



Universidade Católica Portuguesa

**Eliminação da Dupla tributação
económica
e Seguros *unit linked***

Catarina Vilhena Mina

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Orientada pelo Dr. João Taborda da Gama

Faculdade de Direito | Lisboa

março 2022

Introdução	5
O seguro de vida do tipo unit linked	6
2.1 Enquadramento	7
2.1.1 O Seguro de Vida	7
2.1.2 Figuras equiparadas	8
2.1.3 Unit-linked como Seguro do “Ramo Vida”	8
2.2 Modo de funcionamento dos seguros unit-linked e relação entre as partes	9
2.2.1 Titularidade dos ativos e do risco	11
2.3 Tributação na esfera da seguradora	13
2.4 Tributação na esfera do Segurado	14
Provisões Técnicas	15
Participation Exemption	19
4.1 A Dupla Tributação económica	19
4.2 Participation Exemption	21
4.3 Evolução do regime	22
4.4. Rendimentos incluídos na base tributável	24
4.5 Tributação efetiva e provisões	28
4.6 Reservas técnicas e provisões técnicas	32
4.7 Alterações subsequentes	34
4.7.1 Alterações em 2013 e 2014	34
4.7.2 Alteração em 2016	35
4.7.2.1 As Alterações contabilísticas	36
4.8 O artigo 51º n.º 6 como lei interpretativa e a sua inconstitucionalidade	37
4.8.1 Leis interpretativas	37
4.8.2 Declaração de inconstitucionalidade do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016	39
4.8.2.1 A Decisão Arbitral	39
4.8.2.2 Tribunal Constitucional	41
4.9 Aplicação e interpretação da norma atualmente	45
Conclusões	48

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

ASF - Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira Portuguesa

Cf. – Conforme

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

CPC – Código de Processo Civil

CPT – Código de Processo Tributário

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. - Edição

ICAE - Instrumento de Captação de Aforro Estruturado

IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

LCS - Lei do Contrato de Seguro

LGT – Lei Geral Tributária

N.º - Número

POC - Plano Oficial de Contabilidade

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCA-Sul – Tribunal Central Administrativo Sul

TCA-Norte - Tribunal Central Administrativo Norte

UC - Unidades de conta

Vol. – Volume

PALAVRAS CHAVE

CIRC. Artigo 51º. Participation exemption. Dupla Tributação Económica. Seguros Unit Linked. Seguro de Vida. Norma interpretativa. Provisões. Dividendos. AT. Autoridade Tributária.

1. Introdução

Este trabalho visa abordar a aplicação do regime de eliminação da dupla tributação económica, atualmente consagrado no artigo 51.º do Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas (doravante CIRC), aos lucros referentes a participações detidas por seguradoras e afetas a seguros *unit linked*.

O referido artigo 51.º do CIRC consagra um regime de eliminação da dupla tributação económica que se verifica numa situação de distribuição de lucros de uma sociedade a outra, que passa por subtrair, para efeitos de IRC, os referidos rendimentos ao lucro tributável da sociedade que os recebe, quando se verificarem certos requisitos relacionados com a percentagem de participação e prazo de permanência na sua titularidade.

É particularmente relevante para este trabalho, uma regra, presente na redação inicial desta norma e que tem vindo a sofrer alterações, que admite a aplicação deste regime, independentemente da percentagem de participação e do prazo em que esta tenha permanecido na titularidade da sociedade detentora, aos rendimentos de participações sociais em que tenham sido aplicadas as reservas técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros.

No âmbito específico de um contrato de seguro *unit linked*, face ao pagamento de um prémio pelo tomador, e consoante o seu montante, a seguradora faz corresponder a este prémio um número de unidades de conta que têm o seu valor associado a um conjunto de ativos (como participações sociais) que esta adquire. É destas participações sociais, por si adquiridas que advêm os rendimentos referidos na norma. O valor dessas unidades de conta determina então, consoante a valorização dos ativos indexados, aquilo que a seguradora pagará ao segurado no fim do contrato.

Quanto a este valor, a seguradora é obrigada a constituir provisões técnicas que têm como função assegurar o seu pagamento futuro. O conceito chave aqui em causa é o seguinte: apesar de, no âmbito do contrato, o tomador ter direito a uma contrapartida dependente da valorização ou não das participações sociais, a titular destas e quem recebe os seus dividendos é a seguradora. Nesta lógica, é na esfera desta que estes dividendos são tributados e também onde podem eventualmente ser isentos pela aplicação do regime do artigo 51.º.

Ora, a aplicação deste regime gerou alguma discordância entre a Autoridade Tributária (AT), que tem recusado a sua aplicação com base em argumentos variados que se abordarão neste trabalho, e a doutrina e a jurisprudência, que têm tomado a posição contrária, admitindo a sua aplicação.

Esta divergência, aliada a alguma falta de clareza da norma, foi dando azo a várias alterações legislativas, no sentido contrário da jurisprudência produzida, que vieram modificar a relação entre as provisões das seguradoras realizadas no âmbito destes produtos *unit linked* e a dupla tributação económica.

Será então analisado o anterior artigo 46º do CIRC e as redações que lhe sucederam, fazendo-se em particular, referência à alteração feita pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, norma que introduz o atual artigo 51º e o seu n.º 6, que veio restringir intensamente a aplicação desta isenção aos rendimentos advindos de participações sociais afetas a seguros *unit linked*.

À redação deste n.º 6 foi atribuída “natureza interpretativa”, pelo artigo 135.º da referida Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, norma que foi recentemente declarada inconstitucional, por violação do princípio da não retroatividade da lei fiscal consignado no art. 103.º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa, no Acórdão nº 101/2021 do Tribunal Constitucional, decisão que será aqui também analisada, à luz dos temas abordados anteriormente.

O objetivo deste trabalho é, portanto, fazer uma descrição e análise da discussão a que este tema tem dado origem. Para isso parte-se de um enquadramento do funcionamento dos seguros *unit linked*, da sua tributação e consequências contabilísticas. Prossegue-se com a análise do regime de eliminação da dupla tributação económica e das várias alterações legislativas sofridas, acompanhadas pela análise jurisprudência produzida, nomeadamente a relativa à inconstitucionalidade da natureza interpretativa da alteração introduzida em 2016 e terminando com a apresentação do tratamento atual da questão.

2. O seguro de vida do tipo unit linked

O desenvolvimento deste trabalho requer uma compreensão geral, tanto do regime da eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos, como da origem dos rendimentos aos quais este regime (não) se aplica. Começa-se então pela questão mais concreta, o enquadramento e funcionamento dos referidos seguros *unit-linked*.

2.1 Enquadramento

2.1.1 O Seguro de Vida

Os seguros *Unit-linked*, centro da análise que se propõe fazer, são um tipo de seguro, especificamente um seguro do ramo Vida, sob a forma de um instrumento de captação de aforro estruturado¹.

Um contrato de seguro, genericamente, tem por base a transferência do risco, que seria suportado numa esfera jurídica, para outra, através do pagamento de uma contrapartida, podendo ser definido como *“um contrato aleatório por via do qual uma das partes se obriga, mediante o recebimento de um prémio, a suportar um risco, liquidando o sinistro que venha a ocorrer”*²

Os intervenientes neste contrato são o segurador, como sujeito que cobre o risco seguro e o tomador, a contraparte que surge como o titular do interesse digno de proteção legal e que se encontra exposto ao risco.

Na atual Lei do Contrato de Seguro³ (doravante, LCS), encontramos contrapostos o Seguro de Danos (das coisas) e o Seguro de Pessoas. É na categoria de Seguros de Pessoas que encontramos o referido Seguro de Vida (cf. arts. 175.º e ss. e 183.º da LCS).

Este tipo de seguro está associado a diversas funções, como a de garantia face a compromissos financeiros, de proteção familiar através de um pagamento aos familiares em caso de morte e a de instrumento de reforma ou de poupança.⁴

O seguro de vida vem configurado em diferentes modalidades. Este pode constituir quer um seguro no caso de morte, quer no caso de vida (cf. art. 183.º da LCS). Neste último caso, o risco segurado passa a ser a *“sobrevivência da pessoa segura”* e é nesta modalidade que encontramos frequentemente a ligação a atividades financeiras.

¹ Segundo o artigo 206º, nº 1 da LCS, *“os instrumentos de captação de aforro estruturados correspondem a instrumentos financeiros que, embora assumam a forma jurídica de um instrumento original já existente, têm características que não são directamente identificáveis com as do instrumento original, em virtude de terem associados outros instrumentos de cuja evolução depende, total ou parcialmente, a sua rendibilidade, sendo o risco do investimento assumido, ainda que só em parte, pelo tomador do seguro.”*

² ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Direito dos Seguros - Apontamentos*, 1ª edição, Principia, 2006, p. 51.

³ Aprovada pelo Decreto-Lei nº. 72/2008, de 16 de Abril e alterada pela Lei nº 147/2015, de 9 de setembro.

⁴ OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, 2010, p. 23.

2.1.2 Figuras equiparadas

Existem alguns “produtos” financeiros de seguros, previstos no art. 207.º da LCS, que não são caracterizados como um seguro, mas sim como um “produto” ao qual se aplicam várias disposições do regime jurídico do seguro de vida. Os os instrumentos de captação de aforro estruturados (ICAE), também designados *unit linked*, dos quais tratamos, são, ao contrário destes, de facto considerados Seguros de Vida, como decorre sistematicamente da contraposição entre os artigos 206.º e 207.º da LCS e da redação do artigo 207.º.⁵

Os contratos de seguro de vida distinguem-se das operações de capitalização, referidas no artigo 207.º, por se encontrarem associados a um risco relacionado com a morte ou sobrevivência da pessoa segurada, ao contrário das referidas operações. Na operação de capitalização o segurador vincula-se a realizar uma prestação determinada na data do vencimento, que não depende de qualquer álea ligada à duração da vida, o risco é apenas financeiro ou de investimento.⁶

2.1.3 Unit-linked como Seguro do “Ramo Vida”

O seguro *unit-linked* é um seguro do ramo Vida, quer na sua consagração legal, quer no seu enquadramento regulatório, garantindo o pagamento de capital aquando da verificação de um facto futuro e incerto no tempo.

A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões disponibiliza⁷ a seguinte informação acerca dos seguros *unit-linked*: “São seguros de vida de capital variável em que o valor a receber pelo beneficiário depende, no todo ou em parte, de um “valor de referência” constituído por uma ou mais “unidades de participação” (...) Os seguros ligados a fundos de investimento são qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturado (ICAE).” (previstos no art. 206.º da LCS).

Esclarece ainda que “o rendimento de um seguro ligado a um fundo de investimento depende, total ou parcialmente, de outro instrumento financeiro. O risco do investimento é assumido, ainda que só em parte, pelo tomador do seguro”.

⁵ ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Breves Notas sobre o seguro de vida na modalidade de seguro unit linked ou instrumento de captação de aforro estruturado*, in Revista de Estudos do Instituto do Conhecimento AB N.º 4, 2015, pp 706-712.

⁶ Informação disponibilizada pela ASF, em <https://www.asf.com.pt>.

⁷ Em <https://www.asf.com.pt>.

O seguro de vida *unit linked* é, então, um instrumento financeiro bilateral e oneroso, definido pela legislação nacional como um instrumento de captação de aforro estruturado e, também, como um instrumento financeiro complexo.

2.2 Modo de funcionamento dos seguros *unit-linked* e relação entre as partes

Para se tomar posição quanto à aplicação do regime da eliminação da dupla tributação económica é essencial perceber o funcionamento deste tipo de seguro e as relações contratuais que em função deste são estabelecidas.

O seguro de vida *unit-linked* diverge, no seu funcionamento, do contrato de seguro de vida “comum”. Tipicamente, o seguro de vida garante, como cobertura principal, o risco de morte ou de sobrevivência (ou ambos) de uma ou várias pessoas seguras, constituindo a prestação do tomador um prémio e a da seguradora uma indemnização na ocorrência desse evento, ambas determinadas à partida.

No seguro *unit linked*, o tomador paga igualmente um prémio, mas as prestações a que a seguradora fica obrigada são variáveis, sendo determinadas por uma correspondência entre esse prémio pago e um número de unidades de conta (UC).

Vejamos, quando um investidor subscreve este tipo de produto, paga o referido prémio ao qual, consoante o montante, está associado um número determinado de UC (que não têm existência fora deste contrato⁸). Com esse montante, a seguradora adquire ativos financeiros (como ações, obrigações ou fundos de investimento) à valorização ou desvalorização dos quais indexa o valor das referidas UC.

Resumindo, ao prémio pago corresponde um certo número de UC e o valor dessas UC deriva da valorização do conjunto de ativos adquiridos pela seguradora e afetos a este contrato.

