários de outros Estados membros.*”¹⁰

Recentemente, em 4 de maio de 2012, o Primeiro Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a aplicação da DSCSA, refere no seu ponto 2.5 que “*Alguns Estados membros introduziram regras mais rigorosas ou suplementares na sua legislação nacional, exigindo uma percentagem mais elevada de obras europeias, de obras independentes ou de produções numa língua oficial do país. (...) O Tribunal confirmou que os Estados membros podem adotar medidas para defender e promover uma ou várias línguas oficiais, no âmbito da sua política cultural*”¹¹.

O legislador português dedica o artigo 44.º

10 Também neste sentido o considerando 26 da Diretiva «Televisão Sem Fronteiras», Diretiva 89/552/CEE referia que “*(...) no intuito de promover ativamente uma língua específica, os Estados membros devem conservar a faculdade de estabelecer regras mais rigorosas ou mais pormenorizadas em função de critérios linguísticos, desde que essas regras respeitem o direito comunitário e, em particular, não se apliquem [à] retransmissão de programas originários de outros Estados-Membros;*”.

11 Processo *UTECA vs. Administración General del Estado* (C-222/07).

da LTV¹² à “defesa da língua portuguesa”, enquanto elemento essencial do património cultural português, estabelecendo regras específicas para defesa e salvaguarda da língua portuguesa. Na nossa aceção, estamos perante um exemplo de estabelecimento, por um Estado membro, de regras mais rigorosas, relativamente às existentes na DSCSA, adotadas por razões de interesse geral, na defesa língua portuguesa, tendo em conta a importância da mesma para preservação e expansão da cultura nacional.

Por fim, no que concerne às medidas adequadas, necessárias e proporcionais, peticionadas pelo Estado membro do destino das emissões televisivas para colocar *terminus* às infrações de “contorno” das regras mais rigorosas, estamos no terreno por excelência de normas sem estrutura fechada, de um conjunto de conceitos indeterminados (Oliveira & Dias, 2013) “cujo conteúdo

12 Artigo 44.º Defesa da língua portuguesa

- 1 - As emissões devem ser faladas ou legendadas em português, sem prejuízo da eventual utilização de qualquer outra língua quando se trate de programas que preencham necessidades pontuais de tipo informativo, destinados ao ensino de idiomas estrangeiros ou especialmente dirigidos a comunidades de imigrantes.
- 2 - Os serviços de programas televisivos de cobertura nacional, com exceção daqueles cuja natureza e temática a tal se opuserem, devem dedicar pelo menos 50 % das suas emissões, com exclusão do tempo consagrado à publicidade, teletexto e teletexto, à difusão de programas originariamente em língua portuguesa.
- 3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, os serviços de programas nele referidos devem dedicar pelo menos 20 % do tempo das suas emissões à difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa.
- 4 - Para efeitos da contabilização da percentagem de programação referida no número anterior contam-se somente as primeiras cinco exhibições de cada obra, independentemente do ano em que forem exibidas.
- 5 - As percentagens previstas nos n.ºs 2 e 3 podem ser preenchidas, até um máximo de 25 %, por programas originários de outros países lusófonos para além de Portugal.
- 6 - Os operadores de televisão devem garantir que o cumprimento das percentagens referidas nos n.ºs 2 e 3 não se efetue em períodos de audiência reduzida.

não é de antemão determinado ou que deixa uma grande margem de imprecisão que tem de ser vencida pelo intérprete e pelo agente administrativo (imprecisão no conteúdo dos conceitos) ”e, relativamente aos quais (Sousa, 1994) onde “o consenso é quase impossível de se obter, já que a sua interpretação ocorre sempre, ou quase sempre, associada a uma perspetiva necessariamente pessoal, moldada de acordo com os padrões morais, sociais, culturais, políticos e religiosos do indivíduo (...)”.

