

O DIREITO DE INFORMAÇÃO NA TELEVISÃO FACE AO DIREITO COMUNITÁRIO (*)

*Pelo Dr. Miguel Mendes Pereira (**)*

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO – 1. Objecto e âmbito do trabalho; 2. Conceitos operativos; 3. Proposta metodológica — CAPÍTULO I – A INTERVENÇÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA – 1. O fundamento da atribuição da Comunidade Europeia; 2. O princípio da subsidiariedade – 2.1. A consagração no Tratado da União Europeia; 2.2. O papel do Tribunal de Justiça; 2.3. A intervenção comunitária no domínio da televisão – 3. Modos de intervenção — CAPÍTULO II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMUNITÁRIO – 1. Enquadramento sistemático – 1.1. Uma construção jurisprudencial; 1.2. Os princípios gerais de Direito; 1.3. A determinação do conteúdo dos direitos fundamentais; 1.4. Os titulares dos direitos; 1.5. Os direitos fundamentais no Tratado da União Europeia; 1.6. O direito de informação e a televisão – 2. O Conselho da Europa e os direitos fundamentais – 2.1. As relações da C.E.P.D.H.L.F. com o Direito Comunitário; 2.2. O art. 10.º da CEDH e o direito de informação; 2.3. A violação do art. 10.º da CEDH; 2.4. A Convenção sobre Televisão Transfronteiriça: remissão — CAPÍTULO III – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE INFORMAÇÃO NA U. E. – 1. A mensagem televisiva enquanto prestação de serviços – 1.1. Definição de serviços; 1.2. Os organismos de radiodifusão televisiva enquanto *empresas* – 2. A Directiva «Televisão Sem Fronteiras»; 2.1. Os

(*) O presente trabalho corresponde ao Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias, apresentado no âmbito do seminário de Direitos Fundamentais, em 1944/95, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa.

(**) Assistente-estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa.

princípios gerais; 2.2. A vertente cultural; 2.3. A harmonização de legislações nacionais; 2.4. O papel fiscalizador da Comissão; 2.5. A força vinculativa da Directiva – 3. As restrições à livre prestação de serviços – 3.1. Requisitos gerais das medidas restritivas; 3.2. Restrições discriminatórias; 3.3. Restrições não discriminatórias; 3.4. O princípio da preempção — CONCLUSÕES — BIBLIOGRAFIA

Abreviaturas mais utilizadas no texto

AJCL	The American Journal of Comparative Law
CD	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
CE	Comunidade Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
COMEDH	Comissão Europeia dos Direitos do Homem
Col.	Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Decisions and Reports (da COMDEH)
ELR	European Law Review
HLR	Harvard Law Review
ICLQ	The International Comparative Law Quarterly
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Colectânea de acórdãos)
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YEL	Yearbook of European Law

As referências ao «Tratado» devem ser entendidas como feitas ao Tratado de Roma de 1957, que instituiu a Comunidade Económica Europeia.

As referências feitas ao «Tribunal» devem ser entendidas como feitas ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Não existe ainda tradução oficial em português de alguns dos acórdãos do Tribunal de Justiça anteriores a 1986 que são citados no presente trabalho. Assim, sempre que julgámos necessário transcrever alguma passagem optámos por fazê-lo a partir das versões oficiais inglesa e francesa, de forma a garantir a uniformidade de citações no Direito Comunitário.

INTRODUÇÃO

1. Objecto e âmbito do trabalho

A delimitação do objecto e do âmbito do presente trabalho parte, necessariamente, do tema geral a que se encontrava subordinado o seminário no âmbito do qual aquele foi apresentado: o direito de informação nos meios audiovisuais.

O facto de, ao tratarmos do Direito Comunitário, estarmos a lidar com um ordenamento jurídico autónomo significa que, em abstracto, todas as questões jurídicas estão enquadradas sistematicamente, ou seja, qualquer tema jurídico levanta uma série de questões que, de forma horizontal, atravessam todo o ordenamento jurídico comunitário, como aliás, sucede com qualquer outro ordenamento jurídico, não se revelando aqui qualquer originalidade. Se, porventura, nesta óptica, algum traço distintivo marca o Direito Comunitário no tratamento de uma qualquer questão jurídica, ele será o carácter marcadamente economicista que o caracteriza, proveniente da própria natureza, história e objectivos da Comunidade Europeia.

Assim sendo, a abordagem de um tema geral como «O direito à informação nos meios audiovisuais face ao Direito Comunitário» levantaria um tal número de questões que só uma total superficialidade permitiria o seu tratamento num trabalho de extensão limitada como o presente.

Desde logo, porque o audiovisual é uma área que, nos últimos anos, tem merecido da parte da Comunidade Europeia uma especial atenção. Em consequência, a televisão, o cinema, o vídeo, a rádio e a informática têm sido objecto de regulamentação comunitária, quer nos seus aspectos puramente técnicos (normas de transmissão, televisão de alta definição, transmissão por satélite e por cabo, atribuição de frequências), quer em aspectos mais económicos (direito da concorrência, competição com os EUA e Japão, negociações no âmbito do GATT, direitos de autor e direitos conexos), quer em aspectos culturais (programas de apoio à produção europeia, quotas de transmissão, questões linguísticas), sociais (protecção do consumidor, protecção dos menores face à publicidade, proibição da violência) e políticos (garantia do pluralismo

necessário a uma sociedade democrática através da proibição de concentrações *multimedia*).

Por esta razão se optou por levar em consideração unicamente a televisão, excluindo o cinema, o vídeo e a rádio, procedendo desta forma a uma primeira delimitação do tema. Para além disso, o sector da televisão foi objecto de regulamentação específica, nomeadamente através da Directiva «Televisão sem fronteiras» ⁽¹⁾ que, aliás, tem sido na CE o centro da polémica à volta do tema do audiovisual. Finalmente, a televisão apresenta-se indubitavelmente como o meio de comunicação global de maior impacto da nossa época, sendo através dela que passa actualmente o maior fluxo contínuo de informação colocada à disposição das pessoas. Constituinte do direito de informação o cerne do presente trabalho, julga-se serem mais do que suficientes as razões para o abordar primordialmente na óptica do meio de comunicação social onde ele adquire maior relevância.

O objecto do presente trabalho é, pois, a análise do regime jurídico comunitário que enquadra o direito de informação na televisão, da sua génese e das vicissitudes a que se encontra sujeito em virtude da tensão sempre existente entre o Direito Comunitário e o Direito nacional dos Estados-membros. Trata-se, basicamente, de avaliar o posicionamento do Direito Comunitário face ao impedimento por parte de um Estado-membro à recepção de informação, transmitida por via televisiva, proveniente de outro Estado-membro.

Trata-se de uma abordagem geral. Não analisaremos detalhadamente problemas que pela sua especificidade ou complexidade não contribuam de forma decisiva para a apreensão geral do tema, como é o caso dos problemas levantados pelo Direito de Autor e direitos conexos ou ainda pelo Direito da Concorrência. A referência a estas matérias limitar-se-á ao estritamente necessário para o enquadramento geral do tema.

⁽¹⁾ Directiva do Conselho de 3 de Outubro de 1989 (89/552/CEE), relativa à coordenação de certas disposições regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, JOCE-L 298/23-17/10/89.

2. Conceitos operativos

A delimitação do objecto do presente trabalho efectuada engloba um direito que importa definir — o direito de informação — e dois conceitos que importa delimitar: informação, enquanto objecto imediato do direito fundamental atrás referido, e televisão, conceito que, por razões técnicas, não é unívoco.

2.1. O direito de informação

A delimitação do âmbito do direito de informação no Direito Comunitário terá que ter como ponto de partida a análise do regime geral dos direitos fundamentais no Direito Comunitário. Também no tratamento dos direitos fundamentais se faz sentir o carácter economicista do Direito Comunitário, já que a abordagem desta questão é primordialmente feita a partir da garantia das quatro liberdades fundamentais, e das políticas conexas, consagradas pelo Tratado de Roma, e surge a partir do momento em que a violação de um direito fundamental acarrete consigo a violação de uma das quatro liberdades. Esta perspectiva economicista tem vindo a ser atenuada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça através do recurso à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH, de ora em diante) enquanto orientadora do posicionamento da CE face aos direitos fundamentais.

Não deixará, no entanto, de saltar à vista esta característica quando tentarmos definir o objecto e os titulares do direito de informação.

A escolha da formulação «direito *de* informação» não é fortuita. G. Canotilho e V. Moreira ⁽²⁾ desdobram o direito de informação, tal como está consagrado no art. 37.º da CRP, em três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado, isto é, o direito de informação, o direito de acesso às fontes de informação e o direito à informação.

⁽²⁾ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Ed., 1993, pg. 225.

O Direito Comunitário só tutela o directamente primeiro nível — o direito de informar —, na definição dos mesmos autores, «a liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos», que pode também revestir uma forma positiva, «enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar.»⁽³⁾ É evidente que ao tutelar a liberdade de difusão de informações o Direito Comunitário acaba por tutelar indirectamente os dois outros níveis, pois, por um lado, não é possível difundir informação sem acesso às fontes e, por outro, ao garantir a liberdade de informação está-se a garantir simultaneamente o direito de ser informado.

São titulares deste direito os organismos de radiodifusão televisiva, públicos ou privados. São sujeitos passivos directos os Estados-membros, embora no domínio do Direito da Concorrência possam também ser sujeitos passivos as próprias empresas de radiodifusão televisiva.

2.2. *Informação*

A Directiva «Televisão Sem Fronteiras», no seu 8.º Considerando, explicita que a difusão e a distribuição de serviços de televisão «constitui igualmente uma manifestação específica, em direito comunitário, de um princípio mais geral, a saber, a liberdade de expressão tal como está consagrada no n.º 1 do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem» e que a actividade de difusão e distribuição de programas de televisão deve garantir o livre exercício dessa actividade à luz do referido artigo.

Assim, é à luz dos critérios da Comissão e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que deve ser delimitado o conceito de informação.

À semelhança do que se passa com a CRP, também na CEDH o direito de informação se encontra integrado naquele outro direito, de âmbito mais vasto, que é o direito de expressão.

(³) *Ibidem*.

De acordo com a orientação da COMDEH (4), a informação consiste na «produção de elementos factuais ou objectivos, como a produção de um programa audiovisual». Inclui o tipo de operação efectuada sobre esses elementos factuais ou objectivos, a saber, a emissão ou produção, a comunicação ou transferência e a recepção.

Aparentemente, dois domínios caíam fora do conceito restrito de informação, tal como é delineado pelo TEDH: a publicidade e as obras de autor, como os filmes.

No que respeita à publicidade, é a própria COMEDH que veio a incluir «o discurso comercial» nos direitos protegidos pelo art. 10.º da Convenção (5), com o argumento de que um anúncio de carácter comercial pode incluir «ideias» e, portanto, estar abrangido pela protecção concedida pelo art. 10.º: é o que se passaria com a publicidade religiosa ou política.

A aplicabilidade do art. 10.º à publicidade comercial é ainda defendida (6), com o argumento de que esta pode ser, para quem a difunde, o meio de financiamento da liberdade de expressão, ou seja, para o próprio organismo de radiodifusão. A publicidade, surgiria assim como um acessório do direito de informação, desde que fosse estabelecida a sua essencialidade enquanto fonte de financiamento.

No que toca às obras de autor, também elas serão incluídas no conceito amplo de informação com que trabalharemos. Em primeiro lugar, porque nem só obras cinematográficas ou documentários têm levantado problemas de direito de autor. A protecção conferida pelos direitos de autor tem servido como critério de distinção entre a pura veiculação de informação, subtraída a essa protecção, e a transmissão de obras onde avulta o elemento da criatividade ou da opinião, abrangidas pelo Direito de Autor, mas extravasando o conceito de informação. Acontece que também programas que, à primeira vista, seriam classificados como puros

(4) Caso *De Geillustreerde Pers*, COMDEH, DR 8, pg. 11 e sgs.

(5) Caso *X and The Church Of Scientology v. Sweden*, COMDEH, dec. de 5 de Maio de 1979, DR 16, pg. 68

(6) V. igualmente a decisão *X and the Church of Scientology*, cit.

programas de informação — mas onde a própria configuração do programa ou o papel criativo do jornalista avultam — têm levantado problemas de Direito de Autor, o que nos leva à conclusão que este critério não é determinante.

Em segundo lugar, porque uma obra de autor — como, por exemplo, um filme — pode ser um poderoso veículo de transmissão não só de uma ideologia, mas também de determinada visão sobre factos históricos. Este aspecto assume uma particular importância no contexto da União Europeia, onde a política do audiovisual é norteadada por um esforço de fortalecimento do espírito europeu e de preservação da cultura europeia.

Trabalharemos, assim, com um conceito amplo de informação, englobando quer a publicidade, quer as obras de autor.

2.3. *Televisão*

Utilizaremos o termo «televisão» por facilidade de expressão, mas com o significado de «radiodifusão televisiva» tal como se encontra definido pelo art. 1.º da Directiva «Televisão Sem Fronteiras» (?): «a transmissão primária, com ou sem fio, terrestre ou por satélite, codificada ou não, de programas televisivos destinados ao público. A radiodifusão televisiva inclui a comunicação de programas entre empresas com vista à sua difusão ao público. Não inclui, no entanto, os serviços de comunicações que forneçam, a pedido individual, elementos de informação ou outras mensagens, como os serviços de telecópia, os bancos electrónicos de dados e outros serviços similares».

3. Proposta metodológica

À definição de um objecto deve ser aliada a prossecução de um objectivo, e esta, por sua vez, implica a definição de um *iter*, um método adequado ao objectivo.

(?) Cit.

A exposição do presente trabalho obedece a uma determinada sequência de subtemas nos quais se decompõe o tema. Estes subtemas são os que procuram responder às seguintes questões, correspondentes a outros tantos capítulos:

- a) qual o fundamento jurídico da intervenção da CE no campo da televisão e de que modo se processa esta intervenção?
- b) qual o lugar dos direitos fundamentais, e em particular do direito de informação, no ordenamento jurídico comunitário?
- c) como é assegurada a livre circulação de informação entre os Estados-membros da União Europeia?

CAPÍTULO I — A INTERVENÇÃO DA COMUNIDADE EUROPEIA

1. O fundamento da atribuição da Comunidade

O primeiro problema com que se defrontou a Comissão, órgão detentor do poder de iniciativa na Comunidade Europeia, para responder às solicitações do Parlamento Europeu no sentido de apresentar uma proposta visando a criação de um mercado comum da radiodifusão⁽⁸⁾, foi a escolha da base jurídica que pudesse servir de fundamento à atribuição da Comunidade neste domínio⁽⁹⁾.

De facto, a natureza económica da Comunidade Europeia sempre se afirmou através da tutela primordial de bens económicos, daí advindo o carácter essencialmente mercantilista do Direito Comunitário. Nestes termos, a intervenção da Comunidade em domínios como a cultura ou os direitos fundamentais, subjacentes ao tema do audiovisual, tem esbarrado em fortes reticências de

(8) V., por exemplo, as resoluções de 12 de Março de 1992, JOCE — n.º C 87 de 5 de Abril de 1982, pg. 110, e de 30 de Março de 1984, JOCE — n.º C 117 de 30 de Abril de 1984, pg. 201.

(9) Sobre o contencioso da base jurídica no âmbito do Direito Comunitário v. o excelente artigo de Anne Wachsmann, «Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour», Europe, Janeiro de 1993, pg. 1.

cariz político por parte dos Estados-membros. Para além disso, muitas das objecções levantadas pelos Estados-membros radicam na ausência de fundamentos legais que permitam legitimar a atribuição da Comunidade para aí intervir ⁽¹⁰⁾.

A Comissão acabou por apresentar em 14 de Junho de 1984 o Livro Verde sobre o Estabelecimento do Mercado Comum da Radiodifusão ⁽¹¹⁾, traçando um quadro do estado do sector do audiovisual nos Estados-membros e demonstrando a crescente dificuldade na abordagem ao nível nacional dos problemas levantados pelo audiovisual e pelas telecomunicações, concluindo pela indispensável harmonização ao nível comunitário deste sector.

A questão da atribuição da Comunidade no domínio da televisão foi, de certa maneira, contornada através da abordagem da problemática do audiovisual do ponto de vista da livre prestação de serviços (arts. 59.º a 66.º do Tratado de Roma). Como suporte desta abordagem, a Comissão utilizou dois acórdãos do Tribunal de Justiça relacionados com o audiovisual: o acórdão *Sacchi* ⁽¹²⁾ e o acórdão *Debauve* ⁽¹³⁾. De acordo com esta jurisprudência, as emissões publicitárias são assimiladas a serviços remunerados e, por extensão, as outras mensagens televisivas são igualmente consideradas como serviços.

A Comissão veio, pois, estabelecer a competência dos órgãos comunitários através do encaixe da matéria atinente à televisão num domínio que fazia já parte das atribuições da Comunidade: a livre prestação de serviços.

⁽¹⁰⁾ Neste domínio é vulgar falar-se em *competência* da Comunidade e não em *atribuição*. Ora, como justificadamente recorda Fausto de Quadros, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, pg. 17, nota 25, na terminologia jurídica portuguesa, *competência* é o conjunto de poderes funcionais de órgãos de pessoas colectivas, enquanto que *atribuições* são os interesses prosseguidos pelas pessoas colectivas, elas próprias. Cfr. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 1994, pgs. 604 e sgs.

⁽¹¹⁾ *Televisão sem Fronteiras*. Livro Verde sobre o Estabelecimento de um Mercado Comum da Radiodifusão, nomeadamente por satélite e por cabo. Comunicação da Comissão ao Conselho de 14 de Junho de 1984. Com (84) 300.

⁽¹²⁾ Acórdão de 30 de Abril de 1974, proc. 155/73, Col. 1974, pg. 427.

⁽¹³⁾ Acórdão de 18 de Março de 1980, proc. 59/79, Col. 1980, pg. 833.

Sendo indiscutível o mérito da Comissão na «construção» desta competência dos órgãos comunitários, permitindo a intervenção da Comunidade numa área em que a sua ausência teria como consequência inevitável não só uma distorsão da concorrência entre organismos de radiodifusão, prejudicial ao desenvolvimento do sector do audiovisual, mas também a subalternização dos países linguisticamente impermeáveis (casos de Portugal, Grécia ou Dinamarca), importa referir duas consequências que a prossecução desta via comporta.

Por um lado, uma abordagem de carácter economicista implica, desde logo, o reconhecimento de limites inerentes à intervenção da Comunidade, subalternizando os aspectos ligados à cultura e aos direitos fundamentais. Consciente deste facto, a Comissão propôs uma harmonização circunscrita a quatro áreas específicas: publicidade, protecção dos jovens, direito de resposta e direito de autor.

Por outro lado, ao estabelecer a sua atribuição a partir da necessidade de garantir a livre prestação de serviços de radiodifusão, a Comunidade está a pretender, concomitantemente, incluir o sector da televisão no âmbito da construção do Mercado Interno, que corresponde a um domínio da sua atribuição exclusiva, subtraído, por isso, à aplicação do princípio da subsidiariedade. Como veremos de seguida, este cerceamento das atribuições dos Estados-membros poderá ter consequências gravosas na defesa da identidade nacional e da cultura dos Estados-membros mais vulneráveis sob este ponto de vista.

O Parlamento Europeu, consciente da dificuldade do estabelecimento da atribuição da Comunidade, felicitou unanimemente a Comissão pela escolha do respectivo fundamento jurídico, confirmando a necessidade da intervenção comunitária nesta área e fornecendo as bases, quer à Comissão, quer ao Tribunal de Justiça, para um alargamento dessa intervenção, através do recurso à Acta Final da Conferência de Helsínquia e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Sobre o importante papel desempenhado pelo Parlamento Europeu no alargamento das competências dos órgãos comunitários, enquanto um dos impulsionadores do contencioso da base jurídica, v. Anne Wachsmann, *op. loc. cit.*

O TUE faz uma referência ao audiovisual, no art. 128.º a propósito da política cultural da Comunidade, afirmando a necessidade de apoio à «criação artística e literária, incluindo o sector audiovisual». A televisão é, pois, objecto de tutela do Direito Comunitário na sua vertente económica, enquanto concretização da livre prestação de serviços e, desde a entrada em vigor do TUE, na sua vertente cultural, enquanto veículo de cultura.

A informação, ou melhor, a livre circulação de informação, enquanto exercício de um direito fundamental, acaba por ser a vertente do sector da televisão que continua a não ser objecto de tutela específica. O seu regime continuará a ter que ser construído a partir do regime geral a que estão sujeitos os direitos fundamentais no Direito Comunitário, como veremos melhor no capítulo II.

2. O princípio da subsidiariedade

À consagração do princípio da subsidiariedade no TUE subjazem duas motivações:

- por um lado, reequilibrar a extensão considerável das atribuições da União Europeia a partir do Acto Único, que abrangem agora áreas de cariz marcadamente político, tais como a segurança, os assuntos internos e judiciários, assim como a educação, a cultura ou a saúde;
- por outro lado, responsabilizar os diferentes actores institucionais face à opinião pública, numa tentativa de aproximação aos cidadãos (*Bürgernähe*) que permita legitimar as intervenções da União Europeia ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Ideia expressa no preâmbulo do TUE, onde os Estados-membros se mostram «resolvidos a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade» e reafirmada no art. A do Título II, onde se afirma que «o presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos».

Sendo a subsidiariedade encarada por grande parte da doutrina como traço marcante do federalismo ⁽¹⁶⁾, a sua concretização normativa no TUE esbarrou com as dificuldades advenientes não só da coexistência na União Europeia de duas concepções acerca do modelo federal, como também da falta de unanimidade doutrinária na definição do próprio conceito de federalismo.

Base mínima de acordo entre as várias correntes doutrinárias é que o federalismo envolve uma divisão vertical de atribuições, contraposta à divisão horizontal entre poder legislativo, executivo e judicial ⁽¹⁷⁾.