Concretamente, as UC têm o seu valor determinado através da divisão, num determinado momento, do valor deste conjunto de ativos pelo número de unidades de conta atribuídas ao segurado, deduzindo os encargos a favor da seguradora. “*The value of the client’s investment is*

⁸ Estas UC não são títulos e não têm mercado, não tendo existência nem valor fora deste contrato.

simply the total value of the fund times the proportion of the number of units held by the client to the total number of units in the fund.”⁹

Associada a este seguro, há uma conta corrente onde se debitam ou creditam os valores. Esta funciona como uma conta bancária, sendo creditados o capital inicial, os prémios e rendimentos e debitados encargos e comissões de gestão. É o valor variável da conta corrente que se apresenta como a "rendibilidade" deste seguro para o segurado.¹⁰

Simplificando, o tomador paga um montante fixo à seguradora e esta adquire ativos. Paralelamente, consoante o montante entregue como prémio, a seguradora “atribui” ao tomador um número de UC, cujo valor está indexado ao valor desses ativos. É o montante resultante da divisão do valor dos ativos, pelo número de UC "atribuídas" ao tomador, que permite saber aquilo que este tem direito a receber, a multiplicação desse valor pelo nº de UC. Quanto mais UC associadas ao seu contrato e mais se valorizarem os ativos indexados, maior a indemnização.

As obrigações da seguradora são, portanto: além da gestão da conta corrente e da sujeição à vontade do tomador (quanto ao investimento, desinvestimento e resgate), o pagamento, no momento da morte/resgate, do valor da multiplicação do número de UC pelo seu respetivo valor, deduzido de encargos e comissões de resgate. Reforça-se o facto de que não entrega as UC em si, mas o valor destas, indexado à valorização dos ativos. A obrigação do tomador será apenas o pagamento do prémio.

Neste tipo de seguro cobre-se, portanto, o risco relativo à morte ou sobrevivência da pessoa segurada, (sendo também relevante o risco da valorização ou não dos ativos), tendo uma função de poupança, através da rendibilidade expectável deste produto.

Normalmente não está fixado um capital garantido. No momento da morte (ou antecipadamente no resgate) a seguradora paga o valor devido. A morte da pessoa segura, que configura o “evento incerto no tempo” típico dos contratos de seguro constitui a álea contratual que determina a sua liquidação.

⁹ Unit-Linked Insurance – A General Report, Munique, Münchener Rück Munich Re Group, 2000, p.9. Disponível em <https://www.asf.com.pt>.

¹⁰ ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Breves Notas sobre o seguro de vida na modalidade de seguro unit linked ou instrumento de captação de aforro estruturado*, in Revista de Estudos do Instituto do Conhecimento AB N.º 4, 2015, pp. 713 e 714.

É frequente prever-se o direito de resgate, impondo-se um limite temporal mínimo e, regra geral, uma penalização.

2.2.1 Titularidade dos ativos e do risco

Os ativos subjacentes a estes contratos são variados e podem expor os intervenientes a diferentes tipos de risco. Como ativos subjacentes aos fundos de investimento, podemos encontrar instrumentos financeiros, como ações e obrigações, instrumentos financeiros derivados, fundos de investimento, matérias-primas como metais preciosos, cereais ou petróleo e taxas de câmbio ou de juro.

No âmbito dos seguros *unit linked* coexistem, normalmente, uma componente de risco suportada pela seguradora, possivelmente uma parcela de capital garantido em caso de morte do tomador, e uma componente financeira cujo risco de investimento é suportado, pelo menos parcialmente, pelo tomador do seguro.

O risco de investimento está associado à capacidade financeira dos emitentes dos ativos detidos pelos fundos autónomos ou de investimento afetos ao seguro. Existem ainda riscos de conflitos de interesses entre as várias entidades envolvidas na criação do produto, por exemplo, entre a seguradora e o emitente dos ativos e um risco jurídico, ligado a eventuais alterações ao regime de tributação, transmissão e de exercício de direitos.

Como já vimos, a seguradora utiliza, à medida que os segurados contratam consigo, os montantes entregues como prémio na compra de ativos financeiros. Quem adquire os ativos e se considera titular é, então, a própria seguradora, correndo sobre ela o risco, do ponto de vista jurídico. Todos os ativos são adquiridos por esta em seu nome próprio e por sua conta, sendo levados ao seu ativo e sujeitos a registo em seu nome (quando sujeitos a registo).

Veja-se o que diz o Tribunal Central Administrativo Sul num Acórdão de 25.02.2021¹¹: *“não é controvertido que os títulos que compõem a carteira à qual está indexado o produto comercializado pela 1.ª Recorrente são adquiridos por esta, ainda que o risco de investimento seja suportado pelo tomador do seguro. Ou seja, em termos de propriedade dos valores mobiliários, que constituem a carteira a que está associada a rentabilidade do seguro, a mesma é da 1.ª*

¹¹ Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no âmbito do processo n.º 2173/04.4BELSB, de 25.02.2021.

Recorrente. Daí que lhe sejam pagos a si, diretamente, os rendimentos respetivos, com as necessárias consequências(...)”.

O segurado não participa diretamente do investimento financeiro. Este não detém ações, nem unidades de participação. É a seguradora quem compra e vende as ações (quando os ativos são ações) e recebe os respetivos dividendos.

A seguradora assume assim duas relações jurídicas diferentes. Na primeira, figura como compradora e vendedora de ativos, podendo eventualmente receber dividendos das sociedades cujas ações detém e encontrando-se na sua esfera jurídica as obrigações e direitos relacionados com a gestão desses ativos, como as obrigações tributárias. A segunda relação é entre esta e o tomador no âmbito do contrato de seguro.

Estas duas relações não transformam as seguradoras em intermediárias financeiras.¹² *“It is important to recognize the difference between investing in a unit-linked life insurance policy and investing in a unit trust. A unit-linked fund is divided into units of equal value in the same way as a unit trust. In a unit trust, the units are beneficially owned by the client. In a unit-linked fund, the units are notional and are a method of establishing each client’s call on the assets within the fund.”*¹³

Veja-se o mesmo Acórdão do TCA-Sul, *“não é possível, sem mais, (...) extrapolar para uma espécie de desconsideração da intervenção da 1.ª Recorrente, feita em nome próprio, e tratá-la como uma mera intermediária, ignorando o facto de os títulos não saírem da titularidade da Impugnante, abstraindo da existência de um produto (seguro) específico comercializado, indexado à rentabilidade desses mesmos títulos (sendo que é este o produto que está na base da relação contratual estabelecida entre a impugnante e os tomadores dos seguros e não os títulos aos quais os mesmos se encontram indexados).”*.

Sabemos que todos os contratos de seguro têm um determinado grau de risco, que varia consoante aquilo que se está a segurar. Num seguro *unit-linked*, quando não existe um montante mínimo

¹² SALDANHA SANCHES, José Luís, e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, In revista Fiscalidade nº 33, 2008, pp. 9-11, disponível em <https://www.isg.pt/r>.

¹³ Unit-Linked Insurance – A General Report, Munique, Münchener Rück Munich Re Group, 2000, p.7. Tradução livre: *É importante reconhecer a diferença entre investir numa apólice de seguro de vida unit linked e investir num unit trust. Um fundo unit linked é dividido em unidades de igual valor, da mesma forma que um unit trust. Num unit trust, as unidades são propriedade do cliente de forma plena. Num fundo unit linked, as unidades de participação são notacionais e são um método para estabelecer a reivindicação de cada cliente sobre os ativos dentro do fundo.*

garantido, o segurado não tem maneira de saber quanto vai receber no momento da morte ou resgate, já que isso está dependente, tanto do valor dos ativos a que a sua apólice está indexada, como da concretização temporal destes eventos.

Como o valor que a seguradora se obriga a pagar está indexado ao valor dos ativos, a sua capacidade de pagamento não é afetada pelas variações no mercado, já que a sua responsabilidade decresce com a sua desvalorização, logo este risco específico do contrato não está na sua esfera. Perante isto, podemos afirmar que o risco de desvalorização dos ativos pertence ao tomador. O único risco atribuído à seguradora está ligado à incerteza do momento da morte do tomador.

2.3 Tributação na esfera da seguradora

Tal como descrito acima, a seguradora é sujeito de duas relações jurídicas.

No que respeita à relação com o tomador, os prémios recebidos são considerados rendimentos para efeitos de IRC¹⁴ e conformemente tributados.

Na relação em que age como proprietária de ativos, será tributada como qualquer outra sociedade detentora de participações sociais ou unidades de participação de fundos de investimento, sendo os rendimentos destes ativos, ganhos sujeitos a IRC (arts 3º, 17º e 20º, n.º 1, c) e f) do Código do IRC). Veremos adiante se estes poderão ser considerados isentos por via da aplicação do regime do artigo 51º.

Conforme o artigo 50º CIRC, concorrem ainda para a determinação do lucro tributável da empresa de seguros, *“os rendimentos resultantes da aplicação do justo valor aos ativos que estejam a representar provisões técnicas do seguro de vida com participação nos resultados, ou afetos a contratos em que o risco de seguro é suportado pelo tomador de seguro”*.

Os ativos são assim contabilizados e aceites fiscalmente ao justo valor. Isto significa que cada participação social é constantemente contabilizada em termos contabilísticos pelo seu valor de mercado e essas variações patrimoniais concorrem para a aferição do lucro tributável.

¹⁴ Cf. Art. 20º, n.º1 do CIRC, *“Consideram-se rendimentos e ganhos os resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória,(...)”*.

Recorde-se que, de acordo com a regra geral¹⁵, ao contrário do que aqui se passa, os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos e relevantes para efeitos fiscais apenas no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados.¹⁶

Conforme o n.º 2 do mesmo artigo, as transferências destes ativos de, ou para, outras carteiras de investimento, “*são assimiladas a transmissões onerosas efetuadas ao preço de mercado da data da operação*”.

2.4 Tributação na esfera do Segurado

No que respeita ao prémio e aos pagamentos a título de resgate, adiantamento ou vencimento, a tributação na esfera do tomador é feita em vários momentos.

Um residente fiscal em Portugal é tributado sobre todos os seus rendimentos mundialmente auferidos¹⁷ e caso subscreva um destes seguros terá de cumprir as suas obrigações declarativas para com a AT, podendo ter de suportar imposto sobre esses rendimentos, independentemente do país de origem destes. No caso de não residentes, a obrigação declarativa e contributiva apenas se verificará se a entidade seguradora for portuguesa¹⁸.

No momento do Resgate, adiantamento e vencimento, é tributada, na esfera do segurado, a “*diferença positiva entre os montantes pagos a título de resgate, adiantamento ou vencimento de seguros e operações do ramo ‘Vida’ e os respetivos prémios pagos ou importâncias investidas*” (art. 5.º, n.º3 do CIRS), entrando na categoria dos rendimentos de capitais (Categoria E).

Contudo, de acordo com o n.º 3, a) e b) do art. 5.º do CIRS, se, pelo menos, 35% da totalidade do prémio for paga na primeira metade da vigência do contrato, tal rendimento é parcialmente excluído de tributação, em função do número de anos decorridos desde o início do contrato.

¹⁵ Cf. Art. 18º, n.º 9 CIRC “*Os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados, excepto quando:(...)*”.

¹⁶ MARQUES, Rui, *Código do IRC - Anotado e comentado*, 2ª edição, Almedina, 2020, anotação ao artigo 50º, p. 478 e 479.

¹⁷ Cf. Art. 15º CIRS.

¹⁸ Cf. Artigo 15º, n.º 2 CIRS.

Este artigo cria uma exclusão de tributação de um quinto (20%) do rendimento se o resgate ocorrer entre cinco e oito anos de vigência do contrato, sendo tributado apenas 80% do rendimento (alínea a) do mesmo artigo) e de três quintos (60%), se esse resgate ocorrer após oito anos da vigência (alínea b)), tributando apenas 40%¹⁹. Portanto, consoante o número de anos que tenham decorrido desde a sua constituição, os rendimentos auferidos por um residente fiscal em Portugal serão sujeitos a IRS às taxas efetivas de 28%, 22,4% ou 11,2%.

Serão ainda excluídas de tributação as indemnizações ao abrigo de contrato de seguro que sejam devidas em consequência de lesão corporal, doença ou morte e outras situações previstas no artigo 12.º, n.º1 CIRS.

Podem ainda ser consideradas como rendimentos de trabalho dependente as importâncias que a entidade patronal despensa com estes seguros a favor dos trabalhadores, quando constituam um direito por si adquirido e individualizado, conforme o artigo 2.º, n.º 3, alínea b), n.º3 CIRS.

Caso o evento que determine o pagamento seja a morte, a tributação será na esfera dos herdeiros.

Resumindo, a Seguradora estará sujeita a IRC sobre os rendimentos, tanto dos prémios pagos pelos segurados, como pelos dividendos recebidos de sociedades e rendimentos de unidades de participação em fundos de investimento. O Segurado pagará IRS sobre o resgate, adiantamento ou vencimento.

3. Provisões Técnicas

A empresa seguradora tem, comparativamente com as restantes empresas, uma responsabilidade acrescida perante a assunção do risco de muitas e diversas relações contratuais diferentes. A sua capacidade para cumprir as prestações, a que se encontra obrigada perante os segurados, tem de estar garantida. A técnica do seguro pressupõe que a seguradora disponha dos meios necessários para cumprir a sua prestação em caso de sinistro, caso contrário, toda a lógica do contrato de seguro e de assunção do risco não teria sentido.

Alinhado com esta ideia, surge o princípio contabilístico da prudência, que preside à escolha e aplicação dos métodos contabilísticos mais apropriados. No contexto de risco e incerteza em que se desenvolve a atividade empresarial, é preferível uma visão cautelosa a uma atitude otimista. A

¹⁹ ESPANHA, João, “Life insurance and tax planning for Portuguese clients”, in Revista Fiscalidade n.º 25, 2006, p. 5, disponível em <https://www.isg.pt/>.

prudência destina-se então a evitar que se transfira para o futuro incertezas que poderão vir a onerar os resultados da empresa.²⁰

O regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora²¹ dedica o seu Título III, Capítulo III, às condições financeiras das empresas de seguros e de resseguros com sede em Portugal. A razão de ser das garantias financeiras no setor segurador é explicada pelo facto destas empresas receberem prémios antecipadamente em relação aos eventos que vão determinar o pagamento da contraprestação.

