

Na sequência da consulta pública colocada em discussão pelo Instituto do Cinema e do Audiovisual, referente à Proposta de Lei sobre o cinema e o audiovisual, a OPTIMUS – COMUNICAÇÕES, S.A. vem apresentar os seus comentários.

Sumário Executivo:

- As taxas previstas na Proposta de Lei são discriminatórias face a outras entidades contribuintes e a outros sectores económicos.
- As referidas taxas são inconstitucionais e ilegais, porque não havendo qualquer contrapartida pelo seu pagamento, são verdadeiros impostos que não preenchem os requisitos previstos na Constituição da República Portuguesa e na Lei Geral Tributária.
- As taxas violam igualmente o Direito Comunitário, na medida em que o seu elevado montante constitui um obstáculo à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercado Interno e violam a Directiva que proíbe a imposição de encargos sobre a facturação dos operadores de comunicações, que não os essenciais para cobrir os custos regulatórios.
- A Proposta de Lei carece de regulamentação fundamental à execução da lei, tal como a forma de liquidação, cobrança e fiscalização dos montantes a arrecadar e a forma de participação do Estado no fundo de capital de risco destinado ao financiamento do cinema.
- A utilização de definições legais pouco claras e não harmonizadas com outros diplomas, tal como o conceito de Distribuidor que abarca a definição de operador de serviços de televisão, cria incertezas e dificuldades na aplicação da lei.
- A Proposta de Lei não é clara quanto ao objecto e à forma de cálculo das contribuições dos operadores de serviços de televisão, permitindo diversas interpretações e formas de cálculo.
- As taxas a aplicar à actividade da OPTIMUS constituem para esta um encargo excessivo e desproporcional, correspondendo a um valor superior a 5% da sua receita, com a prestação de serviços de televisão e de serviços audiovisuais a pedido, comprometendo, assim, a sua capacidade de investimento nesta área de negócio.

1 - Introdução

A iniciativa legislativa em análise propõe-se taxar a actividade dos operadores de serviços de televisão por subscrição e de serviços audiovisuais a pedido, através de uma taxa anual de €5 por cada subscrição dos serviços de televisão e de uma taxa anual de €1 por cada subscritor de serviços audiovisuais a pedido (VoD), destinadas a financiar o cinema e o audiovisual português.

A implementação do aumento das taxas de contribuição não é, de facto, a forma mais eficaz de compensar a diminuição drástica da receita do ICA – Instituto do Cinema e Audiovisual.

Devendo-se essa diminuição de receita, quase na sua totalidade, à diminuição da verba arrecadada com a taxa de exibição, é através do estímulo ao consumo de cinema português e não pelo aumento do financiamento da sua produção, que se desenvolve e promove o cinema português, sob pena de se aumentar exponencialmente a oferta, sem haver qualquer procura.

Esta Proposta de Lei estabelece precisamente o contrário: aumenta significativamente as fontes e os montantes dos financiamentos à produção, sem primeiro criar e estimular a procura do público pelo cinema português, com a agravante de penalizar em especial precisamente o sector – o dos operadores de serviços de televisão por subscrição –, que não só já suporta elevados encargos a vários níveis, como constitui um veículo fundamental de distribuição das obras audiovisuais portuguesas.

Os termos da Proposta de Lei objecto de consulta pública levantam inúmeros problemas de diversa índole, que a seguir se enunciarão e que constituem uma fonte de grande preocupação, em particular, para um operador de serviços de televisão por subscrição de menor dimensão, como a OPTIMUS.

2. As taxas são discriminatórias e constituem um encargo excessivo e desproporcional para a OPTIMUS

Aplicando esta Proposta de Lei uma taxa sobre a actividade da OPTIMUS com os seus serviços de distribuição de programas de televisão, é legítimo perguntar por que razão são os operadores discriminados face a outros sectores da economia?

Se a OPTIMUS compra as obras e os filmes e, além desse custo, ainda paga aos autores e artistas, por via das sociedades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos, não se compreende por razão tem a OPTIMUS de suportar ainda o financiamento da sua produção, penalizando precisamente quem entrega os conteúdos audiovisuais aos consumidores dos mesmos.

Note-se que não existe sequer qualquer contrapartida para a OPTIMUS pelo pagamento das referidas taxas, pelo que a opção por tributar os operadores dos serviços de televisão é absolutamente arbitrária e discricionária.

Por outro lado, no exercício da sua actividade, a par das pesadas taxas de utilização de espectro, taxa de utilização de numeração e taxas de regulação e supervisão à ANACOM e à ERC e das taxas municipais de passagem, a OPTIMUS financia já o cinema e o audiovisual português, através da compra de filmes portugueses para o seu serviço de VoD, através do pagamento de elevados *fees* pelos direitos de retransmissão aos canais de televisão, em particular aos canais portugueses RTP, SIC e TVI, e ainda às sociedades de gestão colectiva de direitos de autor e direitos conexos.

