

PROVISÕES NO ÂMBITO DE SEGUROS *UNIT-LINKED* E DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA

J. L. SALDANHA SANCHES
JOÃO TABORDA DA GAMA

Este artigo analisa as relações entre as provisões das seguradoras realizadas no âmbito de produtos *unit-linked* e a dupla tributação económica. Em concreto, tentar saber se o facto de uma seguradora realizar as provisões técnicas obrigatórias para cobertura das apólices *unit-linked* lhe limita o direito a recorrer ao mecanismo de eliminação da dupla tributação económica previsto no artigo 46.º do Código do IRC quanto a participações que detenha afectas às carteiras *unit-linked*. Por outro lado, pretende-se saber se a existência dessas provisões preclui que, no que toca às unidades de participação em fundos de investimento detidas nesse âmbito, a seguradora utilize o normal mecanismo destes, o qual permite considerar as retenções na fonte feitas no âmbito dos fundos como pagamentos por conta do seu IRC.

This paper analyses the relationship between the provisions made by insurance companies within the scope of *unit-linked* products and double economic taxation. More specifically, it seeks to establish whether an insurance company making mandatory regulatory technical provisions for covering *unit-linked* policies somehow limits its right to resort to the mechanism for eliminating double economic taxation foreseen in article 46 of the Corporate Income Tax Code, regarding the shares attached to *unit-linked* portfolios. On the other hand, it aims to determine the influence of the existence of such provisions in the tax regime of units in investment funds held within the scope of the *unit-linked* insurance contracts.

ÍNDICE:

1 — Introdução. 2 — Os produtos *unit-linked*: 2.1 — Descrição e natureza; 2.1.1 — Seguros do ramo vida; 2.1.2 — A interligação entre a banca e as seguradoras; 2.1.3 — Descrição; 2.2 — Titularidade de activos e risco; 2.3 — Aspectos fiscais do regime; 2.3.1 — A tributação na esfera da seguradora; 2.3.2 — A tributação na esfera do segurado. 3 — As provisões no ramo vida: 3.1 — As provisões no sector dos seguros; 3.1.1 — A necessidade e o quadro da regulação no sector; 3.1.2 — O princípio da prudência; 3.2 — Provisões e riscos; 3.2.1 — O risco e a sua cobertura; 3.2.2 — O risco nos contratos *unit-linked*; 3.3 — As provisões no Direito do Balanço e na IV Directiva sobre Contas das Sociedades; 3.4 — Constituição, manutenção e anulação de uma provisão; 3.5 — Poderes administrativos e legislativos nas provisões; 3.6 — A natureza específica das provisões no caso dos seguros; 3.7 — A (nova) regulamentação sobre o regime e reporte das provisões técnicas: o risco específico dos *unit-linked*. 4 — A eliminação da dupla tributação económica no artigo 46.º do

Código do IRC: 4.1 — O método da isenção: origem e efeitos; 4.2 — “Rendimentos incluídos na base tributável”; 4.3 — Relevância dos dividendos, obrigatoriedade da provisão e valor das unidades de conta. 5 — Os fundos de investimento e a retenção na fonte: 5.1 — A argumentação da Administração fiscal; 5.2 — Breve descrição do regime dos fundos de investimento — a neutralidade fiscal; 5.3 — Retenção na fonte, obrigatoriedade da provisão e valor das unidades de conta; 6 — Conclusões.

1 — OBJECTO

O objecto deste trabalho é a relação entre as provisões das seguradoras realizadas no âmbito de produtos *unit-linked* e a dupla tributação económica. Em concreto, procurar-se-á responder à questão de saber se o facto de uma seguradora efectuar as provisões técnicas que obrigatoriamente deve fazer para cobertura das apólices *unit-linked* preclui que a mesma utilize o mecanismo de eliminação da dupla tributação económica previsto no artigo 46.º do Código do IRC quanto a participações que detenha afectas às carteiras *unit-linked*; e se, por outro lado, a existência dessas provisões preclui que, no que toca às unidades de participação em fundos de investimento detidas nesse âmbito, a seguradora utilize o normal mecanismo destes, o qual permite considerar as retenções na fonte deitadas no âmbito dos fundos como pagamentos por conta do seu IRC. Dito de outro modo, tudo está em saber se há alguma norma ou princípio que restrinja o direito da seguradora a ser tributada com qualquer outra empresa no âmbito dos investimentos que faça por estes estarem afectos a seguros *unit-linked*.

Começaremos por analisar os produtos *unit-linked*, a sua natureza, o seu funcionamento e os aspectos fiscais do seu regime. Depois, examinaremos o regime das provisões das companhias de seguros, o seu fim, a sua necessidade e a sua inevitabilidade neste tipo de contratos. No parágrafo seguinte abordaremos o mecanismo de eliminação da dupla tributação económica previsto no artigo 46.º do Código do IRC e a sua aplicabilidade aos ganhos obtidos pelas seguradoras com a distribuição de lucros pelas suas participadas, independentemente do âmbito em que tal ocorra. Seguidamente, debruçar-nos-emos sobre a tributação dos rendimentos resultantes de investimentos em fundos de investimento e os direitos da seguradora enquanto detentora de Unidades de Participação.

2 — OS PRODUTOS *UNIT-LINKED*

2.1 — Descrição e natureza

2.1.1 — Seguros do ramo vida

Os produtos *unit-linked* a que nos referimos no presente artigo são considerados contratos de seguro do ramo vida em que as prestações a que a seguradora se obriga

estão indexadas ao valor de um determinado conjunto de activos na data do evento (*i. e.*, termo do prazo, momento do resgate ou data da morte). Cumpre então, para que se perceba exactamente de que falamos, começar por recordar alguns dados sobre esta matéria, antes de passar a analisar em detalhe o funcionamento destes contratos.

O seguro é um dos contratos que não dispõe, hoje, de uma definição legal no nosso sistema jurídico ⁽¹⁾. Não significa isso, porém, que se trate de um tema abandonado pela doutrina ou demasiado difícil para que se possam alcançar definições. Parece claro que toda a comunidade jurídica fala da mesma realidade quando aborda o tema. O que se discute, ainda que sem grande relevo prático, é a função social do seguro ⁽²⁾. As várias propostas conceptuais acerca da noção de seguro fazem realçar um ou outro ponto, dependendo, claro, da posição do autor em relação a esta discussão ⁽³⁾. Parece, todavia, unânime que a *“justificação do contrato de seguro prende-se com a razão de ser deste vínculo. No que respeita ao tomador do seguro, importa atender a uma finalidade primordial: a natureza indemnizatória. O tomador do seguro pretende eliminar um risco, rectius, transferi-lo para uma seguradora. A seguradora assume o risco de indemnizar o tomador do seguro ou um terceiro beneficiário em contrapartida do recebimento de um prémio”* ⁽⁴⁾. Entre a doutrina portuguesa mais recente, propõe JOSÉ VASQUES, seguindo de perto MARCELLO CAETANO e ARNALDO PINHEIRO TORRES, que *“seguro é o contrato pelo qual a seguradora, mediante retribuição pelo tomador do seguro, se obriga, a favor do segurado ou de terceiro, à indemnização de prejuízos resultantes, ou ao pagamento de valor pré-definido, no caso de se realizar um determinado evento futuro e incerto”* ⁽⁵⁾.

(1) O Código de Seabra determinava no artigo 1538.º: *“Se a prestação é em todo o caso obrigatória e certa para uma das partes, e a outra só é obrigada a prestar ou a fazer alguma coisa em retribuição, dado um determinado evento incerto, o contrato aleatório diz-se de risco ou de seguro”*. Podemos encontrar uma definição no IFRS 4. Em concreto, no domínio fiscal, a Proposta de Directiva do Conselho *“que altera a Directiva 2006/112/CE do Conselho relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado no que diz respeito aos serviços financeiros e de seguros”*, de 28.11.2007, acrescenta, se alguma vez aprovada, um artigo 135.º-A à Directiva IVA, o qual estatui que, para efeitos de isenção, se considera seguro e resseguro *“o compromisso mediante o qual uma pessoa é obrigada, em contrapartida de um pagamento, a prestar a outra pessoa, em caso de ocorrência de um risco, a indemnização ou prestação prevista no compromisso”*.

(2) Não cabe no âmbito deste trabalho desenvolver o tema das várias teorias sobre a função social do seguro. São elas, essencialmente: a teoria indemnizatória, a teoria da necessidade eventual, várias teorias dualistas e a teoria da transmissão do risco. Sobre a função social do contrato de seguro, *vide*, por todos, MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguros I* (Lisboa: 1971), 10 ss. Importa apenas referir que, no que interessa para este ponto, as modalidades *unit-linked* apresentam as mesmas características que o resto dos produtos de seguros, pelo que a discussão sobre a função social daquelas modalidades faz também todo o sentido.

(3) Sobre as diversas propostas, *vide*, por todos, MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguros, I* (Lisboa: 1971), 19 ss. Além das diferenças na posição conceptual relacionadas com a função do seguro, o Autor realça também que parte das propostas inclui o elemento “empresa” na definição, uma vez que, geralmente, estes contratos são regulados e vedados a entidades não autorizadas (*vide* págs. 20-23).

(4) PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros — Apontamentos* (Lisboa: 2006), 55.

(5) JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro* (Coimbra: 1999), 94-95.

No que toca às características civis deste contrato, também não parece muito árdua a tarefa. Trata-se de um contrato pessoal, sinalagmático, típico no seu conteúdo essencial, oneroso, aleatório, formal, consensual, de execução continuada, geralmente por adesão ⁽⁶⁾.

Os produtos *unit-linked* que abordamos neste artigo incluem-se no ramo vida. O seguro de vida é um contrato de seguro *sui generis*, não reconduzível a qualquer outro, mas sem dúvida um contrato de seguro. Já há quase um século, quando podia haver dúvida, se afirmava: “*reconhecemos hoje, como é comum, que o contrato de seguro de vida não é, juridicamente, um contrato inominado, tendo por objecto a realização de uma operação de seguro, nem, de resto, (...) uma operação de capitalização, mas sim um verdadeiro contrato de seguro*” ⁽⁷⁾.

Em Portugal, a Norma n.º 16/95-R, de 12 de Setembro, do ISP, define seguro de vida como o “*seguro efectuado sobre a vida de uma ou várias pessoas seguras, que permite garantir, como cobertura principal, o risco de morte ou de sobrevivência ou ambos. Esta cobertura pode ainda ser integrada ou complementada por uma operação financeira*” ⁽⁸⁾, não restando dúvidas sobre a inclusão dos *unit-linked* nesta definição. Mas vejamos de seguida como se chegou à ligação entre actividade seguradora e preocupações de investimento, e se conseguiu a sua incindível junção.