O artigo 86º deste regime define, no seu n.º1, que “*as empresas de seguros e de resseguros devem constituir provisões técnicas*”. Estas vêm tratadas no artigo 91º e seguintes (são referidas também no n.º 6 do artigo 51º do CIRC, central para a análise deste trabalho). Cabe então perceber o que são estas provisões e qual o seu papel na contabilidade e tributação das seguradoras.

O Plano Oficial de Contabilidade (POC) define provisões pelo seu objetivo: “*reconhecer as responsabilidades cuja natureza esteja claramente definida e que à data do balanço sejam de ocorrência provável ou certa, mas incertas quanto ao seu valor ou data de ocorrência*”²², definição que consta do Decreto-Lei nº 35/2005, de 17 de Fevereiro.

O enquadramento de provisão feito na Norma contabilística e de Relato Financeiro 21 (NCRF 21)²³ define a provisão como um “*passivo de tempestividade ou quantia incerta*”. Será então uma obrigação perante terceiros, de cuja liquidação se espera que resulte num exfluxo.

As provisões são portanto uma particularidade da contabilidade que representa uma forma de uma empresa "colocar de lado", antecipadamente, um determinado valor com vista a estar protegida de determinados eventos que futuramente lhe podem provocar custos ou perdas.

As provisões técnicas, concretamente referidas no artigo 91º da Lei nº 147/2015, de 9 de setembro, traduzem os valores que permitem à seguradora cumprir as suas obrigações relativas a contratos de seguros. “*O valor das provisões técnicas deve corresponder ao montante atual que a empresa de*

²⁰ FREITAS PEREIRA, Manuel, *A periodização do lucro tributável*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 349, Janeiro-Março, 1998, p. 92.

²¹ Lei nº 147/2015, de 9 de setembro, que transpõe a diretiva Solvência II.

²² Verba 2.9 do POC.

²³ Norma contabilística e de Relato Financeiro, que prescreve os critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriados a provisões, passivos contingentes e ativos contingentes (artigo 1º).

*seguros ou de resseguros teria de pagar se transmitisse imediatamente as suas obrigações de seguro e resseguro para outra empresa de seguros ou de resseguros*²⁴

Como vimos anteriormente, num seguro *unit-linked*, o risco da desvalorização dos ativos corre pelo tomador do seguro, mas a seguradora não passa, por isso, a ser apenas uma depositária dos investimentos do tomador. Esta não age por conta do segurado, não é apenas uma intermediária e por isso não pode abdicar de provisionar as suas responsabilidades para com a contraparte, já que é a sua obrigação gerir os ganhos da valorização dos ativos, garantindo que terá liquidez para cumprir a sua contraprestação.

No regime atual, o cálculo das provisões técnicas é feito, conforme os artigos 92º e seguintes do regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora²⁵, através da soma da melhor estimativa²⁶, portanto do “*valor esperado dos fluxos de caixa futuros*” e da margem de risco²⁷, “*o custo da disponibilização de um montante de fundos próprios igual ao requisito de capital de solvência necessário para assegurar o cumprimento das responsabilidades de seguros durante o período de vigência*”.

O regime contabilístico aplicável às empresas de seguros e de resseguros sujeitas à supervisão da ASF, constante do Plano de Contas para as Empresas de Seguros (PCES),²⁸ define ainda que “*o montante das provisões técnicas deve, em qualquer momento, ser suficiente para permitir à empresa de seguros cumprir, na medida do razoavelmente previsível, os compromissos decorrentes dos contratos de seguro*”.²⁹

Especificamente sobre os seguros e operações do ramo Vida, são definidos princípios específicos, devendo as suas provisões “*representar o valor das responsabilidades da empresa de seguros, líquido das responsabilidades do tomador do seguro, em relação a todos os seguros e operações do ramo Vida*”.³⁰

²⁴ n.º 2 do artigo 91º da Lei n.º 147/2015.

²⁵ Lei n.º 147/2015.

²⁶ cf. art. 93º.

²⁷ cf. art. 94º.

²⁸ Aprovado pela norma regulamentar n.º 10/2016-R de 15 de setembro e alterado pela NR n.º 3/2018-R, de 9 de março disponível em: <https://www.asf.com.pt/>.

²⁹ Plano de Contas para as empresas de Seguros (a que se refere o artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 3/2018-R, de 29 de março), ponto 4, Reconhecimento e mensuração das provisões técnicas.

³⁰ Plano de Contas para as empresas de Seguros.

A quantificação do pagamento futuro que se pretende provisionar implica a consideração de fatores como a esperança de vida da pessoa, aspetos ligados à saúde e ao sexo do tomador e ainda a eventual valorização ou desvalorização dos ativos.

Esta provisão compreende as provisões matemáticas, de compromisso de taxa e de estabilização de carteira. É feita ainda uma distinção relevante entre as provisões para operações onde o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro e para os riscos que não são efetivamente assumidos pelo tomador.

Os riscos assumidos pelo tomador serão os associados à valorização ou desvalorização dos ativos e os assumidos pela seguradora serão, nomeadamente, a mortalidade do tomador, o momento do resgate e despesas administrativas, sendo os dois tipos alvo de provisão.

Quanto a estes deve ser constituída uma Provisão específica *“de seguros e operações do ramo Vida em que o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro”* (ponto 4.2.4.3), determinada em função dos ativos afetos ou tidos como referência para determinar o valor das importâncias seguras.

Para os riscos que não são assumidos pelo tomador, deve ser feita uma provisão matemática, que é constituída, *“nomeadamente, para cobrir os riscos de mortalidade, as despesas administrativas, as prestações garantidas na data de vencimento ou os valores de resgate garantidos”*.³¹ Uma provisão matemática corresponde ao valor atuarial estimado dos compromissos da empresa de seguros, após a dedução do valor dos prémios futuros (ponto 4.2.4.2).

Estas provisões são reconhecidas numa conta de gastos e representam uma das rubricas mais importantes no Passivo das empresas de seguros, transitando de um exercício para o outro. Assim que a prestação se torna exigível, transformam-se num custo efetivo e deixam de ser provisões.

Esse custo é imputado ao exercício em causa, sendo que aquilo que eventualmente se provisionou a mais, por uma questão de prudência, transforma-se em ganho daquele exercício. No seguro de vida esta provisão dura até o segurado morrer ou resgatar, segundo os termos do contrato.

³¹ Ponto 4.2.4.3, nº. 3 do PCES.

As provisões são fiscalmente dedutíveis de modo integral, como estabelecem os artigos 23º, n.º 2, alínea i) e 39º, n.º 1, alínea c) do CIRC: *“podem ser deduzidas (...) As provisões técnicas constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas pelo Instituto de Seguros de Portugal, de carácter genérico e abstrato, pelas empresas de seguros sujeitas à sua supervisão e pelas sucursais em Portugal de empresas seguradoras com sede em outro Estado membro da União Europeia”*.

Perante isto, cabe, acima de tudo, ao legislador estabelecer parâmetros para as provisões que são legalmente exigidas (montantes e limites) e à Administração fiscal verificar se essas provisões são efetuadas dentro desses limites legalmente definidos.

Aceite a forma e os montantes das provisões realizadas, não deve sua função subtractiva do lucro tributável ser usada como argumento para vedar a eliminação da dupla tributação económica. Uma provisão obrigatória, realizada de acordo com a lei, não pode ser pretexto para um acréscimo ao lucro tributável.

4. Participation Exemption

Analisado o funcionamento dos seguros *unit linked* e a forma como são tributados e tratados contabilisticamente, cabe agora fazer um enquadramento do regime de eliminação da dupla tributação económica consagrado no CIRC e examinar a discussão que tem existido à volta da sua aplicação a estes contratos.

4.1 A Dupla Tributação económica

“Entende-se que existe dupla tributação económica quando um mesmo rendimento é objeto de dupla tributação, relativamente ao mesmo período, em impostos idênticos ou sucedâneos, embora na esfera de sujeitos passivos distintos. (...) traduz uma saturação tributária da mesma manifestação de riqueza, (...) mais comumente, nos casos de tributação de dividendos provenientes de lucros já previamente tributados.”³²

A distribuição de lucros e reservas gerados por sociedades aos seus detentores de capital, constituindo um facto sujeito a IRC, origina uma dupla tributação do mesmo rendimento, no

³² COURINHA, Gustavo Lopes, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, 2020, p.119.

mesmo período, na esfera de sujeitos passivos distintos. Este rendimento é tributado na esfera da sociedade que apura esses lucros, onde têm origem, e na esfera da que recebe, que os inclui na sua base tributável.

Estamos então perante uma dupla tributação económica na situação em que uma seguradora, que detém uma participação social de outra sociedade, recebe lucros distribuídos e sobre eles é tributada, já tendo estes sido alvo de tributação na sociedade distribuidora.

Esta dupla tributação influi na desejada neutralidade do sistema fiscal, incentivando a não distribuição de lucros e fomentando o financiamento das empresas através de capital alheio e endividamento.³³

*“A eliminação da dupla tributação económica é, com efeito, um elemento essencial de qualquer sistema fiscal contemporâneo que se pretenda minimamente atrativo para o investimento, interno e estrangeiro: evitar duplas, triplas ou quádruplas tributações económicas sobre o mesmo rendimento é um imperativo da economia global. E por isso a maioria dos sistemas fiscais tem mecanismos que atenuam ou eliminam os efeitos deste fenómeno, em particular em IRC.”*³⁴

Os regimes de eliminação de dupla tributação surgem como mecanismos destinados a evitar que um mesmo rendimento seja tributado sucessivamente na esfera de sujeitos passivos diferentes, ao abrigo dos princípios de neutralidade fiscal³⁵, da igualdade fiscal e da tributação das sociedades pelo seu rendimento real.³⁶

4.2 Participation Exemption

O Código do IRC português, tal como muitos outros sistemas fiscais, consagra um mecanismo, que visa atenuar os efeitos deste fenómeno, no seu atual artigo 51º. Este regime foi incluído logo na versão original deste diploma (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro), no então artigo 45º.

³³ Cf. PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, 1984, pp.146 e 147, “A nota mais comumente retirada da doutrina que se tem ocupado das consequências da dupla tributação é o carácter inconveniente desta para as actividades económica e financeira. As duplas tributações fariam sentir a sua influência no que respeita quer aos movimentos de capitais e de pessoas, quer às transferências de tecnologia, quer às trocas de serviços entre os diferentes Estados”.

³⁴ COURINHA, Gustavo Lopes, *ob. cit.*, p.120.

³⁵ O princípio da neutralidade fiscal encontra-se patente no artigo 81º da CRP e revela-se no facto de “o Estado estar obrigado a não provocar e a obstar que outros provoquem distorções na concorrência, cuja defesa como vimos, constitui mesmo uma incumbência prioritária do Estado português.

³⁶ Com consagração constitucional no art. 104. n.º 2 da CRP: “A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”.

O regime previsto demonstra uma opção pelo método da isenção, que consiste na não consideração, para efeitos de determinação do lucro tributável da empresa que recebe, dos tais lucros ou reservas distribuídos (*participation exemption*), ”Os lucros e reservas distribuídos (...) não concorrem para a determinação do lucro tributável (...)”³⁷. Outro método possível, embora não utilizado em Portugal, é o método do crédito, que implica a concessão de um crédito correspondente ao imposto suportado, que é deduzido à coleta de imposto.

O mecanismo de *participation exemption* em Portugal sofreu grandes alterações, sobretudo no âmbito da reforma do IRC operada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, com o objetivo de criar um sistema fiscal mais competitivo.

Do regime atual³⁸ constam alguns requisitos para a sua aplicação. A sociedade que recebe os dividendos deve deter, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social ou direitos de voto da entidade distribuidora, de modo ininterrupto durante o ano anterior à distribuição (se detida durante menos tempo, deve ser mantida o tempo necessário para completar aquele período). A mesma entidade não deve ser abrangida pelo regime de transparência fiscal e a sociedade distribuidora deve estar sujeita e não isenta de IRC, ou imposto similar, com uma taxa aplicável que não seja de valor inferior a 60% da taxa de IRC em vigor. Esta entidade também não deve ter a sua residência num país sujeito a regime fiscal claramente mais favorável.³⁹

Verificados estes requisitos, os lucros e reservas que foram distribuídos (e que já tinham sido tributados na esfera da sociedade distribuidora) não concorrem para a determinação do lucro tributável da entidade que os recebe, sendo este montante deduzido da totalidade do resultado líquido do período, evitando assim a dupla tributação.⁴⁰

Este regime é relevante no contexto deste trabalho, já que a seguradora, no âmbito de um seguro *Unit Linked*, é detentora de participações sociais das quais recebe lucros distribuídos.

Estes lucros não só já foram tributados na esfera da sociedade que os distribuiu, como, no âmbito do contrato de seguro, a valorização da participação social que se reflita no valor a receber pelo segurado será também tributada na esfera deste.

³⁷ Art. 51º CIRC.