A partir daqui, a visão anglo-saxónica acerca do modelo federal concebe-o como um modelo estritamente contratual, de natureza constitucional, constituído a partir da vontade soberana dos vários Estados constituintes em estabelecer um novo nível de governo. A divisão de poderes entre a Federação e os Estados é feita de forma expressa e delimitada, tendo subjacente a preocupação de que a atribuição de poderes pelos Estados à Federação seja suficientemente clara e precisa de forma a evitar futuros problemas de interpretação. Elemento central desta concepção é o *Estado-nação*, pois é ele que, voluntariamente, atribui poderes à Federação e é com ele que a Federação mantém relações.

A visão continental é muito próxima da concepção desenvolvida pela doutrina social da Igreja ⁽¹⁸⁾, para quem todas as intervenções no domínio social e político devem caber ao mais baixo nível possível de autoridade política ⁽¹⁹⁾. Não existe a preocupação

⁽¹⁶⁾ V. Brugmans e Duclos, *Le fédéralisme contemporain: critères, institutions, perspectives* (1963). Também Fausto de Quadros, *O Princípio da Subsidiariedade ...*, cit., pg. 20, sustentando embora que possa haver federalismo sem subsidiariedade, como seriam os casos do federalismo norte-americano e alemão, admite que «o federalismo confere o substrato organizativo ideal à subsidiariedade.»

⁽¹⁷⁾ V., por exemplo, Carey, «Federalism: historic questions and contemporary meanings—a defence of political processes», in Earle (ed.), *Federalism, Infinite Variety in Theory and Practice* (1968), pg. 43.

⁽¹⁸⁾ V. Papa Pio XI, Enciclica *Quadragesimo Anno* (1931): «É uma injustiça, um grave mal e uma perturbação da ordem correcta o facto de uma associação de maior dimensão e de nível mais elevado arrogar-se para si própria de funções que podem ser desempenhadas eficientemente por sociedades menores e de nível mais baixo.»

⁽¹⁹⁾ Assim, Delors, «The principle of subsidiarity: contribution to the debate», in *Subsidiarity: The Challenge of Change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium* (1991), pg. 17.

de uma estrita divisão contratual de poderes: o que existe é um *princípio* de divisão de poderes que, enquanto tal, estará sujeito à evolução da vida social e política e à sua progressiva elaboração. Embora o Estado-nação ainda seja importante, ele não é mais do que uma das peças essenciais ao funcionamento do poder, pois esta concepção inclui os governos infranacionais, as colectividades e os cidadãos. Nestes termos, a Federação poderá estabelecer relações directas com entidades infraestaduais, como sejam as Regiões ⁽²⁰⁾, o que acarreta, inquestionavelmente, uma certa erosão do conceito de Estado-nação.

Recorrendo à classificação elaborada por Lenaerts ⁽²¹⁾, pode afirmar-se que a União Europeia se encaminha na direcção de um federalismo integrativo ⁽²²⁾. No entanto, a função do princípio da subsidiariedade no TUE não é delimitar estritamente as atribuições respectivas da União, dos Estados e das Regiões. É antes encorajar a sinergia ou a complementaridade entre as acções levadas a cabo aos diversos níveis, no quadro de atribuições cada vez mais partilhadas *de facto*, tendo em vista a realização dos objectivos visados pelos Tratados.

2.1. A consagração no TUE

O princípio da subsidiariedade (*lato sensu*) encontra-se consagrado no art. 3.º-B do TUE, compreendendo quatro elementos diferentes: as atribuições da Comunidade, a concorrência de atribuições, o princípio da subsidiariedade *stricto sensu* e o princípio da proporcionalidade ⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ É sintomática, a este propósito, a criação pelo TUE do Comité das Regiões, consagrado pelos arts. 198.º-A a C.

⁽²¹⁾ «Constitutionalism and the many faces of federalism», AJCL 38 (1990), pg. 220.

⁽²²⁾ Este autor contrapõe as classificações de federalismo integrativo e devolutivo. O primeiro «refers to a constitutional order that strives at unity in diversity among previously independent or confederally related component entities...», enquanto o segundo «refers to a constitutional order that redistributes the powers of a previously unitary State among its component entities», *ibidem*.

⁽²³⁾ Para uma apreciação crítica à sistematização deste preceito v. Fausto de Quadros, *O Princípio da Subsidiariedade* ..., cit., pgs. 33 e sgs.

2.1.1. As atribuições da Comunidade

O primeiro parágrafo do art. 3.º-B determina que a Comunidade «actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos» pelo TUE.

Embora também no Direito Comunitário vigore o princípio das atribuições por enumeração, isto é, a atribuição da Comunidade não se presume, só existindo quando conferida pelos Tratados ⁽²⁴⁾, não é a aplicação deste princípio que permite a delimitação clara das atribuições da Comunidade. Na verdade, atentos os vastos e crescentes domínios de atribuições que lhe estão cometidos, em conjugação com o princípio dos poderes implícitos consagrado no art. 235.º do Tratado de Roma, bem se pode dizer, como o faz Lang, que é difícil descortinar alguma área que esteja fora da atribuição da Comunidade de forma permanente ⁽²⁵⁾.

Assim sendo, a crescente intervenção da Comunidade não poderá ser controlada a partir da verificação da existência de atribuições para tal efeito, mas sim a partir do seu exercício ⁽²⁶⁾, sendo nesta óptica que assume toda a sua relevância o princípio da subsidiariedade (*stricto sensu*).

Saliente-se, no entanto, que este primeiro parágrafo do art. 3.º-B representa a confirmação de que o princípio da subsidiariedade não pode ser utilizado para a criação de atribuições que não estejam consignadas à Comunidade pelos Tratados.

⁽²⁴⁾ De forma explícita ou implícita, consagrando o art. 235.º o princípio dos poderes implícitos.

⁽²⁵⁾ «EC Constitutional Law: the division of powers between the Community and Member States», NILQ (1988), pg. 209.

⁽²⁶⁾ Neste sentido Fausto de Quadros, op. cit., sendo esta, aliás, a razão porque, logo na nota 1, adverte para a sua preferência pela expressão «repartição *do exercício* de atribuições» à mera repartição de atribuições. Justifica essa preferência afirmando que «é o facto de essas atribuições se encontrarem arroladas, nesses artigos, de modo global para a Comunidade e para os Estados-membros que impede que a subsidiariedade seja vista, no Tratado CE, como uma repartição de atribuições, porque consiste, mais rigorosamente, numa repartição, ou numa regulação, *do exercício* daquelas atribuições.», *ibidem*, pg. 43.

2.1.2. A concorrência de atribuições

O segundo parágrafo do art. 3.º-B determina que o princípio da subsidiariedade só terá aplicação nos domínios que *não* sejam da atribuição exclusiva da Comunidade, levantando a questão da distinção entre, por um lado, as respectivas áreas de atribuição exclusiva da Comunidade e dos Estados-membros e, por outro, dos domínios de atribuições concorrentes.

O problema é que nem o Tratado de Roma, nem o TUE, distinguem explicitamente entre atribuições exclusivas e atribuições concorrentes, distinção característica dos sistemas federais (27).

A Comissão é de opinião que uma matéria cai no âmbito da atribuição exclusiva da Comunidade quando os Tratados lhe impõem uma obrigação de actuar, incumbindo-a da responsabilidade exclusiva da execução de determinado objectivo (28). Segundo a Comissão, preenchem este requisito as seguintes matérias: remoção das barreiras à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais (construção do Mercado Interno), política comercial comum, política de concorrência, política agrícola comum, política de pescas e política de transportes (29). Estes são os domínios relativamente aos quais os Estados-membros concordaram, ao ratificar o Acto Único, que o nível desejável de decisão e execução é o comunitário.

O Tribunal explicitou a consequência da consignação de uma atribuição exclusiva à Comunidade: sempre que os Tratados confiaram à Comunidade a atribuição de adoptar medidas juridicamente vinculativas e a Comunidade exerça essa atribuição, o domínio a que respeite a medida em causa tem-se por exclusivo da Comunidade (30). Isto significa que, uma vez exercida essa atribuição, a Comunidade «ocupa» todo esse domínio de atribuições, enten-

(27) V., por exemplo, o art. 72.º da *Grundgesetz*.

(28) Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, «O Princípio da Subsidiariedade»; COM Doc SEC (92), 27 de Outubro de 1992.

(29) *Ibidem*.

(30) V. proc. 22/70, *AETR*. Col. 1970, pg. 263; Parecer 1/75, *Local Cost Standard*, Col. 1975, pg. 1355.

dendo-se que os Estados-membros transferiram tais atribuições para a Comunidade de forma permanente.

Enquanto a Comunidade não a exerce, a atribuição que lhe foi cometida tem uma natureza potencial. Os Estados-membros não estão impedidos de intervir nessa área, desde que não atentem contra o interesse comunitário, consagrado no art. 5.º do Tratado de Roma. Depois de exercida a atribuição, os Estados-membros só poderão intervir em duas situações excepcionais, tendo sempre como requisito o respeito pelo Direito Comunitário:

- quando a atribuição tenha sido exercida por parte da Comunidade de forma incompleta;
- quando a própria Comunidade, ao exercer a sua atribuição, preveja a possibilidade de intervenção subsequente dos Estados-membros.

É aqui que assume toda a sua relevância a questão, já anteriormente afluída, da escolha do fundamento jurídico para a intervenção da Comunidade no domínio da televisão.

A abordagem desta matéria do ponto de vista da livre prestação de serviços coloca-a indubitavelmente no âmbito da construção do Mercado Interno, domínio da exclusiva atribuição da Comunidade. Exclusividade efectiva e não meramente potencial, dado que a Comunidade já a exerceu, nomeadamente através da adopção da directiva «Televisão sem Fronteiras» ⁽³¹⁾ e das directivas relativas ao Direito de Autor ⁽³²⁾.

Por outro lado, a sua abordagem do ponto de vista cultural coloca-a no âmbito das atribuições concorrentes entre a Comunidade e os Estados-membros. Com efeito, a Comunidade nunca se arrogou de atribuições exclusivas no campo da cultura, nem a redacção do n.º 2 do art. 128.º, introduzido pelo TUE, fornece o mínimo indício nesse sentido.

⁽³¹⁾ Directiva do Conselho de 3 de Outubro de 1989 (89/552/CEE), cit.

⁽³²⁾ Directiva 92/100/CEE de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, e Directiva 93/83/CEE de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

O mesmo sucede com o tratamento da matéria atinente à televisão na óptica da salvaguarda dos direitos fundamentais, nomeadamente do direito de informação, se bem que neste caso a atribuição da Comunidade seja muito ténue e só possa ser sustentada no sentido de um reforço complementar da protecção conferida pelas ordens constitucionais dos Estados-membros. Com efeito, a Comunidade não tem atribuição expressa para intervir neste campo e as únicas referências que no TUE se fazem aos direitos fundamentais (por exemplo, no art. F n.º 2) correspondem à obrigação de a União *respeitar* os direitos fundamentais.

Uma atribuição concorrente, cujo exercício se encontra sujeito ao princípio da subsidiariedade, pode tornar-se exclusiva em dois casos, caindo assim fora do campo de aplicação daquele princípio: o seu exercício por parte da Comunidade ou o carácter acessório da matéria que constitui o seu objecto, relativamente a uma outra que seja objecto de uma atribuição exclusiva.

No primeiro caso, o exercício de uma atribuição concorrente por parte da Comunidade preclude normalmente o seu exercício por parte dos Estados-membros⁽³³⁾, excepto se se verificarem as condições acima referidas, ou seja, exercício incompleto ou previsão expressa permitindo a intervenção subsequente dos Estados-membros.

O segundo caso verifica-se, na maioria das vezes, quando uma medida comunitária tem por objecto uma matéria que, em si, se enquadra numa atribuição concorrente (por exemplo, protecção do ambiente ou dos consumidores) mas que se encontra de tal forma indissociavelmente ligada à construção do Mercado Interno que acaba por ser este o elemento preponderante na sua qualificação⁽³⁴⁾. Ora, a construção do Mercado Interno constitui uma atri-

⁽³³⁾ Corresponde à figura que, no direito constitucional norte-americano, recebe a designação de «preemption».

⁽³⁴⁾ Esta questão surge no Direito Comunitário a propósito das maiorias necessárias à adopção de certas medidas pelo Conselho, pois a escolha entre a unanimidade e a maioria qualificada depende da base jurídica sobre a qual sejam adoptadas. A escolha de determinado preceito como fundamento legal de certa medida implica não só determinada maioria, como acarreta a qualificação da atribuição (exclusiva ou concorrente) necessária à sua adopção. V. Anne Wachsmann, op. loc. cit.

buição exclusiva da Comunidade, pelo que só aqueles aspectos que sejam dissociáveis do Mercado Interno poderão ser considerados como sendo objecto de uma atribuição concorrente dos Estados-membros ⁽³⁵⁾.

No que respeita à televisão, importará, pois, verificar se nos encontramos perante um domínio da atribuição exclusiva da Comunidade, subtraído à aplicação do princípio da subsidiariedade, ou se nos encontramos perante um campo de atribuição concorrente com a dos Estados-membros, sujeito à aplicação do princípio, o que faremos, mais adiante ⁽³⁶⁾.

2.1.3. O princípio da subsidiariedade *stricto sensu*

O princípio da subsidiariedade *stricto sensu* encontra-se consagrado no segundo parágrafo do art. 3.º-B, correspondendo basicamente à ideia de que a Comunidade só intervém quando os objectivos da acção em causa possam ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A avaliação da necessidade de intervenção da Comunidade é realizada através de um teste sobre a mais-valia da acção comunitária, compreendendo dois critérios:

- eficácia comparativa («a Comunidade intervém apenas (...) se e na medida em que os objectivos da acção encara não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros (...)»);

⁽³⁵⁾ O caso *Dióxido de titânio*, proc. C-300/89, Col. 1991, pg. 28647, é, a este propósito, paradigmático. O Tribunal anulou a Directiva 89/428 (redução da poluição provocada pelo dióxido de titânio) por o fundamento legal da sua adopção ter sido o art. 130.º-S do Tratado (política de ambiente). O Tribunal considerou que, embora relacionada com o ambiente, a directiva em causa, ao impôr determinadas condições às empresas, tinha como objecto preponderante a eliminação de distorções na concorrência entre as empresas dos diferentes Estados-membros, provocadas por disparidades nas legislações nacionais. Consequentemente, a directiva correspondia a um instrumento da construção do Mercado Interno e não a uma medida específica da política de ambiente, devendo ter sido adoptada com base no art. 100.º-A.

⁽³⁶⁾ V. *infra* (2.2.4.).

— efeito de escala («(...) e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.»).

Os critérios de avaliação desta necessidade não são isentos de críticas. Com efeito, aquele teste de eficácia parte de uma premissa viciada: presume-se *a priori* a necessidade da realização dos objectivos e é daí que se parte para a avaliação da necessidade de intervenção da Comunidade. Este procedimento não toma como ponto central da avaliação *o problema* que origina a discussão sobre a eventual intervenção comunitária. Em muitas áreas, tais como a construção do Mercado Interno, a eficácia comparativa de uma acção ao nível comunitário não é difícil de estabelecer⁽³⁷⁾. Mas problema diferente é saber *se* a Comunidade *deve* intervir.

Esta a razão pela qual o teste da eficácia deve ser realizado não perdendo de vista o princípio da tomada de decisões o mais próximo possível dos cidadãos. A eficácia tem que ter como contrapeso a responsabilidade política e social dos actores institucionais⁽³⁸⁾.

No que toca ao teste do efeito de escala, desempenha aqui um papel importante o princípio *de minimis*, isto é, a Comunidade só deve intervir quando o efeito negativo da sua falta de intervenção seja considerável, não bastando uma externalidade mínima⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. Hartley, «Constitutional and institutional aspects of the Maastricht Agreement», ICLQ 42 (1992), pg. 216: «In practice, it will almost always be possible to formulate the objectives of the measure in different ways. In defending the measure, the Commission and the Council will argue for a formulation which requires Community action. One can even expect that the preamble and wording of the measure will be drafted so as to facilitate this.»

⁽³⁸⁾ A eficácia pressionando no sentido da centralização, a responsabilidade social no sentido inverso.

⁽³⁹⁾ Sobre o conceito de externalidades v. A. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. 1, 4.^a ed., Almedina, Coimbra 1992, pg. 28 e sgs., utilizando embora a expressão «exterioridades»; Ronald Coase, «The problem of social costs», in *Journal of Law and Economics*, 3, Outubro, 1960, pg. 1; Manuel Victor Martins, «Ronald Coase: Na fronteira da Economia e do Direito», in *Sub Judice*, n.º 2, 1992, pg. 29; David Friedman, «Direito e Ciência Económica», in *Sub Judice*, n.º 2, 1992, pg. 31.

2.1.4. O princípio da proporcionalidade

Depois de estabelecida a necessidade de intervenção da Comunidade, o princípio da subsidiariedade, através da incorporação do princípio da proporcionalidade⁽⁴⁰⁾, desempenha a sua segunda função, que é a de servir de meio de controlo do exercício das atribuições comunitárias. Determina o terceiro parágrafo do art. 3.º-B: «A acção da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do presente Tratado».

O Conselho Europeu reunido em Birmingham, em Outubro de 1992, adoptou um acordo relativo à aplicação geral do princípio da subsidiariedade⁽⁴¹⁾ que concretiza alguns elementos respeitantes ao princípio da proporcionalidade: a acção proposta deve ser justificada em termos de intensidade e de forma.

No que toca à forma legislativa, a preferência deve ser dada a directivas relativamente a regulamentos e directivas-quadro devem ser preferidas a directivas detalhadas. Sempre que possível, será dada preferência a medidas juridicamente não-vinculativas, tais como recomendações ou códigos voluntários de conduta⁽⁴²⁾.

No que respeita à intensidade normativa, em vez de medidas de pura e simples harmonização deve ser dada preferência às técnicas de *standard minimum*, reconhecimento mútuo e programas de coordenação⁽⁴³⁾.

2.2. O papel do Tribunal de Justiça

Depois de determinada a atribuição da Comunidade, de estabelecida a necessidade de intervenção comunitária e de avaliada a

(40) Princípio que é parte integrante do conjunto de princípios gerais não-escritos de Direito Comunitário.

(41) Publicado como Anexo I às Conclusões da Presidência, Bol. CE 12-1992, pg. 12.

(42) Aquilo que, na gíria comunitária, recebe a designação de «soft-law». Sobre este conceito v. Francis Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 1993.

(43) V. infra Capítulo III, (2.1.).

forma e intensidade da intervenção, restará a decisão final sobre a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade ao caso concreto.

À primeira vista parece tratar-se de uma decisão puramente política, envolvendo, embora, uma forte componente técnica. Enquanto acto político pareceria lógico que uma tal decisão estivesse subtraída à apreciação jurisdicional. Não é, no entanto, esse o caso.

A colocação sistemática, efectuada pelo TUE, do princípio da subsidiariedade no art. 3.º-B do Tratado CE, sujeita a sua interpretação e aplicação à jurisdição do Tribunal de Justiça, como a de qualquer outro preceito deste Tratado incluído no «1.º pilar» ou «pilar comunitário». Fica assim aberta a possibilidade de contestar a legalidade de legislação comunitária com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade.

Esta opção foi vivamente criticada⁽⁴⁴⁾, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, o Tribunal será obrigado a entrar em avaliações de mérito relativamente a opções de natureza política, podendo afectar a sua credibilidade, que advém do estatuto de independência de que goza. Em segundo lugar, o carácter vago e impreciso da formulação jurídica do princípio da subsidiariedade reforça a opinião segundo a qual as medidas sob escrutínio devem ser objecto de decisão por parte de órgãos políticos, responsabilizáveis democraticamente pelas suas decisões.

A este propósito é de bastante utilidade a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão relativa à aplicação do art. 72.º da *Grundgesetz*, respeitante à necessidade de intervenção federal⁽⁴⁵⁾. A jurisprudência inicial do *Bundesverfassungsgericht* era no sentido da recusa de apreciação da conformidade da legislação federal com o art. 72.º, por considerar que tal matéria se enquadrava numa área de discricionariedade do legislador federal⁽⁴⁶⁾. Esta jurisprudência evoluiu posteriormente no sentido de

⁽⁴⁴⁾ V., por exemplo, House of Lords Scrutiny Committee, citado por Lord MacKenzie Stuart, in *Subsidiarity: The Challenge of Change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium*, op. cit., pg. 41.

⁽⁴⁵⁾ Sobre a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* v. N. Emiliou, *Legal Issues from the Maastricht Treaty*, Chancery Publ., 1994, pg. 78 e sgs.

⁽⁴⁶⁾ V., por exemplo, caso *Bundesstrafverlaßgesetz*, BVerfGE 2 (1953), pg. 213.

que poderia ser apreciada a interpretação que o legislador federal faz do art. 72.º, com o objectivo exclusivo de verificar se este não teria excedido *manifestamente* as competência que a *Grundgesetz* lhe concede ⁽⁴⁷⁾.

Apesar de, mais uma vez, os redactores dos Tratados, ao conferir esta competência ao Tribunal de Justiça, terem preferido (provavelmente por falta de alternativa) substituir ao consenso político a imperatividade das soluções impostas pelo Tribunal, a verdade é que este órgão jurisdicional não pode tomar o lugar dos órgãos políticos e da dinâmica inerente ao diálogo institucional que entre si estabelecem.

Nestes termos, somos de opinião que, no que se refere ao princípio da subsidiariedade, o Tribunal deve exercer uma jurisdição marginal, isto é, deve limitar-se a verificar se o exercício de determinada competência por parte de um órgão comunitário enferma de um erro manifesto ou corresponde a um abuso de poder. É esta, aliás, a posição adoptada pelo Tribunal quando tem de verificar se o Conselho ou a Comissão excederam as suas competências ⁽⁴⁸⁾.

2.3. A intervenção comunitária no domínio da televisão

Resta verificar se a televisão corresponde a um domínio da atribuição exclusiva da Comunidade, subtraído, por isso, ao princípio da subsidiariedade, ou se corresponde a um domínio de atribuição concorrente com a dos Estados-membros, caso em que estará sujeito àquele princípio.

