

A Nova Proposta de Directiva “TV Sem Fronteiras” da Comissão Europeia: uma análise crítica das motivações, das justificações e dos resultados

Jorge Pegado Liz ¹, Membro do CESE (Comité Économique et Social Européen, Brussels),
Presidente do Observatorio do Mercado Interno (OMU), Portugal

Abstract

No presente artigo, após uma breve síntese do conteúdo da Proposta da Comissão Europeia para alteração da Directiva “Televisão sem Fronteiras”, o autor apresenta uma análise crítica ao nível das motivações, das justificações e dos resultados previstos. Nessa análise, o autor salienta as lacunas e insuficiências jurídicas da proposta, com destaque para a manutenção de redacção pouco clara e soluções pouco ambiciosas no que respeita à harmonização das legislações nacionais, assim como a introdução de desequilíbrios entre os interesses em causa.

1. Breve Síntese da Proposta da Comissão Europeia

- 1.1. Em Dezembro do ano transacto, a Comissão Europeia apresentou uma Proposta² destinada a alterar a Directiva usualmente conhecida como “*Televisão sem Fronteiras*”³, com o propósito expresso de adaptar ao novo contexto de convergência tecnológica e garantir um melhor funcionamento do mercado único e o reforço da indústria europeia dos conteúdos, inscrevendo-se não só no âmbito da estratégia “i-2010”, cujo objectivo é a criação de uma sociedade de informação europeia⁴, mas igualmente no quadro do acordo interinstitucional “legislar melhor”, adoptado em 2003⁵.
- 1.2. Inicialmente prevista para a totalidade dos serviços audiovisuais, este âmbito ambicioso acabou por ser circunscrito, após a Conferência Audiovisual de Liverpool, organizada pela Comissão, apenas aos chamados “serviços de comunicação audiovisual”⁶ com regimes normativos distintos consoante a natureza “linear” ou “não linear” desses serviços⁷, ficando de fora as imagens transmitidas num

¹ Advogado. Membro do CESE (Bruxelas). Ex-membro da AACS. Presidente do Observatorio do Mercado Interno (OMU)

² Proposta relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (DOC COM (2005) 646 final)

³ Directiva 89/552/CE, in J.O. L 298 de 17.10.89 alterada pela Directiva 97/386/CE, in J.O. L 202 de 30.07.97

⁴ Ver IP/05/643

⁵ Cujos objectivos são, por um lado simplificar, flexibilizar e diminuir o conjunto de obrigações regulamentares de fornecedores de serviços de comunicação audiovisuais na UE, e, por outro lado, promover a auto-regulação e a co-regulação no sector.

⁶ Entendendo-se, como tais o fornecimento de imagens em movimento, com ou sem som, destinadas a informar, formar e entreter o público através das redes de comunicações electrónicas (Cf. Directiva Quadro 2002/21/CE de 7 de Março relativa a um quadro normativo comum das redes e serviços de comunicações electrónicas, in J.O. L 108 de 24/04/2002)

⁷ Segundo a Proposta, serão “lineares” os serviços em que o utilizador se tem de adaptar às condições temporais de difusão dos serviços ou conteúdos estabelecidos pelo fornecedor, seja qual for o canal de difusão (televisão terrestre, por satélite ou cabo; internet; telefone móvel, etc.) e “não lineares” quando o utilizador decide em que momento deseja aceder ao serviço ou conteúdo disponível na oferta do fornecedor. Deverá, no entanto, cotejar-se a proposta de alteração sugerida pela Comissão da Indústria, de Investigação no seu Parecer do Parlamento de que é relator o deputado Gianni de Michaelis (DOC 2005/0260 (COD) de 22.06.2006).

contexto privado, as versões electrónicas da imprensa escrita ou as transmissões de radiodifusão sonora.

- 1.3. De acordo com esta reformulação do seu âmbito de aplicação, a proposta da Comissão introduz o conceito de “comunicação comercial audiovisual” referido a todo o tipo de imagens em movimento, com ou sem som, que acompanham os serviços de comunicação audiovisual, com a intenção de promover, directa ou indirectamente, a aquisição de bens ou serviços.

