

COMENTÁRIOS DA VODAFONE PORTUGAL - COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A
À PROPOSTA DE LEI PARA O CINEMA E O AUDIOVISUAL
NO ÂMBITO DA CONSULTA PÚBLICA PROMOVIDA
PELA SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA

A. Introdução:

O presente documento visa sintetizar os contributos da Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. relativos ao projecto de Proposta de Lei para o Cinema e para o Audiovisual (doravante designada apenas por “Proposta”) submetido a consulta pública pelo Governo, através do Instituto do Cinema e do Audiovisual (ICA), no passado dia 1 de Fevereiro de 2012.

B. Considerações gerais:

A Proposta agora submetida a discussão pública suscita sérias reservas, designadamente quanto aos princípios preconizados para enquadrar a prossecução de políticas de apoio ao sector do cinema e do audiovisual, em particular quanto aos termos de financiamento propostos.

Na perspectiva da Vodafone, a intenção de alargamento do elenco de fontes de receitas e de aumento de incentivos, não são suficientes para justificar as linhas de orientação propostas em relação ao modelo de financiamento que se pretende consagrar, cujos princípios norteadores se afiguram infundados não só do ponto de vista político, mas também do ponto de vista económico.

Por um lado, não se vislumbra razão aparente para que os operadores comunicações electrónicas contribuam de forma específica para um sector em relação ao qual o seu envolvimento ou participação são praticamente nulos. Por outro lado, tais moldes de financiamento afiguram-se igualmente injustos e nefastos para o bom funcionamento do sector nacional das comunicações, incluindo para os seus consumidores, pois é susceptível de introduzir distorções desnecessárias no funcionamento do respectivo mercado e de pôr em causa a constante inovação que sempre tem caracterizado este sector. Acresce, ainda, que a legalidade de alguns dos mecanismos consagrados na Proposta em apreço é, no mínimo, questionável.

Importa salientar que a Vodafone, enquanto operador de comunicações electrónicas de relevo no mercado nacional, tem contribuído significativamente para o desenvolvimento tecnológico do país e para a economia nacional, quer através do cumprimento rigoroso das diversas obrigações legais que sobre si recaem, quer mediante a realização de investimentos avultados em infra-estruturas e redes de comunicações, bem como na implementação das mais recentes tecnologias, entre as quais se inclui a recente disponibilização ao público da tecnologia LTE (Long Term Evolution), geralmente conhecida por 4ª Geração móvel.

No que se refere especificamente à distribuição de conteúdos audiovisuais e cinematográficos, a actividade desenvolvida pela Vodafone no mercado nacional tem igualmente contribuído para o aparecimento de novas plataformas de distribuição dos mesmos, bem como de serviços inovadores cuja receptividade por parte do público tem vindo a consolidar-se, originando, assim, novos hábitos de consumo de tais conteúdos.

Ainda no domínio do audiovisual importa destacar que, por um lado, a Vodafone cumpre escrupulosamente o pagamento da taxa de regulação e supervisão determinada pela entidade reguladora daquele sector (ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social), e, por outro, assegura também o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias inerentes aos direitos de autor e direitos conexos, as quais visam assegurar a remuneração adequada dos autores pelas respectivas obras. Neste contexto, é, no mínimo, estranho, que se invoque a necessidade de financiamento da produção de obras cinematográficas e audiovisuais como fundamento para a proposta em análise, em particular o alargamento das fontes de receita. Com efeito, tais necessidades já são acauteladas pelos operadores de comunicações electrónicas não só através do pagamento das taxas de regulação aplicáveis ao sector do audiovisual, mas também através da obtenção do licenciamento adequado para a distribuição dos conteúdos nas diversas plataformas disponibilizadas ao público e cujo escopo último é, reitera-se, a remuneração adequada dos direitos de autor e direitos conexos. Assim sendo, afigura-se que as opções normativas consagradas na Proposta são susceptíveis de introduzir distorções desnecessárias e irrazoáveis no mercado nacional das comunicações, as quais prejudicarão o seu regular funcionamento e produzirão um impacto inevitável não só na actividade desenvolvida pelos operadores de comunicações electrónicas, mas sobretudo nos consumidores dos respectivos serviços.

C. Comentários específicos:

1. A ausência de regulamentação

Existe um conjunto de disposições na Proposta em discussão pública que remetem para regulamentação em diploma próprio, designadamente os artigos 5.º, 8.º, 12.º, 16.º, 19.º, 20.º. Tais preceitos referem-se a diversos aspectos fundamentais da política de apoio ao cinema e ao audiovisual, pelo que a ausência da sua regulamentação, dificulta, senão mesmo impede, que possa ser feita uma análise global e rigorosa da política preconizada, neste momento.