³⁸ Na redação em vigor em fevereiro de 2022, tendo sido alterado pela última vez pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

³⁹ MARQUES, Rui, *Código do IRC - Anotado e comentado*, 2º edição, Almedina, 2020, anotação ao artigo 51º.

⁴⁰ Transposição do artigo 4º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e afiliadas.

Tal como referido, este regime foi sofrendo alterações ao longo do tempo, relevantes para a análise a que se destina este trabalho. Por essa razão apresentam-se de seguida as redações anteriores e a que vigora atualmente.

4.3 Evolução do regime

As diferentes redações deste regime vieram trazer questões distintas para a análise da aplicação deste regime aos seguros de que tratamos. A discussão clássica prendia-se com a referência à “inclusão na base tributável” na redação inicial.

Até 2010, o artigo 46º do CIRC apresentava a seguinte redação:

*“1 - Na determinação do lucro tributável das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas, com sede ou direcção efectiva em território português, **são deduzidos os rendimentos, incluídos na base tributável**, correspondentes a lucros distribuídos, desde que sejam verificados os seguintes requisitos:*

a) A sociedade que distribui os lucros tenha a sede ou direcção efectiva no mesmo território e esteja sujeita e não isenta de IRC ou esteja sujeita ao imposto referido no artigo 7.º;

b) A entidade beneficiária não seja abrangida pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º;

c) A entidade beneficiária detenha directamente uma participação no capital da sociedade que distribui os lucros não inferior a 10% ou com um valor de aquisição não inferior a (euro) 20000000 e esta tenha permanecido na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou, se detida há menos tempo, desde que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período.

*2 - O disposto no número anterior é aplicável, **independentemente da percentagem de participação e do prazo em que esta tenha permanecido na sua titularidade**, aos rendimentos de participações sociais em que tenham sido aplicadas as reservas técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros e, bem assim, aos rendimentos das seguintes sociedades:*

b) Sociedades de desenvolvimento regional;

d) Sociedades de investimento;

e) *Sociedades financeiras de corretagem.*”

(destaques nossos)

Neste trabalho será particularmente relevante o n.º 2 do artigo⁴¹, que descreve a situação em que se encontra uma seguradora que receba dividendos no âmbito de um contrato de seguro *unit linked*.

Esta norma consagra um benefício fiscal historicamente atribuído⁴² que isenta, portanto, a tributação dos dividendos recebidos por um conjunto de sociedades definidas em função da sua atividade (sociedades de seguros e mútuas de seguros, sociedades de investimento e sociedades financeiras de corretagem).

Daqui se retira que os dividendos recebidos por uma Seguradora de participações detidas no âmbito de um contrato de seguro *unit linked* estarão isentos na esfera desta, como forma de eliminar a dupla tributação económica.

Este não tem sido o entendimento da Autoridade Tributária que, por várias vezes, recusou a aplicação deste regime, com base no não preenchimento dos seus pressupostos. São analisados adiante alguns Acórdãos onde a posição da AT é descrita em detalhe.

Analisa-se de seguida um dos argumentos utilizados pela AT, relacionado com aquilo que se entende por “*incluídos na base tributável*”⁴³.

4.4. Rendimentos incluídos na base tributável

Um dos pressupostos deste regime, que constava na redação inicial do artigo e que suscitava discussão quanto à sua aplicação aos rendimentos afetos a carteiras *unit-linked* era a inclusão (ou não) destes na “*base tributável*”⁴⁴ da seguradora.

O conceito de base tributável não é muito utilizado no corpo do Código do IRC e a sua definição não é clara. Encontramo-lo no artigo 46.º (na redação até 2014), como no regime das *Controlled foreign companies* (anterior artigo 60.º do Código do IRC⁴⁵), que determina a imputação de lucros

⁴¹ que equivale, com alterações, ao atual artigo 51º, nº 6 CIRC.

⁴² Para alguns difícil de justificar hoje em dia, como GUSTAVO LOPES COURINHA.

⁴³ Expressão referida no artigo 46º, no seu n.º 1, na versão vigente até 2010 (expressão que se mantém na redação do artigo até 2014).

⁴⁴ Art. 46.º, n.º 1 do Código do IRC, que tinha a seguinte redação: “(...) são deduzidos os rendimentos, **incluídos na base tributável**, correspondentes a lucros distribuídos, (...).

⁴⁵ Atual (2022) artigo 66.º do Código do IRC.

obtidos por sociedades não residentes na base tributável dos sócios portugueses, e ainda no regime da tributação dos grupos de sociedades (antigo n.º 2 do artigo 64.º do Código do IRC⁴⁶).

São também feitas referências a este conceito no preâmbulo do mesmo Código: “*entidades residentes (...) estão sujeitas a imposto por obrigação pessoal - o que implica a **inclusão na base tributável** da totalidade dos seus rendimentos, independentemente do local onde foram obtidos*” (destaque nosso)

Na doutrina, o conceito também não é utilizado com rigor, sendo maioritariamente substituível pela expressão “*incidência objetiva*”.

Esta formulação do artigo 46.º, é então um dos argumentos utilizados pela AT para recusar a sua aplicação aos rendimentos de seguradoras com participações afetas a carteiras *Unit-linked*.

Da perspetiva da AT, “*considerando que a base tributável corresponde à realidade a tributar, verifica-se, (...) que a mesma corresponderá ao lucro e (...) que os rendimentos gerados pelas carteiras “unit linked” não se destinam às seguradoras que as detêm e gerem, mas sim aos tomadores de seguro, que serão os destinatários desses lucros (caso venham a haver). As seguradoras recebem os rendimentos desses produtos para, posteriormente, os entregarem aos respetivos tomadores, ou seja, esses lucros vão afetar a base tributável dos tomadores de seguro e não a da seguradora.*”⁴⁷

Esta questão foi apreciada em jurisprudência arbitral nas decisões de 01.09.2014, proferida no âmbito do processo n.º 65/2014-T, e de 20.01.2016, proferida no âmbito do processo n.º 268/2015-T⁴⁸, concluindo pela aplicação do referido regime aos rendimentos em causa, na esteira da posição assumida por Saldanha Sanches e Taborda da Gama no artigo publicado na revista *Fiscalidade em 2008*⁴⁹.

No processo n.º 65/2014-T⁵⁰, estavam em causa correções e liquidações adicionais de IRC, feitas pela Autoridade Tributária (AT), no âmbito de uma inspeção tributária externa, com referência ao exercício de 2008 da atividade de uma seguradora. Correções essas que se prendem, segundo a AT,

⁴⁶ Atual (2021) artigo 70.º do Código do IRC, que já não inclui a expressão referida.

⁴⁷ Síntese conclusiva do Relatório da Inspeção Tributária. Decisão do CAAD de 09.10.2017, proferida no processo n.º 160/2017-T.

⁴⁸ Decisão do CAAD de 29.01.2016, no âmbito do processo n.º 268/2015-T, disponível em: <https://caad.org.pt/>.

⁴⁹ SALDANHA SANCHES, José Luís e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, in *Revista Fiscalidade* n.º 33.

⁵⁰ Decisão do CAAD de 01.09.2014, no âmbito do processo n.º 65/2014-T, disponível em: <https://caad.org.pt/>.

com a incorreta aplicação do artigo 46º do CIRC a rendimentos relativos a seguros *unit linked*, auferidos pela requerente (seguradora), já que não estavam, na sua ótica, verificados os pressupostos legais para a sua aplicação.

No centro do problema está, como refere o Tribunal, o facto de “*os rendimentos derivados da titularidade de participações sociais e em fundos de investimento, no quadro daquele tipo de contratos, terem, por força das normas prudenciais que vinculam a actividade seguradora, uma correspondência no estabelecimento obrigatório de provisões de igual montante, relativas às responsabilidades assumidas com a contraparte naqueles contratos, o que, na prática, se traduziria na circunstância de, em si próprios, aqueles referidos rendimentos não aumentarem a matéria colectável da entidade seguradora.*”⁵¹

O cerne da posição da AT é então o facto de, pelo facto das Seguradoras estarem legalmente obrigadas a constituir provisões no âmbito destes seguros, os rendimentos não entrarem, na sua ótica, para a sua base tributável, mas sim para a base tributável do tomador do seguro.

O Tribunal acaba por discorrer sobre este tema, acompanhando o artigo de Saldanha Sanches e Taborda da Gama, que sublinham como relevante o facto de a seguradora não entregar as concretas UC ao tomador⁵², mas sim o valor associado a elas, que é o verdadeiro objeto dessa relação jurídica e aquilo que preenche sua verdadeira obrigação de prestar⁵³. Isto significa que a sua obrigação é a entrega de um montante liquidado em função do valor das UC “detidas” pelo segurador, no momento da extinção do contrato.

Apenas nesse momento, o da morte do tomador ou do resgate, é que este beneficiário (o tomador) tem direito a rendimento/contraprestação. Até aí o seu património permanece inalterado, já que as variações de valor das participações sociais e das associadas UC não o influenciam em mais do que as suas expectativas. As variações de valor das participações sociais e eventuais distribuições feitas influenciam apenas a esfera da Seguradora, alterando o valor da provisão que esta é obrigada a fazer.

A seguradora é a única titular dos investimentos por si realizados, independentemente do risco da desvalorização, inerente ao produto em questão, ser assumido pelo tomador do seguro ou por si.

⁵¹ Decisão do CAAD de 09.10.2017, p. 12.

⁵² Já que estas são apenas nocionais.

⁵³ Decisão do CAAD de 09.10.2017, p. 32.

Os clientes recebem (ou não) um rendimento advindo do seguro contratado e não um rendimento proveniente diretamente da valorização de ações, obrigações ou outros investimentos.

Caso o tomador pretendesse investir de forma independente nestes ativos, sendo influenciado pela sua valorização e recebendo diretamente dividendos, podia tê-lo feito em vez de contratar um seguro através do qual a titularidade dos ativos permanece na esfera da seguradora. Nesse caso, seria certamente a sua base tributável que seria afetada por estes lucros distribuídos, indo ao encontro do entendimento da AT.

Como vimos anteriormente, as seguradoras atuam nos mercados por conta própria, circunstância que também é sublinhada pelo Tribunal, enfatizando o facto de que em caso de insolvência sem vencimento dos contratos, os tomadores dos seguros não têm direito sobre os ativos que a seguradora adquiriu, nem sobre os rendimentos que estes geraram. Estes tomadores são credores da seguradora, pagos pelo seu património total.

Faz-se ainda referência, neste artigo, à possibilidade de que as seguradoras “*não os vendam [os ativos indexantes] no momento em que o contrato com os clientes cessa*”⁵⁴. Neste cenário fica clara a existência de duas relações jurídicas diferentes que se cruzam num contrato *unit linked*, não existindo uma relação entre as sociedades que distribuem os lucros e o tomador do seguro. Ambos têm uma relação bilateral com a seguradora.

Os autores (e o Tribunal) acabam por concluir que, como referimos, “*O sujeito, aqui, é a seguradora. São dela as obrigações comerciais e os direitos. Serão dela conseqüentemente, as obrigações tributárias activas e passivas*”⁵⁵, e portanto “*os rendimentos que venha a obter por ser detentora de acções e UP são ganhos sujeitos a imposto. Em concreto, a IRC (...) são ganhos incluídos na base tributável, ou seja, sujeitos ao regime fiscal globalmente considerado e não apenas a parte do regime. Assim, todo o regime do artigo 22.º do EBF e todo o regime do IRC - incluindo os mecanismos de eliminação da dupla tributação económica do artigo 46.º do respectivo Código - lhe são aplicáveis.*”⁵⁶

O próprio artigo 50º CIRC, cuja epígrafe é “Empresas de Seguros” determina que “*Concorrem para a formação do lucro tributável os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo*

⁵⁴ SALDANHA SANCHES, José Luís e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, p. 10.

⁵⁵ SALDANHA SANCHES, José Luís e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões (...)*, p. 10.

⁵⁶ SALDANHA SANCHES, José Luís e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões (...)*, p.13.

valor aos ativos que estejam a representar provisões técnicas do seguro de vida com participação nos resultados, ou afetos a contratos em que o risco de seguro é suportado pelo tomador de seguro”.

Não restam então dúvidas de que estes lucros distribuídos estão incluídos na base tributável da seguradora, da mesma forma que outros rendimentos com diferentes fontes, não servindo a obrigação de criar provisões como impedimento da sua aplicação.

O artigo 17.º do Código do IRC estabelece, no seu n.º1, que *“o lucro tributável (...) é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código”.* perante isto, é de concluir que o lucro tributável é o que resulta do balanço da sociedade, que corresponde tendencialmente ao balanço fiscal.

Uma das situações em que a Lei fiscal faz correções ao lucro contabilístico é na eliminação da dupla tributação económica, já que este mecanismo retira estes concretos lucros distribuídos da base tributável da sociedade de forma a não serem duplamente tributados.

O tribunal acrescenta na sua decisão: *“é, precisamente, por a distribuição do dividendo concorrer efetivamente, para a base tributável da seguradora, que é necessário o estabelecimento da provisão! É, com efeito, por aquela base tributável se ter incrementado por via da distribuição do dividendo, que surge a necessidade/obrigação da contabilização da provisão. Se, como no fundo sustenta a AT, não ocorresse, económica, jurídica e realmente, uma alteração da base tributável da seguradora por via da distribuição do dividendo, não haveria qualquer necessidade ou justificação para a criação de qualquer provisão!”⁵⁷*

4.5 Tributação efetiva e provisões

Concluindo pela inclusão na base tributável destes rendimentos (de dividendos recebidos no de participações detidas no âmbito de seguros *unit linked*), é importante então perceber a relação entre a obrigação fiscal e prudencial de refletir nas provisões a valorização das UC e a aplicação do regime de eliminação da dupla tributação.