2.3.1. O domínio das atribuições já exercidas

A escolha da livre prestação de serviços, consagrada no art. 59.º e sgs. do Tratado, como fundamento da competência

⁽⁴⁷⁾ V. caso *Länderschlußgesetz*, BVerfGE 13 (1961), pg. 230.

⁽⁴⁸⁾ Caso *Denka v. Einfuhr — und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, proc. 78/74, Col. 1975, pg. 421.

legislativa dos órgãos comunitários no campo da televisão, coloca indubitavelmente esta matéria no âmbito de construção do Mercado Interno, domínio da exclusiva atribuição da Comunidade. Como já atrás referimos, trata-se de uma atribuição exclusiva *efectiva* e não meramente potencial, dado que os órgãos comunitários já exerceram as suas competências legislativas nesta matéria.

Pelo menos aqueles aspectos abordados na Directiva «Televisão sem fronteiras» que digam *directamente* respeito à livre circulação de emissões televisivas têm que se ter como domínio da exclusiva atribuição da Comunidade, precludindo qualquer intervenção futura dos Estados-membros. Eles são, na nossa opinião, quatro.

Em primeiro lugar, sem margem para dúvidas, as causas de suspensão de emissões televisivas provenientes de outros Estados-membros. A Directiva determinou qual o único fundamento, bem como o procedimento, para a suspensão de emissões: a violação reiterada dos preceitos relativos à protecção de menores ⁽⁴⁹⁾. Aos Estados-membros está, pois vedada, a criação de quaisquer outras causas de suspensão ou alteração do procedimento previsto.

Em segundo lugar, a matéria relativa à publicidade, devido ao pormenor com que está regulamentada, mas com duas excepções:

- a criação de regras mais rigorosas do que as previstas, possibilidade prevista expressamente nos arts. 3.º e 19.º;
- a criação de regras diferentes para as emissões exclusivamente destinadas aos territórios nacionais e que não possam ser captadas, directa ou indirectamente, em nenhum outro Estado-membro, relativamente à inserção entre programas e ao tempo máximo diário de difusão, possibilidade expressamente prevista no art. 20.º.

Consideramos igualmente incluído neste conjunto o estabelecimento de prazos entre o início de exploração de obras cinematográficas nas salas de cinema e a sua difusão televisiva. A imperatividade do art. 7.º não deixa dúvidas quanto à preclusão da atribuição dos Estados-membros nesta área.

(49) V. *infra* Capítulo III, 2.3.2.

Finalmente, a atribuição nacional para a criação de mecanismos de controlo das emissões provenientes de outros Estados-membros também parece estar precluída, dado o tom categórico com que é consagrado o princípio da aplicação da legislação do Estado de origem e o princípio do reconhecimento mútuo nos 12.º, 14.º e 15.º Considerandos e no art. 2.º n.º 1.

A futura intervenção da Comunidade nestas quatro áreas não está, pois, na nossa opinião, sujeita ao princípio da subsidiariedade.

Afirmámos já que a vertente cultural da televisão se encontra no domínio de atribuições concorrentes. No entanto, coloca-se a questão de saber se a mera intervenção legislativa da Comunidade precluiu futuras intervenções dos Estados-membros sobre esta matéria, de acordo com o princípio da preempção. Julgamos que não. Para além de a atribuição geral da Comunidade nesta área ser muito ténue, a própria redacção da Directiva deixa entender que a intervenção da Comunidade não tem como propósito a preclusão de futuras intervenções dos Estados-membros. Com efeito, nenhum dos preceitos relativos à difusão de obras europeias tem carácter imperativo (arts. 4.º a 9.º), suscitando-se mesmo dúvidas quanto à sua força vinculativa⁽⁵⁰⁾. Por outro lado, a formulação do 18.º⁽⁵¹⁾, 19.º⁽⁵²⁾ e 23.º⁽⁵³⁾ Considerandos favorece claramente este entendimento.

Concluimos, pois, que a vertente cultural da televisão continua a ser um domínio de atribuição concorrente entre os Estados-membros e a Comunidade, devendo futuras intervenções comunitárias ser justificadas à luz do princípio da subsidiariedade.

A protecção de menores face à televisão (agora não enquanto causa de suspensão de emissões, mas enquanto objectivo social de

⁽⁵⁰⁾ V. *infra* Capítulo III, 2.2. e 2.5.

⁽⁵¹⁾ «Considerando que é no entanto necessária uma coordenação para proporcionar às pessoas e indústrias produtoras de programas de televisão com objectivos culturais um melhor acesso (...)». Repare-se que se fala em *coordenação* e não em harmonização.

⁽⁵²⁾ «Considerando que exigências *mínimas* para as produções audiovisuais europeias (...)». Nosso *italico*.

⁽⁵³⁾ «Considerando que poderão ser aplicados dispositivos nacionais de apoio ao desenvolvimento da produção europeia (...)».

salvaguarda do sã desenvolvimento dos menores) também não reúne os requisitos necessários para ser considerado como um domínio da exclusiva atribuição da Comunidade. É o próprio art. 22.º que determina a obrigação de os Estados-membros adoptarem «as medidas apropriadas para assegurar que as emissões dos organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição não incluam programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores».

Também a matéria atinente ao direito de resposta não pode ser considerada como uma área de atribuição exclusiva da Comunidade. O n.º 1 do art. 21.º da Directiva, ao reconhecer este direito, fá-lo «sem prejuízo de outras disposições civis, administrativas ou penais adoptadas pelos Estados-membros». O n.º 2 da mesma disposições impõe aos Estados-membros a obrigação de adoptar as medidas necessárias de forma a garantir o seu exercício.

Assim, a intervenção futura da Comunidade nestas duas últimas áreas deverá ser justificada à luz do princípio da subsidiariedade.

Não podendo embora ser abordadas no presente trabalho, refiram-se ainda duas matérias sobre as quais não se suscitam dúvidas de maior: a política de concorrência e a matéria atinente ao direito de autor sobre a radiodifusão por satélite e a retransmissão por cabo. Ambas são da atribuição da Comunidade: a primeira, porque tal competência se encontra prevista no próprio Tratado de Roma (art. 85.º e sgs.), a segunda, porque o seu objecto se encontra detalhadamente regulamentado por duas directivas⁽⁵⁴⁾. As futuras intervenções da Comunidade nestes campos não necessitarão, pois, de ser justificadas à luz do princípio da subsidiariedade.

2.3.2. O domínio das atribuições ainda não exercidas

A intervenção da Comunidade no campo da televisão verificada até ao momentos não esgotou todas as matérias com ela relacionadas, sendo patente a ausência de regulamentação no que toca, por exemplo, ao direito de informação, enquanto direito funda-

(54) V. nota 32.

mental e já não enquanto objecto acessório de uma liberdade económica ou de uma política cultural.

Estando estabelecida a atribuição da Comunidade naquela área e tendo-se verificado, pelo menos, duas intervenções legislativas específicas, coloca-se, assim, a questão de saber qual o significado a atribuir a esta ausência de regulamentação. Por outras palavras, torna-se necessário saber se a Comunidade, ao não regulamentar certos aspectos relacionados com a radiodifusão televisiva, está a exercer de forma negativa uma atribuição exclusiva, isto é, se ao não regulamentar certa matéria está implicitamente a afirmar que essa matéria não dever ser objecto de qualquer regulamentação, precludindo, assim, pela negativa, a atribuição dos Estados-membros, ou se, pelo contrário, tal ausência de regulamentação significa que a matéria em causa permanece no âmbito de uma atribuição concorrente com a dos Estados-membros, permitindo ainda as intervenções destes últimos.

A questão do «silêncio do Congresso» encontra-se bem desenvolvida no direito constitucional norte-americano⁽⁵⁵⁾. A opinião prevalecente é a de que o silêncio do Congresso preclui a atribuição dos Estados, mas esta preclusão é reversível pelo próprio Congresso. Ainda assim, a palavra final no que toca à interpretação deste silêncio cabe aos tribunais: «(...) when the Congress keeps silent, it takes an expert to know what it means. But the judges are experts. They say that Congress by keeping silent sometimes means that it is keeping silent and sometimes means that it is speaking». (56)

O Tribunal de Justiça tem adoptado a mesma posição relativamente ao legislador comunitário. Assim, no caso *Amsterdam Bulb v. Produktschap voor Siergewassen* (57), o Tribunal decidiu que o silêncio do legislador comunitário correspondia de facto a um silêncio, passe o pleonasma, não precludindo a competência das autoridades holandesas para o preenchimento das lacunas da

(55) V. Biklè, «The silence of the Congress», in *Harvard Law Review* 41 (1927), pg. 200.

(56) Powell, «The still small voice of the Commerce Clause», in *Proceedings of the National Tax Association, Washington DC* (1937).

(57) Proc. 50/76, Col. 1977, pg. 137.

regulamentação comunitária. Significava tão somente que a matéria não tinha sido objecto de tratamento, não correspondendo a qualquer decisão de política económica. Em sentido inverso, no caso *Officier van Justitie v. van den Hazel* ⁽⁵⁸⁾, o Tribunal decidiu que a ausência de regulamentação de certos aspectos na Directiva que estabeleceu a organização comum dos mercados de galináceos não correspondia a uma lacuna da legislação comunitária, correspondendo antes a uma opção de política económica no sentido de não regulamentar certos aspectos do referido mercado, deixando às forças de mercado a tarefa de equilibrar o mercado. A competência legislativa dos Estados-membros para regulamentar os aspectos em causa encontrava-se, pois, precluída.

No que respeita especificamente ao exercício do direito de informação, a ausência de regulamentação na Directiva «Televisão sem Fronteiras» não pode ter, na nossa opinião, outro significado que não a pura e simples ausência de tratamento do tema, não precluindo a atribuição dos Estados-membros. A abordagem da matéria dos direitos fundamentais no Direito Comunitário é realizada numa óptica de complementaridade relativamente às garantias constitucionais consagradas nos ordenamentos dos Estados-membros ⁽⁵⁹⁾. A Comunidade nem sequer possui uma atribuição específica para intervir nesta área, resultando as referências que lhe são feitas no TUE das exigências dos Estados-membros, não estando sequer sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça. As futuras intervenções da Comunidade nesta área, tão sensível para alguns Estados-membros, terão, pois, que ser justificadas à luz do princípio da subsidiariedade.

No que toca a todas as outras matérias relacionadas com difusão de emissões televisivas não abordadas pela Directiva «Televisão sem Fronteiras» consideramos que a sua não regulamentação não traduz uma opção política intencional por parte do legislador comunitário e, conseqüentemente, não preclui futuras intervenções por parte dos Estados-membros. Esta nossa opinião fundamenta-se nos princípios sobre os quais assenta esta directiva ⁽⁶⁰⁾:

⁽⁵⁸⁾ Proc. 111/76, Col. 1977, pg. 901.

⁽⁵⁹⁾ V. infra Capítulo II.

⁽⁶⁰⁾ V. infra Capítulo III, 2.1.

reconhecimento mútuo e *standard minimum*. A preocupação de intervenção mínima é patente não só pela preferência dada às técnicas de coordenação relativamente às de harmonização ⁽⁶¹⁾, como pela expressa afirmação, no Considerando 13.º, de que a directiva «não afecta as competências de que dispõem os Estados-membros e as suas autoridades no que diz respeito à organização — incluindo os sistemas de concessão, de autorização administrativa ou de imposição de taxas — e ao financiamento das emissões, bem como ao conteúdo dos programas».

A parte final do citado Considerando afirma o princípio que fornece o principal fundamento da nossa opinião, no sentido de que as futuras intervenções da Comunidade em áreas da televisão não cobertas actualmente pela Directiva «Televisão sem Fronteiras» terão que estar sujeitas ao princípio da subsidiariedade: «a independência da evolução cultural de cada Estado-membro e a diversidade cultural permanecem assim preservadas».

3. Modos de intervenção

A Comunidade intervém no campo da televisão de vários modos, através de diferentes órgãos e desempenhando diversas funções. Do ponto de vista orgânico, salienta-se o papel da Comissão, do Conselho e do Tribunal de Justiça. Do ponto de vista funcional, não sendo embora possível desenhar um quadro totalmente idêntico ao das funções do Estado, também ao nível comunitário é possível descortinar uma função política, uma função administrativa e uma função jurisdicional.

3.1. O Conselho

A *função política* ⁽⁶²⁾ no seio da Comunidade é desempenhada pelo Conselho, enquanto centro do poder político e coorde-

⁽⁶¹⁾ V. considerando 13.º: «Considerando que a presente directiva prevê disposições mínimas necessárias para garantir a livre difusão de emissões».

⁽⁶²⁾ Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Lisboa, 1986, pg. 16, inclui na função política *lato sensu* a função legislativa e a função governativa ou política *stricto sensu*.

nador geral da política da Comunidade, bem como principal detentor do poder legislativo, nos termos do art. 145.º do Tratado.

Nos termos do preceito citado, o Conselho pode ainda participar da função administrativa, quando exerça o poder regulamentar de que é titular ou quando decida executar directamente as suas deliberações.

3.2. A Comissão

A Comissão é o órgão central da vida institucional comunitária. Possui uma competência geral de execução (art. 145.º) e de controlo (art. 155.º § 1.º), possuindo ainda poder de decisão próprio (art. 155.º § 4.º).

A *função administrativa* na Comunidade é primordialmente desempenhada pela Comissão. No âmbito desta função, controla a aplicação das regras da concorrência, previstas pelos arts. 85.º a 90.º do Tratado. O procedimento seguido é o previsto no Regulamento n.º 17⁽⁶³⁾, com base no qual a Comissão pode constatar a violação do art. 85.º ou, pelo contrário, isentar determinada prática da aplicação desta disposição, podendo ainda conceder isenções em bloco a determinados sectores de actividade económica. A Comissão pode ainda obrigar os destinatários das normas de concorrência a modificar a sua conduta, sob pena de aplicação de coimas.

A Comissão controla igualmente as operações de concentração entre empresas, nos termos do Regulamento n.º 4064/89⁽⁶⁴⁾. A Comissão tem o poder de declarar as operações que lhe sejam notificadas, obrigatória ou voluntariamente, como compatíveis ou incompatíveis com o Direito Comunitário.

Nas duas situações acima descritas, os sujeitos passivos do exercício das competências que estão atribuídas à Comissão são os particulares, indivíduos ou empresas.

⁽⁶³⁾ Regulamento do Conselho n.º 17, de 6 de Fevereiro de 1962, relativo à aplicação dos arts. 85.º e 86.º.

⁽⁶⁴⁾ Regulamento do Conselho n.º 4064/89 de 21 de Dezembro de 1989, relativo às operações de concentração entre empresas.

Ainda no âmbito da função administrativa, a Comissão detém competências que lhe advêm especificamente da Directiva «Televisão sem Fronteiras». É à Comissão que incumbe velar pela compatibilidade com o Direito Comunitário das medidas de suspensão de emissões provenientes de um Estado-membro, competindo-lhe ainda verificar o respeito pelas quotas de difusão de obras europeias.

Nestes dois últimos casos, são sujeitos passivos os Estados-membros.

A Comissão participa ainda no exercício do poder regulamentar e legislativo, já que lhe pertence, em exclusivo, o poder de iniciativa.

Pode igualmente afirmar-se que a Comissão participa da função jurisdicional, embora não possua poderes decisórios, pois detém o poder de iniciativa no âmbito do contencioso da concorrência (tendo por sujeitos passivos as empresas ou, no caso de empresas públicas, os Estados-membros) e da acção de incumprimento (tendo como sujeitos passivos os Estados-membros), prevista no art. 169.º.

A Comissão funciona ainda, nos termos do art. 2.º n.º 2 da Directiva «Televisão sem Fronteiras», como instância de resolução amigável de conflitos, em matéria de suspensão de emissões provenientes de um Estado-membro por violação das regras protectoras dos menores.

3.3. *O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância*

Finalmente, surgem-nos o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância⁽⁶⁵⁾, que encarnam a *função jurisdicional* na Comunidade.

O Tribunal de Primeira Instância é competente para o contencioso da função pública da Comunidade e da concorrência. A composição litigiosa perante este Tribunal pressupõe sempre a

⁽⁶⁵⁾ Criado por decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, JOCE n.º L 319, 25 de Novembro de 1988, pg. 1.

oposição entre um privado e um órgão comunitário. No domínio da concorrência, a posição do Tribunal de Primeira Instância poderá ser assimilada à dos tribunais administrativos nacionais no contencioso de anulação.

A composição litigiosa perante o Tribunal de Justiça poderá compreender a oposição entre órgãos comunitários, entre Estados-membros, entre órgãos comunitários e Estados-membros ou, eventualmente, entre um particular e um órgão comunitário. A posição do Tribunal de Justiça poderá ser assimilada quer à dos tribunais administrativos nacionais no contencioso de anulação, quer ao dos tribunais constitucionais, em particular no âmbito do reenvio prejudicial previsto no art. 169.º do Tratado, quando seja chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito comunitário.

CAPÍTULO II — OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO COMUNITÁRIO

Em 1969, no caso *Stauder c. City of Ulm* ⁽⁶⁶⁾, o Tribunal de Justiça referiu-se pela primeira vez à matéria dos direitos fundamentais, afirmando que uma medida comunitária não poderia prejudicar «the fundamental rights enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court». Desde então, o Tribunal tem reafirmado inúmeras vezes a importância dos direitos fundamentais ⁽⁶⁷⁾.

No caso *Nold* ⁽⁶⁸⁾ o Advogado-Geral Trabuchi explicitou o lugar ocupado pelos direitos fundamentais no sistema comunitário:

«... se o dever institucional do Tribunal de Justiça consiste em garantir a observância do direito na aplicação dos Tratados, esta função requer uma receptividade especial aos problemas relativos aos direitos essenciais nos quais se baseia

⁽⁶⁶⁾ Proc. 29/69, Col. 1969, pg. 419, paragr. 17.

⁽⁶⁷⁾ V., por exemplo, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Col. 1970, pg. 1125; *Nold*, proc. 4/73, Col. 1974, pg. 491.

⁽⁶⁸⁾ Proc. 4/73, cit.

toda a convivência social. O respeito devido à liberdade, à propriedade, a afirmação dos princípios de igualdade, de não discriminação, de proporcionalidade, para apenas citar algumas das expressões mais divulgadas, fazem parte desta concepção do direito que enquadra e regula todo o sistema comunitário, o qual não poderia nunca furtar-se a tais princípios nas suas diferentes aplicações. (...)».

1. Enquadramento sistemático

1.1. *Uma construção jurisprudencial*

Os direitos fundamentais não surgem no direito comunitário *per se*, correspondendo antes a uma das concretizações do recurso por parte do Tribunal aos princípios gerais de Direito enquanto fundamento das suas decisões⁽⁶⁹⁾.

O facto de a consagração dos direitos fundamentais resultar fundamentalmente de uma construção jurisprudencial⁽⁷⁰⁾ em nada lhes diminui a sua importância, já que o entendimento da jurisprudência do Tribunal enquanto fonte de Direito Comunitário é pacífico⁽⁷¹⁾.

A importância da «missão normativa»⁽⁷²⁾ do Tribunal de Justiça tem sido explicada quer por razões normativas (carácter geral,

⁽⁶⁹⁾ V., em termos gerais, Mendelson, *The European Court of Justice and Human Rights*, YEL I (1981), pg. 167.

⁽⁷⁰⁾ O facto de o preâmbulo do Tratado de Roma fazer referência aos princípios da Carta das Nações Unidas e à «defesa da paz e da liberdade» teve uma importância quase nula na consagração dos direitos fundamentais enquanto parte integrante do ordenamento comunitário. A referência, no preâmbulo do Acto Único, aos «direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social» não corresponde a mais do que à consagração formal da anterior jurisprudência do Tribunal.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Guy Isaac, *Droit Communautaire Général*, 1993, 3.^a Ed., Masson, pg. 140.

⁽⁷²⁾ A expressão é de Isaac, op. cit., loc. cit. Sobre este assunto v. J. Boulois, *A propos de la fonction normative de la Cour de Justice. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés*, in *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974, Tomo I, pg. 148.

impreciso e incompleto das regras contidas nos Tratados, rigidez do Direito primário devida à complexidade do processo de revisão, inércia frequente do Direito derivado resultante de bloqueios políticos no seio do Conselho), quer por razões institucionais (igualdade institucional relativamente ao Conselho e à Comissão consagrada no art. 4.º do Tratado de Roma, função consagrada no art. 164.º do Tratado de «fazer respeitar o direito», capacidade operacional adveniente do art. 177.º do Tratado, que lhe confere o monopólio da interpretação autêntica).

Esta «missão normativa» é exercida pelo Tribunal através da utilização de métodos dinâmicos de interpretação ⁽⁷³⁾ e do recurso frequente aos princípios gerais de direito ⁽⁷⁴⁾.

1.2. *Os princípios gerais de Direito*

Os princípios gerais de Direito a que o Tribunal recorre como uma das fontes de inspiração da sua jurisprudência são retirados em grande parte dos princípios gerais comuns ao Direito dos Estados-membros. Já antes de o Tratado de Roma fazer uma remissão expressa, no art. 215.º n.º 2, o Tribunal tinha afirmado o seu dever de se inspirar nas «regras reconhecidas pela legislação, doutrina e jurisprudência dos Estados-membros» ⁽⁷⁵⁾. São frequentemente invocados «os princípios gerais geralmente admitidos no direito dos Estados-membros» ⁽⁷⁶⁾, sendo o direito comparado utilizado pelo Tribunal como um dos instrumentos para impôr e legitimar o seu voluntarismo ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ V. D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Pédone, 1981; J. Mertens de Vilmaris, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la C.J.C.R.*, C.D.E., 1985.

⁽⁷⁴⁾ V. P. Reuter, *Le recours de la Cour de Justice à des principes généraux de droit*, in *Mélanges Rolin. Pédone*, 1964, pg. 263.

⁽⁷⁵⁾ Caso *Algéria*, procs. 7/56 e 7/57, Col. 1957, pg. 81.