2.1.2 — A interligação entre a banca e as seguradoras

Toda a caracterização dos contratos de seguros, particularmente dos seguros de vida, parece consensual e não mudou radicalmente no último século ⁽⁹⁾, tendo, como se viu, conseguido expandir-se sem dificuldades de forma a abarcar novas realidades, o que talvez justifique a (ou seja justificado pela...) curta produção académica nesta área do Direito. Assim, em odres velhos verificou-se uma intensa evolução no que respeita às *modalidades* de seguro e à *actividade* seguradora ⁽¹⁰⁾, que sofreram enormes transformações ⁽¹¹⁾. Falamos essencialmente da crescente integração verificada

⁽⁶⁾ Sobre as características do contrato de seguro, v., por exemplo, MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguros*, I (Lisboa: 1971), 30 ss.; JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro* (Coimbra: 1999), 103 ss. Já no início do século XX, J. LEFORT apontava sensivelmente as mesmas características (*Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie*, I (Paris: 1920), 161-226).

⁽⁷⁾ J. LEFORT, *Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie*, I (Paris: 1920), 161-162.

⁽⁸⁾ Parágrafo 6, alínea a), que se mantém em vigor.

⁽⁹⁾ Veja-se, a respeito das obrigações a que cada parte está sujeita, F. LASCOUR, *Le Contrat d'Assurance sur la Vie* (Paris: 1910), 41 ss. Ideias semelhantes em LEFORT, *Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie*, I (Paris: 1920), 465 ss.

⁽¹⁰⁾ Essencialmente sobre este tema, v., entre nós, outra obra de JOSÉ VASQUES, *Direito dos Seguros* (Coimbra: 2005), e JOSÉ GONÇALVES DOS SANTOS, *Contabilidade de Seguros*² (Lisboa: 2007), 53 ss.

⁽¹¹⁾ Veja-se o mesmo F. LASCOUR, *Le Contrat d'Assurance sur la Vie* (Paris: 1910), 19-21), que distinguia, dentro dos seguros de vida, os seguros em caso de morte dos restantes, e, apontava como mais comuns entre os seguros em caso de morte, “*o seguro em caso de morte, a prémios fixos, anuais e de renda vitalícia*”; “*o seguro em caso de morte, a prémios fixos, anuais mas temporários*”; “*o seguro temporário*”; “*o seguro de sobrevivência*”; “*o seguro misto entre o contrato em caso de morte e os demais*”; e “*o*

entre empresas seguradoras e bancos, e da sua actuação conjunta no sistema financeiro. Tradicionalmente, como se sabe, distinguem-se os seguros quer dos produtos de poupança, quer dos produtos de crédito ⁽¹²⁾. Contudo, a ligação do ramo vida à poupança é, desde sempre, clara. Enquanto um seguro contra um incêndio depende de um evento totalmente incerto, um seguro de vida (que por razões comerciais óbvias não se chama seguro de morte...) está dependente de um facto certo quanto ao *an*, apenas incerto quanto ao *quando*, constituindo assim um meio de aforro para transmissão no momento da morte. Para além desta ligação originária a uma função de poupança, a diferença seguro-crédito-investimento esbate-se ainda mais na actualidade.

Como explica ROMANO MARTINEZ, “há uma frequente interligação entre as actividades seguradora e bancária”. Mais: esta interligação “vale no que respeita aos «conglomerados financeiros», em que há uma conexão entre o crédito e o seguro (por exemplo, seguro de vida ou plano poupança reforma). Nestes casos, pode questionar-se a *summa divisio* entre o crédito e o seguro. Por via de regra, hoje, a seguradora não é simplesmente uma empresa que presta um serviço de assunção de risco como contrapartida da percepção de um prémio, pois os seguros financeiros têm um papel relevante na dinâmica destas sociedades” ⁽¹³⁾.

A interligação de que falamos não se resume à actividade de comercialização dos produtos. É certo que é mais simples para empresas integradas no mesmo grupo vender em conjunto produtos que tradicionalmente se venderiam em sítios diferentes, por agentes diferentes. É a chamada “*bancassurance*” (comercialização de produtos das seguradoras pelos bancos) e a “*assurfinance*” (comercialização de produtos exclusivamente financeiros pelas seguradoras).

Todavia, a interligação vai mais longe do que este plano de comercialização. Aparecem produtos que ligam contratos de seguro ao comportamento de instrumentos financeiros, estes ligados directamente à captação de poupança e, portanto, tradicionalmente geridos pelos bancos e outras sociedades financeiras.

Como se sabe, a gestão dos prémios pelas seguradoras não é, desde há muito, nem simples nem linear, tal como a própria gestão do risco próprio do seguro. A prová-lo, está a existência secular de um segundo contrato típico desta área de actividade (ou uma subespécie do seguro): o resseguro ⁽¹⁴⁾. Hoje, porém, a gestão dos montantes obtidos dos tomadores e do risco de seguro assume uma complexidade muito maior, que ultrapassa o tradicional resseguro, o que é particularmente visível quanto à gestão pelas seguradoras dos prémios originários dos *unit-linked*.

seguro misto a termo” — em todos estes casos, os prémios eram calculados actuarialmente com base no risco e apenas no risco. Encontramos uma lista semelhante em J. LEFORT, *Nouveau Traité de l'Assurance sur la Vie*, I (Paris: 1920), 94 ss. Escusado será assinalar que a lista seria hoje — mesmo nos seguros tradicionais — muitíssimo mais larga.

⁽¹²⁾ Veja-se, por exemplo, JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro* (Coimbra: 1999), 88.

⁽¹³⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito dos Seguros — Apontamentos* (Lisboa: 2006), 23.

⁽¹⁴⁾ JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro* (Coimbra: 1999), 50 ss.; MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguros*, II (Lisboa: 1971), 405 ss.; JOÃO M. PICADO HORTA, *Resseguro: Princípios e Prática*

Os produtos *unit-linked* surgem e crescem rapidamente na segunda metade do Século XX ⁽¹⁵⁾. Os períodos de desvalorização monetária e de juros altos nos mercados sempre fizeram decrescer significativamente a procura dos seguros tradicionais, instrumentos de poupança francamente pouco competitivos quando comparados com a rentabilidade comum dos mercados de capitais ⁽¹⁶⁾. Assim, as seguradoras voltaram-se em força para os produtos de montante seguro variável, aparecidos na década de 50. Os *unit-linked* ganham força como instrumentos que permitem ligar os seguros tradicionais à rentabilidade dos produtos financeiros geridos por outras sociedades. Conhecendo importantes resistências nos mercados do Sul da Europa ⁽¹⁷⁾, como o português, onde apenas na década de 90 passaram a ter expressão ⁽¹⁸⁾, os *unit-linked* obtiveram grande sucesso por todo o ocidente, especialmente a partir dos anos 80, existindo hoje por todo o mundo, constituindo no nosso país uma fatia importantíssima do ramo vida ⁽¹⁹⁾.

2.1.3 — Descrição

Mas o que são, afinal, os contratos *unit-linked*? Como funcionam? Não sendo questões simples ⁽²⁰⁾ podem apontar-se os seguintes pontos.

(Porto: 2001), 102; NUNO LIMA BASTOS, "Do contrato de resseguro", *Revista Jurídica de Macau*, 3 (1997), 113.

⁽¹⁵⁾ Sobre o nascimento e a evolução dos *unit-linked* no Século XX, v. CARLA CRISTINA MARTINS DE SÁ PEREIRA, *Análise Técnica-Actuarial dos Contratos "Unit-Linked"* (polic. 2000), 23 ss. Os primeiros fundamentos das políticas de *unit-linked* que levariam à criação de contratos na década de 50 devem-se a WILLIAM C. GREENOUGH. Na Alemanha, nos anos 70, foram comercializados pelas seguradoras NURNBERGER e DEUTSCHER HEROLD.

⁽¹⁶⁾ Já em 1928, nas vésperas da grande depressão, H. E. RAYNES apresentava um estudo intitulado "*The place of ordinary stocks and shares (as distinct from fixed interest bearing securities) in the investment of life assurance funds*", onde defendia o investimento nos mercados de capitais para ganhar competitividade face às desvalorizações monetárias. A ideia foi retomada por WILLIAM C. GREENOUGH, nos anos 50. O estudo de RAYNES é referido por R. J. SQUIRES em *Unit Linked Business* (s. l. 1990), 1.

⁽¹⁷⁾ Assim, JOSÉ ELÍAS GALLEGOS DÍAS DE VILLEGAS, *Modalidades Clásicas y Modernas del Seguro de Vida Entera. Los Seguros Unit Linked* (Madrid: 2007), 276.

⁽¹⁸⁾ Neste sentido, CARLA CRISTINA MARTINS DE SÁ PEREIRA, *Análise Técnica-Actuarial dos Contratos "Unit-Linked"* (polic. 2000), 30-31 e 37 ss. Hoje encontramos mais de 120 produtos registados na CMVM — v. <http://www.cmvm.pt>.

⁽¹⁹⁾ JOSÉ GONÇALVES DOS SANTOS, *Contabilidade de Seguros*² (Lisboa: 2007), 499.

⁽²⁰⁾ A dificuldade em fazer entender aos clientes o mecanismo destes seguros é, aliás, apontado como uma das resistências à sua expansão inicial. Assim, CARLA CRISTINA MARTINS DE SÁ PEREIRA, *Análise Técnica-Actuarial dos Contratos "Unit-Linked"* (polic. 2000), 24-25. Em sentido contrário, é também verdade que, uma vez compreendidos, os seguros *unit-linked* revelam uma transparência fora do comum para o segurado, que pode acompanhar a evolução dos valores a que tem direito. Neste sentido, MÜNCHENER RUCK, *Unit-Linked Insurance — A general report* (Munique: 2000), 5. Disponível em www.isp.pt. A transparência destes produtos é também referida a propósito de vários ordenamentos jurídicos por EDOUARD KNOBLOCH, "Unit-linked (some aspects)", Sopot, 18.06.2008. disponível em http://www.oak-cms.net/upl_resource_2008/img/prez/SCOR-Edouard-Knobloch.pdf.

Como se sabe, a prestação típica do tomador num contrato de seguro é o prémio ⁽²¹⁾. Do lado da seguradora, as prestações normais são a indemnização e o resgate. Num contrato de seguro de vida comum, o prémio está a maior parte das vezes determinado à partida, assim como são determináveis os montantes a pagar pela seguradora (em princípio, em caso de resgate ou de indemnização), ou pelo menos os limites destes. Não é isto, porém, o que acontece num seguro *unit-linked* ⁽²²⁾.

Quando o tomador subscreve este tipo de produto, continua a ter que pagar um prémio. No entanto, as prestações a que a seguradora se obriga para com o segurado são variáveis (podendo existir uma parte fixa/garantida). Vimos já que todos os seguros são *contratos aleatórios* por natureza, pela imprevisibilidade em relação ao facto (seja ao se, ou apenas ao *quando*). Acrescentamos agora que, no caso dos *unit-linked*, a aleatoriedade assume proporções diferentes, uma vez que à imprevisibilidade do evento (o risco do seguro) se junta a imprevisibilidade dos valores a pagar pela seguradora (o risco do investimento), que variarão de momento para momento.