Esses constrangimentos assumem particular acuidade no que toca ao sistema de financiamento.

Com efeito, embora a Proposta estabeleça obrigações expressas de financiamento, nomeadamente no artigo 11.º, a verdade é que a forma como tais obrigações deverão ser concretizadas é remetida para diploma autónomo. Ora, tratando-se o financiamento de um elemento fulcral que, segundo as declarações públicas mais recentes, norteou a alteração legislativa proposta, é essencial conhecer os termos exactos em que deverá ser operada a política de financiamento que subjaz à proposta de lei em apreço, ou seja, os termos exactos em que tais obrigações se deverão materializar e executar.

Por outro lado, e ao contrário do que acontece relativamente aos termos em que tais obrigações se deverão concretizar, cujo conhecimento é essencial para os potenciais obrigados, constata-se que os montantes específicos relativos a cada obrigação se encontram expressamente fixados no presente projecto de diploma. Ora, é, no mínimo, estranho que a Proposta seja suficientemente detalhada para fixar os montantes, mas não suficientemente desenvolvida para definir os termos em que se deve concretizar o respectivo pagamento.

2. Definições:

a) Necessidade de harmonização da terminologia com os conceitos já existentes no ordenamento jurídico nacional e comunitário:

É do conhecimento público que o sector das comunicações electrónicas se caracteriza por uma evolução constante e por uma incessante inovação, factores que contribuem inquestionavelmente para o desenvolvimento económico do País e, em particular, para o fomento da sociedade de informação.

Reconhecendo-se que o ritmo evolutivo do sector das comunicações electrónicas não coincide com aquele que caracteriza o processo legislativo, a verdade é que tais características do sector não devem ser prejudicadas por um eventual desajustamento e desarmonia da legislação que lhe seja aplicável, pelo que é imperioso que o legislador adopte uma perspectiva actualista, harmonizada e evolutiva no plano das tecnologias e dos conceitos por forma a reflectir na legislação produzida a adequação dos conceitos à realidade que visa regular.

É, pois, importante que a Proposta em apreço utilize uma terminologia coerente e harmonizada com outros diplomas legais e comunitários igualmente aplicáveis ao sector das comunicações electrónicas e do audiovisual, a fim de assegurar segurança e certeza jurídica. Estas são características fundamentais de qualquer ordenamento jurídico para não prejudicar o almejado desenvolvimento económico, tecnológico e social.

Constata-se, no entanto, que alguma das definições utilizadas na Proposta são diferentes daquelas utilizadas noutros diplomas legais para definir ou caracterizar a mesma realidade, designadamente:

b) Art. 2.º, alínea n) (“Operador de distribuição”):

Esta definição não é consistente com aquela que resulta do art. 2.º, n.º 1 l) da Lei da Televisão (Lei n.º 8/2011, de 11 de Abril), não se vislumbrando razão aparente para a exclusão da referência a “redes de comunicações electrónicas”. Além disso, também não se vislumbra o que diferencia esta definição daquela que resulta da alínea p) do mesmo artigo 2.º (Operador de serviços de televisão por subscrição).

c) Artigo 2.º, alínea p) (“Operador de serviços de televisão por subscrição”):

Da análise da Proposta não foi possível verificar qual o racional subjacente à criação de uma nova figura, qual seja a de “operador de serviços de televisão por subscrição”, bem como quais os elementos ou características que justificam a sua distinção da figura de “operador de distribuição”, cujo conceito figura da alínea n) do art. 2.º da Proposta.

3. Alterações à legislação em vigor

A presente Proposta altera definições actualmente em vigor, pois integram o Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro, cujos contornos da revogação são imprecisos, conforme se explicita *infra*. Urge, pois, clarificar o seguinte:

a) Art. 2.º, alínea c) (“Distribuidor”)

Ao alterar o conceito actualmente consagrado na alínea c) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro, suprimindo o elemento que diferencia e qualifica a actividade de distribuidor, ou seja, a pessoa colectiva “*que tem por actividade principal a distribuição...*” (sublinhado nosso), a Proposta revoga tacitamente aquele preceito legal e contradiz o disposto no art. 27º da mesma Proposta. Tal facto constituiria por si só razão suficiente para manter inalterada a definição actualmente existente e em vigor. Acresce, ainda, que a alteração ora proposta alarga substancialmente o elenco de potenciais entidades que poderão integrar o conceito de distribuidor e as eventuais obrigações que possam advir dessa condição, sem que exista qualquer elemento que permita concretizar com precisão o âmbito da definição em apreço e, como tal, uma delimitação exacta dos potenciais obrigados.