⁽⁷⁶⁾ Caso *Hauts fourneaux et acières belges*, proc. 8/57, Col. 1958, pg. 225.

⁽⁷⁷⁾ V., por todos, P. Pescatore, «Le recours, dans la jurisprudence de la C.J.C.E., à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres», in RIDC, 1980, pg. 337.

No que respeita especificamente aos direitos fundamentais, o Tribunal afirmou no caso *Internationale Handelsgesellschaft* que «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont le Cour de Justice assure le respect», precisando que «la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté» (78).

1.3. A determinação do conteúdo dos direitos fundamentais

Quanto ao mecanismo de determinação do conteúdo concreto dos direitos, o acórdão *Nold* (79) definiu os seus três elementos essenciais:

- a) «(O)s instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário», o que permite a integração na ordem jurídica comunitária, através dos princípios gerais, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, funcionando esta como *standard minimum* europeu;
- b) «(O) Tribunal, ao garantir a protecção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelas constituições destes Estados», fórmula pela qual se consagra o princípio do *standard maximum*, isto é, a aplicação ao nível comunitário da garantia constitucional nacional mais elevada;
- c) «os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser considerados à luz da fun-

(78) Proc. 11/70, cit. Nosso itálico.

(79) Proc. 4/73, cit.

ção social dos bens e das actividades protegidas»; é, pois, legítimo «reservar em relação a estes direitos a aplicação de determinados limites justificados pelos *objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade*, desde que *não afectem a substância destes mesmos direitos*»⁽⁸⁰⁾. Consequentemente, o potencial de utilização da supremacia e do efeito directo do Direito Comunitário como forma de proporcionar um nível de protecção superior àquele proporcionado pelos Estados-membros encontra-se, desde logo, limitado⁽⁸¹⁾.

Um quarto elemento a ter em conta é o princípio da proporcionalidade⁽⁸²⁾, no sentido de que não só as medidas comunitárias adoptadas se devem apresentar como as mais adequadas à prossecução do objectivo declarado, mas também de que os sacrifícios impostos aos seus destinatários devem ser limitados ao mínimo necessário para garantir a eficaz prossecução desse objectivo.

O Tribunal impõe o respeito deste princípio ao poder legislativo da Comunidade⁽⁸³⁾, ao exercício do poder repressivo de que dispõem as instituições comunitárias face às empresas⁽⁸⁴⁾ e aos funcionários da Comunidade⁽⁸⁵⁾ e ainda às autoridades nacionais na aplicação do Direito Comunitário⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁰⁾ Nosso itálico.

⁽⁸¹⁾ Alguns autores acusam mesmo o Tribunal de pretender apropriar-se da tutela dos direitos fundamentais como forma de facilitar a prossecução do seu principal objectivo — a integração económica — desvalorizando assim os direitos fundamentais. V., por exemplo, Weiler, «Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights within the legal order of the European Communities», *Washington Law Review* 61 (1986), pg. 1103.

⁽⁸²⁾ V., por exemplo, S. Néri, «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole», in R.T.D.E., 1981, pg. 652).

⁽⁸³⁾ V. caso *Bela Mühle*, proc. 14/76, Col. 1977, pg. 1211; caso *Buitoni*, proc. 122/78, Col. 1979, pg. 677.

⁽⁸⁴⁾ V. caso *Modena*, proc. 6/61, Col. 1962, pg. 547.

⁽⁸⁵⁾ V. caso *Schmitz*, proc. 18/63, Col. 1964, pg. 189.

⁽⁸⁶⁾ V., entre outros, caso *Coenen*, proc. 39/75, Col. 1975, pg. 1547, e caso *Rutili*, proc. 36/75, Col. 1975, pg. 1219.

Se bem que o Tribunal se inspire nos princípios constitucionais dos Estados-membros e nos tratados internacionais de que estes são partes, a compatibilidade das medidas em causa é aferida face ao *Direito Comunitário*, o que comporta duas consequências.

Em primeiro lugar, não existe qualquer obrigação por parte do Tribunal em avaliar a legalidade de uma medida comunitária face a todo e qualquer princípio ou norma contidos na Constituição de um Estado-membro ou consagrados em tratado internacional de que este seja parte, pois isso equivaleria à negação da supremacia do direito comunitário enquanto sistema supra-constitucional.

Por outro lado, o primado do direito comunitário implica necessariamente que só o Tribunal de Justiça possa determinar quais os direitos fundamentais contidos no Direito Comunitário e assegurar o seu respeito, sob pena de grave atentado à unidade na aplicação do direito comunitário em todos os Estados-membros. O Advogado-Geral Capotorti exprimiu esta ideia de forma lapidar ⁽⁸⁷⁾:

«In accordance with these premises it is necessary to reject the idea that it is permissible to appeal to the highest national courts, rather than to this Court, in order to secure the protection of fundamental rights as against the Communities, in particular when infringements as a result of the legislative activity of the Communities are alleged. It is the exclusive task of the Community Court to guarantee such protection, within the scope of its jurisdiction: the uniform application of Community law and its primacy over the legal orders of the Member states must not be endangered by the intervention of national courts, when it is a question of ascertaining whether or not Community provisions are in conformity with the principles concerning human rights».

1.4. *Os titulares dos direitos*

A identificação dos titulares dos direitos fundamentais garantidos pelo Direito Comunitário é dos problemas jurídicos mais

⁽⁸⁷⁾ No caso *Hauer*, proc. 44/79, cit.

complexos que se levantam actualmente, principalmente após a entrada em vigor do Tratado da União Europeia e da concomitante consagração da cidadania da União.

A sobreposição da cidadania da União à cidadania nacional e a ligação entre os conceitos de nacionalidade e cidadania levantam inúmeras questões⁽⁸⁸⁾ a cuja abordagem não poderemos proceder senão de forma muito superficial. Particularmente relevante é a questão de saber se é configurável uma cidadania multinacional⁽⁸⁹⁾, emergente em resultado da erosão do conceito de nacionalidade⁽⁹⁰⁾.

O primeiro aspecto que cumpre salientar é que os direitos fundamentais cuja protecção é garantida pelo Direito Comunitário têm por titular não o homem enquanto tal, pelo mero facto de o ser, «sempre o mesmo, com idênticas qualidades e abstraído das situações sociais e económicas em que pudesse achar-se»⁽⁹¹⁾, mas o nacional de um dos Estados-membros da Comunidade⁽⁹²⁾. A discriminação entre nacionais dos Estados-membros e nacionais de terceiros Estados⁽⁹³⁾, que representa a pedra de toque do Direito Comunitário, também se verifica relativamente à titularidade dos direitos fundamentais, deixando de fora, desde logo, os cerca de 10

⁽⁸⁸⁾ V. Carlos Closa, «Citizenship of the Union and Nationality of Member States», in *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, op. cit.

⁽⁸⁹⁾ Meehan, em «Citizenship and the European Community», *Political Quarterly* 64 (1993), pg. 185, pronuncia-se claramente a favor desta possibilidade.

⁽⁹⁰⁾ Aron, em «Is multinational citizenship possible?», *Social Research* 41 (1974), pg. 647, só admite a cidadania multinacional desde que os governos envolvidos se comprometam a respeitar os direitos do Homem e do cidadão independentemente da nacionalidade dos residentes na comunidade a que tal cidadania se reporte, o que, na sua opinião, à data da publicação, ainda não se verificaria na Comunidade Europeia.

⁽⁹¹⁾ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV-Direitos Fundamentais, 1988, Coimbra Ed., pg. 82.

⁽⁹²⁾ Art. 8.º n.º 1, 2.ª parte, do Tratado de Roma, na redacção introduzida pelo T.U.E.

⁽⁹³⁾ Nos termos da Declaração anexa ao T.U.E., a Conferência Intergovernamental declarou que «sempre que no Tratado que institui a Comunidade Europeia é feita referência aos nacionais dos Estados-membros, a questão de saber se uma pessoa tem a nacionalidade de determinado Estado-membro é exclusivamente regida pelo direito nacional desse Estado-membro.» A exclusividade desta atribuição foi confirmada pelo Tribunal no caso *Micheletti*, proc. C-369/90, Col. 1992, pg. 4239.

milhões de cidadãos de Estados terceiros residentes na União Europeia⁽⁹⁴⁾.

Em segundo lugar, saliente-se que as pessoas colectivas não beneficiam automaticamente dessa protecção⁽⁹⁵⁾, como, aliás, sucede igualmente no âmbito da Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem.

Poderia, parecer, à primeira vista, que nos encontrávamos perante direitos cívicos, no sentido de *status civitatis* conforme elaborado por Jellinek⁽⁹⁶⁾. Acontece que a elaboração do conceito de direito cívico parte do conceito de cidadania. Se até à entrada em vigor do T.U.E. a discussão teria um interesse pouco mais do que académico, a consagração da cidadania da União veio reacender o debate doutrinário e político⁽⁹⁷⁾.

1.5. Os direitos fundamentais no Tratado da União Europeia

Os direitos fundamentais, *em geral*, não fazem parte do «pacote» de cidadania da União⁽⁹⁸⁾. Enquanto que os direitos rela-

(94) V. Toth, «The Individual and European Law», in I.C.L.Q. 24 (1975), pg. 659.

(95) V. caso *Orkem*, proc. 374/87, Col. 1989, pg. 3283.

(96) Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1964.

(97) A clarificação da diferença conceptual entre cidadania e nacionalidade foi uma das formas pelas quais a Dinamarca tentou superar o resultado negativo do primeiro referendo realizado para a ratificação do T.U.E., bem visível na Declaração Unilateral anexa ao seu instrumento de ratificação do Tratado (anexo 3): «1. A cidadania da união é um conceito político e jurídico que difere inteiramente do conceito de cidadania tal como o entendem a Constituição do Reino da Dinamarca e o sistema legislativo dinamarquês. Nenhuma disposição do Tratado da União Europeia implica ou prevê a criação de uma cidadania da União no sentido da cidadania de um Estado-Nação. Por conseguinte, não se coloca a questão de a Dinamarca participar neste tipo de evolução. 2. A cidadania da união não confere de forma alguma, por si própria, a um nacional de outro Estado-Membro o direito de obter a nacionalidade dinamarquesa ou quaisquer direitos, deveres, privilégios ou benefícios decorrentes da nacionalidade dinamarquesa por força das disposições constitucionais, legislativas e administrativas da Dinamarca, (...)», in JOCE n.º C 348 de 31 de Dezembro de 1992, pg. 1.

(98) O «pacote» da cidadania inclui sete direitos, qualificáveis como direitos fundamentais, mas não estabelece nenhum catálogo completo de direitos, não incluindo, por exemplo, os direitos económicos e sociais, e criando direitos políticos muito reduzidos: liberdade de movimento, estabelecimento e residência, direito de participação no país de residência nas eleições municipais e para o Parlamento Europeu, direito à protecção diplomática em Estados terceiros, direito de petição ao Parlamento Europeu e direito de queixa ao Provedor de Justiça da Comunidade.

tivos à cidadania estão concentrados no Título II do T.U.E., submetidos, por isso, à jurisdição do Tribunal, a referência aos direitos fundamentais no T.U.E., em termos gerais, é feita no *Título I*, no art. F.2: «A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário». ⁽⁹⁹⁾

Ora, o Título I está, por força do art. L, subtraído à jurisdição do Tribunal. Isto significa que a construção do conceito de cidadania da União se desenvolve de forma diferente da que foi seguida pelos modelos constitucionais dos Estados-membros, onde à criação e densificação do conceito correspondeu não só o respectivo reconhecimento dos direitos fundamentais, como, principalmente, a criação de eficazes meios de tutela jurisdicional.

A referência feita aos direitos fundamentais no art. F.2 do T.U.E. tem sido utilizada como argumento contra os que se manifestam avessos à separação entre a cidadania da União e a protecção dos direitos fundamentais pelo Direito Comunitário ⁽¹⁰⁰⁾, *maxime* contra a Comissão e o Parlamento Europeu, que rejeitaram tal dissociação ⁽¹⁰¹⁾. Importa ver se, de facto, o T.U.E., ao fazer uma referência expressa aos direitos fundamentais no seu art. F.2, trouxe algo de novo sobre esta matéria.

⁽⁹⁹⁾ Repetindo a fórmula utilizada pelo Tribunal no caso *Internationale Handelsgesellschaft*, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ V., por exemplo, Rosy Bindi, no seu Relatório ao Parlamento Europeu: «it is inconceivable to base citizenship on anything other than the expansion of fundamental rights and freedoms in addition to their recognition and protection», in Bindi Report on Union Citizenship, PE Doc. A 3-0139/91 de 23 de Março de 1991. No mesmo sentido v. o Memorando do Governo espanhol sobre a cidadania europeia «Towards an European citizenship» in *Europe Documents*, n.º 1653, 2 de Outubro de 1990, e o Parecer da Comissão de 21 de Outubro de 1990, Supl. 2/91 — Bull. EC. A 101 «Union Citizenship. Contribution by the Commission to the Intergovernmental Conference».

⁽¹⁰¹⁾ «Union Citizenship. Contribution by the Commission to the Intergovernmental Conference», Supl. 2/91 — Bull. EC.

A discussão gira fundamentalmente ao redor da questão de saber se o T.U.E. deveria ter consagrado um catálogo de direitos fundamentais em vez de se ter circunscrito à declaração geral contida no art. F.2.

A história da Comunidade regista casos em que tribunais nacionais recusaram a transposição de legislação comunitária devido à ausência de uma garantia formal dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. O Tribunal Constitucional italiano declarou que a salvaguarda dos princípios fundamentais da Constituição italiana, e, em particular, dos direitos fundamentais, correspondia a um limite à transferência de atribuições para a Comunidade ⁽¹⁰²⁾. Apesar de, em 1984, o Tribunal Constitucional ter invertido a sua jurisprudência ⁽¹⁰³⁾, em 1989 reiterou a sua afirmação, segundo a qual uma disposição comunitária poderia ser considerada inaplicável no caso de infringir os direitos fundamentais.

A defesa dos direitos fundamentais face à Comunidade por parte do Tribunal Constitucional Federal alemão tem sido levada a cabo de forma ainda mais decidida ⁽¹⁰⁴⁾. Apesar de reconhecer a protecção dos direitos fundamentais conferida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Tribunal Constitucional considerou ⁽¹⁰⁵⁾ que tal jurisprudência não representava uma garantia suficiente para compensar a inexistência de um catálogo de direitos, que deveria ser elaborado com a participação de um Parlamento eleito por sufrágio directo e universal ⁽¹⁰⁶⁾. Esta orientação

⁽¹⁰²⁾ Caso *Frontini v. Ministero delle Finanze*, Tribunal Constitucional Italiano, proc. 183/74, publ. Cahiers de Droit Européen, 1975, pg. 114, com anotação de De Caterini.

⁽¹⁰³⁾ Sentenza n.º 170 del 1984, *Granital*, publ. RTDE, 1985, pg. 414.

⁽¹⁰⁴⁾ Sobre a jurisprudência constitucional alemã acerca desta matéria v. Constantinesco, «Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien», RTDE, 1987, pg. 537, e Roth, «The application of Community law in West Germany: 1980-1990», in C.M.L.R. 1991, pg. 137.

⁽¹⁰⁵⁾ Proc. 52/71, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr — und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, publ. E.C.R. (1974), pg. 540.

⁽¹⁰⁶⁾ O acórdão é anterior à primeira eleição directa para o Parlamento Europeu.

veio a ser reafirmada por último com grande determinação no já famoso «acórdão Maastricht», de 12 de Outubro de 1993 ⁽¹⁰⁷⁾.

A insegurança jurídica provocada pela ausência da consagração formal de um catálogo de direitos (que nunca poderia ser taxativo, mas tão só exemplificativo), incluindo os direitos políticos, sociais ⁽¹⁰⁸⁾, culturais e os chamados «direitos de terceira geração» consagrados actualmente na generalidade dos Estados-membros, mantêm a sua actualidade enquanto argumento a favor da insuficiência da protecção conferida pelo Direito Comunitário aos direitos fundamentais. O facto de o preceito onde se faz referência aos direitos fundamentais estar subtraído à jurisdição do Tribunal de Justiça acentua esta fragilidade.

A circunstância de a criação da cidadania da União não ter servido como o meio natural para a incorporação de tais direitos no ordenamento comunitário pouco acrescenta à defesa dos direitos fundamentais face ao Direito Comunitário já garantida pelos direitos nacionais, pois é decalcada sobre as cidadanias nacionais. A sua falta de novidade, mesmo em termos de Direito Comunitário, realça esta insuficiência ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Sobre este acórdão v. «Bundesrat stimmt Ratifizierung von Maastricht zu», in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 4/1993, pg. 113; Carl Otto Lorenz, «Der Vertrag von Maastricht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts», in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 47/1993, pg. 3038.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. a crítica de Cappelletti: «... to exclude social rights from a modern Bill of Rights is to stop history at the time of *laissez-faire*...», «The Future of Legal Education: a comparative perspective», 1992 (8), *S.A.J.H.R.*, pg. 1.

⁽¹⁰⁹⁾ Os direitos inerentes à cidadania da União pouco acrescentam, em termos substanciais, ao Direito Comunitário. Reiteram direitos previamente existentes (liberdade de circulação e de residência, direito de petição ao Parlamento Europeu) ou generalizam direitos previamente existentes, mas exercidos de forma diferente nos Estados-membros (direito de participação nas eleições municipais e para o Parlamento Europeu). Dos dois novos direitos, um deles (protecção diplomática e consular) encontrava-se já previsto na Convenção Europeia sobre Funções Consulares de 1967. A titularidade do outro (direito de queixa ao Provedor de Justiça), tal como o direito de petição, é partilhada com cidadãos de terceiros países, pelo que não pode servir de traço distintivo à cidadania da União. V., em sentido contrário, Hans Jessurun d'Oliveira, «European Citizenship: its meaning, its potential», in *The Maastricht Treaty on European Union: Legal Complexity and Political Dynamic*, College of Europe-Institut für Europäische Politik, 1993, E.I. Press-Brussels.

A única conclusão possível a retirar desta brevíssima análise é que, em termos substanciais, o T.U.E. praticamente nada acrescentou à defesa dos direitos fundamentais pelo Direito Comunitário. Tal como está configurada a cidadania da União no Tratado, ela não corresponde a mais do que a uma generalização do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade, entre cidadãos dos Estados-membros, relativamente aos direitos consagrados expressamente nos Tratados.

Esta conclusão não invalida, porém, a constatação do potencial carácter aberto da cidadania da União à incorporação no seu âmbito dos direitos fundamentais⁽¹¹⁰⁾, indiciada pela declaração constante do art. F.2 e possibilitada pela natureza dinâmica de que se têm revestido todas as evoluções normativas comunitárias. Muito menos pretende minimizar (pelo contrário, pretende sublinhar) o papel desempenhado até agora pelo Tribunal de Justiça na defesa dos direitos fundamentais, até porque, como sempre tem sucedido na história da Comunidade, falhando a via política, será a via judicial, também neste campo, a desbravar o caminho.

1.6. *O direito de informação e a televisão*

O enquadramento do direito de informação no regime geral dos direitos fundamentais no Direito Comunitário será melhor realizado após a análise das Convenções celebradas no seio do Conselho da Europa e das suas relações com o Direito Comunitário, para aí se remetendo a sua análise mais detalhada, já que o tratamento que merece no âmbito do Direito Comunitário é orientado, em grande parte, pela jurisprudência do Tribunal Europeu e pelas

⁽¹¹⁰⁾ V., por exemplo, o «modelo dos círculos concêntricos» sugerido pelo Juiz Lenaerts, «Fundamental rights to be included in a Community catalogue», in ELR 16 (1991), pg. 376, como forma de transição da protecção de direitos comunitários fundamentais para a protecção de direito humanos fundamentais. Propõe a criação de um código comunitário, tendo como núcleo duro a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem, circundada por círculos progressivos abrangendo os direitos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça a partir dos princípios gerais de Direito Comunitário, os direitos cívicos e os direitos de cariz puramente programático.

deliberações da Comissão Europeia dos Direitos do Homem. Limitar-nos-emos, por agora, a três referências de carácter geral.

Em primeiro lugar, saliente-se que na Directiva «Televisão sem fronteiras»⁽¹¹¹⁾ se afirma, no 8.º Considerando, que a livre prestação de serviços de radiodifusão televisiva «constitui igualmente uma manifestação específica, em Direito Comunitário, de um princípio mais geral, a saber, a liberdade de expressão, tal como está consagrada no n.º 1 do art. 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais».

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça afirmou que a invocação do art. 56.º do Tratado de Roma como fundamento para a introdução de medidas restritivas à livre prestação de serviços televisivos não poderia afectar os direitos fundamentais⁽¹¹²⁾.

No que respeita ao art. 85.º (política de concorrência), o Tribunal de Justiça tem-se mostrado avesso a reconhecer que da sua aplicação possam resultar restrições aos direitos fundamentais. No caso *VBVB e VBBB c. Comissão*⁽¹¹³⁾, o Tribunal rejeitou o argumento dos recorrentes, segundo o qual a manutenção de um sistema de preço fixo de venda de livros era necessária para garantir a difusão de obras economicamente menos rentáveis e que a Comissão, ao pretender pôr em causa um tal sistema, estaria a realizar uma forma indirecta de censura.

O Tribunal reconheceu que condições económicas podem, por vezes, afectar a liberdade de expressão e que é possível interpretar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem num sentido que incluisse no seu âmbito a garantia de venda de livros em condições lucrativas. O interesse deste reconhecimento é a sua potencial aplicação, *mutatis mutandis*, ao campo da prestação de serviços televisivos em condições economicamente vantajosas para os operadores, em particular face às condições impostas pelos Estados-membros para a concessão ou manutenção de licenças.

Mas no campo restrito do Direito da Concorrência, o Tribunal ressaltou, no mesmo caso, que a sujeição das actividades de pro-

(111) Directiva 89/552/CEE, cit.

(112) *Comissão c. Países Baixos*, proc. C-353/89; v. também *Comissão c. Bélgica*, proc. C-211/91.