É neste domínio que se pretende incluir uma das mais significativas alterações ao regime existente.

Com efeito, apesar de se manter a proibição da “publicidade oculta”⁸, introduz-se uma nova definição referente à colocação de produtos ou serviços, o chamado *product placement*, o qual, apesar de se definir de modo muito similar, poderá ser lícito, desde que cumpra uma série de requisitos⁹

- 1.4. No que se refere às pausas para publicidade, a proposta de alteração da directiva reduz consideravelmente as regras para simplificar e flexibilizar, em grande parte, os critérios de aplicação.

Mantém-se praticamente nos mesmos termos o carácter excepcional dos anúncios publicitários e de televidas isolados, excluindo-se agora os programas desportivos. É dada preferência a spots publicitários entre os programas, admitindo-se os spots publicitários intraprogramas desde que a sua inserção não prejudique a integridade desses programas, nem os direitos dos respectivos detentores.

Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as excepções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser interrompida por publicidade e ou televidas, uma vez por cada período de 35 minutos. Mantém-se também a proibição de inserir publicidade durante a difusão de serviços religiosos.

Relativamente ao tempo de transmissão dedicado às diferentes formas publicitárias, mantém-se apenas o critério geral de 20% por hora para anúncios publicitários, televidas e outros formatos curtos promocionais, bem como a excepção relativa ao cálculo de duração para os anúncios da empresa de radiodifusão televisiva aos seus próprios programas e produtos conexos directamente relacionados com esses programas e aos anúncios de patrocínios, que agora se estende também à colocação de produtos.

⁸ Entendida como a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou das actividades de um fabricante de produtos ou de um fornecedor de serviços em programas, quando essa apresentação seja feita de forma intencional pela empresa de radiodifusão televisiva, com fins publicitários, e possa induzir o público em erro quanto à natureza publicitária dessa apresentação geralmente por falta de identificação ou de advertência sobre a mesma.

⁹ Designadamente:

- não pode encorajar directamente a compra ou a contratação de produtos ou serviços, nomeadamente fazendo referências promocionais concretas a esses produtos ou serviços;
- conter informação adequada aos utilizadores sobre a existência de um acordo de colocação de produto, com uma clara identificação da colocação;
- não-inclusão de produtos do tabaco ou de cigarros, e à não colocação de produtos de empresas cuja principal actividade seja o fabrico ou a venda desses produtos;
- proibição de colocação de produtos nas emissões de conteúdos informativos e de actualidade, nos documentários e nos serviços de comunicação audiovisual destinados às crianças.

1.5. Novidades são ainda as obrigações que passam a impender sobre os estados-membro, no sentido de garantirem aos organismos de radiodifusão televisiva radicados em outros estados-membro o acesso aos eventos de grande importância para o público que sejam transmitidos por um organismo de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição, para a realização de reportagens breves de actualidade em que indiquem a fonte das mesmas; o acesso fácil, directo e permanente à informação sobre o número, endereço postal e electrónico dos fornecedores de serviços de comunicação audiovisual sob a sua jurisdição, bem como sobre a autoridade reguladora competente; que os fornecedores de serviços de comunicação sob a sua jurisdição promovam, quando viável e pelos de meios adequados, a produção e acesso a obras europeias e não transmitam obras cinematográficas fora dos períodos acordados com os detentores de direitos.

É ainda a referência expressa a que seja encorajada a instituição de regimes de co-regulação nos domínios coordenados pela directiva, prevendo a sua aplicação efectiva e a sua aceitação pelas principais partes interessadas.