Na perspectiva da Vodafone, tal poderá significar um contributo à discricionariedade e incerteza, as quais não são compatíveis com o desejável bom funcionamento do mercado. Assim, afigura-se desejável manter intacta a definição de distribuidor tal como consta do art. 2.º, c) do citado Decreto-Lei.

4. Artigo 3.º (Princípios e objectivos)

Constata-se que a Proposta pretende suprimir a alínea o) do n.º 4 do actual art. 3.º da Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto (“*Garantir a igualdade de acesso dos cidadãos a todas as formas de expressão cinematográficas e audiovisuais*”). Todavia, quer-nos parecer que tal referência deverá ser mantida, visto que a mesma consubstancia um princípio basilar para assegurar a liberdade de selecção e agregação de obras cinematográficas e audiovisuais por parte dos operadores de televisão, dos operadores de televisão por subscrição e dos operadores de serviços de comunicação audiovisual a pedido. De igual modo, constitui um elemento garantístico da liberdade de escolha de obras cinematográficas e audiovisuais por parte dos cidadãos.

Neste contexto, propõe-se que a actual alínea o) do n.º 4 do art. 3.º da Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto seja mantida e, como tal, incluída na Proposta em análise.

5. A política de financiamento (art. 11º e art. 12.º) :

O art. 10.º da Proposta estabelece que o “*Estado assegura o financiamento das medidas de incentivo e da atribuição de apoio com vista ao desenvolvimento da arte cinematográfica e do sector audiovisual... nomeadamente por meio da cobrança de taxas e do estabelecimento de obrigações de investimento.*” Nesse sentido, o artigo 11.º, sob epígrafe “*Taxas*”, identifica os sujeitos passivos de tais taxas, entre os quais os operadores de televisão por subscrição (art. 11.º, n.º 2) e os operadores de serviços audiovisuais a pedido (art. 11.º, n.º 3), especificando ainda os montantes exigidos a cada um deles.

Ora, é desde logo questionável que o mecanismo consagrado no artigo 11.º da Proposta constitua uma taxa. Com efeito, a divisão dicotómica que se verifica no domínio tributário, tende a distinguir entre impostos ou tributos unilaterais e taxas ou tributos bilaterais, podendo existir ainda uma

terceira espécie relativa a contribuições ou tributos especiais. Tal qualificação resulta não só da Constituição da República Portuguesa (CRP, artigos 102.º e 103.º), mas também da Lei Geral Tributária (LGT) e tem igualmente norteado a jurisprudência do Tribunal Constitucional, bem como a tradição da doutrina fiscal.

Dispõe o artigo 4.º da LGT que *“os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património”* (n.º 1) e 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”* (n.º 2). Neste contexto, é entendimento da Vodafone que a bilateralidade que caracteriza a taxa não está presente na obrigação pecuniária que a Proposta institui, visto que os pressupostos que subjazem à criação de uma taxa, tal como definidos na LGT, não estão verificados. Nesta Proposta não está em causa a prestação de um serviço público, nem a utilização de um bem do domínio público ou a remoção de eventual obstáculo jurídico. Acresce, ainda, que não existe qualquer proporcionalidade entre o tributo exigido aos operadores de comunicações electrónicas e a contraprestação específica, na medida em que esta simplesmente não existe.

Neste contexto, a obrigação pecuniária instituída pela Proposta não constitui uma taxa, mas sim um verdadeiro imposto, pois estamos perante uma prestação pecuniária unilateral sem que lhe corresponda uma contraprestação específica a favor do contribuinte (operador de comunicações electrónicas).

Ora, tratando-se de um imposto e não de uma taxa, a respectiva criação obedece a princípios constitucionais e requisitos legais que, neste caso, também não se verificam, designadamente o exigente princípio da legalidade fiscal e, em particular, os termos concretos de liquidação e cobrança, os quais são remetidos para diploma próprio posterior, quiçá, preterindo a reserva legislativa da Assembleia da República em matéria de impostos e sistema fiscal (art. 165.º, n.º 1 i) CRP).

Por outro lado, resulta claro dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º, que o facto tributário em questão é a prestação de serviços de televisão por subscrição por um lado (n.º 2) e serviços audiovisuais a pedido por outro (n.º 3), os quais constituem parte integrante do serviço de comunicações electrónicas prestado pela Vodafone.