(113) Procs. ap. 43 e 63/82, Col. 1984, pg. 19.

dução a regras cujo único objectivo seja a mera liberdade de comércio entre Estados-membros em normais condições de concorrência não poderia nunca ser encarada como uma restrição à liberdade de expressão.

2. O Conselho da Europa e os direitos fundamentais

A autonomia formal dos tratados, e das autoridades jurisdicionais encarregues do controlo da sua aplicação, a saber, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, justifica um exame autónomo, se bem que breve, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁽¹¹⁴⁾ relativamente ao Direito Comunitário. Só, assim, aliás, poderemos ter noção do que significa a interpretação e aplicação do Direito Comunitário *à luz* da CEDH.

Dado o vasto conjunto de direitos garantidos pela CEDH, restringir-nos-emos, por razões de economia de exposição, à apreciação do regime atinente ao direito de informação.

2.1. *As relações da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais com o Direito Comunitário*

O facto de os regimes da CEDH e do Direito Comunitário provirem de ordens jurídicas diferentes não impede que existam pontos de contacto entre ambos.

Assim, todos os Estados-membros da União Europeia são partes na CEDH.

⁽¹¹⁴⁾ Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificada por Portugal em 9 de Novembro de 1978. A versão em inglês e a tradução portuguesa foram publicadas no D.R., 1.ª Série, de 9 de Março de 1978. A versão portuguesa, que acompanhou a Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro, foi traduzida a partir do texto em francês. Existe uma versão portuguesa anotada por Pinheiro Farinha, Lisboa, sem data.

Em segundo lugar, no que respeita concretamente à televisão, quer o Conselho da Europa ⁽¹¹⁵⁾, quer a Comunidade Europeia, manifestaram o seu interesse na matéria, tendo adoptado instrumentos específicos de regulamentação do sector, como resultado de processos negociais que, aliás, decorreram em paralelo: a Convenção Europeia sobre Televisão Transfronteiriça, de 5 de Maio de 1989 ⁽¹¹⁶⁾, e a Directiva «Televisão sem Fronteiras», de 3 de Outubro de 1989 ⁽¹¹⁷⁾.

Aliás, a Convenção Europeia sobre Televisão Transfronteiriça clarifica, no seu art. 27.º n.º 1, as relações desta com o Direito Comunitário, afirmando: «nas suas relações recíprocas, as partes que são membros da Comunidade Económica Europeia aplicam as regras da Comunidade e não aplicam portanto as regras decorrentes da presente convenção senão na medida em que não exista nenhuma regra comunitária regendo a matéria em causa», sublinhando a primazia do Direito Comunitário relativamente aos Estados-membros.

Finalmente, importa referir o papel complementar e dinamizador que o Conselho da Europa poderá desempenhar relativamente à União Europeia, dadas as limitações que impedem sobre esta no que respeita à matéria dos direitos fundamentais e da cultura.

2.2. *O art. 10.º da CEDH e o direito de informação*

Como tivemos já oportunidade de referir na introdução, o direito de informação na CEDH encontra-se enquadrado no âmbito mais vasto da liberdade de expressão, consagrada no seu art. 10.º Se é possível, nalguns casos, distinguir claramente o

⁽¹¹⁵⁾ Recomendações R (84) 3 sobre publicidade televisiva; R (84) 22 sobre a utilização da capacidade de satélites para televisão e radiofusão sonora; R (86) e sobre os princípios relativos ao direito de autor no domínio da televisão por satélite e por cabo; R (86) 3 relativa à promoção da produção audiovisual na Europa; R (89) 9 sobre os princípios em matéria de direito de autor e política cultural.

⁽¹¹⁶⁾ Entrada em vigor a 1 de Maio de 1993, de acordo com o seu art. 29.º n.º 2.

⁽¹¹⁷⁾ Directiva do Conselho 89/552/CEE, cit.

âmbito do direito de informação, recortando-o do âmbito mais vasto da liberdade de expressão, noutros casos tal distinção é impossível.

Dado que o objecto do presente trabalho é o direito de informação na televisão, é a este que nos reportaremos primordialmente, embora algumas das decisões da Comissão e do Tribunal dos Direitos do Homem, que utilizaremos como suporte das considerações que se seguem, tenham sido proferidas a propósito do exercício da liberdade de expressão, em geral, propondo-nos nós recortar o âmbito do direito de informação daquele outro mais vasto da liberdade de expressão.

2.2.1. Os titulares do direito de informação

Embora desenhada primordialmente para garantia dos direitos do indivíduo, alguns dos direitos garantidos pela CEDH foram reconhecidos como sendo aplicáveis a pessoas colectivas⁽¹¹⁸⁾. Esse é o caso, nomeadamente, da liberdade de expressão.

Com particular interesse para o tema em análise, foram reconhecidos como titulares do direito de informação, para além dos indivíduos, enquanto tais, jornalistas⁽¹¹⁹⁾, artistas⁽¹²⁰⁾, políticos⁽¹²¹⁾, associações políticas⁽¹²²⁾, activistas políticos⁽¹²³⁾, orga-

⁽¹¹⁸⁾ Sobre as condições de acesso aos mecanismos de protecção conferidos pela CEDH v. João Raposo, «As condições de admissão das queixas individuais no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in Estado e Direito, 1988-2, pg. 45, e Fausto de Quadros, *O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Sep. da Rev. da Ordem dos Advogados, Ano 50, I, Abril de 1990.

⁽¹¹⁹⁾ *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, ECHR, ac. de 25 de junho de 1992, Série A-n.º 239.

⁽¹²⁰⁾ *Müller v. Switzerland*, ECHR, ac. de 24 de Maio de 1988, Série A-n.º 133.

⁽¹²¹⁾ *Castells v. Spain*, ECHR, ac. de 23 de Abril de 1992, Série A-n.º 236.

⁽¹²²⁾ *X and the Association of Z v. The United Kingdom*, COMEDH, dec. de 12 de Julho de 1971, YB 14, pg. 538.

⁽¹²³⁾ *Weber v. Switzerland*, ECHR, ac. de 22 de Maio de 1990, Série A-n.º 177.

nizações religiosas ⁽¹²⁴⁾, organismos de radiofusão ⁽¹²⁵⁾, sociedades de produção televisiva ⁽¹²⁶⁾ e fabricantes de equipamentos electrónicos ⁽¹²⁷⁾.

2.2.2. O domínio normativo ⁽¹²⁸⁾ do direito de informação

As emissões televisivas foram reconhecidas pelo TEDH como estando claramente abrangidas pelo art. 10.º da CEDH: «Broadcasting is mentioned in the Convention precisely in relation to freedom of expression» ⁽¹²⁹⁾.

No que respeita ao *modo de difusão* das emissões, o conceito de «emissão», enquanto objecto de protecção do art. 10.º, abrange as emissões por via aérea e por cabo.

No que toca ao seu *conteúdo*, este não assume relevância para efeitos de concessão da protecção conferida pelo art. 10.º, as emissões televisivas são protegidas enquanto tais: «broadcasting of programmes over the air and cable retransmission of such pro-

⁽¹²⁴⁾ *X and the Church of Scientology v. Sweden*, COMDEH, dec. de 5 de Maio de 1979, DR 16, pg. 68.

⁽¹²⁵⁾ *Groppera Radio AG v. Switzerland*, ECHR, ac. de 20 de Junho de 1989, Série A-n.º 173; *Hogdson, Woolf Productions and National Union Journalists and Channel Four Television v. The United Kingdom*, ECHR, YB 10, pg. 503; *Autronic AG v. Switzerland*, ECHR, ac. de 22 de Maio de 1990, Série A-n.º 178.

⁽¹²⁶⁾ *Hogdson, Woolf Productions and National Union Journalists and Channel Four Television v. The United Kingdom*, cit.

⁽¹²⁷⁾ *Autronic AG v. Switzerland*, cit.

⁽¹²⁸⁾ Utilizamos aqui a tradução da expressão alemã «Normbereich», utilizada igualmente por Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed. — 1991, Almedina, pg. 646, que cita a este propósito K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16.ª ed., Harlsruhe/Heidelberg, 1989. Jorge Miranda, op. cit., pg. 300, fala, a este propósito, em «extensão objectiva» do direito e Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, Almedina, pg. 215 e sgs. utiliza a expressão «conteúdo do direito». Fazemos nossas as palavras de Gomes Canotilho ao exprimir a preferência por aquela expressão para «recortar, precisamente, aquelas «realidades da vida» que as normas consagradoras de direitos captam como «objecto de protecção»».

⁽¹²⁹⁾ *Groppera Radio*, cit.

grammes are covered by the right enshrined in the first two sentences of Article 10(1), without there being any need to draw distinctions according to the content of the programmes»⁽¹³⁰⁾. Não logrou, assim, vencimento a posição do Juiz Valticos, expressa em voto de vencido, segundo a qual a protecção conferida pelo art. 10.º só abrangeria emissões cujo conteúdo corresponda à discussão de ideias, expressão de opiniões políticas ou expressão artística, excluindo emissões de carácter comercial, musical ou popular.

Ao estender esta protecção às emissões por satélite, o TEDH reafirmou o princípio da irrelevância do conteúdo das emissões, indo mesmo um pouco mais longe, considerando desnecessária uma identificação mínima entre quem queira exercer o direito consagrado pelo art. 10.º e a «informação» transmitida: «the reception of television programmes by means of a dish or other aerial comes within the right laid down in the first two sentences of Article 10 (1), without it being necessary to ascertain the reason and purpose for which the right is to be exercised»⁽¹³¹⁾.

O «discurso comercial» encontra-se protegido pelo art. 10.º⁽¹³²⁾, englobando a publicidade política⁽¹³³⁾, publicidade profissional⁽¹³⁴⁾ e a publicidade sectorial⁽¹³⁵⁾. Nos casos em que a publicidade envolva simultaneamente a promoção de determinada actividade e a divulgação de informações e dados de facto, tal publicidade corresponde a veiculação de informação⁽¹³⁶⁾. No

⁽¹³⁰⁾ Ibidem.

⁽¹³¹⁾ *Autronic*, cit. Os Juizes Binscheller-Robert e Matscher, nos seus votos de vencido, referiam a necessidade daquela identificação mínima, considerando não se verificar a existência da mesma no caso em apreciação, dado que o objectivo do queixoso era não o exercício do direito de informação, mas tão somente a demonstração da eficácia da sua tecnologia, comprovada através da possibilidade de recepção de emissões soviéticas.

⁽¹³²⁾ *X and Church of Scientology v. Sweden*, cit.

⁽¹³³⁾ *X and the Association of Z v. The United Kingdom*, cit.

⁽¹³⁴⁾ *Barthold v. Germany*, ECHR, ac. de 25 de Março de 1985, Série A-n.º 90.

⁽¹³⁵⁾ *Markt Intern v. Germany*, ECHR, ac. de 30 de Março de 1989, Série A-n.º 165, pg. 161.

⁽¹³⁶⁾ *Barthold v. Germany*, cit.

entanto, o TEDH, relativamente à publicidade puramente comercial, concedeu que «(...) the level of protection must be less than the accorded to the expression of «political ideas», in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention are chiefly concerned». ⁽¹³⁷⁾

Foi estabelecida uma distinção entre a protecção conferida, por um lado, à *informação* e, por outro, à *expressão*. Segundo a Comissão Europeia ⁽¹³⁸⁾, no que respeita à informação, o que é protegido é o livre acesso do público à informação e não o direito de divulgação dessa informação ⁽¹³⁹⁾, correspondendo a informação à comunicação de factos e notícias e a expressão à comunicação de ideias ou opiniões.

Este entendimento não parece ter tido acolhimento total por parte do Tribunal, pois este, ao delimitar o domínio normativo do art. 10.º, não traça a mesma distinção entre expressão e informação, afirmando que a protecção conferida por aquele preceito abrange ambas, sublinhando, aliás, que a protecção à difusão de informação deve ser total, abrangendo a comunicação de factos ou ideias eventualmente perturbadoras ou ofensivas: «... freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10, constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfillment. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to «information» or «ideas» that are favourably received or regarded as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no «democratic society»» ⁽¹⁴⁰⁾.

Por último, sublinhe-se que não é só o conteúdo da informação que é protegido, mas também a sua forma: «Article 10 protects

⁽¹³⁷⁾ *X and Church of Scientology v. Sweden*, cit.

⁽¹³⁸⁾ *De Geillustreerde Pers N.V. v. The Netherlands*, COMDEH, DR 8, pg. 11 e sgs.

⁽¹³⁹⁾ V. a referência que fizemos na Introdução à tripartição do direito de informação efectuada por G. Canotilho e Moreira, op. e loc. cit., em três níveis, distinguindo entre o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

⁽¹⁴⁰⁾ Princípio formulado pela primeira vez no caso *Handyside v. The United Kingdom*, ECHR, ac. de 29 de Abril de 1976, Série A-n.º 24.

not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed». ⁽¹⁴¹⁾

2.3. A violação do art. 10.º da CEDH

O art. 10.º da CEDH é violado quando se verifique uma ingerência de uma autoridade pública que restrinja a liberdade de expressão de qualquer pessoa, excepto se tal restrição for prevista por lei e necessária à manutenção da sociedade democrática. Analisaremos, de seguida, cada um dos elementos constituintes de uma tal violação ⁽¹⁴²⁾.

2.3.1. Ingerência de autoridade pública

As intervenções de autoridades públicas (legislativas, judiciais e administrativas) qualificadas como restrições inadmissíveis ao direito de informação na televisão têm tido como sujeitos passivos tanto simples particulares, como organismos de televisão, e como objecto tanto o acesso à televisão, como o conteúdo e a forma das emissões.

No que respeita ao *acesso à televisão*, e tendo como sujeitos passivos simples particulares, foram consideradas intervenções inadmissíveis a recusa por parte de autoridades administrativas de concessão de licenças de televisão, a manutenção e o reforço de monopólios televisivos estatais ⁽¹⁴³⁾, a recusa por parte de um organismo televisivo estatal em possibilitar a uma organização política a expressão das suas opiniões ⁽¹⁴⁴⁾, a complacência das autoridades perante a recusa de um organismo televisivo comer-

⁽¹⁴¹⁾ *Oberschlick v. Austria*, ECHR, ac. de 22 de Novembro de 1990, Série A-n.º 204.

⁽¹⁴²⁾ Seguimos aqui de perto a sistematização utilizada por David B. Winn, *European Community and International Media Law*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff-Kluwer Publ., 1994, pg. 160 e sgs.

⁽¹⁴³⁾ V. infra Capítulo III, 2.

⁽¹⁴⁴⁾ *X and the Association of Z v. The United Kingdom*, cit., e *X Association v. Sweden*, COMDEH, DR 28, pg. 204.

cial em transmitir anúncios de uma organização política ⁽¹⁴⁵⁾ e decisões judiciais proibindo a difusão de publicidade comercial ⁽¹⁴⁶⁾ e profissional ⁽¹⁴⁷⁾.

Tendo como sujeitos passivos organismos de radiofusão televisiva, foram consideradas inadmissíveis decisões administrativas e judiciais proibindo a recepção por uma empresa de emissões transmitidas a partir de um satélite de telecomunicações ⁽¹⁴⁸⁾. No domínio da rádio, foi considerada inadmissível a interferência bloqueadora de uma emissão ⁽¹⁴⁹⁾, numa construção aplicável, *mutatis mutandis*, ao domínio da televisão.

No que respeita ao *conteúdo das emissões*, foram consideradas como ingerências inadmissíveis uma decisão judicial proibindo o relato de um processo judicial através da reconstrução dramática das audiências ⁽¹⁵⁰⁾ e a legislação conferindo a uma emissora o direito exclusivo de difundir a programação televisiva ⁽¹⁵¹⁾. Numa construção igualmente aplicável, *mutatis mutandis*, ao domínio da televisão, foram consideradas, no âmbito da imprensa escrita e da rádio, como violadoras do art. 10.º uma extensa série de decisões judiciais condenando criminalmente jornalistas e editores por difamação, atentado à moralidade e aos bons costumes, blasfémia e quebra do segredo de justiça ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ *X and the Association of Z v. The United Kingdom*, cit.

⁽¹⁴⁶⁾ *X and Church of Scientology v. Sweden*, cit., com fundamento na protecção do consumidor.

⁽¹⁴⁷⁾ *Barthold v. Germany*, cit., com fundamento no Direito da Concorrência.

⁽¹⁴⁸⁾ *Autronic*, cit.

⁽¹⁴⁹⁾ *X v. The United Kingdom*, COMDEH, CD 40, pg. 29.

⁽¹⁵⁰⁾ *Hogdson, Woolf Productions and National Union Journalists and Channel Four Television v. The United Kingdom*, cit. Este caso assume particular interesse numa altura em que na opinião pública portuguesa se levantam vozes contra um dos canais privados devido à reconstrução dramática de audiências judiciais, a simulação de julgamentos com propósitos meramente lúdicos e a utilização de meios de prova alternativos relativamente a processos judiciais, como é o caso do «detector de mentiras».

⁽¹⁵¹⁾ *De Geillustreerde Pers NV v. The Netherlands*, cit.

⁽¹⁵²⁾ V. os casos citados por David. B. Winn, *European Community and International Media Law*, cit., pg. 167.

No que toca à *forma das emissões*, foi considerada como ingerência inadmissível a ordem administrativa impondo a alteração do formato de um programa televisivo: «(...) an interference with the manner of conveying information to the public, as opposed to the content of information constitutes an interference with freedom of expression under paragraph 1 of this provision. In reaching this view the Commission has attached particular importance to the role played by production and presentation techniques in the making of television programmes». ⁽¹⁵³⁾

As decisões judiciais que tenham por objecto a restrição do direito de informação, desde que tomadas com base na lei, gozam de uma presunção de validade, presunção essa, porém, ilidível. ⁽¹⁵⁴⁾

2.3.2. Restrições impostas por lei

As restrições ao direito de informação, para serem consideradas como compatíveis com o art. 10.º, têm que estar previstas por *lei*, proibindo-se assim a arbitrariedade por parte das autoridades públicas.

No caso *The Sunday Times v. The United Kingdom* ⁽¹⁵⁵⁾ o TEDH estabeleceu os critérios a que tem de obedecer a lei para permitir uma restrição ao direito de informação:

- a) ser adequadamente acessível ao cidadão, de forma a este poder dela tomar conhecimento;
- b) estar formulada com precisão suficiente para que o cidadão possa regular a sua conduta por ela e prever as consequências da sua conduta ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵³⁾ *Hogdson, Woolf Productions and National Union Journalists and Channel Four Television v. The United Kingdom*, cit.

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁵⁾ ECHR, ac. de 27 de Outubro de 1978, Série A-n.º 30.

⁽¹⁵⁶⁾ Precisão não significa rigidez: «Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions

Trata-se de um conceito de lei material, englobando, para além do Direito legislado, quer o Direito consuetudinário, quer a *common law*.

2.3.3. Necessidade de manutenção da sociedade democrática

De acordo com o n.º 2 do art. 10.º da CEDH, as restrições ao direito de informação poderão ser consideradas justificadas caso «constituam providências necessárias» para a manutenção da sociedade democrática, através da salvaguarda de um dos seguintes valores: segurança nacional, integridade territorial, segurança pública, defesa da ordem e prevenção do crime, protecção da saúde ou da moral, protecção da honra ou dos direitos de outrem, confidencialidade de certas informações, autoridade e imparcialidade do poder judicial.

Não basta, porém, a invocação de uma das causas de justificação enumeradas no preceito acima citado para que uma intervenção da autoridade pública se considere como justificada, importando uma análise dos factos concretos: «(...) the Court has to be satisfied that the interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it» ⁽¹⁵⁷⁾.

As razões invocadas pelas autoridades nacionais têm que ser relevantes, suficientes e proporcionais face ao perigo invocado ⁽¹⁵⁸⁾.

of practice.», *ibidem*. A este propósito a Comissão advertiu que «The mere fact that a legislative provision may give rise to problems of interpretation does not mean it is so vague and imprecise as to lack the quality of «law» in this sense», *Hogdson, Woolf Productions and National Union Journalists and Channel Four Television v. The United Kingdom*, *cit.*

⁽¹⁵⁷⁾ *The Sunday Times v. The United Kingdom*, *cit.*

⁽¹⁵⁸⁾ Relativamente às relações entre o TEDH e os tribunais nacionais, os critérios de apreciação do TEDH e a margem de apreciação deixada aos tribunais nacionais, v. David B. Winn, *European Community and International Media Law*, *cit.*, pg. 172 e sgs. e o casos aí citados.

Quanto ao conceito de «necessidade», o TEDH fá-lo corresponder à existência de uma «necessidade social premente» (159).

Aspecto que convém sublinhar é a concepção de liberdade de expressão que o TEDH elabora, contendo o direito de informação como uma das suas manifestações, configurando-a quase como um direito absoluto, situado hierarquicamente a um nível superior ao dos outros bens jurídicos tutelados pelo n.º 2 do art. 10.º, posição expressa a propósito de uma hipotética situação de conflito de direitos: «The Court is faced not with two conflicting principles, but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted». (160) O TEDH adopta, pois, uma posição tipicamente privatística, que não prefigura uma possível situação de conflito de direitos, antes os hierarquiza de acordo com, por exemplo, a sua finalidade (161).

O princípio da interpretação restritiva das causas justificativas enumeradas no n.º 2 do art. 10.º foi reafirmado em numerosíssimos casos (162).

2.3.4. A sujeição das empresas de televisão a um regime de autorização prévia

A parte final do n.º 1 do art. 10.º prevê que «o presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia».

Colocou-se a questão de saber se o preceito citado daria poderes absolutos aos Estados no licenciamento de empresas de televi-

(159) *Ibidem*.

(160) *The Sunday Times v. The United Kingdom*, cit. Saliente-se, a este propósito, os votos de vencido dos Juízes Wiarda, Cremona, Vilhjalmsson, Ryssdal, van der Meersch, Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Leisch e Matscher, propugnando por uma concordância prática entre os direitos conflituantes.