2. O que falta na Proposta e deveria constar

2.1. A motivação da Proposta é correcta e a necessidade de uma actualização da Directiva há muito se fazia sentir e tinha sido denunciada por estados-membro, operadores e utilizadores de televisão, não só no sentido de fazer face às mutações tecnológicas ocorridas e em perspectiva, designadamente a mutação para o digital, e que pudesse contribuir para um maior intercâmbio dos serviços audiovisuais no mercado único europeu e para o aumento da confiança dos utilizadores, mas também para obviar à perda crescente da importância das formas tradicionais do financiamento da indústria televisiva (as licenças e a publicidade)¹⁰, só pecando a sua iniciativa por tardia.¹¹

2.2. É, assim, que foi generalizadamente acolhida como positiva, pelos vários interessados, a intenção da Comissão.

Mas não poucos foram os que ressaltaram toda uma série de aspectos que deveriam ter sido considerados e o não foram ou, quando o tenham sido, não o foram da forma mais correcta e

¹⁰ Como foi destacado no Parecer da Comissão da Indústria do PE já citado antes.

¹¹ Foi, fundamentalmente, com o 4º Relatório sobre a aplicação da Directiva TV sem Fronteiras (DOC COM (2002) 778 final) que a Comissão deu início ao processo de revisão da Directiva, mas, já antes, e por diversas ocasiões, quer os representantes de vários estados-membro, quer associações representativas de operadores de televisão, de produtores de serviços audiovisuais, de publicitários e de marketing e de consumidores e utilizadores de televisão, vinham chamando a atenção para a necessidade de proceder a uma reforma profunda da Directiva, a qual, designadamente, não poderia continuar a ser aplicada na base da Comunicação Interpretativa da Comissão de 2004 (DOC 2004/C J.O. 102 de 28.04.2004), tão grande era a complexidade e dificuldade da interpretação e aplicação de algumas das suas disposições.

Entre essas posições merecem especial destaque as publicamente assumidas, em sentidos diversos, pela EBU-UER, (European Broadcasting Union), pela FIATYR (Iberian Federation of Media Consumers Associations), pela EURALVA (European Alliance of Listeners and Viewers Associations) e pelo Collège d'autorisation et de controle du Conseil supérieur de l'audiovisuel da Bélgica.

adequada, ou tendo em conta as fundadas sugestões e recomendações efectuadas ao longo das consultas preparatórias.

É, com efeito, uma sensação de desilusão geral a que se colhe da análise do texto em apreço.

2.3. Desde logo, não pode deixar de se lamentar que a Comissão não tenha aproveitado a oportunidade que representa a alteração proposta para eliminar certas carências e ambiguidades da directiva vigente, que se revelaram de difícil interpretação e aplicação e, como tal, fonte de incerteza jurídica, tanto na aplicação da directiva, como nas leis que a transpõem para o ordenamento jurídico dos diferentes Estados-membro.

Assim acontece, por exemplo, com a falta de uma definição das formas publicitárias reguladas pela directiva, inclusivamente alguns dos pressupostos de ilicitude contemplados.

Assim, igualmente, quanto à falta de propostas de medidas concretas em relação a aspectos como o pluralismo e a concentração dos meios de comunicação.

Também no que diz respeito ao fomento da produção europeia, era de esperar uma declaração mais decidida perante os estados-membro que não estabelecesse como condição desse fomento “quando seja exequível” os serviços não-lineares, assim como, na medida do possível, a aplicação progressiva aos critérios de produção europeia e independente.

Em relação ao direito de resposta contemplado na proposta de alteração, a Comissão não teve em conta a necessidade de prever, também, com o mesmo alcance geral e nas mesmas condições definidas, um direito de rectificação como reacção contra conteúdos falsos, incorrectos ou inexactos que afectem os direitos das pessoas.¹²

Finalmente, a proposta de alteração é totalmente omissa relativamente a medidas para promover o acesso das pessoas com deficiência à televisão digital e aos seus conteúdos interactivos, aproveitando as possibilidades oferecidas pela convergência no domínio tecnológico.¹³

2.4. Por outro lado, e ainda com carácter geral, não se deve esquecer também que a combinação entre um normativo cada vez mais básico e a consolidação do principio do país de origem, longe de promover a harmonização normativa entre os diferentes Estados-membro, pode originar importantes diferenças legislativas neste âmbito, especialmente em matéria de publicidade e protecção dos menores, dificultando o desenvolvimento do mercado único ou baixando sensivelmente os níveis de protecção dos cidadãos.