Sucede, contudo, que, nos termos da lei, aos operadores de comunicações electrónicas, enquanto tal, apenas podem ser impostos encargos que se limitem a cobrir os custos administrativos reais relacionados com a regulação desta actividade.

A este propósito importa referir que a Vodafone, enquanto operador de comunicações electrónicas, cumpre regularmente não só com o pagamento das diversas taxas enunciadas no artigo 105.º, n.º 1 da Lei das Comunicações Electrónicas (“LCE” - Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio, Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de Maio, Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de Setembro, Lei n.º 35/2008, de 28 de Julho e Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro), mas também com o pagamento da taxa de regulação e supervisão à ERC, nos termos estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 103/2006, de 7 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 70/2009, de 31 de Março.

Assim, a criação de um imposto aplicável aos operadores de comunicações electrónicas, no exercício da sua actividade de comunicações electrónicas, também viola frontalmente o disposto no artigo 12.º da Directiva 2002/20/CE – transposto para o ordenamento jurídico português pelo artigo 105.º, n.º 4 da LCE – nos termos do qual só podem ser cobrados encargos que cubram *“no total, apenas os custos administrativos decorrentes da gestão, controlo e aplicação do regime de autorização geral, bem como dos direitos de utilização e das condições específicas referidas no artigo 28.º, os quais poderão incluir custos de cooperação internacional, harmonização e normalização, análise de mercados, vigilância do cumprimento e outros tipos de controlo do mercado, bem como trabalho de regulação que envolva a preparação e execução de legislação derivada e decisões administrativas, como decisões em matéria de acesso e de interligação”*

Situação igualmente relevante, e que o texto da presente Proposta ignora, reside no facto de os operadores de comunicações electrónicas, em relação ao serviço de televisão por subscrição que prestam, já contribuírem para o financiamento do cinema e do audiovisual, estando de igual forma, sujeitos a inúmeras taxas e encargos associados à actividade de distribuição de televisão, designadamente, as taxas de regulação anteriormente referidas, os direitos de retransmissão (canais de acesso não condicionado livre) e pagamento de direitos de autor e direitos conexos às entidades de gestão colectiva (SPA, GDA, GEDIPE e Audiogest).

É, pois, notória, uma intenção de tributação múltipla incidente sobre a mesma actividade, o mesmo serviço e em relação a entidades (potenciais sujeitos passivos) que já contribuem de forma significativa para o fomento do sector cinematográfico e do audiovisual. Para além da intenção vertida na Proposta pôr em causa a coerência do sistema fiscal e ser contestável do ponto de vista legal, tal pluralidade tributária é acima de tudo infundada e desprovida de qualquer sentido.

Por último, mas não menos importante, acresce referir que estas medidas são contraproducentes face ao actual contexto económico recessivo e face às previsões igualmente pouco animadoras para os anos mais próximos, pelo que as medidas consagradas na Proposta são susceptíveis de agravar de forma significativa o referido contexto em que os operadores de comunicações electrónicas desenvolvem a respectiva actividade.

6. Da metodologia de cálculo proposta:

Sem prejuízo da manifesta ilegalidade do modelo de financiamento proposto, conforme, aliás, descrito anteriormente, importa referir também, que os critérios de determinação da taxa não são suficientemente claros. Com efeito, ao estabelecer-se que *“os operadores de televisão por subscrição contribuem com o pagamento de uma taxa anual correspondente a cinco euros por cada subscrição dos seus serviços que permita o acesso a serviços de programas televisivos, que constitui encargo dos operadores”* (art. 11.º, n.º 3 da Proposta), não é claro qual o momento em que se deve aferir o número de subscritores e em que termos tal número deve ser calculado, designadamente se se trata de uma média dos últimos 12 meses.

No mesmo sentido, ao consagrar-se que *“os operadores de serviços audiovisuais a pedido contribuem com o pagamento de uma taxa anual correspondente a um euro por cada subscrição individual dos seus serviços, independentemente do número de utilizações efectivas por cada utilizador”* (art. 11.º, n.º 3 da Proposta), não é claro qual o critério subjacente, designadamente qual

o momento em que se deve aferir o número de subscritores e em que termos tal número deve ser calculado, designadamente se se trata de uma média dos últimos 12 meses.

Acresce, ainda, que o mecanismo ora proposto desconsidera por completo as dinâmicas próprias de um sector competitivo e de um mercado que funciona em pleno como é o das comunicações electrónicas, fixando um montante sem atender à circunstância de existirem promoções e de muitos dos filmes poderem ser inclusivamente disponibilizados de forma gratuita. Em tais casos, parece-nos completamente desapropriado que o pagamento do montante em causa seja exigido aos operadores de comunicações electrónicas.