E esta Proposta de Lei representa para a OPTIMUS o pagamento de mais de 5% da sua receita com os serviços de televisão e VoD. Este valor, cinco vezes superior ao previsto no Projecto de Lei promovido pelo anterior Governo, é demasiado oneroso para a OPTIMUS e compromete necessariamente o investimento nesta área de negócio, não se compreendendo o porquê da imposição de valores tão elevados.

Aliás, os valores das taxas são de tal forma elevados que poderão originar fortes distorções no mercado, dado que os operadores de maior dimensão, mais facilmente conseguirão internalizar esses custos, adquirindo por essa via uma significativa vantagem concorrencial face aos demais operadores, que poderão ver-se obrigados a repercutir esses custos no preço final ao consumidor.

Além disso, a presente Proposta de Lei carece de qualquer estudo ou análise de formas alternativas e mais justas de financiar o cinema português.

Por exemplo, à semelhança do que já sucede com a Autoridade da Concorrência, através da afectação de parte das taxas que os operadores já pagam à ANACOM ao financiamento da produção cinematográfica e audiovisual nacional.

Ou através da cobrança de uma taxa, por substituição tributária, conjuntamente com o preço pelo fornecimento cobrado pela empresas distribuidoras de energia.

Ou através das receitas de exploração de jogos de fortuna ou azar, à semelhança do que foi recentemente aprovado na Lituânia, para financiar o cinema deste país.

Ou como na Áustria, em que numa recente alteração do regime de financiamento do cinema nacional, os montantes pagos pelo principal financiador têm como contrapartida a atribuição de direitos de retransmissão dos canais *free to air* por um período de 7 anos, canais que em Portugal representam, aliás, um custo muito elevado para os operadores.

E em que medida foi considerado o recurso aos fundos disponibilizados através do programa da União Europeia “Creative Europe”, que visa financiar o cinema europeu, através de um programa de financiamento de até 1.8 mil milhões de euros até 2020?

Em resumo, as taxas que a Proposta de Lei visa aplicar à actividade dos operadores de serviços de televisão por subscrição e de serviços audiovisuais a pedido:

- i) São discriminatórias face a outros sectores da economia, quando se visa afinal promover e financiar a cultura e o cinema nacional;
- ii) Constituem um encargo extremamente oneroso e desproporcional para a OPTIMUS, sem ter havido qualquer análise prévia do impacto negativo que terão na actividade de operadores de menor dimensão como a OPTIMUS e no próprio mercado;
- iii) Foram estabelecidas sem equacionar nem estudar formas de financiamento alternativo ao modelo proposto.

3. As taxas são inconstitucionais e ilegais e violam o Direito Comunitário

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei Geral Tributária “*os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património*” e estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que “*as taxas assentam na prestação concreta de um serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares.*”

Ora, como se referiu anteriormente, as taxas previstas nesta Proposta de Lei não atribuem qualquer contrapartida ou benefício à OPTIMUS pelo seu pagamento, não são devidas pela utilização de um bem do domínio publico, nem se destinam a remover um obstáculo jurídico.

Ou seja: não são taxas, mas verdadeiros impostos!

A criação de impostos obedece a determinados princípios constitucionais e requisitos legais que não se verificam no presente caso, pelo que o imposto ora previsto é inconstitucional e ilegal.

Em primeiro lugar, por violação do princípio da legalidade fiscal – artigo 103.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa – que determina que os impostos só podem ser criados por lei, a qual determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos

contribuintes. Do mesmo modo, viola o disposto no art.º 8º da Lei Geral Tributária, o qual estabelece que a liquidação e cobrança está sujeita ao mesmo princípio, e que a presente proposta relega para diploma próprio (o que não dá sequer oportunidade de conhecer e discutir o seu âmbito na presente consulta pública).

Em segundo lugar, a aplicação de valores absolutos sobre o número de subscritores viola o disposto artigo 104.º n.º 2 da CRP, o qual estabelece que *“a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”* e o disposto no n.º 1 do artigo 4º da LGT, o qual determina que *“os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património”*, o que está longe de ser o caso, conforme se referiu.

Estes impostos, encapotados sob a forma de taxas, violam ainda o Direito Comunitário em três vertentes.

O primeiro por estabelecer encargos excessivos e extremamente onerosos que constituem verdadeiros obstáculos à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercado Interno, em violação dos artigos 49º e 56º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O segundo por estabelecer impostos que recaem sobre a facturação bruta dos operadores de comunicações electrónicas. Os serviços de televisão por subscrição são considerados pelo legislador português para efeitos da cobrança de taxas regulatórias, pelo que nos termos do artigo 12.º da Directiva 2002/20/CE, sobre os mesmos não podem recair outros encargos que não os necessários para cobrir os custos regulatórios. Aliás, a imposição de encargos semelhantes sobre os operadores de comunicações motivou já no passado a abertura de procedimentos de infracção contra a França, Espanha e Hungria, por violação desta Directiva.