E como se determinam as obrigações futuras da seguradora? Aos valores pagos a título de prémio por parte do tomador do seguro, a seguradora faz corresponder um certo número de *unidades de conta*. Estas *unidades de conta* (que não são títulos e não têm mercado) têm o seu valor ligado, em cada momento, ao valor de um conjunto de activos (por exemplo, unidades de participação em fundos de investimento, participações sociais, depósitos bancários, créditos sobre o Estado). O seu valor encontra-se, normalmente uma vez por dia, pela divisão do valor do conjunto de activos num determinado momento pelo número total das unidades de conta contratualmente atribuídas, descontando-se os encargos contratualmente previstos a favor da seguradora. O conjunto de activos que serve de referência para se encontrar o valor da unidade de conta é conhecido como “o Fundo”. Para cada segurado, a seguradora cria uma conta (em sentido escritural), na qual são creditadas as unidades de conta atribuídas em função do prémio pago, e é o valor total das unidades de conta inscritas a favor de cada segurado o valor a que este tem direito por parte da seguradora no evento. Assim, o valor da responsabilidade da seguradora para com o segurado varia ao longo do período contratual, consoante a variação do valor dos activos a que estão indexadas as unidades de conta.

No momento do resgate, em princípio, a seguradora pagará ao segurado o valor encontrado pela multiplicação do número de unidades de conta a que o segurado tem direito pelo valor da unidade de conta nesse dia, subtraído de eventuais comissões de resgate (ou

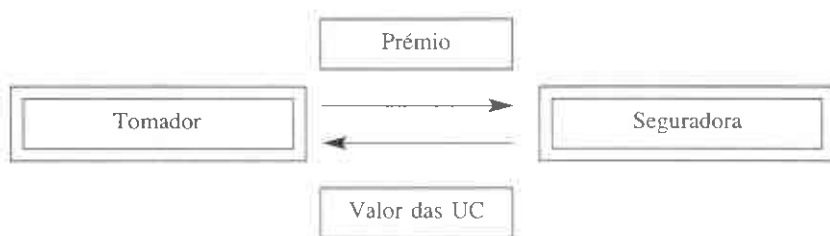
⁽²¹⁾ Sobre o conceito de prémio, JOSÉ GONÇALVES DOS SANTOS, *Contabilidade de Seguros*² (Lisboa: 2007), 137.

⁽²²⁾ As características específicas destes seguros em face da generalidade dos seguros podem encontrar-se em JOSÉ ELÍAS GALLEGOS DIAS DE VILLEGAS, *Modalidades Clásicas y Modernas del Seguro de Vida Entera. Los Seguros Unit Linked* (Madrid: 2007), 275-276. Para uma visão geral sobre os *unit linked* e as diferentes políticas, R. J. SQUIRES, *Unit Linked Business* (n. d: 1990), 1-10. A descrição geral e pormenorizada do ponto de vista técnico em CARLA CRISTINA MARTINS DE SÁ PEREIRA, *Análise Técnica-Actuarial dos Contratos “Unit-Linked”* (polic. 2000), 52 ss. (sobre os diferentes modelos, 56 ss.).

outras) contratualmente previstas. Sublinhe-se: não entrega as unidades de conta, que não têm existência nem valor fora desta relação. Entrega aquilo a que está obrigada e aquilo a que segurado tem direito — o valor das unidades de conta, que constitui o objecto desta relação jurídica, ou seja, a quantia em que consiste o seu dever de prestar.

Podemos apresentar assim a situação, num esquema muito simplista:

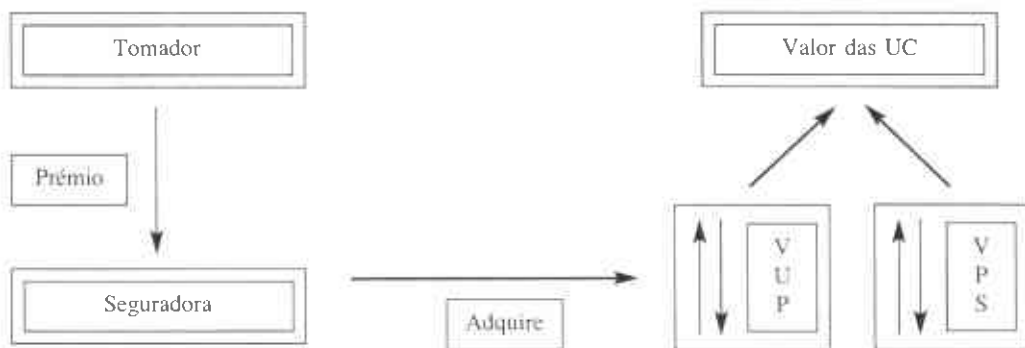
Figura 1



2.2 — Titularidade de activos e risco

O mecanismo do seguro *unit-linked* funcionará como resulta deste esquema, porque a seguradora deverá utilizar os montantes recebidos a título de prémio para comprar os activos financeiros a que o valor das unidades de conta está indexado. Compra e vende títulos ao ritmo a que os clientes contratam consigo. Como o valor das prestações que tem de pagar aos seus clientes está indexado ao valor destes activos, as variações nos mercados não afectam a sua capacidade de pagamento, sendo comum dizer-se, por isso e só por isso, que o risco pertence ao segurado. O esquema será o seguinte ⁽²³⁾:

Figura 2



⁽²³⁾ “UC” = unidades de conta, “VUP” = valor das unidades de participação e “VPS” = valor das participações sociais.

Porém, como decorre do esquema, do ponto de vista jurídico, cumpre sublinhar que quem adquire os activos é a seguradora. É esta a sua proprietária / titular e é esta que, imediatamente, com eles ganha e com eles perde.

O risco pertence, como pertencem os activos, à seguradora. O segurado não sabe, muitas vezes ⁽²⁴⁾, quais os activos em que vai ser investido o seu dinheiro, apenas tendo uma indicação quanto à alocação entre activos com riscos diferentes (por exemplo, são comuns cláusulas contratuais que refiram a percentagem máxima do investimento em acções). O investimento financeiro é um negócio no qual o segurado, por regra, não participa — ou participa apenas num momento inicial em que escolhe o perfil do investimento. É a seguradora que vai aos mercados; é a seguradora que compra, que vende, que participa nas perdas e que recebe ou não dividendos. O cliente da seguradora não dispõe nem de unidades de participação, nem de acções, nem de qualquer outro título, mas apenas de um *direito* ao valor de uma parte (cuja medida é dada em unidades de conta) do valor de um conjunto de activos.

Demoremo-nos neste ponto.

O valor das unidades de conta está *indexado* ao valor de um conjunto de activos e direitos. Como atrás referimos, as unidades de conta não são títulos nem têm um mercado próprio. São simples unidades de cálculo nocionais, que servem para quantificar, em cada momento, o valor das prestações a que o segurado tem direito. Estão indexadas a activos e esses activos são, em regra, detidos pelas seguradoras. Por razões óbvias. Mas, do ponto de vista jurídico, não é de excluir que se possa escolher como referente de indexação um qualquer outro evento ou produto (o preço do cacau, do ouro ou o câmbio de uma moeda). Mais, do ponto de vista prático, não é de excluir, também, que, se tal não for proibido pelos contratos, as seguradoras não cheguem sequer a deter os activos indexantes ou que não os vendam no momento em que o contrato com os clientes cessa (embora se tenham que respeitar regras prudenciais básicas), ou que hajam em violação dos títulos jurídicos da relação de seguro *unit-linked*. O dever da seguradora no evento é sempre o da entrega de determinados valores, mesmo que não adquira quaisquer activos, adquira menos ou diferentes, ou os não venda.

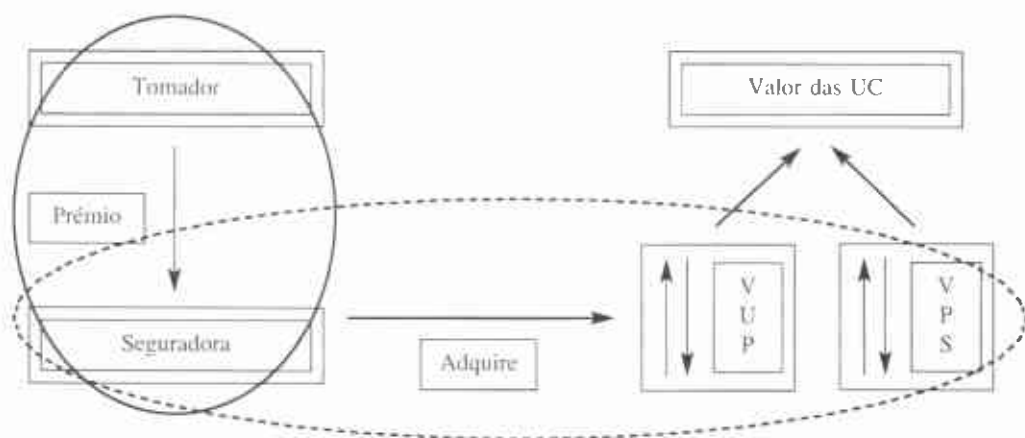
Destas ideias decorre, então, que os *unit-linked* implicam dois tipos de relação jurídica, diferentes em quase todos os seus elementos. Na primeira, encontramos, como sujeitos, a seguradora e o cliente. Este paga um dado prémio que lhe dá direito a uma contraprestação indeterminada mas determinável, cujo valor está indexado a acontecimentos futuros (passando a ser determinada no momento em que estes se verificam). Na segunda relação jurídica, os sujeitos são as seguradoras e os outros agentes nos mercados financeiros; aquela compra e vende os activos a que

⁽²⁴⁾ Os artigos 5.º e 7.º ss. do Código dos Valores Mobiliários, relativos à informação, aplicam-se aos seguros *unit-linked*, por força do artigo 2.º, n.º 3, aditado pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro.

estão indexados os valores que tem de pagar aos clientes. Repita-se: os segurados não são sujeitos nesta segunda relação. Não compram, não vendem, não participam em perdas, não recebem dividendos. O sujeito, aqui, é a seguradora. São dela as obrigações comerciais e os direitos. Serão dela, consequentemente, as obrigações tributárias activas e passivas.

Voltemos ao último esquema, agora dividido em duas partes. A oval contínua representa a primeira relação jurídica; a oval a tracejada representa a segunda relação jurídica.

Figura 3



As seguradoras não são intermediárias financeiras, nem actuam por conta dos segurados (não são agentes, corretores, mandatários ou comissionistas). Elas actuam por sua própria conta nos mercados. As unidades de conta não são unidades de participação em fundos, títulos de qualquer outra espécie que pertençam aos clientes. São meras unidades de cálculo nocionais.

O facto de os segurados/tomadores não serem proprietários dos activos é, aliás, apontado como a grande diferença entre estes produtos e o investimento em fundos e investimento. *"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"* (25).

(25) MÜNCHENER RUCK, *Unit-Linked Insurance — A general report* (Munich: 2000), 7. Disponível em www.isp.pt

A natureza das obrigações das seguradoras para com os segurados é completamente diferente, como se está a ver, da que resultaria de uma relação de intermediação. As seguradoras cobrem riscos, não se limitam a gerir fundos. Veja-se, por exemplo, que, por vezes, as seguradoras, no âmbito dos contratos *unit-linked*, se obrigam a pagar quantias mínimas, independentemente do valor das unidades de conta na data do evento ⁽²⁶⁾.