⁵⁷ Decisão do CAAD de 09.10.2017, p. 12.

A AT utiliza a obrigatoriedade destas provisões para argumentar que os rendimentos em causa são imputados aos tomadores de seguro, no sentido em que seriam imediatamente rendimentos destes, não fazendo sentido eliminar-se a tributação na esfera da seguradora.

No entanto, estas provisões estão integradas numa matéria e funcionamento independente. Estes rendimentos não são automaticamente transmitidos para o tomador do seguro, caso contrário não seria necessário provisionar a responsabilidade da seguradora. Apenas no momento de vencimento da apólice (morte ou resgate) é que na esfera da contraparte se forma o direito de crédito, antes desse momento nada é transmitido para o tomador de seguro, tudo se mantém na esfera da seguradora.

Posto isto será também na esfera da seguradora que os lucros serão tributados e onde eventualmente se justifica a eliminação da dupla tributação.

Olhando para a contabilidade das seguradoras, as prestações recebidas dos tomadores a título de prémio e aplicadas na aquisição de ativos são contabilizadas no seu Ativo, embora afetas a um “Fundo”. Depois de adquirir os ativos, a seguradora faz a sua gestão e, conforme o seguro contratado, obriga-se a pagar um montante correspondente ao valor das UC “contratadas” na altura do resgate ou morte do segurado. Nesse momento, regista no seu passivo as responsabilidades assumidas perante os investidores, como contrapartida dos ativos afetos aos produtos *Unit-linked*.

No Plano de Contas para as Empresas de Seguros (PCES), os depósitos bancários são integrados como ativos susceptíveis de representarem provisões técnicas. Faz parte da responsabilidade da seguradora incluir, nas suas provisões, o montante dos dividendos distribuídos. Portanto, os montantes dessas responsabilidades refletem as variações de valor que ocorram nesses ativos e os rendimentos por eles gerados (dividendos, juros...), que se espelham no valor das UC.

Estes factos, na perspetiva da AT impedem a aplicação do regime, servindo-se de um exemplo que ilustra o seu raciocínio numa Decisão do CAAD de 29.01.2016⁵⁸: “*Se uma seguradora recebeu dividendos no valor de 1000 relativos às ações afetas à carteira de produtos unit-linked, registou essa importância na conta 74 – Rendimentos de Investimentos e registou a mesma exacta importância na conta de custos correspondente (65 ou 67), então se, por mera hipótese teórica, essa seguradora não tivesse realizado outras operações, o seu resultado contabilístico seria nulo;*”

⁵⁸ Decisão de de 29.01.2016, proferida no âmbito do Processo nº 268/2015-T.

A seguradora, na mesma decisão em que figura como requerente, contrapõe este exemplo com “o da empresa que vende 1000 de mercadorias e leva outros 1000 a custos, não afectando a base tributável”, defendendo “que o ponto em discussão não é se essa operação gera um lucro, mas sim se os proveitos são levados a tributação, questão diametralmente oposta (...) No exemplo apresentado, os proveitos foram à base tributável mas foram neutralizados por custos de idêntico montante, o que sucede exactamente, no caso em apreço”. Este raciocínio está em linha com aquilo que foi analisado anteriormente. Estando estes rendimentos presentes na base tributável da seguradora, e sendo este o único requisito necessário para a aplicação do regime, não deve a existência de passivos a impedir a sua utilização.

O Tribunal acaba por concluir, citando o artigo já mencionado de Saldanha Sanches e Taborda da Gama, o seguinte: “**não há dúvidas de que um lucro distribuído ao sujeito passivo está incluído na sua base tributável, tal como o rendimento decorrente da venda de mercadorias, prestação de um serviço ou renda de um imóvel. Deste modo, não só terá cabal aplicação nestas situações o artigo 46.º do CIRC (...) já que «O artigo 46.º não é um benefício fiscal - é um mecanismo de elementar justiça tributária que repõe a neutralidade da tributação, evitando que a mesma realidade seja tributada duas vezes. Não faz sentido negar a sua aplicação às companhias de seguros no âmbito dos produtos unit-linked que comercializem afirmando, por exemplo, que os rendimentos que resultam dos activos de que dispõem não lhes pertencem ou que o resultado contabilístico é nulo, por via das provisões»**”. (destaques nossos).

E ainda, que “**não se pode afirmar, nem a AT o faz, «que o mecanismo do artigo 46.º exige que os rendimentos sejam duplamente tributados», (...) dado que se a companhia de seguros não pudesse exonerar-se dos encargos tributários que o fundo ou as sociedades comerciais suportaram, teria de repercutir esse encargo na indemnização a pagar ao segurado que deste modo sofreria uma dupla tributação: primeiro, no fundo de investimento ou na pessoa colectiva e, depois, no momento em que fosse tributado em IRS pela indemnização que iria receber», que «anularia o benefício fiscal que o legislador procurou conceder à poupança»**”(destaque nosso).

O mesmo entendimento é defendido por Casalta Nabais num parecer junto pela requerente com as alegações no processo n.º 160/2017-T do CAAD⁵⁹, citando, “**não há qualquer anulação de proveitos porquanto, tendo em conta a função das provisões técnicas, estas ao reterem lucros que, de outra forma, seriam distribuídos, vão permitir a libertação de fundos para investimento em**

⁵⁹ Decisão Arbitral proferida no âmbito do processo n.º 160/2017-T, de 09.10.2017.

determinados activos com maior ou menor risco, com maior ou menor rentabilidade” e “se a seguradora não pudesse exonerar-se dos encargos tributários que o fundo ou as sociedades seguradoras suportaram, acabaria por ter de repercutir esse encargo na indemnização a pagar ao segurado, que deste modo sofreria uma dupla tributação”.

A interpretação da AT pode conduzir então a uma efetiva dupla tributação, na esfera da sociedade que distribui lucros e depois na esfera do tomador em IRS.

Sendo todos os rendimentos tributados na esfera do segurado e na esfera da sociedade distribuidora, fará sentido que se desonere a seguradora de encargos fiscais antecipados, em prol da neutralidade, que se faz através da aplicação, legítima, do artigo 46º.

Resumindo, contabilisticamente, a seguradora regista como proveito o rendimento obtido com os ativos financeiros que compõem o “fundo” (onde se incluem os dividendos) e, por contrapartida, como custo, o pagamento desse rendimento aos tomadores em função do prémio pago. Este pagamento aos tomadores, não sendo imediato, gera uma responsabilidade da seguradora que deve ser provisionada.

Este facto não deve, no entanto, impedi-la de utilizar o mecanismo de eliminação da dupla tributação previsto no artigo 46.º. Esse impedimento consistiria numa barreira arbitrária a todas as empresas que tenham a obrigação de constituir provisões por determinação da sua entidade reguladora.

No limite este entendimento significaria que, mesmo preenchendo todos os requisitos no nº 1 do artigo 46º, por existir uma obrigação de constituir provisão quanto a esses rendimentos, o regime não poderia ser aplicado.

Veja-se o entendimento do TCA-Sul⁶⁰ neste sentido: *“Ora, o facto de estarem constituídas tais provisões não pode ter como consequência lógica a extraída pela AT, de que se anula o rendimento obtido que, em seu entender, na verdade, é do tomador do seguro, não considerando o referido rendimento na esfera da 1.ª Recorrente, nem as suas consequências.”.*

Este é o entendimento que vai ao encontro do princípio da tributação pelo rendimento real, que se preocupa com a tributação das empresas por meio do rendimento obtido através da sua

⁶⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no âmbito do processo n.º 2173/04.4BELSB, de 25.02.2021.

contabilidade, por ser a forma mais exata de obter a medida da sua oneração fiscal⁶¹. Fazer da constituição de provisões um requisito negativo para a eliminação da dupla tributação económica, faz com que se diferencie negativamente a posição das empresas seguradoras, face a empresas com os mesmos ativos, mas sem essa obrigação prudencial.

4.6 Reservas técnicas e provisões técnicas

Outro argumento utilizado pela AT a favor da não aplicação do regime no tempo em que vigorava o artigo 46º, está também relacionado um aspeto formal contabilístico. Durante a vigência da redação a que temos feito referência, estava em vigor um Plano de Contas para as Empresas de Seguros (PCES07)⁶², aprovado em 2008.

Com a aprovação do PCES07, uma parte relevante das provisões relativas a operações em que o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro (como os seguros *unit linked*) deixam de ser contabilizadas como provisões técnicas na Classe 3 do Plano de Contas (Provisões Técnicas), sendo esses valores obrigatoriamente registados antes numa conta da Classe 4 – Outros Activos e Passivos, como passivos na subconta 45 – “Outros passivos financeiros”.

Clarificando, existia uma Classe 3 onde estavam incluídas as provisões técnicas. A referida alteração prende-se com, especificamente para os “*contratos de seguro de vida em que o risco de investimento é suportado pelo tomador de seguro*”, se passarem a incluir nessa classe das Provisões Técnicas apenas as provisões que sejam “*constituídas para cobrir riscos de mortalidade, gastos administrativos ou outros gastos (como, por exemplo, as prestações garantidas na data de vencimento ou os valores de resgate garantidos)*”, que constituem apenas uma parte das provisões necessárias no âmbito deste seguro e não incluem os valores a pagar no momento do resgate (“*passivos financeiros relativos à componente de depósito*”). Estes valores passam a estar registados numa conta da Classe 4, como outros passivos.

Refere a AT então, na sua resposta o caso a que nos temos vindo a referir⁶³, “na “CLASSE 3 – PROVISÕES TÉCNICAS”, estão reunidas todas as provisões técnicas constituídas, para fazer face aos compromissos decorrentes de contratos de seguro, enquanto que na “CLASSE 4 -

⁶¹ SALDANHA SANCHES, José Luís, Manual de Direito Fiscal, Coimbra Editora, 2º edição, 2002, p.51.

⁶² Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal (hoje, ASF), n.º 4/2007-R, de 27 de Abril (Regulamento n.º 110/2007, publicado no Diário da Republica, 2.ª série, de 8 de Junho de 2007), alterada pela Norma Regulamentar n.º 20/2007-R, de 31 de Dezembro (Regulamento n.º 35/2008, publicado no Diário da Republica, 2.ª série, de 18 de Janeiro de 2008). Hoje substituída pela norma regulamentar n.º 10/2016-R de 15 de setembro e alterado pela NR n.º 3/2018-R, de 9 de março disponível em: <https://www.asf.com.pt/>.

⁶³ Decisão de 01.09.2014, proferida no âmbito do processo n.º 65/2014-T.

OUTROS ACTIVOS E PASSIVOS”, numa conta de terceiros, conta “45 - outros passivos financeiros”, encontra-se a subconta “45.0 Passivos financeiros da componente de depósito de contratos de seguros e de contratos de seguro e operações considerados para efeitos contabilísticos como contratos de investimento”, sendo que nas operações em que o risco de investimento é suportado pelo tomador de seguro (unit linked), tratando-se de um contrato de investimento/depósito, as importâncias recebidas dos tomadores são registadas no passivo, nesta conta «45.0»

O tribunal responde a isto esclarecendo que o n.º 2 do artigo 46.º, na redação vigente à data dos factos, se refere a “reservas técnicas” e não a “provisões técnicas”, sem as equiparar, defendendo que “*dever-se-á entender a expressão legal como de âmbito mais vasto que o conceito estrito em que a AT se sustenta, abrangendo, para além deste, todas aquelas situações em que, prudencialmente, é imposto à seguradora que, de alguma forma, reserve ganhos.*”

Esta ideia é corroborada pela extensão da norma às sociedades de investimento (alínea d)), já que “*a forma de funcionamento daquele tipo de sociedades (sociedades de investimento) será, precisamente, aquela que a AT sustenta como sendo insusceptível de fundar a aplicação da norma em causa. Com efeito, tais sociedades, realizarão investimentos por conta dos seus clientes, recebendo os correspondentes retornos, que, nos termos do contrato de investimento, serão reconduzidos àqueles, sendo o rendimento económico das sociedades em questão, correspondente às comissões que cobrem. Tal como ocorre com as seguradoras, nos contratos unit link*”

O artigo 50.º do CIRC, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13/07, veio de alguma forma esclarecer que, na perspectiva do legislador, os rendimentos resultantes dos ativos “*afectos a contratos em que o risco de seguro é suportado pelo tomador de seguro*” concorrem para o lucro tributável da seguradora.⁶⁴

Tende-se a concordar com a posição tomada pela jurisprudência neste sentido, já que, face à redacção do artigo 46º que vigorava até 2014, não parece defensável a recusa de aplicação do regime com base numa interpretação duvidosa do conceito de “inclusão na base tributável” e com os argumentos relativos à contabilidade apresentados.

⁶⁴ “*Concorrem para a formação do lucro tributável os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo valor aos activos que estejam a representar provisões técnicas do seguro de vida com participação nos resultados, ou afectos a contratos em que o risco de seguro é suportado pelo tomador de seguro.*”.