(161) V., por exemplo, Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol IV, Lisboa 1985, policopiada, pgs. 221 e 222, que afirma: «Os direitos podem ser abstractamente hierarquizados. (...) Ora, em concreto, podemos também dizer que aquele que se destina a uma finalidade superior, prevalece sobre o outro».

(162) V. David Winn, op. e loc. cit., e os casos aí citados.

são ou se, pelo contrário, tal poder se encontraria limitado pela necessidade de salvaguarda de algum dos bens jurídicos apontados pelo n.º 2 do mesmo artigo como essenciais à manutenção da sociedade democrática.

No caso *Groppera Radio AG v. Switzerland* ⁽¹⁶³⁾ o TEDH considerou que a parte final do n.º 1 do art. 10.º não podia ser interpretado isoladamente, mas sim no contexto global do art. 10.º: «(...) the purpose of the third sentence of Article 10 (1) of the Convention is to make it clear that States are permitted to control by a licensing system the way in which broadcasting is organised in their territories, particularly in its technical aspects. It does not, however, provide that licensing measures shall not otherwise be subject to the requirements of paragraph 2, for that would lead to a result contrary to the object and purpose of Article 10 taken as a whole».

No que respeita à manutenção dos monopólios estatais verificou-se uma evolução interessante na posição da Comissão. Se em 1968 a Comissão reconhecia abertamente o direito de os Estados manterem um monopólio estatal de televisão ⁽¹⁶⁴⁾, a evolução tecnológica e «revolução dos media» forçou-a a alterar a sua posição, deixando a questão em aberto. Citando o caso *X v. Sweden*, afirmou em 1976: «Notwithstanding this precedent, the Commission would not be prepared purely and simply to maintain this point of view without further consideration» ⁽¹⁶⁵⁾.

A «defesa da ordem» nas telecomunicações enquanto causa justificativa da recusa de concessão de licenças por parte das autoridades administrativas mereceu já algum tratamento no âmbito da CEDH.

O TEDH reconheceu a manutenção do princípio do licenciamento, da coordenação e da utilização económica do espectro de frequências, consagrados na Convenção Internacional sobre Telecomunicações, como fundamentos legítimos para a recusa de atribuição de licenças de televisão ⁽¹⁶⁶⁾. A restrição do uso do espectro

⁽¹⁶³⁾ Cit..

⁽¹⁶⁴⁾ *X v. Sweden*, COMDEH, dec. de 7 de Fevereiro de 1968, CD 26, pg. 71.

⁽¹⁶⁵⁾ *Saachi v. Italy*, COMDEHm dec. de 12 de Março de 1976, DR 5, pg. 46.

⁽¹⁶⁶⁾ *Groppera Radio*, cit..

de frequências como forma de garantir o pluralismo da informação, através de uma distribuição internacional e nacional equitativa do direito de utilização de frequências, foi considerada como um objectivo legítimo, em consonância com a CEDH ⁽¹⁶⁷⁾.

A licitude de intervenções destinadas a garantir o respeito da legislação nacional, violada por emissões a partir do território de outro Estado, foi igualmente reconhecida pelo TEDH ⁽¹⁶⁸⁾, num combate ao fenómeno da «deslocalização», condenado igualmente pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ⁽¹⁶⁹⁾.

2.4. *A Convenção sobre a Televisão Transfronteiriça: remissão*

Dado que a matéria atinente à televisão mereceu consagração legislativa igualmente no âmbito da Comunidade Europeia, através da Directiva «Televisão sem Fronteiras», que cobre praticamente todas as questões reguladas pela Convenção sobre Televisão Transfronteiriça, e tendo em vista o primado do Direito Comunitário sobre a Convenção, relativamente aos Estados-membros ⁽¹⁷⁰⁾, remete-se para a análise da Directiva a abordagem do tratamento legislativo concreto da televisão, no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III — A LIVRE CIRCULAÇÃO DE INFORMAÇÃO NA U. E.

1. **A mensagem televisiva enquanto prestação de serviços**

Conforme tivemos já oportunidade de salientar, as políticas relativas ao audiovisual, e em particular à televisão, não fazem parte, enquanto tais, dos domínios que o Tratado de Roma comete à atribuição da CE. No entanto, o capítulo do Tratado relativo à

⁽¹⁶⁷⁾ Ibidem. No mesmo sentido, *Autronic*, cit..

⁽¹⁶⁸⁾ Ibidem.

⁽¹⁶⁹⁾ V. Capítulo III, 3.3.3.

⁽¹⁷⁰⁾ V. supra 2.1.

livre prestação de serviços contém diversas disposições que podem ter incidência sobre a difusão de emissões televisivas.

«A livre prestação de serviços aplica-se aos serviços culturais e, por consequência, à difusão de emissões de radiodifusão sonora e televisiva, da mesma maneira que se aplica aos serviços bancários, de seguros ou publicitários». ⁽¹⁷¹⁾

Esta afirmação da Comissão vem na sequência da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente dos acórdãos *Sacchi e Debauxe* ⁽¹⁷²⁾, onde se afirma que uma mensagem televisiva deve ser considerada, pela sua natureza, como uma prestação de serviços e que a emissão de mensagens televisivas, incluindo as que têm um carácter publicitário, estão sujeitas às regras do Tratado relativas à prestação de serviços.

Conclui-se desta afirmação que *todas* as emissões televisivas, e não só aquelas com carácter publicitário, se enquadram na livre prestação de serviços, sendo indiferente o seu objectivo: económico, social, cultural, político ou outro.

1.1. *Definição de serviços*

A afirmação do Tribunal não pode, todavia, deixar de ser entendida à luz da sua anterior jurisprudência, isto é, para ser qualificada como «serviço» no sentido que lhe é atribuído pelo Tratado, uma mensagem televisiva tem que preencher determinados requisitos.

Tem que, em primeiro lugar, corresponder à definição de serviços tal como está consagrada no art. 59.º do Tratado: *serviços são as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas*. Dada a sua natureza residual, a definição contida no art. 59.º não é totalmente esclarecedora. Propomos, assim, a seguinte definição, alicerçada na jurisprudência constante do Tribunal: *serviços são as*

⁽¹⁷¹⁾ Livro Verde «Televisão Sem Fronteiras», cit.

⁽¹⁷²⁾ Cit.

prestações realizadas por parte de empresas ou profissionais liberais contra remuneração, que têm como objecto permitir ou facilitar a circulação transfronteiriça de pessoas, bens, outros serviços ou capitais.

Esta definição terá, porém, de ser decomposta nalguns dos seus elementos, de forma a podermos delimitar quais as mensagens televisivas que estão abrangidas pelo Direito Comunitário.

1.1.1. Remuneração

O conceito de serviço, por si só, não nos fornece um critério que permita distinguir actividades puramente administrativas de actividades económicas, pois abrange todas elas. O ensino, a saúde, a justiça constituem serviços que se revestem de um valor económico inegável.

O critério distintivo é exactamente a remuneração.

O Tribunal foi chamado a precisar a noção de «serviço fornecido normalmente contra remuneração» no caso *Humbel* ⁽¹⁷³⁾, a propósito da qualificação das aulas prestadas a alunos do sistema nacional de educação. O Tribunal indicou que, embora a noção de remuneração não esteja expressamente definida nos arts. 59.º e sgs., o seu domínio normativo pode ser deduzido dos arts. 60.º e sgs., segundo os quais os serviços compreendem nomeadamente as actividades de carácter comercial ou industrial.

A característica essencial da remuneração reside no seu carácter de contrapartida económica da prestação em causa, contrapartida essa definida normalmente por acordo entre o prestador e o destinatário do serviço com referência ao custo económico do fornecimento desse serviço e obedecendo às leis da microeconomia, nomeadamente da procura e da oferta.

O fornecimento de um serviço por um organismo público entra na esfera da gestão económica a partir do momento em que o serviço é fornecido a troco de uma contrapartida directa que leve o utilizador a adaptar o seu consumo às suas possibilidades financeiri-

⁽¹⁷³⁾ Acórdão de 27 de Setembro de 1988, proc. 263/86, Col. 1988, pg. 5365.

ras. No caso acima citado colocou-se então a questão de saber se a remuneração exigida em troca de um serviço poderia assumir a forma de uma imposição tributária ou paratributária. A resposta foi afirmativa, mas sujeita a uma dupla condição: a contribuição financeira exigida deve, por um lado, ser devida em virtude do serviço prestado e, por outro, o seu produto deve ser afectado ao financiamento da prestação desse serviço e não ser integrada no conjunto das receitas públicas. Corresponde à clássica distinção entre taxa e imposto ⁽¹⁷⁴⁾.

No que respeita especificamente ao sector da televisão, é legítima a dúvida sobre se nos encontramos perante um serviço prestado contra remuneração. Na realidade, os organismos televisivos são financiados de formas muito diversas: pelos telespectadores, através da cobrança de taxas sobre a recepção ou sobre os aparelhos de televisão, pelas receitas provenientes da publicidade ou por ambas as formas.

A Comissão, no seu Livro Verde, na linha do afirmado pelo Advogado-Geral Warner nas conclusões apresentadas no caso *Debauve*, concluiu que, independentemente do modo de financiamento dos organismos de televisão, o serviço prestado é sempre remunerado, de uma forma ou de outra, pelo que se encontra abrangido pelo art. 60.º.

O Tribunal veio a confirmar este entendimento no acórdão *Bond van Adverteerders* ⁽¹⁷⁵⁾. A conclusão mais interessante que pode ser retirada deste acórdão é que a remuneração do serviço televisivo não tem que forçosamente ser paga pelo destinatário desse mesmo serviço, ou seja, o telespectador: pode ser paga por um terceiro.

Esta foi uma das objecções levantadas pelo governo holandês no sentido de não considerar o art. 60.º aplicável à televisão. O Tribunal decidiu que a difusão, por parte dos exploradores de uma rede de cabos estabelecidos num Estado-membro, de programas televisivos oferecidos por emissores estabelecidos noutros Estados-membros (incluindo mensagens publicitárias destinadas espe-

⁽¹⁷⁴⁾ Sobre esta distinção v. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. II, 4.ª ed. — Almedina, pg. 58 e sgs.

⁽¹⁷⁵⁾ Acórdão de 26 de Abril de 1988, proc. 352/85, Col. 1988, pg. 2137.

cialmente ao público do Estado de recepção) comporta duas prestações de serviços:

- a) o serviço prestado pelos exploradores da rede de cabos estabelecidos num Estado-membro aos emissores estabelecidos noutros Estados-membros, ao retransmitirem os seus programas, e
- b) o serviço prestado pelos emissores estabelecidos em determinados Estados-membros aos publicitários estabelecidos nomeadamente no Estado de recepção, ao incluírem a sua publicidade nos programas destinados a serem retransmitidos.

Ambos os serviços são fornecidos contra remuneração, apesar de a retransmissão por parte dos exploradores da rede de cabos não ser paga aos emissores. A sua remuneração provém das assinaturas dos utentes da rede de cabos.

O Tribunal, para qualificar uma prestação de serviços para efeitos do art. 60.º, analisa uma actividade do ponto de vista da sua organização económica global e não a partir da actividade de uma só empresa envolvida. Esta opção permite a aplicação do Direito Comunitário a todo e qualquer organismo de televisão, público ou privado, pois mesmo um serviço público de televisão que funcione na base da gratuidade completa (o que não existe em nenhum Estado-membro) pode ser considerado como o prestador de um serviço que é fornecido normalmente contra remuneração ⁽¹⁷⁶⁾.

Nestes termos, o único factor relevante é o facto de a prestação em causa conferir ao seu prestador um direito à remuneração, não relevando a eventual renúncia do prestador a esse seu direito ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Neste sentido, v. M. Dony-Bartholme, «L'audiovisuel et les règles relatives à la libre prestation de services», in *L'Espace Audiovisuel Européen*, Ed. de l'Université de Bruxelles 1991, pg. 37.

⁽¹⁷⁷⁾ M. Buffet-Tchakalakoff, «La réglementation communautaire de la communication audiovisuelle», in *Droit et Pratique du Commerce International*, 1990, n.º 3, pg. 360.

1.1.2. Carácter transfronteiriço

O art. 59.º do Tratado só protege a livre circulação de serviços desde que o prestador se encontre num Estado-membro diferente daquele onde se encontra o destinatário do serviço. Assim, afirmou o Tribunal no caso *Debauve* ⁽¹⁷⁸⁾, as disposições relativas à livre circulação de serviços não se podem aplicar a actividades se todos os seus elementos pertinentes se encontrarem no interior de um único Estado-membro.

O principal problema que se coloca perante este condicionamento é a teledistribuição, ou seja, a televisão por cabo. Pode falar-se de um serviço transfronteiriço a propósito de uma retransmissão integral e simultânea por cabo de uma emissão difundida noutro Estado?

É defensável a teoria de que estamos perante dois serviços distintos: primeiro, a emissão, num Estado-membro, e depois a retransmissão, feita através das instalações do teledistribuidor, que se encontra no mesmo Estado que o beneficiário. Neste segundo caso, prestador e beneficiário estão no mesmo Estado, pelo que não se aplicaria o art. 59.º.

Não é esta porém a posição defendida quer pela Comissão, quer pelo Advogado-Geral Warner nas conclusões apresentadas no caso *Debauve*, ambos defendendo tratar-se de uma única prestação, ou seja, trata-se de uma única emissão, apenas transmitida de formas diferentes.

No caso em apreço tratava-se de uma proibição de transmissão de publicidade por cabo. O Advogado-Geral considerou que esta interdição representaria uma restrição à liberdade da sociedade teledistribuidora de fornecer os seus serviços aos seus assinantes. Ainda que este serviço fosse inteiramente prestado dentro das fronteiras da Bélgica, esta restrição produziria um efeito restritivo indirecto sobre um outro serviço de carácter transnacional. Assim, uma emissão de televisão deverá ser entendida como sendo destinada a todos aqueles que estejam em condições de a captar, quer directamente, quer por intermédio de uma rede de distribui-

⁽¹⁷⁸⁾ Cit.

ção por cabo, sendo indiferente que os emissores tenham ou não consciência de se dirigir a determinado público.

O Tribunal debruçou-se sobre esta questão no acórdão *Bond van Adverteeders* ⁽¹⁷⁹⁾, concluindo pela existência de dois serviços distintos, nos termos acima descritos, considerando, no entanto, que ambos apresentam um carácter transfronteiriço.

É de lamentar que o Tribunal tenha adoptado esta posição, em vez de considerar uma emissão como uma prestação unitária, mesmo quando atinja espectadores de outro Estado-membro através de cabo ou satélite. Escolheu uma via complexa, que pode ser posta em causa se faltar um dos elementos utilizados para autonomizar o elemento da remuneração e daí caracterizar uma emissão televisiva como serviço: a existência de publicidade ou o pagamento da assinatura pelos receptores.

Esta posição entra aliás, parcialmente, em contradição com a posição sustentada no acórdão *Debauve*, a propósito da definição do conceito de remuneração no sector da televisão, onde o Tribunal optou por analisar esta actividade económica a partir do seu modo *global* de organização. Se, para efeitos de constatação da existência de remuneração, o Tribunal considerou que não era necessária a distinção entre as prestações dos vários agentes envolvidos, considerando-se que, no cômputo geral das prestações envolvidas, existe uma remuneração, pareceria lógico que considerasse uma emissão televisiva igualmente de um ponto de vista global, como uma única prestação, um único serviço que dá origem a uma remuneração.

1.2. *Os organismos de radiodifusão televisiva enquanto empresas*

A utilização dos critérios acima descritos para a caracterização das emissões televisivas como serviços, e especialmente o critério da remuneração segundo critérios comerciais, leva forçosa-

⁽¹⁷⁹⁾ Cit.

mente à conclusão que os organismos de televisão são considerados, para efeitos do Tratado, como empresas.

Esta qualificação como empresas foi posta em causa pela ARD (associação que agrupa os organismos públicos de televisão da Alemanha) numa decisão da Comissão de 1989 (*Compra de filmes pelas estações alemãs de televisão*)⁽¹⁸⁰⁾, no intuito de se subtrair à aplicação das regras da concorrência. O argumento utilizado pela ARD foi que não seria uma empresa, já que era um organismo de direito público, incumbido legalmente da obrigação de fornecer programas de interesse público.

A Comissão rejeitou os argumentos apresentados pela ARD, confirmado a definição funcional de empresa em sentido lato que já havia elaborado, no sentido da jurisprudência do Tribunal. Assim, para efeitos do art. 59.º, tal como sucede no âmbito do art. 85.º, é uma empresa qualquer organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, enquadrada por uma personalidade jurídica autónoma, e prosseguindo de forma estável um fim económico determinado.

No que respeita a organismos públicos de televisão, é suficiente a operação comercial de aquisição de direitos de transmissão de um programa para serem considerados como estando envolvidos numa actividade económica e, portanto, caírem no âmbito da definição de empresa.

2. A Directiva «Televisão Sem Fronteiras»

A Directiva do Conselho 89/552, de 3 de Outubro de 1989, vulgo «Televisão sem Fronteiras»⁽¹⁸¹⁾, surge na sequência das propostas da Comissão formuladas em 1984 no Livro Verde⁽¹⁸²⁾, onde se propunha a harmonização das legislações nacionais em quatro domínios: publicidade, protecção dos jovens, direito de resposta e Direito de Autor. De fora ficaram a matéria atinente ao Direito de

⁽¹⁸⁰⁾ Decisão de 15 de Setembro de 1989, IV 31 734, JOCE L 284, 3 de Outubro de 1989, pg. 36.

⁽¹⁸¹⁾ Cit.

⁽¹⁸²⁾ Cit.

Autor ⁽¹⁸³⁾ e o regime relativo ao financiamento e apoio à criação audiovisual.

Após um conturbado processo de elaboração ⁽¹⁸⁴⁾, a Directiva acabou por corresponder ao compromisso possível entre o voluntarismo da Comissão e as preocupações culturais do Parlamento Europeu, por um lado, e o minimalismo defendido pelo Conselho, por outro, proveniente da falta de acordo entre os Estados-membros defensores de uma maior intervenção comunitária (caso da França) e os apologistas dos mecanismos liberais do mercado (caso do Reino-Unido). Observadores atentos, senão mesmo intervenientes, foram os Estados- Unidos e o Japão, conscientes das implicações económicas para as suas indústrias do audiovisual e da electrónica advenientes de um eventual protecção comunitário face às suas produções e tecnologias.

Mas nem o carácter compromissório da Directiva logrou pôr termo à polémica ao seu redor. A sua revisão, a primeira das quais prevista no art. 26.º para cinco anos após a entrada em vigor, tem provocado uma acessa discussão, especialmente no que se refere à consagração de quotas obrigatórias de produção europeia.

A sua elaboração procurou sempre corresponder ao objectivo de harmonização mínima das legislações nacionais e não à preocupação de unificar o regime atinente à televisão no espaço comunitário. Sendo certo que esta atitude foi a única que, ainda assim, permitiu chegar a uma base de consenso, não é menos verdade que aqui reside, proventura, uma das maiores vulnerabilidades desta Directiva ⁽¹⁸⁵⁾.

⁽¹⁸³⁾ Matéria regulada pelas Directivas 92/100/CEE e 93/83/CEE, cit. Esta matéria, pela sua especificidade e relativa complexidade, não poderá ser abordada no presente trabalho. Sobre este assunto v. C. Doutrépoint e A. Strowel, «Les suites du Livre Vert: évolution dans le domaine du droit d'auteur?», in *L'Espace Audiovisuel Européen*, cit.; C. Doutrépoint, «La libre circulation des émissions de radiodiffusion dans l'Union Européenne — L'harmonisation des règles relatives à la communication par satellites et à la retransmission par câble», in *Rev. du Marché Commun*, 2, 1994.

⁽¹⁸⁴⁾ Sobre o processo conducente à adopção da Directiva v., por todos, P. Delwit e C. Gobin, «Étude du cheminement de la directive «télévision sans frontières»: synthèse des prises de positions des institutions communautaires», in *L'Espace Audiovisuel Européen*, cit., pg. 55 e sgs.

⁽¹⁸⁵⁾ V. infra n.º 3.4.

2.1. *Os princípios gerais*

2.1.1. Aplicação do Direito do Estado-membro da emissão

O n.º 1 do art. 2.º consagra o princípio da aplicabilidade às emissões televisivas do Direito do Estado-membro de origem da emissão.

O curioso deste preceito é que, consagrando formalmente uma obrigação positiva a cargo dos Estados-membros de origem das emissões (velarão «por que todas as emissões de radiodifusão televisiva transmitidas (...) respeitem a legislação aplicável às emissões destinadas ao público nesse Estado-membro»), tem realmente por objecto uma proibição — uma obrigação negativa — dirigida aos Estados-membros de recepção, impedindo-os de regulamentar eles próprios as emissões provenientes de territórios subtraídos à sua jurisdição. Sob a aparência de uma regra de competência territorial, aliás óbvia, para a qual não seria necessária a directiva, consagra-se uma regra de competência material, limitando o poder regulamentar dos Estados-membros unicamente às emissões submetidas à sua jurisdição.

2.1.2. Livre circulação e reconhecimento mútuo

O n.º 2 do art. 2.º consagra o princípio da livre circulação das emissões televisivas, ao impôr aos Estados-membros a obrigação de garantir a liberdade de recepção e a proibição de colocar entraves à retransmissão nos seus territórios de emissões provenientes de outros Estados-membros.

Este princípio, em conjugação com o princípio da aplicabilidade do Direito do Estado-membro da emissão, tem como corolário o princípio do reconhecimento mútuo de legislações, «importado» do domínio da livre circulação de mercadorias e já anteriormente consagrado no campo da livre prestação de serviços: aquilo que é autorizado num Estado-membro não pode ser submetido a um regime de autorização noutra Estado-membro. Como é evidente, poderão surgir problemas face a este princípio nos Esta-

dos-membros que instauraram regimes de autorização de cadeias televisivas estrangeiras.

Como excepção a este princípio surge a cláusula de salvaguarda contida nas alíneas a) a c) do mesmo preceito, onde se prevê a possibilidade de os Estados-membros suspenderem provisoriamente as emissões que violem a disposição relativa à protecção dos menores.