Por outro lado, repita-se, nunca há uma relação de paridade total entre as unidades de conta e o conjunto activos a que estão indexadas ⁽²⁷⁾ em virtude da dedução de uma série de comissões no cômputo do valor da unidade de conta. Uma unidade de conta é isso mesmo: uma unidade que serve para contar algo, tal como o dinheiro ⁽²⁸⁾. Reconduzindo este mecanismo aos antigos cânones jurídicos, temos no seguro *unit-linked* uma obrigação pecuniária na modalidade de *dívida de valor*, em que o conteúdo da obrigação não está expresso em moeda (com ou sem curso legal), mas sim numa realidade que pode ser convertida em moeda num dado momento. Obrigações pecuniárias são, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “*aquelas cuja prestação debitória consiste numa quantia em dinheiro (pecunia), que se toma pelo seu valor propriamente monetário. São no fundo obrigações genéricas*”. Entre as modalidades das obrigações pecuniárias, encontramos as dívidas de valor. Estas, voltando às palavras de ALMEIDA COSTA, “*são aquelas em que o objecto não consiste directamente numa importância monetária, mas numa prestação diversa, intervindo o dinheiro apenas como meio de determinação do seu quantitativo ou da respectiva liquidação*” ⁽²⁹⁾.

Vejamos agora alguns dos aspectos fiscais do regime dos *unit-linked*.

2.3 — Aspectos fiscais do regime

2.3.1 — A tributação na esfera da seguradora

Aqui chegados e descrito o funcionamento dos produtos *unit linked*, importa agora olhar, de uma forma muito simples e sucinta ⁽³⁰⁾, para o regime fiscal destes produtos. Começemos pela tributação da seguradora, mais bem desenvolvida nos capítulos seguintes.

⁽²⁶⁾ Neste sentido, CARLA CRISTINA MARTINS DE SÁ PEREIRA, *Análise Técnica-Actuarial dos Contratos “Unit-Linked”* (polic. 2000), 53.

⁽²⁷⁾ Sobre isto, MÜNCHENER RUCK, *Unit-Linked Insurance — A general report* (Munique: 2000), 7. Disponível em www.isp.pt.

⁽²⁸⁾ A função de “unidade de conta” é uma das funções do dinheiro, a somar à de “instrumento geral de trocas” e à de “reserva de valor” (v. P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS, *Economia*¹⁴ (Lisboa: 1993), 578-579). Estes Autores afirmam que unidade de conta é “*a unidade com que medimos o valor das coisas*”. Acrescentam que “*tal como medimos o peso em quilogramas, assim medimos o valor em dinheiro*” (*idem*, 579).

⁽²⁹⁾ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*⁹ (Coimbra: 2001), 681-682.

⁽³⁰⁾ Todo o regime será desenvolvido nos capítulos 3, a 5.

Primeiro que tudo, é essencial ter em conta que, de acordo com o modelo que apresentámos, a seguradora é sujeito de dois tipos de relações jurídicas. Por um lado, é dona dos activos aos quais estão indexados os valores das unidades de conta. Por outro, mantém com os segurados a relação de seguro em que é devedora desses valores independentemente de os deter. As duas, como vimos, são independentes, gerando, por isso, obrigações distintas.

No que respeita à relação entre seguradora e tomador, os prémios recebidos são, claro, proveitos para efeitos de IRC, como qualquer outro prémio de seguro.

No que respeita à outra situação, em que as seguradoras actuam enquanto proprietárias dos activos, as empresas de seguros devem, claro, ser tributadas como qualquer outra sociedade que detenha participações sociais noutras empresas e UP de fundos de investimento, ou quaisquer outros rendimentos dos activos subjacentes. Assim, os rendimentos que venha a obter por ser detentora de acções e UP são ganhos sujeitos a imposto. Em concreto, a IRC ⁽³¹⁾, nos termos de tributação que resultem das disposições conjugadas do Código do IRC e do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) ⁽³²⁾.

Quando afirmamos que são ganhos sujeitos a imposto, queremos, claro, afirmar que 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.

Assim, como adiante analisaremos detalhadamente ⁽³³⁾, os rendimentos das UP que as seguradoras detêm são tributados como proveitos ou ganhos em IRC, sendo deduzidas, a título de imposto por conta, para efeitos do artigo 83.º do Código do IRC, as quantias retidas na fonte pelo fundo ou pelas entidades em que este participa ⁽³⁴⁾. Por seu turno, da aplicação do artigo 46.º do Código do IRC resulta, como à frente também veremos pormenorizadamente ⁽³⁵⁾, que os montantes recebidos pelas seguradoras a título de lucros distribuídos pelas sociedades participadas são deduzidos no apuramento do lucro tributável.

Este regime é o regime normal que resulta da aplicação das normas fiscais aos rendimentos que resultam do investimento que a seguradora faz (em seu nome, recordemos) em participações sociais noutras empresas e em UP de fundos de investimento. A questão das provisões que a seguradora faz (*rectius*, tem o dever legal de fazer) com vista à cobertura destas responsabilidades — aspecto de que também trataremos detalhadamente ⁽³⁶⁾ — é uma matéria independente cujo funcionamento não pode ser utilizado para impedir os efeitos acima referidos.

⁽³¹⁾ Como resulta dos artigos 3.º, 17.º e 20.º, n.º 1, alíneas c) e f), do Código do IRC.

⁽³²⁾ Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro.

⁽³³⁾ V. *infra* 5.

⁽³⁴⁾ É este o regime que resulta do artigo 22.º, n.º 3 e 1, do EBF.

⁽³⁵⁾ V. *infra* 4.

⁽³⁶⁾ V. *infra* 3.

2.3.2 — A tributação na esfera do segurado ⁽³⁷⁾

Como afirmámos, são várias as prestações a que as seguradoras estão obrigadas pelo contrato de seguro de vida. No que diz respeito aos montantes entregues por estas aos segurados por efeito do *“resgate, adiantamento ou vencimento de seguros e operações do ramo vida”*, a diferença entre estes e as quantias pagas a título de prémios pagos ou importâncias investidas, é tributada em IRS, na categoria E (rendimentos de capitais) ⁽³⁸⁾. Note-se que a tributação incide sobre a diferença entre as quantias dispendidas (investidas) pelos tomadores e os montantes recebidos das companhias de seguros. Trata-se substancialmente de mais-valias, consideradas pela lei fiscal como rendimentos de capital.

A este regime, o Código do IRS acrescenta uma norma de extrema importância, além das deduções dos prémios previstas no artigo 86.º A norma, aplicável aos casos em que *“o montante dos prémios, importâncias ou contribuições pagos na primeira metade da vigência dos contratos representar pelo menos 35% da totalidade daqueles”*, exclui da tributação *“um quinto do rendimento, se o resgate, adiantamento, remição ou outra forma de antecipação de disponibilidade, bem como o vencimento, ocorrerem após cinco e antes de oito anos de vigência do contrato”* ou três quintos se ocorrerem após oito anos de vigência do contrato ⁽³⁹⁾ — é precisamente através destas normas que o legislador procura *incentivar* a poupança privada a mais de cinco ou de oito anos. Note-se que a política fiscal é muito clara: o aforrador pode canalizar as suas poupanças para um qualquer produto financeiro (acções, fundos, etc.) à sua escolha. Se o fizer pode a qualquer momento alienar esses activos e recuperar o investimento. Para incentivar a poupança, a lei dá um regime especial e beneficiado a quem investe em seguros de vida a mais de cinco ou oito anos, sendo a renúncia à liquidez durante este período a condição para obter o benefício. Qualquer acto da Administração fiscal que perturbe o normal funcionamento destes produtos, além das ilegalidades que directamente representa, constitui a inviabilização prática destas políticas ⁽⁴⁰⁾.

Concluindo, podemos afirmar que, havendo nos produtos *unit-linked* duas relações jurídicas distintas, a tributação dos ganhos que resultam para os sujeitos passivos de uma e outra relação será sempre a tributação que corresponde à essa relação em concreto. A sociedade seguradora será tributada pelos ganhos nos investimentos a que procede e pelos prémios que recebe na relação com o segurado. Este, por sua vez, pagará imposto pela diferença positiva entre o que pagou à seguradora e o que esta lhe entrega.

⁽³⁷⁾ Sobre este tema, v. JOÃO ESPANHIA, “Life insurance and tax planning for Portuguese clients”, *Fiscalidade*, 25 (2006), 137.

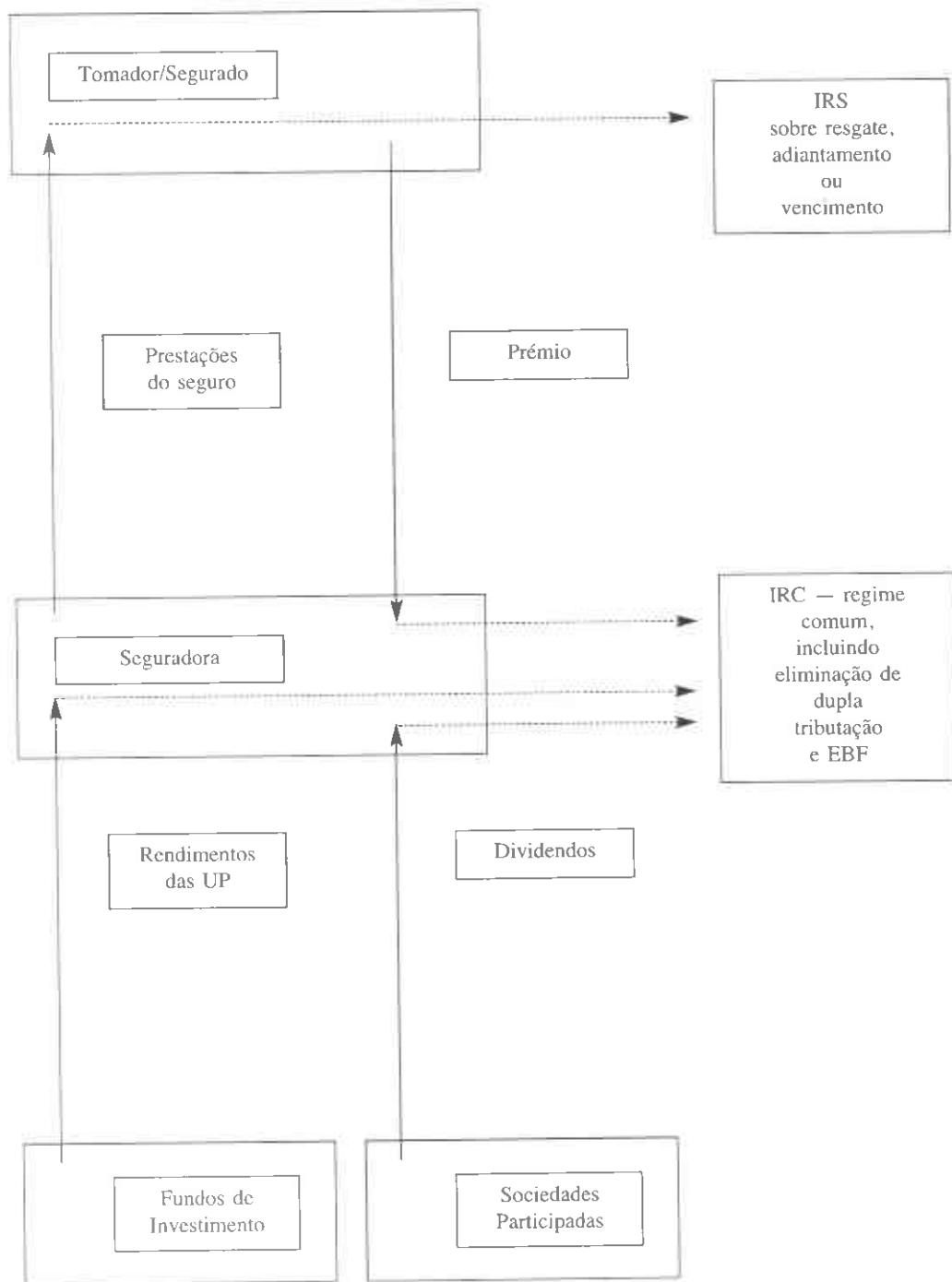
⁽³⁸⁾ Assim, artigo 5.º, n.º 3, corpo.