Exposta a discussão clássica, cabe agora analisar as diversas alterações à redação desta norma que vieram influenciar a sua relação com os seguros *unit linked*.

4.7 Alterações subsequentes

4.7.1 Alterações em 2013 e 2014

Em 2013 o artigo 46º passa a corresponder ao artigo 51º, mantendo-se a sua redação igual no que respeita aos artigos que temos vindo a tratar.

Posteriormente, a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, faz corresponder, aos antigos n.ºs 1 e 2, os n.ºs 1 e 6 do mesmo artigo, com as seguintes redações:

1 - Os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português não concorrem para a determinação do lucro tributável, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

(...)

*6 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 é aplicável, independentemente da percentagem de participação e do prazo em que esta tenha permanecido na sua titularidade, aos **rendimentos de participações sociais em que tenham sido aplicadas as reservas técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros e, bem assim, aos rendimentos das seguintes sociedades:***

(...)”

É eliminada então a referência à “*inclusão na base tributável*” anteriormente presente no n.º1, mas mantendo-se a redação do anterior n.º 2, que é transferido para o n.º 6⁶⁵. São também alterados alguns dos requisitos do n.º 1, nomeadamente no que toca a percentagem de participação.

Em vigor nesta altura estava ainda o PPCES07, constante da Norma Regulamentar n.º 4/2007-R, de 27 de Abril, com as normas contabilísticas já analisadas.

Por via da alteração da redação em 2014, o legislador adotou uma abrangência universal do regime, conforme o relatório que acompanha a proposta de Orçamento para 2014: “*o objetivo da reforma nesta matéria é o de alargar o regime atual de eliminação da dupla tributação (aplicável apenas na esfera nacional e europeia) para os investimentos realizados em qualquer parte do*

⁶⁵ Correspondente ao atual n.º 6

*mundo (com exceção dos paraísos fiscais) e flexibilizar as suas condições, promovendo a internacionalização das empresas portuguesas e a atração de novos investidores para o mercado português”.*⁶⁶

4.7.2 Alteração em 2016

A Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (Lei do orçamento de Estado para 2016), vem trazer alterações substanciais, passando os n.ºs 1 e 6 do artigo 51º a ter a seguinte redação:

“1 - Os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português não concorrem para a determinação do lucro tributável, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

(...)

*6 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 é aplicável, independentemente da percentagem de participação e do prazo em que esta tenha permanecido na sua titularidade, à parte dos rendimentos de participações sociais que, estando afetadas às **provisões técnicas** das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, **não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros e, bem assim, aos rendimentos das seguintes sociedades:***

(...)”

Continua a estar ausente a referência a “base tributável” e alteram-se novamente os requisitos no n.º 1, aumentando nomeadamente o requisito da participação, de novo, para 10%.

Muito relevante para o nosso tema é a alteração ao n.º 6, já que se acrescenta uma delimitação da sua aplicação à *“parte dos rendimentos que (...) não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros”*.

Esta nova redação restringe então a sua aplicação da isenção a *“parte dos rendimentos”*, por contraste com a redação anterior que se aplicava sem distinção a todos os rendimentos, introduzindo como critério os rendimentos serem ou não direta ou indiretamente imputáveis aos tomadores de seguro, requisito que não constava anteriormente.

⁶⁶ p. 67 do relatório que acompanha a Proposta de Orçamento para 2014

É alterada também a referência a “reservas técnicas” passando a constar antes a referência a “provisões técnicas”, com influência no argumento exposto acima. Esta alteração torna-se menos relevante pela alteração das normas contabilísticas.

4.7.2.1 As Alterações contabilísticas

A Norma Regulamentar n.º 10/2016-R⁶⁷, de 15 de Setembro, introduziu o regime contabilístico aplicável às empresas de seguros e resseguros, constante no Plano de Contas para as Empresas de Seguros (PCES) publicado em anexo à mesma.

Na verba 4.2.4 estabelece-se: *“A provisão de seguros e operações do ramo Vida deve representar o valor das responsabilidades da empresa de seguros líquido das responsabilidades do tomador do seguro, em relação a todos os seguros e operações do ramo Vida, compreendendo: a) A provisão matemática; b) A provisão de seguros e operações do ramo Vida em que o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro; c) A provisão para compromissos de taxa; d) A provisão de estabilização de carteira”*⁶⁸

A verba 4.2.4.3, que se refere especificamente à *“Provisão de seguros e operações do ramo Vida em que o risco de investimento é suportado pelo tomador do seguro”* clarifica que esta deve ser determinada *“em função dos ativos afetos ou dos índices ou ativos que tenham sido fixados como referência, para determinar o valor das importâncias seguras.”*

Deve ainda ser criada uma provisão matemática para os riscos que não são assumidos pelo tomador, que é constituída, *“nomeadamente, para cobrir os riscos de mortalidade, as despesas administrativas, as prestações garantidas na data de vencimento ou os valores de resgate garantidos”*.⁶⁹

⁶⁷ Norma Regulamentar n.º 10/2016-R, de 15 de setembro, alterada e republicada pela Norma Regulamentar n.º 3/2018-R, de 29 de março, e pela Norma Regulamentar n.º 2/2021-R, de 2 de março

⁶⁸ Ponto 4.2.4.3 do PCES.

⁶⁹ Ponto 4.2.4.3, n.º. 3 do PCES.

4.8 O artigo 51º n.º 6 como lei interpretativa e a sua inconstitucionalidade

4.8.1 Leis interpretativas

O artigo 135.º da referida Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, que fez alterações ao CIRC, atribuiu ainda “natureza interpretativa” à nova redação do n.º 6 do artigo 51.º. Esta norma foi considerada inconstitucional por razões que serão descritas em seguida.

Cabe primeiramente perceber aquilo que se entende por “lei interpretativa”. O artigo 13.º do Código Civil estabelece o seguinte: *“A lei interpretativa integra-se na lei interpretada, ficando salvos, porém, os efeitos já produzidos pelo cumprimento da obrigação, por sentença passada em julgado, por transacção, ainda que não homologada, ou por actos de análoga natureza.”*

Significa isto que, à partida, não será de aplicar a estas leis o princípio da não retroatividade consignado no artigo 12º, tudo se passando como se a norma que é interpretada tivesse, ao tempo da sua redação, o alcance fixado pela norma interpretativa.⁷⁰ Se a norma interpretativa é integrada na norma interpretada, os seus efeitos retroagem à data de entrada em vigor da Lei Antiga (“LA”), como se tivesse sido publicada nessa mesma data.⁷¹ Aplicando este raciocínio ao caso em estudo, tudo se passaria como se, desde a sua entrada em vigor, a norma do artigo 51.º pudesse ser interpretada como se já contivesse as alterações introduzidas em 2016.

A proibição de retroatividade, que a lei interpretativa vem excepcionar, advém, primeiramente, do princípio geral acolhido no artigo 12.º do Código Civil, de que a lei deve dispor apenas para o futuro. Quanto às normas fiscais em concreto, dispõe o artigo 103.º, n.º 3 da Constituição que *“ninguém pode ser obrigado a pagar impostos (...) que tenham natureza retroactiva”* e o artigo 12.º da Lei Geral Tributária (LGT) que *“As normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer tributos retroativos”*.

Baptista Machado defende a existência de duas modalidades de leis interpretativas, sendo que umas são interpretativas porque o legislador assim as determinou (leis interpretativas por determinação do legislador) e outras por sua natureza (leis propriamente interpretativas).

⁷⁰ BAPTISTA MACHADO, João, *Sobre a aplicação do tempo no novo Código Civil*, Almedina, 1968, p. 285.

⁷¹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado - Volume I*, Coimbra, 4º edição, 2011, p. 62, anotação ao artigo 13.º.

Segundo este autor e a distinção por si proposta, a declaração do legislador que atribui o âmbito de aplicação das leis interpretativas a uma lei que não seja “propriamente interpretativa” na sua concessão, “equivale, então, a uma cláusula de retroatividade”⁷². Ou seja, caso o legislador declare como interpretativa uma lei que, na verdade, não corresponda a uma lei interpretativa por natureza, esta será materialmente retroativa por força dessa declaração⁷³.

Cabe então saber o que se entende por lei propriamente interpretativa na acepção deste autor. A razão de ser da sua permitida retroatividade prende-se com o facto da norma em questão, na sua perspectiva, não violar quaisquer expectativas legítimas dos interessados, já que a solução por si fixada era já esperada, por corresponder a uma corrente dominante ou forte de interpretação da lei antiga, por parte da doutrina e jurisprudência. Para que isto se verifique, é relevante que exista uma questão controvertida e que a norma a venha resolver, dentro do quadro da controvérsia existente.

Uma lei interpretativa “*intervém para decidir uma questão de direito cuja solução era controvertida ou incerta*”⁷⁴, através da consagração de um entendimento a que a jurisprudência poderia ter chegado. Caso a jurisprudência já tivesse atribuído um sentido pacífico e constante, não existindo controvérsia, a Lei nova (“LN”) que define um outro entendimento será, na verdade, uma lei inovadora e não propriamente interpretativa.

Existindo essa incerteza na doutrina e jurisprudência, é também relevante que a matéria de debate seja resolvida dentro do quadro da controvérsia existente, já que a opção por uma solução fora deste será sempre inovadora. Nesse caso a “natureza interpretativa” que lhe é atribuída é tida como uma cláusula de retroatividade proibida, já que cria uma solução nova, mas que produziria efeitos desde a entrada em vigor da LA.

Olhando para o caso concreto do artigo 51.º, n.º 6, na redação que antecede esta alteração (de 2016), não existe qualquer referência a uma restrição da dedução “*à parte dos rendimentos de participações sociais que, estando afetadas às **provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros***” (destaques nossos), que configuram alterações relevantes.

⁷² BAPTISTA MACHADO, João, *ob. cit.*, p.286.

⁷³ BAPTISTA MACHADO, João, *ob. cit.*, p.285.

⁷⁴ BAPTISTA MACHADO, João, *ob. cit.*, p. 286 ss.

Partindo da presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (Cfr. artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil⁷⁵), parece claro que, quando a norma se refere a “rendimentos”, não se alude apenas a uma “*parte dos rendimentos*” e, especialmente, não se refere ao requisito da não imputação, direta ou indireta, aos tomadores de seguros.

Nada na redação anterior nos conduz a uma interpretação tão restritiva da aplicação do regime.

A acrescentar a isto, não é conhecida nenhuma decisão jurisprudencial ou posição doutrinal em que se tenha adotado a solução vertida nesta norma, tendo a jurisprudência sido constante na defesa da sua aplicação. Não se está, portanto, perante uma solução controvertida ou incerta no âmbito da qual seja necessária uma clarificação através de norma interpretativa.

Seguindo a distinção exposta acima, o artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016 configura uma norma interpretativa por determinação do legislador e não propriamente interpretativa, o que significa que ao lhe ser conferido valor interpretativo, esta será materialmente retroativa.

4.8.2 Declaração de inconstitucionalidade do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016

4.8.2.1 A Decisão Arbitral

A inconstitucionalidade do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março foi suscitada no Acórdão Arbitral de 9 de outubro de 2017, no Processo n.º 160/2017-T.⁷⁶ Nesta decisão estava em causa a apreciação da legalidade de uma liquidação de IRC, a pedido da Requerente (Seguradora), que comercializava seguros *unit linked*, tendo auferido durante o exercício de 2013, rendimentos provenientes de ações e unidades de participação (em fundos de investimentos) relativas a essa comercialização, que eram por si detidas e parte integrante dos seus investimentos financeiros.

A Requerente deduziu ao resultado líquido, para efeitos de determinação do lucro tributável, lucros distribuídos relativos àqueles rendimentos, de acordo com o mecanismo para eliminar a dupla tributação económica previsto no artigo 51.º do CIRCS, na redacção em vigor em 2013.

⁷⁵ “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

⁷⁶ Decisão Arbitral proferida no âmbito do processo n.º 160/2017-T, de 09.10.2017.

A Autoridade Tributária efetuou uma correção à dedução efetuada, relativa aos rendimentos de títulos afectos a carteiras “unit-linked”, por entender, em suma, que os rendimentos derivados da titularidade de participações sociais e em fundos de investimento, no quadro de contratos de tipo *unit linked*, não são abrangidos pelo regime de eliminação da dupla tributação previsto no n.º 1 do artigo 51.º do CIRC, em virtude daqueles rendimentos terem, por força das normas prudenciais que regem a actividade das seguradoras, terem obrigatoriamente correspondência no estabelecimento de provisões de igual montante, para acautelar as responsabilidades assumidas com o tomador naqueles contratos.

Com estes pressupostos, a AT entendeu que aqueles referidos rendimentos não aumentam a matéria colectável da seguradora, i.e., não são «*incluídos na base tributável*», para efeitos daqueles n.ºs 1 e 2 do artigo 51.º, não podendo ser isentos por força desta norma.

Além desta controvérsia, o Tribunal entendeu serem de abordar os efeitos que sobre a matéria pode ou não ter a norma interpretativa que a Lei n.º 7-A/2016, de 30 de Março, criou, relativamente ao artigo 51.º, cuja relevância é suscitada pela AT.

O Tribunal dedicou-se à atribuição de natureza interpretativa à redação do artigo 51.º, no ponto 3.4 do referido Acórdão, salientando desde início a diferença substancial entre as duas redações do artigo. Na redação anterior à alteração, não é feita nenhuma referência à limitação da dedução “*à parte dos rendimentos de participações sociais que, estando afetas às provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros*”.