Identicamente no tocante ao âmbito de aplicação, embora se tente deixar clara a diferença entre os serviços de comunicação audiovisual, que seriam regulados pela directiva alterada, e o resto

¹² Como defendido pelo signatário no Parecer CESE 134/2005 de 09.02.05, de que foi Relator.

¹³ Cf. o Parecer, em preparação, do CESE sobre a Proposta da Comissão, de que é relator o Conselheiro Hernandez Bataller, e de cujo Grupo de Estudo o signatário faz parte (CESE 486/2006 TEN/243 de 28.06.06) pelo que se não pode estranhar que se siga, aqui, no essencial, a sua orientação

dos serviços audiovisuais, que cabem no quadro geral da regulação das comunicações electrónicas, é previsível que o desenvolvimento de formatos mistos, com a presença cada vez mais indiferenciada de conteúdos textuais, sonoros e de imagem, torne cada vez mais difícil estabelecer os limites do seu âmbito de aplicação.

Finalmente a proposta de alteração da directiva deveria pelo menos manter, e, se possível, ampliar, as garantias de protecção dos utentes dos referidos serviços de comunicação audiovisual, especialmente no caso dos menores. Não se pode esquecer que, além dos objectivos respeitantes ao mercado único audiovisual, a directiva deverá promover uma série de valores de índole social e cultural relacionados com a diversidade, a identidade, o desenvolvimento pessoal dos cidadãos, a dignidade humana, mencionada nos próprios considerandos da proposta de alteração, o direito à informação e à liberdade de expressão, direitos estes contemplados na Carta dos Direitos da União Europeia¹⁴. Além disso, a jurisprudência do TJCE considera a televisão como um serviço de interesse económico geral¹⁵.

3. O que consta na Proposta e consta mal

- 3.1. Alguns domínios específicos tratados na Proposta de alteração, merecem reparo e reflexão mais aprofundada, quer pela introdução de desequilíbrios entre os interesses em causa, cedendo claramente a um dos grupos de pressão em desfavor dos direitos e interesses designadamente dos consumidores/espectadores/utilizadores, quer pela forma, tecnicamente pouco adequada e juridicamente menos cuidada, como se acham concebidos.
- 3.2. O primeiro reparo vai, desde logo, para a definição de comunicação audiovisual comercial proposta pela Comissão, por excessivamente restritiva e reproduzir mecanicamente a definição de serviços de comunicação audiovisual. Se é aceitável que estes se definam como "imagens em movimento, com ou sem som", fazendo da imagem em movimento "conditio sine qua non" da existência de tais serviços de comunicação audiovisual e deixando, assim, fora do âmbito de aplicação, a radiofusão sonora, no entanto, as comunicações audiovisuais comerciais podem utilizar imagens estáticas (por exemplo, um logotipo ou um cartaz publicitário), ou sons isolados e sem imagem (por exemplo, uma menção verbal de marca ou um indicativo sonoro comercial), parecendo preferível, neste sentido, definir a comunicação audiovisual comercial como *"imagens ou sons que acompanham os serviços de"*

¹⁴ J.O. C 34 de 2000

¹⁵ Acórdão de 30 de Abril de 1974, processo C-15/73, Colectânea págs. 203 e segts. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1991, processo T-69/89, Colectânea, pág. II 525. Acórdão do TPI de 18 de Setembro de 2001, processo T-112/99, Colectânea, págs. 2549 e seguintes.

comunicação audiovisual orientados para a promoção, directa ou indirecta, dos bens, serviços ou imagem de uma pessoa singular ou colectiva dedicada a uma actividade económica".