O terceiro porque, pelo menos nos operadores de menor dimensão como a OPTIMUS, que poderão ver-se obrigados a repercutir estes custos no preço a cobrar aos clientes finais, esse imposto será análogo ao Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), o que viola artigo 33.º da Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, que precisamente proíbe a introdução de um imposto com características análogas às do IVA.

4 – Falta de regulamentação fundamental à execução da lei e utilização de conceitos legais pouco claros

Um dos aspectos que levanta igualmente inúmeras dúvidas prende-se com a falta de regulamentação de aspectos essenciais à execução da Lei, como, por exemplo, a forma de liquidação, cobrança e fiscalização dos montantes a arrecadar e a forma de participação do Estado no fundo de capital de risco, destinado ao financiamento e fomento do sector cinematográfico e audiovisual, aspectos cuja omissão, não só tornam a presente consulta pública deficiente, como impossibilitam um real conhecimento do verdadeiro alcance da aplicação prática da Proposta de Lei.

Por outro lado, a Proposta em análise não é clara, por exemplo, no que diz respeito ao objecto, sobre o qual incidem as contribuições dos operadores de serviços de televisão por subscrição.

Ao fazer incidir uma taxa de cinco euros sobre cada subscrição do serviço de televisão, refere-se a subscritores que adiram aos serviços da OPTIMUS após a entrada em vigor da Lei? Ou sobre o número de subscritores no final de cada ano civil? Ou sobre o número médio anual de subscritores?

Além disso, não se percebe de que forma é calculada a taxa sobre os serviços audiovisuais a pedido, dado que a OPTIMUS não disponibiliza o acesso ao seu serviço de *video on demand* através de subscrições individuais.

A Proposta de Lei apresenta, também, definições legais que não são compatíveis com as definições já harmonizadas em vários diplomas, que regulam o audiovisual e as comunicações electrónicas, introduzindo, por isso, incertezas e incoerências onde devia imperar a harmonia e compatibilidade de conceitos.

Exemplo dessa incoerência é a definição do conceito de “Distribuidor”, que a Proposta de Lei define como sendo a pessoa singular ou colectiva (...) *que tem por actividade a distribuição de obras cinematográficas e audiovisuais*, tendo sido eliminada a referência a actividade “principal” presente na actual lei em vigor (art.º 2.º alínea c) do Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro).

O que leva a que no conceito de “Distribuidor” possa caber também o conceito de “Operador de serviços audiovisuais a pedido”, dado que este, nos termos conjugados desta definição e da que define o que são *serviços audiovisuais a pedido*, também se dedica à disponibilização de obras cinematográfica e audiovisuais.

É pois fundamental que os conceitos sejam harmonizados e, em particular, que o conceito de “Distribuidor” seja tornado mais claro de forma a excluir o “Operador de serviços audiovisuais a pedido”, dado que só àqueles faz sentido aplicar as regras que a Proposta de Lei prevê para a distribuição de obras cinematográficas em salas de cinema.

5 - Artigo 26.º - Norma Revogatória

O Artigo 26.º vem revogar a Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto (Lei da Arte Cinematográfica e do Audiovisual) e o DL n.º 227/2006, de 15 de Novembro, que cria e regulamenta o Fundo de Investimento no Cinema e Audiovisual (“FICA”).

No entanto, a norma revogatória exceptua, mantendo em vigor, os artigos dos referidos diplomas que precisamente estabelecem os actuais encargos de financiamento do cinema e do audiovisual português.

Ou seja, a Proposta de Lei mantém em vigor a actual obrigação de contribuição ou, em alternativa, as obrigações de investimento que recaem sobre os operadores, pelo menos até integral liquidação do Fundo de Investimento para o Cinema e Audiovisual, cuja data se desconhece.

Pelo que, além das contribuições anuais de € 5 e € 1 sobre as subscrições dos serviços de televisão e *video on demand*, mantém-se em vigor “a contribuição equivalente a 5% das receitas relativas à prestação de serviços dos operadores e distribuidores de televisão com serviços de acesso condicionado” (art. 23.º, n.º 2 da Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto) e a obrigação de investimento por via de“(…) *contratos de investimento plurianuais celebrados entre o Ministério da Cultura e os operadores e distribuidores de televisão...*” (art. 23.º, n.º 3 da Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto).

O modelo de financiamento que a presente Proposta de Lei pretende estabelecer, já de si inconstitucional e ilegal, oneroso e desproporcional, não vem substituir o modelo em vigor: vem acrescer ao actual, agravando de forma exponencial as actuais obrigações, o que é inaceitável.

6 – Conclusão

Pelo exposto, a OPTIMUS não pode concordar com os termos da presente Proposta de Lei, a qual, além das diversas questões que se levantam sobre a sua legalidade, originam encargos muito gravosos, em particular para a OPTIMUS, que comprometem o investimento na sua actividade, não deixando tal facto de se repercutir também na distribuição de obras cinematográficas e audiovisuais portuguesas.

Senhora da Hora, 27 de Abril de 2012