Na opinião do tribunal arbitral, partindo da definição apresentada por Baptista Machado, esta norma não pode ser considerada interpretativa, afirmando que “*A lei n.º 7-A/2016 não supera qualquer dos requisitos deste «teste Baptista Machado», desde logo porque a solução do direito anterior não podia ser considerada controvertida ou incerta, não sendo conhecida alguma decisão de qualquer tribunal ou posição doutrinal de entidade independente que tivesse adoptado a tese defendida pela Autoridade Tributária*”.

Mesmo dentro da suposta controvérsia, não se chegaria à solução da LN sem ignorar a presunção de que o legislador soube exprimir o seu pensamento adequadamente. O tribunal arbitral conclui então que esta norma é materialmente retroativa e incompatível com a proibição de retroatividade que consta do artigo 103.º, n.º 3 da CRP, recusando a sua aplicação ao caso.

4.8.2.2 Tribunal Constitucional

A fiscalização concreta da constitucionalidade do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016, conjugado com o artigo 51.º, n.º 6 do CIRC, foi apreciada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 101/2021⁷⁷ de 4 de fevereiro de 2021, que, indo ao encontro da conclusão do Tribunal Arbitral, decidiu pela inconstitucionalidade desta, por violação da proibição da criação de impostos com natureza retroativa, estatuída no artigo 103.º, n.º3 da Constituição.

O Tribunal começa por fazer referência a jurisprudência anterior referente a leis interpretativas em matéria fiscal, como o Acórdão n.º 267/2017⁷⁸, cuja posição foi reiterada nos Acórdãos n.ºs 644/2017⁷⁹, 92/2018⁸⁰ e 751/2020⁸¹.

É feita pelo Tribunal nos Acórdãos n.º 267/2017 e n.º 395/2017⁸² uma distinção relevante entre interpretação judicial e legislativa, sustentando que, do ponto de vista do direito constitucional, e no que se refere à interpretação da lei, não se pode abstrair das diferenças orgânicas e funcionais entre legislador e julgador, citando o primeiro destes acórdãos⁸³: *“Quando um tribunal interpreta uma lei, nomeadamente uma lei ambígua, num certo sentido, o fundamento da decisão é a correção jurídica desse juízo; o tribunal afirma que determinado sentido é o sentido verdadeiro e originário (...)”, “Já o legislador, não tendo qualquer competência jurisdicional, atua sempre com base na sua autoridade política, ou seja, com fundamento no seu título constitucional para decidir o que é melhor para a comunidade (...) ao interpretar a lei num certo sentido, o legislador não se arroga a idoneidade de descobrir o direito nela vertido, mas o de fixar o sentido com que ela deve valer por razões de justiça, utilidade ou oportunidade”.*

O Tribunal continua nesta contraposição: *“(...) as interpretações do legislador são por natureza constitutivas, porque o juízo que lhes subjaz é de ordem essencialmente política, ao passo que as interpretações dos tribunais são por natureza declarativas, porque se baseiam exclusivamente na*

⁷⁷ Acórdão TC n.º 101/2021, proferido no âmbito do Processo n.º 1238/17, de 04.02.2021.

⁷⁸ Acórdão TC n.º 267/2017, proferido no âmbito do processo n.º 466/16, de 31.05.2017, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁷⁹ Acórdão TC n.º 644/2017, proferido no âmbito do Processo n.º 519/17, de 04.09.2017, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁸⁰ Acórdão TC n.º 92/2018, proferido no âmbito do Processo n.º 449/17, de 20.02.2018, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁸¹ Acórdão TC n.º 751/2020, proferido no âmbito do Processo n.º 843/19, de 25.01.2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁸² Acórdão TC n.º 395/2017, proferido no âmbito do Processo n.º 751/2016, de 12.07.2017, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>.

⁸³ Acórdão TC n.º 267/2017

sua competência jurídica. E daí segue-se que, por definição, as leis interpretativas, mas já não as interpretações judiciais, são retroativas.”.

Pela distinção feita, percebe-se o primeiro passo do raciocínio do Tribunal, que se sustenta no facto de esta norma interpretativa, precisamente por ser uma interpretação feita pelo legislador (que, por sinal, é contrária à interpretação jurisprudencial maioritária) tem natureza constitutiva, fixando o sentido da lei com a sua autoridade legislativa com base num juízo de utilidade e já não uma interpretação declarativa como a que um Tribunal se limita a fazer.

O passo seguinte da decisão do TC passa por uma certa desconsideração do “teste Baptista Machado” apresentado acima, já que, na sua ótica, por se tratar de uma norma fiscal, esta será sempre retroativa, mesmo que “propriamente interpretativa”.

O Tribunal, acaba por concluir⁸⁴ que *“a exclusão ou imposição de uma ou mais interpretações de certa norma legal já realizadas – ou claramente admissíveis – por determinação de uma lei posterior limita o alcance da primeira: entre as múltiplas declarações do direito de que tal lei era passível, algumas deixaram ex vi legis de ser admissíveis e, na medida de tal limitação, ocorre uma modificação do direito que os tribunais “podem dizer”. Daí que a interpretação ou esclarecimento formalmente consagrados pela lei nova não possam deixar de revestir uma natureza constitutiva e a retroatividade inerente à mesma lei revista igualmente um carácter material ou substancial”*. E que portanto, *“não pode aceitar-se a ideia de que uma lei “genuinamente interpretativa” – porque se limita a consagrar um dos sentidos possíveis da lei interpretada – não seja lesiva das «expectativas seguras e legitimamente fundadas» dos seus destinatários”*. (destaque nosso).

Acrescenta ainda que não se poderá aceitar que *“caso trate de matéria fiscal, a respetiva retroatividade – tida como meramente “formal” – nem sequer esteja abrangida pela proibição do artigo 103.º, n.º 3, da Constituição. (...) a retroatividade inerente às leis interpretativas é necessariamente material e, caso esteja em causa a interpretação legal de normas fiscais, não pode deixar de estar abrangida pela proibição da retroatividade consagrada no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição.”*

O TC acaba por subscrever integralmente o entendimento da jurisprudência anterior, segundo a qual qualquer norma interpretativa em matéria fiscal, mesmo que “propriamente interpretativa” na

⁸⁴ Acórdão TC nº 101/2021.

acepção de Baptista Machado (portanto resolvendo a questão controvertida dentro do quadro da discussão), será sempre incompatível com a proibição da retroactividade em matéria fiscal, consagrada no n.º 3 do artigo 103.º da CRP. Isto verifica-se na medida em que, excluindo uma possibilidade de interpretação, esta norma vincula os tribunais a uma outra, entre várias em abstrato possíveis.

Esta posição tem sido a dominante na jurisprudência. Existem, ainda assim, decisões nas quais se optou por uma abordagem semelhante à defendida por Baptista Machado. Veja-se o Acórdão 395/2017, no qual se conclui: *“as leis interpretativas devem ter-se por abrangidas pela proibição constitucional da retroatividade em matéria fiscal. Só assim não será naqueles casos em que, tendo os tribunais sido chamados a pronunciarem-se sobre a interpretação a dar a leis ambíguas e controvertidas, se tenha a propósito delas estabelecido uma controvérsia jurisprudencial. Se os tribunais, aos quais cabe a autoridade de dizer o direito — através de decisões juridicamente fundamentadas e no termo de um processo de partes com igualdade de armas —, refletem e alimentam a controvérsia propiciada pela ambiguidade da lei, é inevitável concluir que a questão jurídica é, no momento presente, incerta ou insanável; os destinatários desta não têm, nessas circunstâncias, qualquer razão para formarem expectativas na prevalência de uma das posições compreendidas nos «quadros da controvérsia», e não podem, por essa mesma razão, invocar a frustração das suas expectativas legítimas contra a decisão do legislador de interpretar a lei num dos sentidos já acolhidos em decisões judiciais.”* (destaque nosso).

Mesmo no âmbito das decisões que seguem a posição maioritária encontram-se vozes discordantes. Salienta-se o voto vencido do Juiz Conselheiro Lino Ribeiro no citado Acórdão de 2017⁸⁵, *“No caso das normas fiscais interpretativas materiais - as que visam solucionar a incerteza de lei anterior, situando-se dentro dos quadros da controvérsia, com um conteúdo que o julgador ou intérprete a ela pudesse chegar, sem ultrapassar os limites típicos impostos à interpretação e aplicação da lei – não se pode dizer que a confiança dos contribuintes no sentido da norma interpretada gera expectativas legítimas da sua continuidade no ordenamento jurídico. Se a norma é controversa, a única expectativa que existe é que o legislador a solucione. Se ele o faz, optando por um dos entendimentos possíveis, que até já era seguida pela jurisprudência, não se pode dizer que há frustração intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva da confiança depositada na norma interpretada”*.

⁸⁵ Acórdão TC n.º 267/2017, de 31-05-2017, proferido no âmbito do processo n.º 466/16, voto vencido.

Este é também o entendimento encontrado na declaração de voto de Mariana Canotilho, no mais recente acórdão em análise⁸⁶ “ *um juízo de inconstitucionalidade, nesta matéria, não pode, no meu entender, limitar-se a aplicar; sem mais, a declaração de inconstitucionalidade do Plenário, que tinha por objeto norma distinta, sendo necessário que se averigue, em cada caso concreto, se estão ou não reunidos os requisitos para que uma lei nova possa ser verdadeiramente interpretativa*”.

No caso em apreço⁸⁷, o Tribunal não se debruça sobre o caráter inovador ou não desta norma, nem sobre a existência ou não de controvérsia, já que segue o entendimento de que todas as normas interpretativas são retroativas, independentemente desse “teste”.

É, no entanto, claro, que, independente da posição tomada quanto à aferição da retroatividade (entre a tese do tribunal arbitral e a defendida pelo TC), esta seria uma norma retroativa e, por consequência, inconstitucional. A aceção mais lata⁸⁸ está preenchida, já que esta norma exclui da aplicação do regime de *participation exemption*, situações anteriormente abrangidas, excluindo uma possibilidade de interpretação da norma.

Esta norma será também retroativa aos olhos daqueles que exigem uma averiguação caso a caso segundo os critérios do “teste Baptista Machado”, visto que tem havido uma apreciação reiterada e pacífica no sentido da aplicação deste regime ao caso em estudo nas decisões jurisdicionais, tanto pelo CAAD (cfr. decisões de 1-09-2014, Proc. n.º 65/2014-T, de 29-01-2016, Proc. n.º 268/2015-T, e de 9-10-2017, Proc. n.º 160/2017-T), como por tribunais tributários (cfr. os acórdãos do TCA-Sul de 15/12/2016, no Proc. n.º 09756/16, de 29/06/2016, no Proc. n.º 09385/16, e de 8/02/2018, no Proc. n.º 0297/12), e ainda na doutrina, não se podendo dizer que a norma vem resolver uma questão controvertida no âmbito da querela. Isso seria permitir que qualquer interpretação da AT, que neste caso apenas é uma das partes no processo, valesse para criar uma “discussão doutrinária” que devesse ser resolvida, quando na realidade a doutrina e jurisprudência são unânimes e a norma “interpretativa” em apreço é completamente inovadora.

⁸⁶ Acórdão do TC n.º 101/2021, proferido no âmbito do Processo n.º 1238/17.

⁸⁷ Acórdão do TC n.º 101/2021

⁸⁸ Tomada pelo TC, segundo a qual basta a exclusão de uma das possíveis interpretações para que a norma viole expectativas legitimamente criadas e seja inconstitucional.

O próprio Supremo Tribunal Administrativo, em 2019⁸⁹, no âmbito de um recurso de revista excecional, optou pela não admissão do recurso por esta questão não revestir importância fundamental, afirmando que “o *acórdão acolheu a posição doutrinal sustentada por SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA (...) que tem sido seguida, de forma reiterada e pacífica, nas decisões jurisdicionais proferidas sobre a matéria – tanto pelo Centro de Arbitragem Administrativa (...) como pelos tribunais tributários (...) Efectivamente, a questão em apreço não envolve a realização de operações lógico-jurídicas de particular complexidade, não envolvendo a aplicação de regime que coloque dificuldades superiores ao comum ou a cujo propósito persistam divergências jurisprudenciais ou controvérsias doutrinárias. Baseou-se, como se viu, em doutrina e jurisprudência pacífica sobre a matéria. E a tal acresce a circunstância de não se tratar de questão que assuma reflexos importantes na comunidade ou que extravasem o interesse dos sujeitos neste processo.*” (destaque nosso).

A natureza interpretativa conferida em 2016 figura apenas como uma forma de impor retroativamente uma solução inovadora, que a AT já tentava impor na prática antes da alteração.

4.9 Aplicação e interpretação da norma atualmente

Já vimos que a norma a que nos referimos não pode ser aplicada para o passado, mas é certamente aplicável hoje e aos casos que venham a surgir no futuro. Cabe então perceber qual a inovação que a alteração ao n.º 6 veio efetivamente trazer.

Com esta alteração o n.º 6 do artigo 51.º passou a referir-se “*à parte dos rendimentos de participações sociais que, estando afetadas às provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros*” (destaque nosso)

Essencial será compreender qual a parte do rendimento que será isenta por força do disposto nos n.ºs 1 e 2.