As condições para o exercício desta faculdade encontram-se estritamente delimitadas, devendo:

- a emissão violar de forma séria e grave o art. 22.º;
- o organismo de radiodifusão em causa ter violado o mesmo preceito pelo menos duas vezes no decurso dos doze meses precedentes;
- o Estado-membro da recepção ter notificado o organismo de radiodifusão e a Comissão das alegadas violações e da sua intenção de suspender a emissão no caso de tal violação voltar a verificar-se;
- não se ter verificado uma resolução amigável da questão no prazo de quinze dias a contar da notificação e persistir a alegada violação.

Em todo este processo a Comissão assume um papel fulcral, quer na constatação de violações, quer na composição amigável dos litígios.

2.1.3. Discriminações invertidas ⁽¹⁸⁶⁾

O art. 3.º prevê a possibilidade de os Estados-membros aplicarem regras mais severas para os seus próprios radiodifusores nacionais relativamente aos de outros Estados-membros, numa

⁽¹⁸⁶⁾ O tratamento menos favorável aplicado pelos Estados-membros aos seus próprios nacionais relativamente aos nacionais de outros Estados-membros é designado pela expressão francesa «discrimination à rebours» e pela expressão inglesa «reverse discrimination». Maria Luísa Duarte, in *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra Ed. 1992, pg. 200, designa esta figura por «a discriminação contra os próprios cidadãos nacionais», optando por fazer da definição da figura a própria designação.

aplicação do princípio geral da discriminação invertida consagrado pelo Tribunal de Justiça.

Este princípio é concretizado no art. 8.º, tendo em vista a realização de objectivos de política linguística, e no art. 19.º, a propósito do tempo de antena e das modalidades de transmissão de publicidade.

A expressa faculdade de prática de discriminações invertidas levantará indubitavelmente problemas na sua conciliação com o princípio do reconhecimento mútuo, podendo dar origem a fenómenos de deslocalização, levando os difusores a estabelecerem-se noutros Estados-membros com regimes mais permissivos, para daí emitirem para o Estado-membro da sua nacionalidade, como forma de contornar a legislação mais restritiva.

Neste caso, só o recurso à figura do abuso de direito por parte do Estado-membro da recepção poderá evitar a invocação, por parte dos difusores, do princípio do reconhecimento mútuo como garantia para a livre recepção das suas emissões no Estado da sua nacionalidade. No entanto, a prova da existência de abuso de direito torna-se extremamente difícil em casos que envolvam gigantes empresariais, como sucede no campo da televisão, pela facilidade que estes têm em recorrer a «testas-de-ferro».

2.2. *A vertente cultural*

A dimensão cultural da Directiva «Televisão sem Fronteiras» é o aspecto que maior polémica tem levantado, a propósito das quotas de difusão de produção europeia, previstas nos arts. 4.º e 5.º.

2.2.1. Princípios

Os Estados-membros deverão reservar:

- a obras europeias uma percentagem maioritária do seu tempo de antena (art. 4.º n.º 1) e
- 10% do seu tempo de antena ou, em alternativa, 10% do seu orçamento de programação, a obras europeias — na medida do possível, recentes, isto é, produzidas há menos

de cinco anos — provenientes de produtores independentes dos organismos de radiodifusão televisiva, no intuito de garantir a sua viabilidade (art. 5.º).

2.2.2. Limites

Se a própria consagração das quotas de exibição e de produção provocaram polémica, menos não se poderá dizer da *forma* pela qual foram consagradas.

Na realidade, não se pode dizer que a formulação dos preceitos em causa é muito feliz, já que esvazia, em grande parte, de sentido útil as obrigações impostas aos Estados-membros.

Assim, os princípios acima referidos deverão ser implementados «sempre que tal se revele exequível e através dos meios adequados».

Por outro lado, não é propriamente imposto aos Estados-membros o respeito por tais princípios. O que se determina é que «os Estados-membros velarão por que os organismos de radiodifusão televisiva» os respeitem. De tal forma que alguns Estados-membros fizeram constar que não se consideravam juridicamente vinculados por estas disposições.

Por último, num acesso de realismo forçado, contando já provavelmente com o desrespeito de tais princípios por parte de alguns Estados-membros, escudados na redacção titubeante daqueles preceitos, o n.º 2 do art. 4.º vem prever uma cláusula de «standstill» para os Estados-membros que não atinjam as percentagens previstas, determinado que tal percentagem não deve ser inferior à média verificada em 1988 no Estado-membro em causa (reportada a 1990 para Portugal e Grécia).

2.2.3. O conceito de «obra europeia»

O conceito de «obra europeia», tal como definido no art. 6.º n.º 1, compreende os seguintes elementos:

— de acordo com os arts. 4.º e 5.º, consideram-se «obras», por exclusão de partes, as emissões que não correspondam

- a noticiários, manifestações desportivas, jogos, publicidade ou serviços de teletexto;
- a natureza europeia advém-lhes de serem obras originárias dos Estados-membros, de outros Estados europeus que sejam parte na Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiriça ou ainda de Estados que, não sendo parte na dita Convenção, satisfaçam certas condições de produção estabelecidas no n.º 3 do art. 6.º, nomeadamente através de coproduções.

2.3. *A harmonização de legislações nacionais*

O objectivo de harmonização das legislações nacionais é prosseguido na Directiva em três áreas: publicidade (*lato sensu*), protecção de menores e direito de resposta.

2.3.1. Publicidade

A expressão «publicidade» é aqui utilizada *lato sensu*, já que engloba, para além da publicidade *stricto sensu*, o patrocínio e o «telemercado».

No que respeita à *forma* de difusão de publicidade (*stricto sensu*), a Directiva prevê regras relativas à sua identificação, ao tempo máximo de difusão e à sua inserção entre programas, dependendo do tipo de programa, com especiais restrições relativamente à inserção entre programas de carácter religioso e informativo.

No que toca ao *conteúdo*, as regras visam especialmente a restrição ou proibição de publicidade a certos tipos de produtos (medicamentos, álcool e tabaco), assim como ao encorajamento de discriminações em virtude da raça, sexo ou nacionalidade, de comportamentos prejudiciais à saúde, à segurança ou ao ambiente ou atentatórios da dignidade humana ou das convicções religiosas e políticas.

O patrocínio também é regulamentado relativamente à forma e conteúdo de difusão, cabendo aqui sublinhar a proibição de patrocínio dos telejornais e dos programas de informação política.

O «telemercado», isto é, «as ofertas directas ao público com vista à venda, compra ou aluguer de produtos» vê limitado o seu tempo máximo de emissão.

2.3.2. Protecção dos menores

Neste capítulo, impende sobre os Estados-membros a obrigação de garantir «que as emissões dos organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição não incluam programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita». (art. 22.º). Aliás, a violação deste preceito é o único fundamento invocável pelos Estados-membros para a suspensão das emissões provenientes de outro Estado-membro.

2.3.3. Direito de resposta

O art. 23.º reconhece, sem prejuízo das legislações nacionais, o direito de resposta de qualquer pessoa singular ou colectiva, «cujos direitos legítimos, relativos, nomeadamente à sua reputação e bom nome, tenham sido lesados na sequência de uma alegação incorrecta feita durante uma emissão televisiva». Este direito pode ser exercido em relação a todos os organismos sob a jurisdição de um Estado-membro (n.º 2).

No que respeita às condições de exercício do direito de resposta, a harmonização é mínima. Prevê-se a adopção por parte dos Estados-membros de disposições que assegurem o seu exercício em tempo útil e de forma apropriada (n.º 3), e consagra-se o princípio do acesso obrigatório aos tribunais, devendo os Estados-membros prever «processos que permitam o recurso aos tribunais em caso de litígios relativos ao exercício do direito de resposta» (n.º 5).

Finalmente prevê-se que o pedido de exercício do direito de resposta possa ser recusado quando implicar um acto punível, a

responsabilidade civil do organismo de radiodifusão ou quando ofenda a moral pública e for contrária aos bons costumes (n.º 4).

Conclui-se, assim, que a Directiva se limita a estabelecer os princípios gerais do regime atinente ao direito de resposta, deixando a regulamentação dos seus aspectos concretos aos Estados-membros.

2.4. O papel fiscalizador da Comissão

A Comissão assume um papel fundamental na fiscalização da aplicação da Directiva, nos termos do n.º 3 do art. 4.º. A partir de 3 de Outubro de 1991, data da entrada em vigor, os Estados-membros passaram a estar obrigados a enviar à Comissão, de dois em dois anos, um relatório respeitante à aplicação dos arts. 4.º e 5.º.

Os relatórios compreenderão um levantamento estatístico da realização das percentagens previstas e, se for caso disso, uma explicação das razões pelas quais não foi possível atingir tais percentagens. Serão depois comunicados aos outros Estados-membros e ao Parlamento Europeu, eventualmente acompanhados de um parecer da Comissão. Neste parecer, a Comissão deverá levar em consideração os critérios enunciados, de forma exemplificativa, no 3.º parágrafo do art. 3.º n.º 3:

- o progresso realizado em relação aos anos anteriores;
- a percentagem.

No desempenho do seu papel fiscalizador a Comissão notificou já vários Estados-membros do incumprimento das normas comunitárias, tendo tido como consequência a alteração da legislação ou do comportamento da maioria dos Estados-membros visados.

No entanto, a Comissão enviou já pareceres fundamentais — segunda fase do procedimento de infracção antes do recurso ao Tribunal de Justiça — no âmbito de alguns destes processos:

- à Espanha, em 23 de Maio de 1993, por falta de comunicação das medidas de transposição;

- ao Reino-Unido, em 30 de Setembro de 1993, a propósito do duplo sistema de licenciamento britânico, tendo como pano de fundo a atribuição ao grupo norte-americano de Ted Turner (CNN) de uma licença de difusão, através do satélite luxemburguês Astra 1C, de dois canais destinados ao público europeu; o regime britânico prevê dois tipos de licenças, uma para nacionais («domestic licence»), implicando o respeito de rígidas regras, incluindo as normas comunitárias, e uma para não-nacionais («non domestic licence»), mais permissiva, que permite contornar a obrigação de respeito pelas quotas de exibição de obras europeias;
- à França, em 4 de Janeiro de 1994, a propósito dos prazos a respeitar entre a exibição de filmes nas salas de cinema e na televisão;
- à Bélgica, em 10 de Janeiro de 1994, a propósito das licenças exigidas aos organismos estrangeiros, bem como de algumas condições financeiras que lhes são impostas: a participação financeira no sistema belga de repartição das receitas publicitárias entre a televisão, a rádio e a imprensa escrita;
- à Itália, em 8 de Fevereiro de 1994, a propósito do projecto de «Regulamento Santaniello», no qual se previa um número de interrupções publicitárias entre os programas superior àquele fixado na Directiva, assim como a obrigação de as autoridades públicas reservarem pelo menos 25% do montante inscrito no Orçamento de Estado para despesas de publicidade para as televisões locais, correspondente a uma discriminação relativa à livre prestação de serviços consagrada no art. 59.º do Tratado.

A 3 de Março de 1994, como preparação para a apresentação do relatório que, por força do n.º 4 do art. 4.º, lhe incumbia apresentar até 3 de Outubro desse mesmo ano⁽¹⁸⁷⁾, a Comissão apresentou os resultados do primeiro «monitoring» da aplicação das

⁽¹⁸⁷⁾ O relatório relativo à avaliação global da aplicação da Directiva foi apresentado conjuntamente com as propostas de revisão da Directiva e com os resultados dos debates respeitantes ao Livro Verde sobre a Política Audiovisual. A celeuma levantada foi

quotas de exibição pelos Estados-membros ⁽¹⁸⁸⁾. Em 1992, das 105 cadeias televisivas registadas, 70 difundiram uma proporção maioritária do seu tempo de antena de obras europeias (66,6%) ⁽¹⁸⁹⁾.

2.5. A força vinculativa da Directiva

A Directiva tem provocado alguma discussão acerca da sua força vinculativa.

O primeiro aspecto que cumpre salientar é a interdição imposta aos Estados-membros, por via da cláusula de *stand still* constante do art. 4.º n.º 2, de introduzirem quaisquer medidas contrárias aos objectivos da Directiva no período compreendido entre a adopção da Directiva — 3 de Outubro de 1989 — e a sua entrada em vigor — 3 de Outubro de 1991, em conformidade com a regra geral das cláusulas de *stand still* consagrada no art. 62.º do Tratado de Roma.

Em segundo lugar, refira-se que das actas do Conselho de Ministros que adoptou a Directiva consta a declaração segundo a qual os arts. 4.º e 5.º vinculariam politicamente os Estados-membros. Alguns deles demonstraram a intenção de interpretar esta declaração *a contrario*, afirmando que aqueles preceitos não os vinculavam juridicamente.

Como é evidente, esta tese não pode colher. A declaração referida só pode ser interpretada como um reforço do controlo polí-

tanta, e as posições expressas pelos Estados-membros foram tão exacerbadas, que ainda não foi possível chegar a qualquer tomada de posição no Conselho. Por as propostas da Comissão se afigurarem, por enquanto, inconsequentes, não as abordaremos aqui, aproveitando para referir que o principal ponto de discussão é a fixação de uma percentagem fixa e obrigatória de exibição de obras europeias.

⁽¹⁸⁸⁾ COM (94) 57 final.

⁽¹⁸⁹⁾ No que respeita a Portugal, a ficha estatística relativa aos anos de 1991-1992, englobando ainda unicamente os dois canais públicos, indica que, em 1991, o Canal 1 exibiu 50% de obras europeias, das quais 6% de produções independentes e o Canal 2 exibiu 62% de obras europeias, das quais 14% de produções independentes. No ano de 1992, o Canal 1 exibiu 52% de obras europeias, 8% das quais produções independentes, e o Canal 2 exibiu 62% de obras europeias, 15% das quais produções independentes. Não deixa de ser significativo que, nos dois anos em análise, não exibiu qualquer «obra recente», isto é, produzida há menos de cinco anos.

tico da aplicação da Directiva, no sentido do art. 4.º n.º 3, e nunca como afectando, seja de que forma for, a força jurídica das obrigações impostas aos Estados-membros.

Finalmente, a questão do efeito vertical da Directiva foi colocada ao Comissário Bangemann ⁽¹⁹⁰⁾. O efeito vertical, isto é, a sua invocabilidade pelos particulares face aos Estados-membros, deve ser considerado como limitado àquelas disposições que sejam claras, precisas e incondicionais, tendo em atenção a possibilidade de discriminações invertidas permitidas pelos arts. 3.º, 8.º e 19.º.

3. As restrições à livre prestação de serviços

A principal questão que se coloca a propósito do capítulo consagrado à livre prestação de serviços (arts. 59.º a 66.º do Tratado) é saber se ele se destina unicamente a abolir as discriminações em razão da nacionalidade ou da residência, praticadas em relação a prestadores de serviços estabelecidos noutros Estados-membros, ou se estes preceitos têm o objectivo mais vasto de eliminar todas as restrições relativamente à livre prestação de serviços, ainda que não discriminatórias, visando a criação de um verdadeiro mercado comum de serviços.

A jurisprudência do Tribunal tem sido orientada no sentido de que o objectivo do art. 59.º é a eliminação de todas as restrições ⁽¹⁹¹⁾, tanto discriminatórias como não discriminatórias. A própria interpretação literal dos arts. 59.º, 60.º e 65.º favorece este entendimento.

3.1. *Requisitos gerais das medidas nacionais restritivas*

Três tipos de restrições afiguram-se como possíveis:

— discriminação em razão da nacionalidade, com favorecimento dos nacionais: é proibida expressamente pelos

⁽¹⁹⁰⁾ V. a sua resposta às questões escritas n.º 2504/90 e 2505/90, de 16 de Janeiro de 1991, JOCE, n.º C 115, 29 de Abril de 1991, pg. 18.

⁽¹⁹¹⁾ Acórdão de 3 de Dezembro de 1974, *Van Binsbergen*, proc. 33/74, Col. 1974, pg. 1299. No mesmo sentido, caso *Debaue*, proc. 52/79, cit., e caso *Säger v. Dennemyer*, proc. C-76170, Col. 1991, pg. 1.

- arts. 7.º e 59.º do Tratado, por exemplo, limites à participação no capital social de organismos de radiodifusão;
- tratamento diferenciado em razão da residência do prestador num Estado-membro diferente daquele onde o serviço é prestado: é interdito pela própria natureza da prestação de serviços, pois esta pressupõe que o serviço seja prestado a partir de um Estado-membro diferente daquele onde é recebido, assim se distinguindo da liberdade de estabelecimento; por exemplo, a exigência de um estabelecimento estável no território do Estado-membro destinatário do serviço, a atribuição de benefícios fiscais ⁽¹⁹²⁾ ou outros a entidades residentes;
 - outras formas de interdição ou perturbação da actividade do prestador de serviço quando este preencha os requisitos impostos pelo Estado-membro da sua nacionalidade ou residência; por exemplo, sujeitá-lo às mesmas condições de admissão ou exercício impostas aos nacionais ou residentes, mais severas do que as existentes no Estado-membro do prestador, tais como regras de publicidade, natureza jurídica dos organismos de radiodifusão ou estrutura accionista, regras anti-concentração — se um cidadão tivesse que sujeitar-se a exigências particulares de um Estado-membro para aí prestar os seus serviços, isso equivaleria a ter que aí se estabelecer, tornando inútil todo o capítulo relativo à livre prestação de serviços.

O Tribunal fez, desde o acórdão Van Binsbergen ⁽¹⁹³⁾, uma reserva importante: dada a natureza particular de certas prestações de serviços, como é o caso da televisão ⁽¹⁹⁴⁾, não são consideradas como incompatíveis com o Tratado certas exigências específicas, ainda que tenham como resultado uma restrição à livre prestação de serviços.

Para avaliar uma medida nacional, no intuito de saber se é ou não restritiva da livre prestação de serviços, não se aplica a regra

⁽¹⁹²⁾ V. o caso *Avantages fiscales à la presse*, proc. 18/84, Col. 1985, pg. 1344.

⁽¹⁹³⁾ Proc. 33/74, cit.

⁽¹⁹⁴⁾ Caso *Debauve*, cit.

de minimis como no capítulo dedicado à livre circulação de mercadorias, ou seja, a exigência de que a restrição afete *consideravelmente* o comércio entre Estados-membros. É suficiente, pois, uma restrição mínima para que uma medida seja considerada como restritiva.

No entanto, para que seja compatível com o Direito Comunitário, uma medida restritiva tem que preencher quatro requisitos:

- respeitar o princípio geral da não-discriminação;
- ser justificada por considerações de interesse geral;
- respeitar o princípio da proporcionalidade;
- ter origem numa disparidade de legislações que, em si, seja prejudicial à livre prestação de serviços.

Exceptuado o requisito relativo à disparidade das legislações, verifica-se aqui um paralelismo com as condições de aplicação do art. 10.º da CEDH.

É usual distinguir o primeiro dos requisitos — não-discriminação — dos restantes, dado que a jurisprudência do Tribunal de Justiça traçou uma distinção no regime aplicável a medidas restritivas, consoante estas sejam discriminatórias ou não. No primeiro caso — medidas distintamente aplicáveis — o Tribunal admite-as restritivamente, sujeitas a condições suplementares, que analisaremos mais adiante. No segundo caso — medidas indistintamente aplicáveis — uma vez respeitado o princípio da não-discriminação, a medida em causa só tem que respeitar os outros três requisitos.

A justificação do «interesse geral» pode assumir uma de duas formas:

- corresponder a uma das causas de justificação elencadas no art. 66.º do Tratado *ex vi* art. 56.º: ordem pública, segurança pública e saúde pública, justificando medidas distintas e indistintamente aplicáveis, ou
- corresponder a uma das «exigências imperativas» desenvolvidas pelo Tribunal a partir da jurisprudência «Cassis de Dijon», que só podem justificar medidas indistintamente aplicáveis.

A intervenção de um Estado-membro sobre um organismo de radiodifusão televisiva pode verificar-se quer no plano da capacidade de gozo do direito à livre prestação de serviços, quer no plano da sua capacidade de exercício. No primeiro caso, o acesso à actividade é limitado, *maxime* interdito. A medida nacional consistirá na imposição de uma autorização para o acesso à actividade ou na obrigação de estabelecimento no território nacional em causa, podendo ainda consistir na criação ou manutenção de um monopólio legal. No segundo caso, a medida poderá corresponder à interdição ou regulamentação de certas prestações no campo audiovisual, como seja a publicidade, à restrição relativa ao conteúdo dos programas ou à imposição de um idioma na emissão.

3.2. Restrições discriminatórias

3.2.1. O art. 66.º

O art. 66.º do Tratado, *ex vi* art. 56.º, prevê três justificações para a introdução de restrições à livre prestação de serviços, podendo tais restrições ser discriminatórias: ordem pública, segurança pública e saúde pública. Aliás, uma medida discriminatória só pode ser justificada à luz do art. 66.º.

As causas de justificação só podem ser invocadas quando exista uma ameaça genuína e suficientemente séria aos interesses fundamentais da sociedade ⁽¹⁹⁵⁾. A medida em causa tem que obedecer a quatro requisitos:

- o seu fim não pode ser económico, embora possa ser atingido por meios económicos ⁽¹⁹⁶⁾;
- dado que o preceito em causa permite uma derrogação a um dos princípios do Tratado, ele deve ser interpretado restritivamente ⁽¹⁹⁷⁾;

⁽¹⁹⁵⁾ Proc. 41/74, *Van Duyn*, Col. 1975, pg. 1337.

⁽¹⁹⁶⁾ Proc. 95/81, *EC Commission v. Italy*, Col. 1982, pg. 2187.

⁽¹⁹⁷⁾ Proc. 36/75, *Rutili*, Col. 1975, pg. 1219.