- 3.3. Por outro lado, a proposta de alteração da directiva mantém o critério vigente de considerar publicidade televisiva a que é emitida contra remuneração. Ora julga-se antes que o critério definidor da sua natureza deve ser a intenção de promover produtos e serviços e não a remuneração, em conformidade com outras definições comunitárias como a constante, por exemplo, da directiva sobre publicidade enganosa. Tal evitaria a possibilidade de emissão de mensagens publicitárias de produtos cuja publicidade em televisão está proibida ou de mensagens publicitárias ilícitas, que actualmente podem aparecer no ecrã, enquanto não se demonstre, de maneira fidedigna, a existência de remuneração e, portanto, o seu carácter de publicidade televisiva. E o mesmo se deve dizer da referência ao requisito da remuneração na definição de televendas.

Em todo o caso, a manter-se o critério da proposta, a directiva deveria prever a possibilidade de os estados-membro atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não-retribuição da comunicação audiovisual¹⁶. Em caso contrário, deveria presumir-se o carácter comercial dessa comunicação, invertendo-se o ónus de prova.

- 3.4. A proposta de alteração da directiva mantém praticamente nos mesmos termos a definição vigente de publicidade oculta. Ora tal definição deveria aplicar-se à comunicação audiovisual comercial no seu conjunto e não só à publicidade televisiva, de cada vez que no articulado se proíbe expressamente a comunicação audiovisual comercial oculta.

Aliás, o conceito de comunicação audiovisual comercial oculta deveria ser mais extenso do que o que é formulado na proposta de alteração e incluir:

- a apresentação ou referência dos bens e serviços, não só através de palavras ou imagens, mas também de sons (por exemplo, um indicativo sonoro comercial associado a determinada marca ou produto);
- quanto ao conteúdo dessa apresentação ou referência, não só o nome, marca ou actividades do fabricante de produtos, mas também outros sinais distintivos da oferta, quando estes se lhe associem de forma inequívoca (por exemplo, um determinado tipo de embalagem, ou um slogan, mesmo que não mencione a marca).

¹⁶ Como já consta da Directiva 84/850/CEE

- Da mesma forma, deveria estabelecer-se claramente, no texto da directiva, que a colocação dos produtos não será considerada como uma comunicação audiovisual comercial oculta sempre que respeite os requisitos de licitude definidos na legislação.

Por seu turno a proposta de alteração mantém, na linha do texto em vigor, a proibição de utilizar técnicas subliminares na comunicação audiovisual comercial. Todavia não se inclui no texto qualquer definição das referidas técnicas, a qual deveria constar expressamente fazendo referência ao emprego de estímulos visuais ou sonoros difundidos em intensidades que se situam no limiar de percepção dos sentidos e percebidos abaixo do limiar da consciência.

Acresce que a proposta de alteração prevê que a promoção da oferta na comunicação audiovisual comercial possa ser tanto directa como indirecta. Da mesma forma, em alguns casos, como no dos cigarros e dos outros produtos do tabaco, também é proibida essa comunicação comercial, mesmo quando é indirecta. No entanto, o texto não inclui uma definição desta modalidade de comunicação audiovisual comercial. Julga-se que se deveria desenvolver expressamente este conceito, fazendo referência ao facto de que, mesmo que não haja uma apresentação directa dos produtos ou uma referência directa a estes, se utilizem marcas, símbolos ou outras características distintivas de tais produtos ou empresas cujas actividades principais ou conhecidas incluam a sua produção ou comercialização.

3.5. A nova regulação para a “colocação de produtos” merece uma reflexão mais aprofundada, porque é onde o conflito de interesses é mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários se torna patente. É certo que, no regime vigente, a prática tem conduzido a que, apesar de proibido como publicidade oculta, a tendência geral tem sido no sentido de nem considerar o *product placement* como publicidade televisiva, escapando a qualquer controle, em particular depois da Comunicação Interpretativa da Comissão de 28 de Abril de 2004 o ter considerado consentâneo com a letra da Directiva em vigor.