Para que se verifique a isenção prevista nesta norma, é necessário que o rendimento a isentar advinha de participações sociais, esteja afeto a provisões técnicas e não seja direta ou indiretamente imputável ao tomador de seguro.

⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, proferido no âmbito do Processo n.º 0297/12.3BELRS, de 05.22.2019, disponível em www.dgsi.pt/

O legislador, ao alterar a redação desta norma, teve como intenção clara a de excluir da *Participation Exemption* os rendimentos advindos de seguros unit linked que temos vindo a tratar. Este objetivo está patente na integração de um requisito negativo de imputabilidade ao tomador de seguro, indo ao encontro da posição que tem sido tomada pela AT na jurisprudência analisada.

Os rendimentos advindos de seguros unit linked seriam, então, indiretamente imputáveis ao tomador, já que, nesta lógica, não se destinariam verdadeiramente às seguradoras, mas sim aos tomadores de seguro, os verdadeiros destinatários desses rendimentos. Estes seriam, por essa razão, excluídos da possibilidade de isenção.

A redação desta norma não é, no entanto, completamente clara. Uma dificuldade pode partir da expressão “afetas às provisões técnicas”.

Ao ler a norma, não é inequívoco se o legislador se refere às “participações sociais”, sendo estas afetas às provisões técnicas e eventualmente imputáveis aos tomadores ou se se refere “à parte dos rendimentos”, que, estes sim, seriam imputados ao tomador. A palavra “afetas” dá a entender que o legislador se quis referir às participações sociais.

No entanto esta interpretação faz surgir uma dificuldade, já que as participações sociais, para além de não estarem afetas a provisões técnicas (aquilo que se provisiona é o valor a pagar ao tomador, logo, o rendimento destas participações), também não são imputáveis aos tomadores de seguros (vimos anteriormente que as participações pertencem sempre à seguradora e que o que é entregue ao tomador é o valor de unidades de conta). Mais, algumas participações sociais podem estar afetas a vários contratos de seguro com tomadores diferentes.

Provavelmente, esta última frase refere-se à “parte dos rendimentos” que está afeta a provisões e que é imputada ao tomador, na lógica já apresentada.

Apesar de, conhecendo a discussão acerca do tema que ocupou a jurisprudência, ser manifesto que o legislador optou por excluir estes rendimentos da isenção, a falta de clareza da norma dificulta a sua função a que se propunha de vir esclarecer a aplicação do regime. A sua inteligibilidade seria particularmente relevante já que a sua vocação inicial era a de servir como interpretação da norma anterior, esclarecendo as dúvidas que dessa redação surgiam.

A insistência com a expressão “imputáveis aos tomadores de seguro” parece ser uma nova forma de aludir à “não inclusão na base tributável”, continuando esta redação pautada pela convicção de que estes rendimentos pertencem ao segurador e não à seguradora.

Veja-se o que diz a AT num relatório citado numa decisão do CAAD de 2021⁹⁰: *“Correção ao abrigo dos artigos 51.º e 51.º-B do CIRC relativa a dividendos afetos a produtos “unit linked” no montante de EUR (...) por estes rendimentos não estarem a afetar a base tributável de IRC da seguradora por serem imputáveis aos tomadores de seguro”*.

A referência a “rendimentos imputáveis” no CIRC é feita em várias normas diferentes, veja-se: *“O lucro imputável a estabelecimento estável”*⁹¹; *“É imputada aos sócios, (...) no seu rendimento tributável para efeitos de IRS ou IRC, consoante o caso, a matéria coletável, determinada nos termos deste Código, das sociedades a seguir indicadas(...)”*⁹²; *“Os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português(...)”*⁹³. Todas estas referências dizem respeito à imputação destes lucros ao rendimento tributável do sujeito definido por cada norma. Isto não é, no entanto, o que acontece na norma que estamos a estudar.

Como já vimos, estes rendimentos advêm de participações detidas pela seguradora, por ela geridas e na sua esfera tributadas. Aquilo que é tributado na esfera do tomador é a indemnização paga pela seguradora no momento do resgate, consoante o prémio pago e as UC “contratadas”.

Perante isto, apesar da clara intenção do legislador em excluir estes rendimentos da aplicação deste regime, a redação utilizada peca por não dismantelar completamente a argumentação mais “técnica” que já foi utilizada a favor da sua isenção e que vingou na jurisprudência anterior a esta alteração.

Esta alteração apresenta a mesma materialidade subjacente à posição defendida pela AT na referida jurisprudência, ou seja a não isenção na esfera da seguradora um rendimento que, apesar de afetar a sua base tributável, está sujeito a provisão e se destina, em última análise, ao benefício do tomador.

⁹⁰ Decisão do CAAD, proferida no Processo nº 589/2020-T, de 09.06.2021

⁹¹ Art. 3º, nº1 c) CIRC

⁹² Art. 6º, nº1, referente à transparência fiscal

⁹³ Art. 66º, nº1 CIRC

A interpretação das normas não é cega ao pensamento legislativo, ditando o artigo 9.º CC que “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.”⁹⁴. Deve então ser considerado o pensamento legislativo que tenha na letra da lei um mínimo de correspondência, “ainda que imperfeitamente expresso.”⁹⁵.

Apesar da sua imperfeita redação, esta norma vem verdadeiramente excluir da isenção os rendimentos advindos de seguros *unit linked* que temos vindo a tratar.

Conclusões

Exposta a questão que é alvo de discórdia e os seus desenvolvimentos, parece claro que a alteração feita em 2016 constituiu uma tentativa do legislador de imprimir na lei o entendimento há muito defendido, sem sucesso, pela AT.

A AT tem recusado continuamente a aplicação do regime de *participation exemption* aos rendimentos provenientes de participações sociais afetas a contratos de seguro *unit linked*. Esta vem sustentando a sua posição na anterior redação da norma consagrada no atual 51.º, n.º 6 CIRC, que exigia a inclusão dos referidos rendimentos na “base tributável” da seguradora. Expressão cujo significado não era claro e que, entretanto, deixou de figurar na norma.

Na ótica da AT, os rendimentos gerados pelas carteiras *unit linked* não se destinariam às seguradoras que as detêm, mas sim aos tomadores de seguro, que seriam os verdadeiros destinatários desses lucros, o que é confirmado - na sua visão - pela obrigação prudencial de provisionar o respetivo montante.

Ora, este entendimento, de acordo com o que já foi analisado ao longo do trabalho, parece estar enfraquecido por algum desconhecimento do verdadeiro funcionamento deste tipo de seguros, nomeadamente da titularidade dos ativos e rendimentos que lhe estão subjacentes.

Esta visão é pautada também por uma desconfiança da figura das provisões que, na narrativa da AT parecem constituir uma forma das seguradoras evitarem qualquer tipo de pagamento de imposto. Na realidade, estas constituem um dever que impende sobre as seguradoras, de forma a

⁹⁴ Art. 9.º, n.º 1 CC

⁹⁵ Art. 9.º, n.º 2 CC

garantir a sua capacidade de cumprimento das obrigações, protegendo o investimento dos segurados. Aquilo que estas provisões vêm fazer é apenas antecipar, no plano contabilístico, um custo previsível, evitando que o rendimento seja registado como um lucro, disponível para ser utilizado noutra fim que não a contraprestação do segurado.

A posição contrária tem sido defendida pela jurisprudência, que não vê os mesmos obstáculos à aplicação deste regime de isenção e que tem consistentemente, na esteira da doutrina produzida sobre o tema, desconstruído, nas suas decisões, os preconceitos da AT sobre o funcionamento das provisões técnicas e deste tipo de seguros, aplicando a isenção.

Esta discórdia parece ter sido intencionalmente resolvida pela alteração introduzida em 2016 ao artigo 51º, que vem estabelecer uma interpretação favorável ao entendimento da AT. Esta alteração veda a aplicação do regime de *participation exemption*, de forma muito concreta, aos rendimentos de participações sociais que, “*estando afetadas às provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros*”, sejam, “*direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros*”.

Esta nova redação, que acrescenta como requisito a “não imputação ao tomador de seguro”, vai ao encontro, precisamente, da maneira como a AT demonstrou olhar para os rendimentos que temos vindo a tratar: rendimentos imputáveis ao tomador, que não entram na base tributável da seguradora.

A esta norma foi atribuída, pelo legislador, natureza interpretativa, o que beneficiaria largamente a AT, pois abriria um mar de possibilidades de recusar a isenção a factos ocorridos em exercícios anteriores a 2016.

Sucedo que esta atribuição foi considerada materialmente inconstitucional, já que implicaria a aplicação retroativa de normas fiscais, violando o artigo 103º, nº 3 da CRP. A norma aplica-se então, apenas a partir de 2016.

À luz da versão atual, apesar da falta de clareza da redação utilizada, a intenção do legislador foi manifestamente a de excluir especificamente estes rendimentos do regime de isenção, pressupondo que estes não cumprem o requisito negativo de imputação direta ou indireta ao tomador. Esta redação espelha o raciocínio por detrás da posição que tem sido defendida pela AT.

Apesar da clara intenção do legislador, a utilização da expressão “*imputáveis aos tomadores de seguros*” dificulta, tal como acontecia com a expressão “*incluído na base tributável*”, o propósito de definir, com clareza, a não aplicação deste regime a estes específicos rendimentos, excluindo margem para dúvidas.

Esta redação deixa na mesma a “porta aberta” a que as seguradoras venham, em sede de litígio, argumentar a “não imputação aos tomadores” destes rendimentos ou participações, de forma a que se aplique a isenção, sendo muitos dos argumentos já utilizados ainda defensáveis.

O legislador opta por uma aplicação mais restrita deste regime, limitando o benefício histórico que nesta norma era concedido a estas sociedades. No entanto, parece fazê-lo convencido de que vem clarificar uma situação controvertida através de uma lei interpretativa, quando na realidade vem criar uma restrição inovadora cuja redação não se pauta por clareza e que parece não se comprometer com uma eliminação total do benefício.

Com base em tudo o exposto, à luz da redação anterior desta norma não pode deixar de se concordar com a doutrina e jurisprudência que concluem pela aplicação deste regime aos rendimentos em causa auferidos antes de 2016.

Com a alteração de 2016, apesar da norma não se pautar pela sua clareza ou por uma especial compreensão do funcionamento destes seguros nem da titularidade dos ativos a eles subjacente, a intenção do legislador foi, claramente, a de excluir desta isenção os rendimentos de seguros unit linked, eliminando o benefício que lhes tem sido historicamente atribuído.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA MACHADO, João, *Sobre a aplicação do tempo no novo Código Civil*, Almedina, 1968.

COURINHA, Gustavo Lopes, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, 2020.

ESPANHA, João, *Life insurance and tax planning for Portuguese clients*, in Revista Fiscalidade n.º 25, 2006, disponível em www.isg.pt.

FREITAS PEREIRA, Manuel, *A periodização do lucro tributável*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 349, Janeiro-Março, 1998,

MARQUES, Rui, *Código do IRC - Anotado e comentado*, 2.ª edição, Almedina, 2020.

OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, 2010.

PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, 1984.

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Direito dos Seguros - Apontamentos*, 1.ª edição, Principia, 2006.

ROMANO MARTINEZ, Pedro, *Breves Notas sobre o seguro de vida na modalidade de seguro unit linked ou instrumento de captação de aforro estruturado*, in Revista de Estudos do Instituto do Conhecimento AB N.º 4, 2015.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado - Volume I*, Coimbra, 4.ª edição, 2011.

SALDANHA SANCHES, José Luís, e TABORDA DA GAMA, João, *Provisões no âmbito de seguros unit-linked e dupla tributação económica*, In revista Fiscalidade n.º 33, 2008, disponível em www.isg.pt/revista-fiscalidade-no-33

SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2002

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão TC n.º 101/2021, proferido no âmbito do Processo n.º 1238/17, de 04.02.2021

Acórdão TC n.º 267/2017, proferido no âmbito do processo n.º 466/16, de 31.05.2017

Acórdão TC n.º 644/2017, proferido no âmbito do Processo n.º 519/17, de 04.09.2017

Acórdão TC n.º 92/2018, proferido no âmbito do Processo n.º 449/17

Acórdão TC n.º 395/2017, proferido no âmbito do Processo n.º 751/2016,

Acórdão TC n.º 751/2020, proferido no âmbito do Processo n.º 843/19, de 25.01.2021

Acórdão TC n.º 395/2017, proferido no âmbito do Processo n.º 751/2016, de 12.07.2017

Acórdão do STA, proferido no âmbito do Processo n.º 0297/12.3BELRS, de 05.22.2019

Acórdão do TCA-Sul de 25.02.2021, proferido no Processo n.º 2173/04.4BELSB.

Acórdão do TCA-Sul de 15/12/2016, proferido no Processo. n.º 09756/16

Acórdão do TCA-Sul de 29/06/2016, proferido no Processo. n.º 09385/16

Acórdão do TCA-Sul de 8/02/2018, proferido no Processo. n.º 0297/12

Decisão do CAAD de 09.06.2021, proferida no Processo n.º 589/2020-T.

Decisão do CAAD de 09.10.2017, proferida no processo n.º 160/2017-T.

Decisão do CAAD de 29.01.2016, proferida no processo n.º 268/2015-T.

Decisão do CAAD de 01.09.2014, proferida no processo n.º 65/2014-T.