- correspondendo a uma excepção a um dos princípios fundamentais do Tratado, os efeitos da medida devem ser limitados ao estritamente necessário para salvaguardar os interesses em causa, isto é, tem que satisfazer um teste de proporcionalidade ⁽¹⁹⁸⁾;
- os direitos fundamentais devem ser levados em conta, incluindo a liberdade de expressão, tal como está consagrada na CEDH ⁽¹⁹⁹⁾.

O caso *Bond van Adverteerders* ⁽²⁰⁰⁾ dizia respeito a uma lei holandesa que proibia a transmissão de emissões estrangeiras contendo publicidade destinada especificamente ao público holandês. Nos Países Baixos, toda a publicidade televisiva é controlada por um organismo central (STER), que vende o tempo de antena e distribui as receitas pelos vários canais. O sistema foi estruturado de forma a garantir o pluralismo na televisão e evitar que interesses comerciais atinjam a cultura holandesa.

O Governo holandês alegou que a proibição de publicidade estrangeira era justificada por razões de ordem pública.

O Tribunal considerou que o único propósito da medida em causa era assegurar as receitas provenientes da publicidade para o STER. A motivação económica desqualificava a medida para a justificação de ordem pública. Para além disso, a medida falhava o teste da proporcionalidade. Uma medida razoável seria dar aos transmissores estrangeiros a escolha entre restrições objectivas (proibição de certos produtos ou serviços) ou a condição de não emitirem publicidade a certas horas, condição igualmente imposta aos transmissores nacionais.

No caso *Elliniki Radiophonia* ⁽²⁰¹⁾ o Tribunal também não aceitou a justificação dada pelo Governo grego para a manutenção do monopólio estatal de televisão, que discriminava os transmissores estrangeiros, segundo a qual só existia um número limitado de

⁽¹⁹⁸⁾ Proc. 352/85, *Bond van Adverteerders v. The Netherlands*, Col. 1988, pg. 2085.

⁽¹⁹⁹⁾ Proc. C-260/89, *Elliniki Radiophonia*, Col. 1991, pg. 2925.

⁽²⁰⁰⁾ Cit.

⁽²⁰¹⁾ Cit.

frequências. No caso, o monopólio só utilizava 5 das 49 frequências possíveis.

3.2.2. As «exigências imperativas» como justificação?

No campo da livre circulação de mercadorias, o art. 36.º do Tratado desempenha uma função similar à do art. 66.º, prevendo causas de justificação.

É jurisprudência constante do Tribunal que no campo da livre circulação das mercadorias uma medida discriminatória só pode ser justificada à luz do art. 36.º, não podendo beneficiar da jurisprudência «Cassis de Dijon», que veio criar as chamadas «exigências imperativas» como justificação de medidas restritivas indistintamente aplicáveis, que analisaremos de seguida.

No campo dos serviços pergunta-se se existe algum artigo equivalente ao art. 36.º. O Tribunal tem vindo a utilizar o art. 66.º, mas erroneamente, já que este preceito é dirigido à circulação de estrangeiros, prevendo a possibilidade de expulsão: não tem, pois, a ver com o conteúdo de um serviço. O Tribunal deveria criar uma solução jurisprudencial para os serviços equivalente à jurisprudência *Cassis de Dijon*.

E de facto o Tribunal criou-a. Lógico seria que os princípios de aplicação fossem os mesmos, ou seja, art. 66.º para as medidas discriminatórias e «exigências imperativas» para medidas indistintamente aplicáveis.

Acontece que, em dois acórdãos recentes (*Detritos Valões* ⁽²⁰²⁾ e *Bachmann* ⁽²⁰³⁾), o Tribunal parece ter aceiteado a justificação de medidas discriminatórias com base em «exigências imperativas». No primeiro caso, considerando a medida como não-discriminatória (com fundamento na defesa do ambiente) e a segunda, mais grave, considerando-a aparentemente como discriminatória, mas não claramente, e justificando-a pela necessidade da coerência fiscal do sistema belga. No entanto, estes dois acór-

⁽²⁰²⁾ Acórdão de 9 de Julho de 1992, proc. 2/90, Col. 1992, pg. 4431.

⁽²⁰³⁾ Acórdão de 28 de Janeiro de 1992, proc. C-204/90, Col. 1992, pg. 249.

dãos contêm manifestos erros de facto e de Direito, pelo que é legítimo duvidar se representam verdadeiramente uma inversão de jurisprudência.

3.3. Restrições não-discriminatórias

3.3.1. O art. 66.º: remissão

Como já tivemos oportunidade de referir, o art. 66.º do Tratado aplica-se quer a medidas discriminatórias, quer a medidas não-discriminatórias, pelo que remetemos para o que atrás dissemos.

3.3.2. As «exigências imperativas»

No campo da livre circulação de mercadorias, o Tribunal veio a reconhecer um conjunto de interesses dignos de protecção que, embora não incluídos no art. 36.º, poderiam justificar uma medida nacional restritiva, por representarem um valor superior à livre circulação. Refiram-se, a título de exemplo, a protecção dos consumidores, o combate à concorrência desleal, a protecção das condições de trabalho, a protecção do ambiente, o controlo da inflação e o bom funcionamento dos serviços públicos. Esta construção é usualmente designada por jurisprudência *Cassis de Dijon* ⁽²⁰⁴⁾.

A invocação de uma causa de justificação à luz da jurisprudência *Cassis de Dijon* só poderá ter como objecto uma medida indistintamente aplicável, ou seja, não-discriminatória ⁽²⁰⁵⁾.

Também no capítulo da livre prestação de serviços foram reconhecidos interesses que, embora não previstos expressamente no texto dos Tratados, o Tribunal entendeu serem merecedores de tutela e, conseqüentemente, poderem justificar a adopção de uma

⁽²⁰⁴⁾ Nome do produto em causa no primeiro caso em que esta construção jurisprudencial foi consagrada, proc. 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung*, Col. 1979, pg. 649.

⁽²⁰⁵⁾ Proc. 59/82, *Schutzverband v. Weintriebs*, Col. 1983, pg. 1217; proc. 207/83, *Commission v. United Kingdom*, Col. 1985, pg. 1201; proc. 229/83, *Leclerc*, Col. 1985, pg. 1.

medida nacional restritiva da livre prestação de serviços ⁽²⁰⁶⁾. Destaque-se, entre outros, o respeito pelas regras deontológicas de certas profissões ⁽²⁰⁷⁾, a protecção do Direito de Autor ⁽²⁰⁸⁾ e a protecção económica do consumidor ⁽²⁰⁹⁾.

No campo específico da televisão, têm sido aceites as seguintes justificações: manutenção de regras deontológicas (publicidade a advogados e médicos), protecção de consumidores, conservação da herança artística de um Estado, liberdade de expressão política e cultural.

Assume particular relevância nesta matéria a invocação da necessidade de manutenção de pluralismo nos *media* e a preservação da língua e cultura de um Estado-membro ⁽²¹⁰⁾.

3.3.3. O fenómeno da deslocalização

O fenómeno da «deslocalização» ganha aqui relevância. Consiste no seguinte: um nacional de um Estado-membro, para escapar às restrições existentes nesse Estado (p. ex. regras anti-concentração nos *media*) desloca-se para outro Estado e estabelece-se aí, no intuito de, a partir desse Estado-membro, e invocando o art. 59.º do Tratado, prestar os seus serviços, contornando dessa forma a restrição imposta no seu Estado-membro de origem por razões de exigências imperativas.

O Tribunal, em situações similares, tem recorrido ao conceito de abuso de direito, afirmando que a liberdade garantida pelo art. 59.º não pode ser abusada.

3.4. O princípio da preempção

Em direito constitucional norte-americano fala-se em *pre-emption* quando, num domínio em que o legislador federal e o

⁽²⁰⁶⁾ V. Paul Demaret, *Droit Économique Européen* I, policopiado, Collège d'Europe, 1993, pg. 100 e sgs.

⁽²⁰⁷⁾ Van Binsbergen, cit.

⁽²⁰⁸⁾ Proc. 262/81, *Coditel*, Col. 1982.

⁽²⁰⁹⁾ Proc. 205/84, *Assurance*, Col. 1986.

⁽²¹⁰⁾ Proc. C-353/89, *EC Commission v. The Netherlands*.

legislador estadual possuem competências legislativas concorrentes, a intervenção do legislador federal nesse domínio preclui a competência do legislador estadual.

O Tribunal de Justiça recorre frequentemente ao princípio da preempção. Quando um dos interesses elencados no art. 66.º *ex vi* art. 56.º ou uma das «exigências imperativas» consagradas pela jurisprudência *Cassis de Dijon* passa a estar regulamentado por legislação comunitária, os Estados-membros perdem o direito de os invocar como justificação de uma medida nacional restritiva. Uma tal medida será encarada fatalmente como uma violação da legislação comunitária específica ou do próprio art. 59.º.

No campo da televisão o problema coloca-se com particular acuidade depois da entrada em vigor da Directiva «Televisão sem fronteiras», já que, pelo menos no que respeita às matérias por ela cobertas, os Estados-membros parecem ter perdido o direito de invocar as causas justificativas atrás referidas.

É a este propósito que a Directiva exhibe uma das suas maiores vulnerabilidades e se presta a uma das críticas mais certas que se lhe pode mover.

Como parece óbvio, a aplicação do princípio da preempção só poderá ter cabimento quando a legislação comunitária tenha um carácter exaustivo ou, pelo menos, quando tenha logrado a harmonização completa das legislações nacionais. Se é certo que a Directiva harmoniza de forma razoavelmente completa o capítulo da publicidade e da protecção de menores, poucas dúvidas restam que, no tocante à outras matérias aí afloradas, a harmonização pouco passa de um manifesto de intenções, mesmo no que toca ao direito de resposta.

São frequentes os casos levados perante o Tribunal de Justiça exactamente a propósito deste tema, ou seja, da questão de saber se determinada regulamentação comunitária tem um carácter suficientemente exaustivo para excluir a atribuição dos Estados-membros ⁽²¹¹⁾. Ora, a Directiva, tal como está formulada, afigura-se como um campo fértil para tentativas consecutivas dos Estados-membros no sentido de introduzirem medidas restritivas, baseadas

(211) V. a enorme lista de casos citados por Paul Demaret, *op. cit.*, pg. 148.

nas referidas causas de justificação, sabendo que, para além dos aspectos substanciais, poderão sempre discutir este aspecto processual.

Neste tipo de casos é legítima a dúvida sobre a bondade de uma intervenção comunitária tal como a configurada na Directiva «Televisão sem Fronteiras», quando a regulamentação em causa, por ser vaga e imprecisa, der azo, como dará seguramente no campo da televisão, a um aumento da litigiosidade entre os Estados-membros e a Comunidade.

Conclusões

A primeira dificuldade com que nos debatemos nesta breve análise do regime comunitário do direito de informação na televisão foi o estabelecimento da atribuição e da legitimidade da intervenção da Comunidade Europeia neste domínio.

Verificámos que os órgãos comunitários estabeleceram a sua competência a partir da livre prestação de serviços, equiparando as emissões televisivas a serviços e enquadrando-as no regime dos arts. 59.º e sgs. do Tratado. Esta opção veio a conferir um carácter marcadamente economicista ao direito de informação, marginalizando a sua vertente de direito fundamental.

Analisámos depois a legitimidade da Comunidade para intervir no campo da televisão à luz do princípio da subsidiariedade, tendo concluído que os aspectos directamente ligados à construção do Mercado Interno integram o domínio da sua atribuição exclusiva, isentando futuras intervenções de justificação à luz daquele princípio, precludindo qualquer intervenção futura dos Estados-membros. Concluímos serem os seguintes: causas de suspensão de emissões televisivas provenientes de um Estado-membro, publicidade (com duas excepções), estabelecimento de prazos entre o início de exploração de obras cinematográficas e a sua difusão televisiva, mecanismos de controlo de emissões provenientes de um Estado-membro, política de concorrência e a matéria atinente ao direito de autor.

Em sentido inverso, concluímos que as seguintes áreas continuam a fazer parte do domínio de atribuições concorrentes entre a

Comunidade e os Estados-membros: política cultural, protecção de menores (na sua vertente social), direito de resposta e direito de informação. Futuras intervenções da Comunidade nestas áreas necessitarão de ser justificadas à luz do princípio da subsidiariedade.

Ainda neste capítulo, concluímos pela enorme responsabilidade de que foi incumbido o Tribunal de Justiça, ao ser-lhe atribuída competência para verificar a aplicação do princípio da subsidiariedade, sendo certo que irá, mais cedo ou mais tarde, resvalar para uma apreciação segundo critérios políticos. Concluimos que a via mais segura para o Tribunal será limitar-se, numa primeira fase, a uma jurisdição marginal, verificando unicamente se o legislador incorreu em abuso de poder ou em erro manifesto de apreciação.

No que respeita ao regime dos direitos fundamentais no Tratado da União Europeia, concluímos que este tratado trouxe pouco de novo ao regime geral dos direitos fundamentais, estando a cidadania da União a ser construída à margem dos direitos fundamentais. Concluimos igualmente que a cidadania da União pouco mais representa do que uma generalização do princípio geral da não-discriminação entre cidadãos dos Estados-membros da União, mantendo-se as discriminações face aos cidadãos de Estados que não seja membros, mesmo que residam na União.

O regime geral dos direitos fundamentais no Direito Comunitário foi construído pelo Tribunal de Justiça com base na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, encontrando-se aí o direito de informação enquadrado no âmbito mais vasto da liberdade de expressão.

O Direito Comunitário só tutela directamente o direito de informar, daí decorrendo a tutela indirecta do direito de se informar (acesso às fontes) e do direito de ser informado. Resulta daqui que são titulares do direito de informação os organismos de radiodifusão e não os meros particulares, enquanto cidadãos. Não só o conteúdo, mas também a forma pela qual é transmitida a informação, é protegido.

Saliente-se que, para além disso, só os organismos comunitários beneficiam desta tutela.

No que respeita à qualificação das emissões televisivas enquanto serviços, conclui-se que todas elas, por natureza, corres-

pondem a serviços remunerados, directa ou indirectamente, não sendo obrigatoriamente o destinatário directo do serviço quem o paga. Assim, o enquadramento das emissões televisivas no regime da livre prestação de serviços abrange não só aquelas com carácter publicitário, mas todas elas, sendo indiferente o seu objectivo: económico, social, cultural, político ou outro. Esta conclusão é válida igualmente para organismos públicos de televisão, ainda que onerados com missões de serviço público.

O regime estabelecido pela Directiva «Televisão sem Fronteiras» levanta duas questões. Em primeiro lugar, a sua força vinculativa não pode ser posta em causa pelo facto de a redacção de alguns dos seus preceitos ser ambígua e destituída de carácter imperativo. Apesar disso, a sua adopção nestes termos não pode ser isenta de críticas, pois ao abordar alguns temas, mas não o fazendo de forma imperativa (caso das quotas de exibição de produções europeias), suscita a dúvida sobre se a mera intervenção da Comunidade terá precludido a atribuição dos Estados-membros, podendo, desta forma, aumentar desnecessariamente a litigiosidade entre a Comunidade e os Estados-membros.

Finalmente, no que diz respeito às restrições à livre circulação de informação, concluímos no sentido de que o objectivo comunitário neste campo não é unicamente acabar com as discriminações: é acabar com todas as restrições, ainda que não discriminatórias, no intuito de construir um verdadeiro mercado comum da televisão.

Assim sendo, as medidas nacionais restritivas devem respeitar o princípio da não-discriminação, ser justificadas por razões de interesse geral, respeitar o princípio da proporcionalidade e ter origem numa disparidade prejudicial de legislações. Uma medida discriminatória só poderá ter como fundamento uma razão não-económica.

Como em tantas outras áreas, também no campo da televisão o Direito Comunitário é reflexo da dinâmica do processo de integração europeia. A complexidade do processo político comunitário é de tal ordem que, a maioria das vezes, paradoxalmente, é a via jurídica que se antecipa e se sobrepõe à via política.

Mais ainda se faz sentir este efeito em domínios novos, como é o caso da televisão e das telecomunicações, cujo regime

jurídico só agora começou a ser delineado, suscitando, porventura, mais dúvidas do que esclarecendo-as, cabendo ao intérprete delucidá-las.

É nesse sentido que se justifica o presente estudo.

Bibliografia Essencial

- BARAV. AMI — «Cour Constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal», in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1985
- BIKLÉ — «The silence of the Congress», in *Harvard Law Review* 41 (1927)
- BOULOIS, JEAN — «A propos de la fonction normative de la Cour de Justice. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés», in *Mélanges Waline*, L.G.D.J., 1974, Tomo I
- BRUGMANS e DUCLOS — *Le fédéralisme contemporain: critères, institutions, perspectives* (1963)
- BUFFET-TCHAKALAKOFF, M. — «La réglementation communautaire de la communication audiovisuelle», in *Droit et Pratique du Commerce International*, 1990, n.º 3
- CAREY — «Federalism: historic questions and contemporary meanings—a defence of political processes», in Earle (ed.), *Federalism, Infinite Variety in Theory and Practice* (1968)
- COASE, RONALD — «The problem of social costs», in *Journal of Law and Economics*, 3, Outubro de 1960
- CONSTANTINESCO — Vlad «Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1987
- COPPELL e O'NEILL — «The European Court of Justice: taking rights seriously?», in *Legal Studies* 12 (1992)
- DELORS, JACQUES — «The principle of subsidiarity: contribution to the debate», in *Subsidiarity The Challenge of Change. Proceedings of the Jacques Delors Colloquium* (1991)
- DEMARET, PAUL — *Droit Économique Européen I*, policopiado, Collège d'Europe, 1993
- DUARTE, MARIA LUÍSA — *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra Ed. 1992
- FALLON, MARC — «La radio et la télévision face au juge européen», in *Annales de Droit de Louvain*, 1987
- FREITAS DO AMARAL, DIOGO — *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1988 e 1994
- GOMES CANOTILHO, J. J. — *Direito Constitucional*, 5.ª ed. — 1991, Almedina
- GOMES CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, VITAL — *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Ed., 1993
- HARTLEY, T. C. — *The Foundations of European Community Law*, Clarendon Press, Oxford 1991

- HARTLEY, T. C. — «Constitutional and institutional aspects of the Maastricht Agreement», in *The International Comparative Law Quarterly* 42 (1992)
- ISAAC, GUY — *Droit Communautaire Général*, Masson 1993
- JELLINEK — *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1964
- JONGEN, FRANÇOIS — *La police de l'audiovisuel*, Bruylant, Bruxelles 1994
- LANG — «EC Constitutional Law: the division of powers between the Community and Member States», in *The New International Law Quarterly* (1988)
- LENAERTS, «Constitutionalism and the many faces of federalism», in *The American Journal of Comparative Law* 38 (1990)
- LENAERTS — «Fundamental rights to be included in a Community catalogue», in *European Law Review* 16 (1991)
- LORENZ, CARL OTTO — «Bundesrat stimmt Ratifizierung von Maastricht zu», in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 4/1993
- LORENZ, CARL OTTO — «Der Vertrag von Maastricht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts», in *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 47/1993
- LORENZ, CARL OTTO — «Vertrag von Maastricht — Ende demokratischer Staatlichkeit?», in *New Juristische Wochenschrift*, Heft 31/1993
- MARTINS, MANUEL VICTOR — «Ronald Coase: Na fronteira da Economia e do Direito», in *Sub Judice*, n.º 2, 1992
- MEEHAN — «Citizenship and the European Community», in *Political Quarterly* 64 (1993)
- MENDELSON — «The European Court of Justice and Human Rights», in *Yearbook of European Law*, 1 (1981)
- MIRANDA, JORGE — *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed., 1985
- MIRANDA, JORGE — *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Lisboa, 1986
- NÉRI, S. — «Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole», in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981
- OBRA COLECTIVA — *L'Espace Audiovisuel Européen* — Université de Bruxelles, 1991
- O'KEEFE, DAVID e TWOMEY, PATRICK — (eds.) *Legal Issues of the Maastricht Treaty* (obra colectiva), Chancery Law, 1994.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE — *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa 1985, fotocopiada
- PICHT, ROBERT — *L'identité européenne-analyses et propositions pour le renforcement d'une Europe pluraliste*, TEPSA, Presses Interuniversitaires Européennes, 1994
- PINHEIRO, FARINHA — *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* Anotada, Lisboa
- QUADROS, FAUSTO DE — *O Princípio da Exaustão dos Meios Internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 50, I, Abril de 1990.
- QUADROS, FAUSTO DE — *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995
- RAPOSO, JOÃO — «As condições de admissão das queixas individuais no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in *Estado e Direito*, 1988-2
- SOUSA, MARCELO REBELO DE /OTERO, PAULO — «O regime do transporte e difusão do sinal de televisão», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, 1994

- REUTER, PAUL — «Le recours de la Cour de Justice à des principes généraux de droit», in *Mélanges Rolin*, Pédone, 1964
- ROTH — «The application of Community law in West Germany: 1980-1990», in *Common Market Law Review* 1991
- SIMON, DENYS — *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Pédone, 1981
- SNYDER, FRANCIS — *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, Instituto Universitário Europeu, Florença, 1993
- SOUSA FRANCO, ANTÓNIO DE — *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 1992
- TOTH — «The Individual and European Law», in *The International Comparative Law Quaterly* 24 (1975)
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, Almedina
- VILMARS, J. MERTENS DE — «Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la C.J.C.E.», in *Cahiers de Droit Européen*, 1985
- WACHSMANN, ANNE — «Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour», in *Europe*, Janeiro de 1993
- WEILER, JOSEPH — «Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental rights within the legal order of the European Communities», in *Washington Law Review* 61 (1986)
- WESSELS, WOLFGANG/MONAR, JÖRG/UNGERER, WERNER (eds.) — *The Maastricht Treaty on European Union: Legal Complexity and Political Dynamics* (obra colectiva), Colloge of Europe-Institut für Europäische Politik, 1993, E.I. Press-Brussels.
- WESSELS, WOLFGANG/ENGEL, CHRISTIAN (eds.), *From Luxembourg to Maastricht*, Europa Union Verlag, Bona 1992
- WINN, DAVID. B. — *European Community and International Media Law*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff-Kluwer Publ., 1994