⁽³⁹⁾ Artigo 5.º, n.º 3, corpo e alíneas a) e b).

⁽⁴⁰⁾ Sobre os benefícios fiscais e o respeito que a Administração fiscal lhes deve, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007), 443 ss.

Veja-se o esquema seguinte.

Figura 4



Trata-se de um sistema simples e lógico que se baseia apenas na aplicação das regras comuns, as quais se aplicam, obviamente, independentemente da existência de provisões para a cobertura de responsabilidades a que a seguradora está obrigada.

3 — AS PROVISÕES NO RAMO VIDA

3.1 — As provisões no sector dos seguros

3.1.1 — A necessidade e o quadro da regulação no sector

A função atribuída ao balanço de proporcionar uma *true and fair view* da situação da empresa tem uma importância claramente maior se essa empresa for uma seguradora. Assumindo os mais variados tipos de risco em milhares de relações contratuais diferentes, a situação da seguradora é especial. Tem de estar garantida a sua solvabilidade e a capacidade de cumprir as prestações a que se obriga perante os seus clientes — aliás, o momento actual, com a insolvência de algumas grandes seguradoras no plano internacional, é a melhor prova do argumento teórico. A acrescentar a isto, se para qualquer empresa a possibilidade de falência constitui uma questão essencial para valorar os seus activos (princípio da continuidade da sua exploração ou do *going-concern*), no caso dos seguros, a falência tem ainda como consequência a existência de danos colaterais de grande importância. A relação de confiança (*fiducia*) é um pressuposto essencial do sector dos seguros e as provisões o seu principal instrumento ⁽⁴¹⁾.

Assim, o balanço é um dos pontos abrangidos pela regulação pública ⁽⁴²⁾ da actividade seguradora ⁽⁴³⁾, cujas regras constituem um elemento essencial para garantir as prestações aos clientes ⁽⁴⁴⁾. Dentro do balanço, as provisões merecem atenção especial, como demonstra, aliás, a atenção que o próprio legislador lhes deu na lei que regula o acesso à actividade ⁽⁴⁵⁾.

O Instituto de Seguros de Portugal (ISP) é, no nosso país, a principal entidade responsável pela regulação do sector dos seguros. A primeira das suas atribuições é, assim, a de “*regulamentar, fiscalizar e supervisionar a actividade seguradora, resseguradora, de mediação de seguros e de fundos de pensões, bem como as actividades conexas ou*

⁽⁴¹⁾ Sobre a função e regime das provisões no sector segurador JOSÉ GONÇALVES DOS SANTOS, *Contabilidade de Seguros*² (Lisboa: 2007), 477 ss., em especial para os *unit-linked*, 509 ss.

⁽⁴²⁾ Sobre este conceito, v. J. L. SALDANHA SANCHES, “A regulação: história breve de um conceito”, *ROA*, Ano 60 (2000), 9 = <http://www.saldanhasanches.pt/pdf-3/2000,20-ROA,2060.pdf>.

⁽⁴³⁾ Sobre as formas de regulação no sector segurador, JOSÉ VASQUES, *Direito dos Seguros* (Coimbra: 2005), *passim*.

⁽⁴⁴⁾ Sobre as técnicas mais comuns de supervisão para detectar a tempo as situações que podem conduzir a rupturas, ver W. A. LOVETT, *Banking and Financial Institutions Law* (St. Paul, Minn: 1997), 140-156.

⁽⁴⁵⁾ Vejam-se os artigos 69.º ss. do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regula o acesso e o exercício da actividade seguradora.

complementares daquelas" (46). Neste sentido, e além de lhe conceder o poder para interpor providências cautelares (47), a lei dá ao ISP a competência para emitir "*normas regulamentares*" (48) e criar instruções vinculativas (49). As normas regulamentares emitidas pelo Instituto são "*de cumprimento obrigatório pelas entidades sujeitas à sua supervisão*" (50) e "*são publicadas na 2.ª série do Diário da República*" (51). A emissão destas normas depende do Conselho Directivo, ao qual, no âmbito dos seus poderes de regulamentação, compete "*aprovar regulamentos e outros actos normativos, no âmbito das atribuições do ISP, de cumprimento obrigatório pelas entidades sujeitas à sua supervisão*" (52).

As normas a que se refere o artigo 4.º, n.º 3, do Estatuto têm a natureza jurídica de regulamentos administrativos (53) e são uma fonte de Direito vinculativa para as seguradoras, integrando-se no *bloco de legalidade* (54) que o Fisco tem de respeitar nas suas relações com aquelas (55). A organização da contabilidade das seguradoras segundo

(46) Artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do Estatuto do ISP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 292/2001, de 20 de Novembro.

(47) Artigo 4.º, n.º 4, do Estatuto do ISP.

(48) Artigo 4.º, n.º 3, do Estatuto do ISP.

(49) Artigo 5.º do Estatuto do ISP. Os actos que violem as instruções vinculativas do ISP são ineficazes (artigo 5.º, n.º 2, do Estatuto).

(50) Artigo 4.º, n.º 3, do Estatuto do ISP.

(51) *Idem*.

(52) Artigo 11.º do Estatuto do ISP.

(53) FREITAS DO AMARAL define regulamentos administrativos como "*as normas jurídicas emanadas no exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei*" — DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo* (Coimbra: 2001), 151-152. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, por sua vez, afirmam que o "*regulamento é uma decisão de um órgão da administração pública quem aí abrigo de normas de direito público, visa produzir efeitos jurídicos em situações gerais e abstractas*" — MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, III — Actividade administrativa* (Lisboa: 2006), 238. Encontramos nas normas regulamentares do ISP os três elementos que estes autores apontam ao regulamento — são 1) normas jurídicas; 2) emanadas por órgãos da Administração; 3) no exercício de funções administrativas que lhe são concedidas por lei. A jurisprudência fala mesmo em delegação de poderes da Administração fiscal num instituto público (AcSTA de 26.4.2007 (Rel.: ANTÓNIO CALHAU), p. 127/07).

(54) Sobre este conceito, da autoria de HARIOU, e a necessidade de uma "*interpretação actualista*", v., por todos, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos* (Coimbra: 1987), 288, n. 487. Não faz nenhum sentido — nem, de resto, o ordenamento jurídico o permite — que a Administração fiscal num acto concreto desconsidere ou contrarie um regulamento administrativo emitido ao abrigo da lei.

(55) A vinculação a normas de natureza semelhante (os avisos do Banco de Portugal) foi expressamente afirmada pelo Supremo Tribunal Administrativo no caso da *Caixa Económica Açoreana* — AcSTA n.º 16745 (Rel.: BENJAMIM RODRIGUES), de 18.3.1998. Este entendimento foi reforçado no recente AcSTA de 26.4.2007 (Rel.: ANTÓNIO CALHAU), p. 127/07, onde se volta a afirmar que estamos perante um "*caso nítido de delegação de poder administrativo próprio de certa administração directa do Estado (a administração fiscal) numa outra administração não fiscal do Estado exercida por forma indirecta, numa administração levada a cabo através de institutos públicos*". Neste caso, a Administração

as normas regulamentares do ISP não pode ser posta em causa por uma interpretação do Fisco que não seja autorizada por uma norma fiscal específica (ou seja, uma norma fiscal que expressamente derogue uma qualquer regra contabilística).

Quanto ao objecto, os poderes de regulação do ISP assumem carácter subjectivo. Esta ideia retira-se do Estatuto, o qual afirma que a *“supervisão do ISP abrange toda a actividade das empresas a ela sujeitas, incluindo as actividades conexas ou complementares da actividade principal, e é exercida de harmonia com a legislação nacional e comunitária em vigor e no sentido do bom funcionamento e da tutela do mercado, garantindo a protecção dos credores específicos de seguros”* (56). Em princípio, então, toda a actividade das seguradoras está sujeita à intervenção reguladora do Instituto.

Hoje, todavia, não é apenas o ISP que regula o sector dos seguros. Na verdade, o Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro, que procedeu em Portugal à transposição da Directiva n.º 2004/39/CE (57), relativa aos mercados de instrumentos financeiros, veio, reformando e republicando o Código dos Valores Mobiliários, impor a aplicação de algumas das regras do Código dos Valores Mobiliários aos contratos de seguro ligados a fundos de investimento (os *unit-linked*) e aos contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos, ao mesmo tempo que veio transferir parte dos poderes de regulação relativos a estes seguros e contratos para a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM). Trata-se da matéria que respeita aos deveres de conduta impostos na distribuição destes produtos, *maxime* os deveres informativos (58).

Note-se que os *unit-linked* continuam de fora da lista dos produtos que o Código dos Valores Mobiliários considera valores mobiliários (59), não se lhes aplicando a generalidade das normas contidas nesse Código. Todavia, acontece que, pela sua proximidade material, o legislador entendeu estender uma parte do regime a estes seguros. Como se explica no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, a intenção é eliminar *“assimetrias na regulação e supervisão de instrumentos que exibem nítidas semelhanças do ponto de vista substancial”*.

fiscal tinha-se recusado a considerar como custo fiscal o valor de certas provisões. Argumentava que as normas de regulação impunham que essas provisões só seriam regulares se constassem de uma lista publicada pelo regulador, o que não acontecia. Todavia, o regulador tinha autorizado prévia e expressamente as provisões em causa. O STA considerou que é *“irrelevante para efeitos de consideração como custo fiscal”* a forma pela qual o regulador autoriza as provisões. *“O que importa é que ela (a provisão) seja determinada por razões de uma gestão sã e de prudência e seja supervisionada”* afirma-se. Quem o decide é o regulador, independentemente do que pense o Fisco sobre a matéria.

(56) Artigo 4.º, n.º 2, do Estatuto do ISP.

(57) Directiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, “relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas n.ºs 85/611/CEE e 93/6/CE, do Conselho, e a Directiva n.º 2000/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva n.º 93/22/CE, do Conselho”.

(58) Sobre a extensão desta alteração, v. a Informação Conjunta do ISP e da CMVM de 14.2.2008 sobre operações de capitalização ligadas a fundos de investimento, disponível em www.isp.pt.

(59) Artigo 1.º do Código dos Valores Mobiliários, republicado pelo Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro.