No entanto, não está demonstrado, nem o estudo de impacto e os elementos estatísticos que acompanham a Proposta o justificam cabalmente¹⁷, que uma maior flexibilização das normas relativas à colocação do produto contribui para o reforço efectivo da concorrência da indústria audiovisual europeia para compensar a previsível perda de receitas provenientes dos espaços publicitários tradicionais, como resultado de novas tecnologias que permitam aos utilizadores evitar os anúncios.

¹⁷ Anexos à Proposta, Docs. SEC (2005) 1625/2 e 1626/2 da Comissão

Certo é que esta prática, agora lícita, apesar das limitações de que é rodeada, mas que vários operadores já se preparam para circundar¹⁸, constitui um entorse fundamental aos princípios que regem a publicidade e representa uma ofensa grave à protecção devida aos consumidores neste domínio.

Compartilhando, porém, da noção realista de que esta poderá ser uma batalha perdida à partida, em face do peso dos *lobbies* que sustentam a tese adversa, apadrinhada pela Comissão¹⁹, defende-se que, pelo menos na definição de colocação de produto, se deveriam destacar, como elementos distintivos desta prática, a intenção promocional por parte do organismo de radiodifusão e a falta de advertência visual ou acústica ao público sobre o carácter promocional durante (isto é, simultaneamente a) tal colocação, face ao que acontece com outros formatos publicitários como as telepromoções.

Por outro lado, deveria igualmente estabelecer-se que a colocação do produto não pode influir de tal modo na programação que afecte a sua independência ou integridade²⁰, como já previsto para outros tipos de formatos promocionais, e precisar as restrições que o afectam, proibindo não só a colocação no caso de publicidade proibida, mas também no caso de publicidade a quaisquer medicamentos e igualmente a todas as bebidas alcoólicas.²¹

Restará sempre esperar que os estados-membro, no uso da faculdade que a Proposta lhes confere, decidam, no seu direito interno e na transposição da Directiva, consagrar regimes mais estritos para a colocação de produtos.

3.6. Outra área a merecer uma atenção especial e particulares reservas é a relativa à defesa da dignidade humana e a protecção de menores e outros públicos sensíveis.

¹⁸ Cf. a este propósito, a posição da EBU/UER, no seu DOC. DAJ 06-126 de 05.04.06, intitulado *Initial EBU Contribution to the First Reading*, seguido de perto pela TVI, num excelente e bem fundamentado contributo produzido para o Grupo de Estudo do CESE, a solicitação do signatário, que aqui expressamente se agradece.

¹⁹ Visão bem esclarecida na posição defendida pela EURALVA, e constante de importante documento apresentado pelo Prof. Vincent Porter, em nome da VLV (*Voice of the Listener and Viewer*) durante o encontro realizado em Lisboa, a 16 e 17 de Janeiro do ano corrente. Neste papel, o Prof. Vincent Porter, que, aliás, participou na audição que o Comité Económico e Social organizou em Bruxelas para debate alargado com os representantes da sociedade civil, no âmbito de elaboração do seu parecer sobre a Proposta da Comissão, defende uma interessante aproximação que passaria por uma redefinição dos dois conceitos fundamentais de "publicidade oculta" e de "colocação de produto" em termos de assegurar uma maior protecção para os telespectadores, os quais se transcrevem, nos seus exactos termos, versão original

(a) *"Surreptitious advertising means the representation in words or images of goods, services, the name, the trade mark or the activities of a producer of goods or a provider of services in programmes, either when such representation is intended by the broadcaster to serve advertising, or when it might mislead the public as to its nature. Such representation is considered to be intentional in particular if it is done in return for payment or similar consideration"*

(b) *"product placement" means any form of audiovisual commercial communication, of which the public has not been given prior notice within the relevant programme or service, consisting of the inclusion of or reference to a product a service or the trade mark thereof so that it is featured within audiovisual media services, normally in return for payment or similar consideration"*.