7. Incoerência de terminologia:

Sem prejuízo das considerações acima expostas em relação à legalidade e natureza dos tributos exigidos pela Proposta, verifica-se que os números 2, 3 e 4 do art. 12.º da Proposta referem contribuições e não taxas, pelo que é necessário rectificar e uniformizar os termos utilizados nas disposições em análise. Acresce, que o n.º 4 do art. 12.º da Proposta está erradamente identificado como n.º 3.

8. Norma revogatória - sucessão de leis no tempo (art. 26.º)

Ao manter em vigor os artigos 23.º, 24.º e 25.º do actual regime, isto é da Lei n.º 42/2004, de 18 de Agosto, o disposto no art. 26.º da Proposta conduzirá a uma duplicação das obrigações pecuniárias aplicáveis o que se afigura ainda mais injusto e infundado. Com efeito, da conciliação da norma revogatória da Proposta e dos preceitos legais que deverão subsistir parece resultar que, para além as contribuições financeiras agora instituídas (art. 11.º, n.ºs 3 e 4 da Proposta), manter-se-á em vigor o actual sistema alternativo de "*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) ou 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).

Assim sendo, resulta da Proposta não uma substituição do actual modelo de financiamento, mas sim um agravamento das obrigações pecuniárias.

9. Norma transitória (art. 27.º):

Os termos em que deverá operar a revogação não são claros, dificultando, por um lado, o trabalho dirário de todos os agentes que deverão lidar com a aplicação do diploma proposto e, por outro, gerando uma amálgama quer de definições novas, quer de conceitos redefinidos, que adensarão a incerteza na aplicação da lei, em nada contribuindo para a prossecução adequada dos objectivos da Proposta.

Com efeito, da conjugação da norma revogatória (art. 26.º) e da norma transitória (art. 27.º) da Proposta, parece concluir-se que o Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro irá permanecer em vigor “até à aprovação das normas de execução...” da Proposta.

Ora, nessa eventualidade, constata-se que existem na Proposta conceitos que são redefinidos e consagrados, pelo que revogam tacitamente aqueles que constam do referido Decreto-Lei.

Mais relevante ainda e que importa salientar é que existem outros conceitos que são igualmente introduzidos pela Proposta e que são incompatíveis com aqueles que já existem no Decreto-Lei n.º 227/2006, de 15 de Novembro (e.g. distribuidor de televisão com serviços de acesso condicionado *versus* operador de distribuição; operador de televisão com serviços de acesso condicionado *versus* operador de televisão por subscrição) ou ainda outros que não sendo abordados pela Proposta não é claro que sejam subsumidos ou alterados pelas definições agora introduzidas (e.g. curta-metragem; obra de produção independente; obra multiplataforma; promoção; série de televisão; telefilme).

Assim, é essencial eliminar esta profusão de definições e de conceitos, especificando aqueles que permanecem (ou não) em vigor e assegurando que os conceitos do Decreto-Lei que subsistem são devidamente harmonizados com aqueles que a Proposta pretende introduzir.

D. Conclusão:

A Proposta ora submetida a consulta pública pretende consagrar um conjunto de medidas que enfermam de ilegalidades graves e insanáveis, as quais tendem a penalizar gravemente os operadores de comunicações electrónicas, com inevitável prejuízo para o regular funcionamento do sector e, necessariamente, para os interesses dos consumidores.

É notório que o legislador se deixou tolher pela deriva obsessiva do financiamento e de alargamento das fontes de receita para o sector do cinema e do audiovisual, a qual se reflecte no desfasamento e desadequação do texto da Proposta em relação ao actual estado do sector das comunicações electrónicas, nomeadamente em relação às novas formas de distribuição de conteúdos, às taxas regulatórias existentes e às obrigações pecuniárias já pagas pelos operadores do sector para obter o licenciamento requerido para a referida distribuição, bem como a remuneração adequada dos artistas, produtores e demais envolvidos.

A Proposta é omissa quanto aos termos exactos em que deverão ser concretizadas as obrigações de financiamento que a mesma consagra, o que se afigura uma omissão de substancial relevo para uma avaliação rigorosa e completa da política que a Proposta preconiza.

A Proposta contem inúmeras imprecisões jurídicas, formais e substantivas, que urge clarificar.

Face ao exposto, a Vodafone considera que a alteração legislativa é injusta e desadequada, jamais devendo ser considerada no âmbito do processo legislativo que o Governo pretende desencadear.