A interpretação de todos estes conceitos indeterminados, associados às cláusulas de salvaguarda - infração, regras mais rigorosas e medidas adequadas, necessárias e proporcionais – tem, portanto, subjacente uma grande margem de subjetividade, à qual acresce, para ser suscetível de implementação por parte do Estado membro de destino de emissões, obrigatoriamente, o aval da Comissão Europeia.

Conclusão

Em face do que sucintamente descrevemos deparamo-nos com a difícil exequibilidade prática e eficácia das cláusulas de salvaguarda constantes no artigo 4º da DSCS e no artigo 86-A da LTV.

O legislador comunitário, em 2007¹³, aquando das alterações introduzidas na Diretiva “Televisão sem Fronteiras” e relativamente às mesmas, no sentido de melhor regular a deslocalização das emissões, explanou no preâmbulo desta Diretiva o seguinte: “A harmonização destas regras confere segurança jurídica aos fornecedores de serviços de comunicações audiovisuais, os quais sabem agora que estão obrigados ao cumprimento das normas do Estado-membro no qual estão estabelecidos e já não às diferentes leis de cada Estado-membro para o qual emitem, na expectativa de com isto serem criadas condições equitativas para todos os operadores e, simultaneamente, promover o aumento da possibilidade de escolha, a diversidade e o investimento na industrial audiovisual europeia, mediante a abertura dos mercados nacionais a operadores de outros Estados membros.”.

Será que se pertente acima de tudo conferir segurança jurídica aos fornecedores de serviços de comunicações audiovisuais, relativamente ao cumprimento das normas do Estado-membro no qual estão estabelecidos?

Se são cláusulas de salvaguarda deveriam ser, na nossa aceção, imbuídas de um certeza e segurança jurídica diametralmente oposta ao carácter vago e indeterminado

13 A Diretiva relativa aos “Serviços de Comunicação Social Audiovisual” (Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007), vem alterar a Diretiva “Televisão Sem Fronteiras”.

instituído pelo legislador europeu. Terá sido propositada aquela sua referida forma de configuração?

A complexidade na aplicação daquelas cláusulas, em função da indeterminação e vaguidade dos conceitos relativos às cláusulas de salvaguarda e aos mecanismos de cooperação adjacentes, levam-nos a crer que a resposta terá de ser afirmativa.

Concretizar e parametrizar os indicadores da existência de uma situação de deslocalização das emissões, a saber, a origem da receita de publicidade, a língua principal das emissões, a existência de programas ou comunicações comerciais que visem especificamente o público do Estado membro (indicadores estes que a DSCSA elenca no seu Considerando 42), seria, na nossa perspetiva, um excelente começo para facilitar a aplicabilidade prática destas cláusulas de salvaguarda.

Bibliografia

- Carvalho, Alberto Arons de; Cardoso António Monteiro; Figueiredo João Pedro (2012), *Direito da Comunicação Social*, Ed. Texto Editora: Lisboa.
- Donaire, J. A. C. (2012). “Los servicios de comunicacion audiovisual como servicios de interés general” in Machado, S (ed), *Derecho De La Regulacion Económica - V. Audiovisual*. Madrid. Iustel, páginas 294 - 335.
- Gonçalves, Pedro (2006), “Direito Administrativo da Regulação”; *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano (no Centenário do seu Nascimento)*, Coimbra: Coimbra, vol.II, páginas 535-573
- Kriepps, T. (2009). “Compétence territoriale et coopération. L'exemple du Luxembourg”, in Closs W. (ed). *A Vos Marques, Prets...Partez? La Directive Services de Médias Audiovisuels*. Observatoire Europeen de L'Audiovisuel, páginas 109 - 113.
- Nanclares, J. M. (2012). “Ley General de la Comunicación Audiovisual y Derecho de la Unión Europea: sobre la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España” in Machado, S (ed), *Derecho De La Regulacion Económica V. Audiovisual*. Madrid. Iustel, páginas 179 - 227.
- Oliveira, Fernanda Paula; Dias, José Eduardo Figueiredo Dias (2013), *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Ed. Almedina: Coimbra
- Sousa, António Francisco de (1994), *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, Ed. Almedina: Coimbra.