²⁰ De acordo com o critério de "proeminência indevida", que haveria de ser definida na Proposta, em termos precisos e estritos.

²¹ Na Proposta, a comunicação audiovisual comercial relativa a bebidas alcoólicas fica limitada quanto ao seu alvo (não se deve dirigir aos jovens) e quanto ao seu anúncio, não encorajando o consumo imoderado dessas bebidas. Julga-se, no entanto, que os graves problemas associados ao consumo de álcool, especialmente entre os jovens, aconselhariam uma regulamentação mais estrita por parte da Comissão. Esta regulamentação poderia estabelecer-se em função:

- dos programas e ou conteúdos (por exemplo, não só no caso dos que são dirigidos especialmente aos jovens, mas também nos desportivos);
- dos horários de difusão no caso de serviços lineares (por exemplo, não-emissão de comunicações audiovisuais comerciais relacionadas com estes produtos antes das 10 horas da noite);
- da graduação alcoólica dos produtos (por exemplo, proibição de comunicações audiovisuais comerciais de bebidas alcoólicas de 18 graus ou mais);
- da concentração de anúncios em banda no caso da publicidade televisiva (por exemplo, não mais de um por spot publicitário -anunciante-programa);
- da forma publicitária e promocional adoptada (por exemplo, proibição de colocação de produto e de patrocínio por parte dos fabricantes de bebidas alcoólicas ou pelo menos a sua limitação horária como indicado supra).

Na lista constante da alínea c) do artigo 3º G relativa aos valores a respeitar pela comunicação audiovisual comercial são retomados os critérios em vigor para a publicidade e as tele vendas, mas, surpreendentemente, é suprimida a referência à dignidade humana, que, no entanto aparece referida nos Considerandos 10 e 30.

Não só o respeito pela *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* e pela *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* impõe a sua referência, como a sua supressão representa um inadmissível retrocesso em relação aos vários instrumentos e documentos da União Europeia na área do audiovisual²², e mesmo da actual Directiva (artigo 12º alínea a)).

Idênticamente a Proposta de alteração da directiva mantém a obrigação de os estados-membro garantirem que os serviços de comunicação audiovisual sob a sua jurisdição não sejam utilizados de um modo susceptível de afectar seriamente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores. Apresenta também as medidas que devem ser tomadas relativamente aos conteúdos que possam afectar (já não "seriamente") esse desenvolvimento, e reitera a proibição total da pornografia e da violência gratuita.

Não se entende a razão desta "diminuição" de protecção dos menores, a não ser pela total demissão da Comissão em face da avaliação do cumprimento da Directiva desde 1989, a pôr mesmo em causa a real eficácia de um dispositivo que, aparentemente, os estados-membro não encaram com seriedade, nem se consideram habilitados/motivados a fazer cumprir.

- 3.7. Por manifesta deficiência técnica na elaboração do articulado a proposta de alteração apresenta algumas diferenças totalmente injustificadas quando se trata de estabelecer restrições para os serviços de comunicação audiovisual e para as comunicações audiovisuais comerciais a elas associadas. Assim, fala-se, em relação aos serviços de comunicação, de "*incitamento ao ódio com base no sexo, na raça ou origem étnica, na religião ou credo, na incapacidade, idade ou orientação sexual*" e, em relação às comunicações audiovisuais comerciais, de "*discriminação em virtude da raça, sexo ou nacionalidade*". Desaparece a referência à dignidade humana. Menciona-se, falando de serviços de comunicação audiovisuais, de "afectar seriamente o desenvolvimento físico, mental ou moral", quando, no caso das comunicações audiovisuais comerciais, a menção se limita a que "*não devem prejudicar moral ou fisicamente os menores*". Também não se inclui, em relação a estas comunicações, a proibição de incitar a ou fomentar condutas violentas e anti-sociais, bem como os maus tratos a animais, restrições que deveriam estender-se, na sua máxima expressão, tanto aos serviços de comunicação audiovisual como às comunicações audiovisuais comerciais.