No que diz respeito ao regime das provisões, os poderes de regulação do ISP mantêm-se intactos, como demonstra a aplicação da nova Norma 9/2008-R, de 28 de Setembro, aos *unit-linked*, como veremos abaixo.

3.1.2 — O princípio da prudência

Esta preocupação de regulação de um aspecto concreto do balanço das seguradoras decorre de princípios basilares do nosso sistema societário e contabilístico.

O princípio da prudência ⁽⁶⁰⁾, um dos mais antigos princípios contabilísticos, constitui uma regra decisória que prescreve que, em caso de dúvida sobre o valor real de um determinado bem económico, este deve ser inscrito no balanço pelo seu valor mais reduzido ⁽⁶¹⁾.

O limite para a aplicação deste princípio — traduzido no limite negativo da avaliação — é que ele não seja utilizado para, através de uma inscrição no balanço de valores excessivamente baixos, se propiciar a formação de *reservas ocultas*. Neste caso, o valor patrimonial da empresa estaria claramente acima daquele que é revelado pela sua contabilidade. Além disso a empresa, para além de criar reservas ocultas, iria poder manipular livremente o lucro tributável; daí que, ao lado das normas e princípios que limitam o alcance do princípio da prudência no Direito do Balanço, encontramos também normas autónomas no Direito Fiscal, ou seja, no balanço fiscal.

A principal razão pela qual esta separação existe é que sempre que estamos perante possibilidades de, através de um juízo confiado à própria empresa, ela tomar decisões que vão afectar a quantificação do lucro tributável, temos a hipótese de abuso ou fraude, nomeadamente no campo em que a empresa toma a decisão, com base num juízo de prognose do risco, de levar certas quantias a custos por conta de eventuais situações passivas futuras: gera-se aqui, então, a possibilidade de existir uma situação de *abuso de direito* ⁽⁶²⁾, em que, através de "*meios artificiosos ou fraudu-*

⁽⁶⁰⁾ Designado como "*do conservantismo*" no 1.º Plano Oficial de Contabilidade, numa tradução particularmente infeliz do "*principle of conservatism*", felizmente corrigida na segunda versão deste plano.

⁽⁶¹⁾ A. PIMENTA, "A prestação das contas de exercício das sociedades comerciais", *BMJ*, sep. (1972), 49-51. LEFESON, *Die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung* (Düsseldorf: 1987), 465, frisa que, em princípio, não se podem considerar as contas como verdadeiras ou falsas, mas sim como prudentes ou imprudentes.

⁽⁶²⁾ Entre outros, J. L. SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal — Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional* (Coimbra: 2006), 23 ss. e 165 ss.; J. L. SALDANHA SANCHES, "A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito — conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no direito tributário", *CTF*, 310 (1985); J. L. SALDANHA SANCHES, "Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites", *Ciência e Técnica Fiscal*, 398 (2000); J. L. SALDANHA SANCHES, "Abusos de direito e abusos de jurisprudência — anotação ao AcSTA de 3/05/00, rec. n.º 24585", *Fiscalidade*, no. 4 (2000); J. TABORDA DA GAMA, "Acto elisivo, acto lesivo — notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português", *RFDUL*, XL, n.ºs 1 e 2 (1999); G. LOPES COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-abuso no Direito Tributário: contributos para a sua compreensão* (Coimbra: 2004); J. L. SALDANHA SANCHES / J. TABORDA DA GAMA, "Pressuposto Administrativo e Pressuposto Metodológico do Princípio da Solidariedade Social: a derrogação do sigilo ban-

lentos”, se consegue uma qualquer vantagem fiscal, como refere o n.º 2 do artigo 38.º da LGT — ou até uma situação de fraude. Por esta razão a lei fiscal é cuidadosa e minuciosa quanto às provisões, pois está especialmente preocupada, como lhe compete, com a questão de saber o que pode ser integralmente deduzido fiscalmente no exercício.

O principal problema que surge da aplicação do princípio da prudência em termos gerais é obter dele uma interpretação que permita, em situações de litígio em que os tribunais possam ser chamados a pronunciar-se, distinguir os comportamentos em que a regra da prudência foi violada daqueles em que o não foi. É da apreciação que tem de ser feita relativamente ao respeito ou desrespeito do princípio da prudência que pode concluir-se se os lucros de exercício distribuíveis foram ou não correctamente determinados, se haverá a possibilidade de responsabilização dos gestores ou dos que certificam as contas, por parte de credores não pagos, por ter sido desrespeitado o princípio da prudência, e se a dívida fiscal foi correctamente calculada, uma vez que podemos ter impostos pagos em excesso pela mesma razão (elemento adicional da responsabilidade).

Também uma prudência excessiva pode ser posta em causa pela Administração fiscal se, como vimos, estiver a ser usada para obter uma redução indevida do lucro tributável da empresa.

A questão de saber se houve ou não abuso do princípio da prudência terá de ser colocada para analisar as decisões a tomar sobre provisões, amortizações, valorimetrias e outras onde se reflectam os problemas da correcta avaliação dos elementos que integram o activo e o passivo da empresa, bem como a consideração das incertezas que pesam sobre o seu futuro; em suma, as zonas em que a lei fiscal ou comercial deixa alguma latitude para as valorações e decisões contabilísticas da empresa.

3.2 — Provisões e riscos

3.2.1 — O risco e a sua cobertura

O risco é inerente à actividade empresarial e encontra-se estreitamente ligado à possibilidade de obtenção do lucro. Nas palavras de FERNANDO ARAÚJO, *“a assunção de riscos e de incertezas afigura-se indispensável, indeclinável, para se assegurar uma atitude de diligência na obtenção de resultados positivos — na medida em que só estes resultados afastam a hipótese da verificação de prejuízos, hipótese crucial e determinante para quem não tenha afastado de si o suporte integral de tais prejuízos. A empresarialidade é essencialmente uma atitude de gestão desses riscos e incertezas, é a ponte que tem que se estabelecer — alguém tem que estabelecer — entre, por um lado, a presença e a certeza dos custos, e por outro o futuro e a incerteza dos bene-*

cário e a cláusula geral anti-abuso”, in *O Princípio da Solidariedade Social*, org: MARCO AURÉLIO GRECO, São Paulo, 2005.

fícios”. Numa palavra, “os empresários são aqueles que, incentivados pela contrapartida do lucro, assumem as incertezas da organização produtiva dos recursos” (63).

Em todas as actividades encontramos risco e a actividade seguradora destina-se precisamente a assumir, mediante retribuição, alguns riscos — os riscos seguráveis, quer na actividade das empresas (onde os seguros eliminam, para os agentes, certos riscos, por exemplo de responsabilidade civil, mas não o risco empresarial considerado na sua essência), quer na vida das pessoas. Um dos riscos da actividade empresarial é o risco criado pelas empresas a terceiros (a insolvência da empresa vai lesar os seus credores e a má saúde financeira da seguradora põe em causa o pagamento aos segurados), que conduz à obrigatoriedade da realização de provisões, as quais reduzem parcialmente o risco.

No caso dos seguros, a possibilidade de danos causados a terceiros (segurados que veriam as suas prestações ficar por pagar por insolvência da companhia seguradora) leva a uma estrita regulamentação das provisões, já que o risco tem graus distintos em cada um dos contratos que ela realiza. Nas seguradoras o risco e os problemas que este levanta põem-se com uma acuidade especial e adicional, uma vez que não só existe o risco do negócio, como o risco é objecto do negócio.

3.2.2 — O risco nos contratos *unit-linked*

Qualquer contrato de seguro tem, quase não o seria preciso dizer, um determinado grau de risco. A relação jurídica entre tomador/segurado e companhia de seguros que acima descrevemos implica um sinalagma. De acordo com este, qualquer proveito (prémio) recebido pela companhia de seguros está ligado a uma responsabilidade que esta assume, ditada por um acontecimento futuro.

Em cada contrato há um risco e nenhum destes riscos é idêntico: quando se segura um prédio contra sismos, a companhia de seguros tem grandes possibilidades de nunca pagar a indemnização, mas pagará uma indemnização muito elevada se o sismo ocorrer. Num seguro de vida, tudo depende da duração da vida futura do segurado, mas a morte é certa. Num seguro *unit-linked*, o segurado não sabe quanto vai receber no momento da morte ou do resgate, pois isso depende do momento em que tal ocorrer e do valor dos activos a que a sua apólice está indexada.

Por isso, afirma o Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril (64), que neste tipo de seguro “*não há risco*”, afirmando-se correntemente que são contratos em que “*o risco de investimento é suportado pelo tomador*” (65). Como atrás verificámos, como os valores das prestações a que a seguradora se obriga perante o segurado variam de acordo com o valor dos activos de referência, então uma possível desvalorização destes leva a um decréscimo da responsabilidade da empresa.

(63) FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia* (Coimbra: 2005), 311.

(64) Artigo 75.º, alterado pelo Decreto-Lei n.º 8-C/2002, de 11 de Janeiro.

(65) Por exemplo, o Plano de Contas para as Empresas Seguradoras, aprovado pela Norma Regulamentar n.º 4/2007-R, de 27 de Abril, do ISP, conta 30 0.

Mas será que esta visão sobre o risco deste tipo de contratos nos faz concluir que as provisões efectuadas neste âmbito não devem ter efeitos fiscais? Não. Primeiro, porque avançando pelos argumentos literais, a norma citada ⁽⁶⁶⁾ trata precisamente das “provisões técnicas” — provisões essas que têm de ser feitas levando em conta o facto de que é o tipo de contrato e o momento do evento que vão determinar a quantia a pagar. É claro, todavia, que tem de haver uma provisão, a qual, como veremos, tem o efeito de todas as provisões no cálculo do lucro. Segundo, porque só não haveria risco (nem lucro futuro) se a companhia de seguros fosse uma espécie de fiel depositário dos investimentos do cliente, limitando-se a cobrar uma comissão de guarda de títulos. Como já antes vimos, não é isto que se passa. A seguradora não é uma intermediária, nem age por conta do segurado ⁽⁶⁷⁾ — e, por isso, não pode deixar de provisionar as suas responsabilidades para com este. A isto voltaremos.

3.3 — As provisões no Direito do Balanço e na IV Directiva sobre Contas das Sociedades

O conceito de provisão é um conceito central no Direito do Balanço. Para além dos exfluxos financeiros (fluxos financeiros para fora da empresa) com data certa e quantia determinada, temos de ter em conta a possibilidade de existirem outras despesas (custos) que, ainda que tenham um grau de probabilidade suficiente para que devam ser reconhecidas, não são inteiramente certas ou não podem ser quantificadas com exactidão. Trata-se de despesas futuras que podem ser provenientes de um contrato, podem resultar do dever de indemnizar ou podem mesmo ser consequência de uma expectativa criada pela empresa. Tudo se resume a uma expectativa suficientemente forte de que venha a haver no futuro um dever de prestar ⁽⁶⁸⁾. No entanto, onde podemos basear, do ponto de vista jurídico formal, o conceito de provisão?

Levando em conta que os comerciantes em nome individual e as sociedades comerciais têm o dever de apresentar balanço ⁽⁶⁹⁾, a sede jurídica normal para a disciplina destas práticas das empresas (as provisões, como emanação do princípio da prudência ⁽⁷⁰⁾, são uma prática muito antiga) deveria ser o Código Comercial ou o

⁽⁶⁶⁾ Artigo 75.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril.