²² Cf. p. ex. a Proposta emendada da Comunicação ao PE e ao Conselho, relativa à protecção de menores e da dignidade humana (COM (2006) 31 final, de 20.01.06).

Por outro lado, o texto aparece carregado de conceitos indefinidos ou cuja definição não é atribuída a ninguém como, por exemplo, as noções de "*equipamento grande público standard*" (considerando 21 e nº6 novo do artigo 24º), "*integridade dos programas*" para os efeitos de interrupção publicitária (considerando 42); "*abuso ou comportamento fraudulento*" (nº7 novo artigo 2º); "*prejudicar seriamente*" (artigo 3º-V); "*técnicas subliminares*" (artigo 3º VIII); "*impacto significativo*" (artigo 20º novo); tudo a revelar grande ligeireza e falta de cuidado na sua redacção e técnica jurídica particularmente deficiente.

Ainda a este nível parece de toda a conveniência e utilidade que os utilizadores dos meios de comunicação, tal como os consumidores, vissem reflectidas na directiva as vias de reclamação já existentes no direito comunitário, tais como a possibilidade de interpor acções de cessação por infracção a uma norma, de acordo com a Directiva 98/27/CE, a qual não aparece mencionada nem sequer nos considerandos da proposta de alteração, ao passo que outra legislação complementar, como a Directiva 2005/29/CE sobre práticas comerciais desleais, dela consta.

3.8. Duas questões de relevo deixam-se intencionalmente para o fim.

A primeira é a que se refere ao preceito inovador, mas deficiente e timidamente formulado, no que se refere a independência das autoridades reguladoras nacionais e às garantias da sua imparcialidade e transparência (artigo 23º-B).

Acontece, desde logo, que nem todos os países membros da UE possuem entidades reguladoras nacionais da comunicação social; por outro lado, a Directiva também não impõe a sua existência, quando talvez o devesse fazer.

Mas onde a Proposta falha totalmente é na medida em que não define quais os critérios e a forma de os fazer respeitar, para que as referidas autoridades possam ser consideradas, na sua constituição e no seu funcionamento, como independentes, imparciais e transparentes.

E esta falha é tanto mais surpreendente quanto é certo que a Comissão tinha, à sua disposição, o modelo do Conselho da Europa, para definir, com precisão e rigor, os critérios que garantiriam a efectiva independência, isenção, imparcialidade e transparência na designação, no funcionamento, na actividade, na responsabilidade e nas garantias de permanência e de continuidade dos mandatos das mencionadas autoridades²³.

Apenas caberia à Comissão definir a forma de assegurar que os estados-membro cumprissem com os mencionados critérios, prevendo os mecanismos de denúncia e de sancionamento se tal não sucedesse.

²³ Cf. Recomendação REC (2000) 23 de 20.12.2000 do Comité de Ministros do Conselho da Europa

3.9. A última questão a que se não pode fugir, porque ela é estruturante do novo regime, é a opção da Proposta pelo princípio do país de origem.

Na forma como aparece justificada nos considerandos 10 e 24 da Proposta, a proibição de os estados-membros derogarem, *"no que respeita à protecção dos menores e ao combate ao incitamento ao ódio com base na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade e à violação da dignidade humana no respeitante às pessoas individualmente ou à protecção dos consumidores"*, tem dois efeitos perversos:

- de um lado faz com que, em cada estado-membro, coexistam 25 regimes diferentes naqueles domínios, gerando incerteza de regime e contrariando o objectivo da desejável harmonização;
- de outro lado, impede uma protecção mais estrita dos públicos sensíveis de acordo com os valores e os princípios culturais próprios de cada país.

É sabido que um grupo de países, alegadamente 13, de que Portugal faz parte, se tem oposto à consagração, nos termos previstos, do princípio do país de origem.

É questão de extrema importância, de cuja resolução depende a viabilidade da Proposta da Comissão, e sem a qual o conjunto das iniciativas e das intenções pode estar votado a um lamentável insucesso.