⁽⁶⁷⁾ V. 2.2. — Como atrás referimos, a titularidade dos activos é precisamente um dos pontos-chave que marca a diferença entre os *unit-linked* e os comuns contratos de investimento.

⁽⁶⁸⁾ Sobre estas possíveis fontes das provisões, EPSTEIN, BARRY J., *Wiley IFRS 2007* (Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards) (Hoboken: 2007), 458-459.

⁽⁶⁹⁾ Sobre isto, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*⁴ (Coimbra: 2008), 50 ss.; J. L. SALDANHA SANCHES, “Problemas Jurídicos da Contabilidade (O Direito Contabilístico e as suas Fontes)”, in *Ab Uno ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*, (Coimbra: 1998), 469 ss. Disponível em www.saldanhasanches.pt.

⁽⁷⁰⁾ O princípio da prudência é aquele princípio contabilístico que “obriga a que, e condições de incerteza, se tomem em conta os riscos previsíveis e as perdas e depreciações eventuais, sem, contudo, criar reservas ocultas ou provisões excessivas, ou deliberadas quantificações de activos e proveitos por defeito ou passivos e custos por excesso” — ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*⁴ (Coimbra: 2008), 55.

Código das Sociedades Comerciais. É o que sucede, por exemplo, no § 256 do Código Comercial Alemão. No entanto, entre nós, o único Código que trata de forma sistemática de provisões é o Código do IRC. Por isso, temos apenas, além de uma recente norma avulsa, a definição do Plano Oficial de Contabilidade: “*as provisões têm por objecto reconhecer as responsabilidades cuja natureza esteja claramente definida e que à data do balanço sejam de ocorrência provável ou certa*” ⁽⁷¹⁾ — uma formulação que, como veremos, pode já não estar em vigor, ainda que nos possa ajudar na aplicação concreta do conceito.

A omissão do legislador português em relação aos princípios e regras fundamentais do Direito do Balanço é em parte suprida pela legislação comunitária sobre o mesmo tema. Esta começou com a publicação da IV Directiva Sobre as Contas das Sociedades ⁽⁷²⁾. Mais tarde, foi publicado o Regulamento 1606/2002, relativo às normas internacionais de contabilidade ⁽⁷³⁾, e o regime sofreu algumas modificações para se harmonizar com os princípios contidos nos padrões internacionais ⁽⁷⁴⁾.

O regime e a definição jurídica das provisões foram alterados por uma nova Directiva que veio determinar que “*as provisões têm por objecto cobrir 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*” ⁽⁷⁵⁾. Esta definição veio mais tarde a ser transposta para a lei portuguesa, pelo Decreto-Lei n.º 35/2005, de 17 de Fevereiro. Este Decreto-Lei veio também criar algumas regras quanto ao problema específico das provisões das companhias de seguros.

Temos, por isso, uma definição de provisões que acompanha a que já se encontrava no IAS 37, onde se entende por provisão uma “*liability*” (responsabilidade) que foi criada para corresponder a um provável pagamento (*outflow*) em que há uma incerteza quanto à existência da dívida ou quanto ao quantum da dívida ⁽⁷⁶⁾. Nos dois casos, temos um dever de provisionar. Se a dívida for certa e a quantia determinável, temos um débito futuro que constitui desde logo um custo para a sociedade, que tem o dever de prestar, o mesmo sucedendo quando se trata de uma receita futura.

⁽⁷¹⁾ Verba 2.9 do POC.

⁽⁷²⁾ Directiva 78/660/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1978, “*relativa às contas anuais de certas formas de sociedades*”.

⁽⁷³⁾ Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho de 2002, “*relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade*”.

⁽⁷⁴⁾ Sobre os problemas jurídicos de aplicação destes padrões como fontes de Direito Contabilístico ou Direito do Balanço, ver J. L. SALDANHA SANCHES, “Problemas Jurídicos da Contabilidade (O Direito Contabilístico e as suas Fontes)”, in *Ab Uno ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora* (Coimbra: 1998); e “Os IAS/IFRS como fonte de direito ou o efeito Monsieur Jourdain”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Sousa Franco* (Coimbra: 2007). Ambos os artigos estão disponíveis em www.saldanhasanches.pt.

⁽⁷⁵⁾ Directiva 2003/51/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho de 2003, “*que altera as Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE do Conselho relativas às contas anuais e às contas consolidadas de certas formas de sociedades, bancos e outras instituições financeiras e empresas de seguros*”, n. 7/a) 1).

⁽⁷⁶⁾ EPSTEIN, BARRY J., *Wiley IFRS 2007 (Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards)* (Hoboken: 2007), 231.

Se há alguma dúvida quanto à futura *liability* (por exemplo, está a correr uma acção judicial contra a empresa que se sabe que vai ser perdida, mas não se sabendo a que nível será fixada a indemnização), resta fazer uma provisão até que a sentença seja pronunciada e se saiba quanto se vai pagar.

3.4 — Constituição, manutenção e anulação de uma provisão

As provisões são uma das rubricas do balanço que concretizam a solidariedade entre exercícios no sentido de que transitam de um exercício para o outro durante um determinado período de tempo. Voltemos ao nosso exemplo da acção judicial contra uma empresa, uma das causas mais frequentes da constituição (obrigatória e fiscalmente dedutível) de provisões. Se a acção apresenta algum risco para a empresa, deve ser feita uma provisão. Quanto tempo se vai ela manter? Esta questão é um afloramento concreto de um problema mais geral, pois no fim de cada exercício é preciso decidir se as provisões devem ser mantidas ou se devem ser anuladas ⁽⁷⁷⁾.

Imaginemos que o juiz condena a empresa a indemnizar. Aqui, não temos grandes problemas: a indemnização a que a empresa foi condenada transforma-se assim num custo efectivo e deixa de ser provisão. O que vinha de balanço em balanço como provisão passa a ser um custo imputado ao exercício em que teve lugar a sentença e já não vai figurar no próximo exercício como provisão, uma vez que esta foi anulada, dando origem a um proveito que tem como contravalor o referido custo decorrente do pagamento. Aquilo que eventualmente, por uma questão de prudência, se provisionou a mais transforma-se num ganho daquele exercício não compensado por qualquer contravalor. Há, quanto a esta mesma provisão, decisões contabilísticas, com alguma margem de livre decisão, a tomar. Suponhamos que o caso se desenrola de outra forma e que a decisão tarda. Numa certa fase do processo, antes do trânsito em julgado, o contencioso da empresa informa que a possibilidade de condenação é praticamente nula. A provisão deve manter-se e transitar para o exercício seguinte ou deve transformar-se integralmente em lucro (tributável) e, por isso, já não figurar no balanço do ano seguinte? Não interessa saber qual é a solução concreta, mas constatar a dificuldade intrínseca da opção.

No caso do seguro de vida, a provisão vai durar (podendo ser reforçada ou diminuída segundo a previsão do momento sobre o risco futuro) até que o segurado morra ou proceda ao resgate, nos termos do contrato. Esta revisão geral das provisões existentes é feita periodicamente, anulando-se as provisões dos contratos vencidos e fazendo novas provisões para os contratos celebrados.

3.5 — Poderes administrativos e legislativos nas provisões

As provisões são assim um dever das sociedades comerciais como forma de garantir a continuidade da empresa e, por isso, estritamente reguladas pelos padrões

⁽⁷⁷⁾ Sobre estes complexos problemas, v. R. WINNFELD, *Bilanzhandbuch* (Munique: 2006), 571.

de contabilidade que procuram criar critérios de decisão ⁽⁷⁸⁾. Quando se trata de grandes empresas cotadas na bolsa, com cotações dependentes da imagem proporcionada pelos seus balanços, a tendência é para que as provisões sejam feitas por valores abaixo dos que seriam exigidos pela prudência. Uma boa parte da crise actual deve-se ao não provisionamento de riscos que foram ocultados ou subestimados ⁽⁷⁹⁾.

No entanto, nas pequenas e médias empresas, que são a maioria, a tendência dominante é para fazer tantas provisões quanto possível e ao menor pretexto para reduzir o lucro tributável. Entende-se por isso que as provisões sejam estritamente reguladas pelo Código do IRC. Se as provisões excederem os limites previstos, não contam como custos fiscais. É uma solução que se compreende, que existe sobre várias formas por toda a parte, mas que pode levantar problemas.

No caso *DE+ES Bauunternehmen GMBH* ⁽⁸⁰⁾, uma empresa de construção civil alemã colocou ao TJCE a questão de saber se uma dada provisão, que fazia segundo os princípios contidos na *IV Directiva*, podia ser recusada pela Administração fiscal alemã com base na lei fiscal nacional, sem violar o Direito Comunitário. A provisão era de 2% do total das vendas para poder fazer face a acções judiciais eventualmente interpostas pelos seus clientes e respeitantes a problemas nas casas que lhes vendia. O TJCE decidiu que *“na ausência de uma regulamentação comunitária que vise especificamente o método e os critérios de avaliação do montante das provisões para encargos e riscos, estas provisões devem ser determinadas nas condições fixadas pelas diferentes regulamentações nacionais, desde que, todavia, as contas anuais dêem uma imagem fiel do património, da situação financeira e dos resultados da sociedade e que o montante das provisões não ultrapasse as necessidades da referida sociedade”* ⁽⁸¹⁾. Reconhecendo a existência de um problema, o TJCE remeteu a decisão para os tribunais alemães, mas definiu previamente os parâmetros desta.

O que podemos concluir é que cabe ao legislador nacional estabelecer parâmetros para as provisões (os casos, os montantes, os limites) e cabe à Administração fiscal verificar se os sujeitos passivos efectuem as provisões dentro dos limites legalmente definidos. Aceite a forma e os montantes das provisões tal como foram realizadas, a Administração fiscal não as pode usar como argumento para impedir a eliminação da dupla tributação económica e a aplicação do regime normal de tributação dos fundos de investimento, ou usar, de forma mais geral, a sua função subtractiva provisório do lucro tributável para negar qualquer outra realidade que deve entrar no cômputo desse lucro. Numa palavra, uma provisão realizada de acordo com a lei não pode ser o pretexto para qualquer acréscimo ao lucro tributável.

⁽⁷⁸⁾ Como já desenvolvemos em “O Regime Fiscal das Provisões — anotação ao AcSTA de 2-06-99, rec. n.º 23089.11-23”, in *Jurisprudência Fiscal Anotada* (Coimbra: 2001), disponível em www.saldanhasanches.pt.

⁽⁷⁹⁾ Obrigando o Estado americano a assumir biliões de dólares da maior seguradora do mundo, a AIG, porque as reservas e provisões não chegavam para pagar as suas responsabilidades.

⁽⁸⁰⁾ Caso C-275/97, de 14.9.1999.

⁽⁸¹⁾ Caso C-275/97, de 14.9.1999, conclusões do Acórdão.

3.6 — A natureza específica das provisões no caso dos seguros

As companhias de seguros têm um regime próprio de provisões que desloca grande parte da decisão quanto às provisões para as entidades reguladoras deste ramo, que actuam como legislador nesta matéria. O legislador fiscal levou em conta o facto de as companhias de seguros serem quase sempre grandes sociedades cotadas na bolsa e o risco de fazerem menos provisões do que as necessárias para com isso terem mais ganhos (fictícios) e melhores cotações. Os benefícios são, neste caso, normalmente maiores do que os que resultariam de fazerem provisões excessivas para reduzir o imposto a pagar. Nas companhias de seguros, o grande risco (público) é que a possibilidade de provisões e capital próprio insuficientes conduzam a uma situação de insolvência, que tem de ser, em última análise, suportada pelo contribuinte.

Por tudo isto, as provisões das companhias de seguros têm uma natureza específica.

Quando se faz um contrato de seguro, assume-se a perspectiva de ter um pagamento futuro. No caso dos seguros *unit-linked*, haverá sempre um pagamento futuro com formas especiais de quantificação — um pagamento futuro que tem de ser provisionado. Este cálculo do que é necessário ter hoje para enfrentar obrigações futuras pode ter maior ou menor complexidade. Em seguros de vida, tem de se considerar a esperança de vida, o sexo, eventualmente aspectos ligados à saúde do grupo de indivíduos a que pertence o segurado, etc. Daí que grande parte das provisões a realizar pelas companhias de seguros sejam determinadas por uma técnica especialmente elaborada — o *cálculo actuarial* — com fórmulas de grande complexidade para permitir o cálculo das obrigações futuras.

Consequentemente, esta natureza especial das provisões foi reconhecida pelo Código do IRC, que inclui entre as que são fiscalmente dedutíveis e de modo integral ⁽⁸²⁾ “as provisões técnicas e as provisões para prémios por cobrar constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas do Instituto de Seguros de Portugal, de carácter genérico e abstracto, pelas empresas de seguros submetidas à sua supervisão e pelas sucursais em Portugal de empresas seguradoras com sede em outro Estado membro da União Europeia” ⁽⁸³⁾.

3.7 — A (nova) regulamentação sobre o regime e reporte das provisões técnicas: o risco específico dos *unit-linked*

As regras sobre as provisões em seguros — o modo como devem ser feitas e o seu “reporte”, ou seja, o modo como devem ser descritas e caracterizadas na informação financeira que deve ser disponibilizada pelas companhias de seguros — foram recen-

⁽⁸²⁾ Por exemplo, em Espanha, a dedução fiscal corresponde ao mínimo da obrigação prudencial quanto ao quantitativo da provisão (artigo 13.º da *Ley del Impuesto sobre Sociedades* (TRLIS), aprovada pelo *Real Decreto Legislativo 4/2004*, de 5 de Março).

⁽⁸³⁾ Artigo 34.º, n.º 1, alínea d), do Código do IRC.

temente actualizadas pela Norma Regulamentar n.º 09/2008-R, de 28 de Setembro: “*Cálculo e Reporte das Provisões Técnicas com Base em Princípios Económicos*” do Instituto de Seguros de Portugal ⁽⁸⁴⁾. Como se diz no preâmbulo da Norma Regulamentar, “*não se pretende introduzir qualquer alteração ao regime das garantias financeiras actualmente em vigor*”. Temos aqui uma actualização e consolidação dos princípios aplicáveis a estas provisões, incorporando os novos princípios definidos pelos IFRS/IAS e os trabalhos feitos em sede comunitária. Podemos por isso usá-la como a referência normativa nesta matéria. O seu objectivo é conseguir critérios aplicáveis à multiplicidade de contratos de seguros que hoje são realizados, desde aqueles em que, usando a expressão corrente, o risco é do cliente (*unit-linked*), aos mais tradicionais.

Voltemos ao contrato de seguro contra sismos: enquanto em Portugal não ocorrer nenhum sismo grave, esses prémios são apenas lucro. No entanto, têm de estar provisionados, porque o risco é enorme, a menos que as companhias portuguesas procedam a uma operação de difusão do risco com um resseguro numa grande companhia multinacional, anulando parte do risco e perdendo parte do lucro.

Mas qual o âmbito de aplicação desta Norma-Regulamentar?

A Norma começa por dividir os seguros em dois grupos principais: vida e não-vida, sendo os “*seguros e operações ligados a fundos de investimento (unit-linked)*” uma das espécies do ramo vida. Tratando da “*provisão técnica de seguros e operações do ramo “Vida”*” (artigo 3.º, n.º 2, alínea a)), quantifica-se no caso dos seguros *unit-linked* como devendo ser igual ao “*valor dos índices ou activos que tenham sido fixados como referência para determinar o valor das importâncias seguras*”, o que quer dizer que, nestes seguros, opera-se uma redução do risco suportado pela companhia de seguros, uma vez que uma parte da sua decisão pode ser suportada por um critério unívoco e comprovável: ela deve provisionar o valor que hoje teria de pagar, devendo a provisão ser periodicamente ajustada na medida das flutuações dos valores subjacentes ao seu dever de prestar.

As provisões, ao cativarem lucros que de outra forma seriam distribuídos, vão traduzir-se na libertação de fundos que vão ser investidos em determinados activos, com maior ou menor risco, com maior ou menor rentabilidade. A questão do maior ou menor risco do seguro é uma questão distinta da forma mais ou menos segura como pode ser feito o investimento que vai permitir pagar futuramente as prestações desse seguro, as quais são sempre devidas independentemente da política concreta de investimentos da seguradora.

Assim, por isso, nos seus artigos 4.º e 5.º, a Norma distingue entre responsabilidades *hedgeable* e *não-hedgeable*; determinando no seu artigo 4.º, n.º 1, que, se a responsabilidade for *hedgeable*, “*a correspondente provisão técnica é igual ao valor de mercado da carteira de títulos aí referida*”. Nos outros casos usa-se “*a melhor estimativa das provisões técnicas*” ⁽⁸⁵⁾. Ora, o que são responsabilidades *hedgeable* e o

⁽⁸⁴⁾ Disponível em www.isp.pt.

⁽⁸⁵⁾ Artigo 5.º, n.º 1.

que é o *hedging*? Temos um contrato de *hedging* (termo que tem a sua origem em *hedge*, vedação ou cobertura) sempre que, por meio de uma relação contratual, obtemos protecção contra um evento futuro que nos pode prejudicar. Por exemplo, cobrindo o risco de uma subida de taxa de juro de uma dívida com um instrumento financeiro cuja rentabilidade decorra desse mesmo evento: assim o risco da taxa subir é neutralizada por essa mesma subida. Não se trata de um típico contrato de seguro. No *hedging*, temos um contrato em que um operador se liberta de um certo risco, por exemplo, ligado às flutuações inesperadas dos preços e cotações, transmitindo esse risco a outrem ⁽⁸⁶⁾.

No caso das provisões nos seguro *unit-linked*, há uma situação semelhante. As responsabilidades tornam-se *hedgeable* quando o risco que está ligado à sua quantificação — quanto deve a seguradora levar a provisões para poder cobrir os eventos futuros? — pode ser substancialmente reduzido. As “responsabilidades *hedgeable*”, segundo a definição contida no artigo 3.º da Norma regulamentar, são aquelas em que os respectivos *cash flows* (as prestações que vão ser devidas pela seguradora em consequência de eventos futuros — os exfluxos de que falámos) “*podem ser aproximadamente reproduzidos por uma carteira de activos financeiros de liquidez adequada face à duração das responsabilidades*”, continuando depois o artigo a explicitar minuciosamente as características que deverão ter estes activos. Se isto não for possível, a provisão será feita de acordo com a “*melhor estimativa*”. É um exemplo claro de responsabilidade *hedgeable* aquela que decorre dos seguros *unit-linked*, em que a responsabilidade é precisamente reproduzida por uma carteira de activos.

Significa isto que a companhia de seguros tem as mais diversas formas de risco e diversas formas de acautelar esse mesmo risco. Estas normas devem garantir que o faz do modo mais adequado possível e aplicando regras especiais para os seguros *unit-linked*. Contudo, e reafirmemos esta ideia central, a norma regula as provisões para este tipo de seguro levando em conta não o seu não-risco (nesse caso, não haveria provisão), mas o seu *risco específico*. Vai haver um pagamento futuro e esse pagamento tem de ser provisionado.

A codificação destas regras e princípios na Norma regulamentar é de extrema utilidade, porque nos permite confrontar estes problemas essenciais. Aquilo que preocupa a autoridade supervisora dos seguros, como se diz no preâmbulo da Norma, é a adaptação das necessidades de supervisão ao regime chamado *Solvência II* promovido pelo *Comité Europeu dos Supervisores de Seguros e de Pensões Complementares de Reforma*. A sua preocupação central é que as seguradoras que contraem obrigações a dezenas de anos de prazo quanto a seguros de vida e a pensões de reforma tenham meios, i.e. sejam solventes, quando se trata do momento de cumprir os seus compromissos ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Sobre o modo como estes contratos funcionam, SAMUELSON/NORDHAUS, *Economics*¹⁵ (Nova York: 1995), 182-183.

⁽⁸⁷⁾ Evitando que uma política optimista de distribuição de dividendos leve a que a seguradora acabe sem recursos para cumprir os seus compromissos. Sobre tudo isto, veja-se http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/index_en.htm e as discussões que aí têm tido lugar.

As regras de quantificação das provisões servem para determinar que quantia vai ser diminuída ao lucro da companhia de seguros de modo que não possa ser objecto de distribuição aos sócios. Uma das funções da elaboração do balanço da sociedade no fim do exercício é proceder à liquidação do direito do sócio quanto ao lucro da sociedade ⁽⁸⁸⁾. A provisão vai limitar esse direito, fazendo com que uma certa quantia deva ficar retida na sociedade, uma vez que diminui o lucro distribuível.

A provisão não é, nem nunca pode ser, considerada um activo. É uma mera cifra do balanço ⁽⁸⁹⁾ com uma grande importância, porque, sendo uma conta do passivo, vai conduzir necessariamente a que haja no activo bens de valor igual a esta cifra. A realização da provisão conduz a uma redução do lucro que pode ser distribuído no final do exercício e por isso, do ponto de vista económico, permite um investimento feito pela empresa. Se a companhia de seguros faz uma provisão de 100, pode ao mesmo tempo investir esses 100 num depósito a prazo, em obrigações, em acções ou noutros activos quaisquer. Assim, o resultado da provisão é uma quantidade de activos maior do que aquela que existiria se a distribuição de lucros tivesse tido lugar. Se a seguradora distribuisse 100 em vez de apenas 50, a sua situação líquida, a diferença entre o activo e o passivo, seria menor (menos 50) do que aquela que existente se não houver distribuição, o que pode permitir o pagamento devido ao segurado.

A relevância das provisões no Direito das Sociedades Comerciais e no Direito Fiscal provém desta sua função no balanço: perante a inevitabilidade da responsabilidade futura, reduz-se o lucro (aparente) de hoje para lhe poder fazer face. Nesse sentido, são fundos temporariamente retidos que vão ser usados para compromissos futuros, ou levados a lucros (e aí sujeitos a imposto) se e quando se revelarem desnecessários. Economicamente, as provisões têm semelhanças com as reservas livres ou legais das sociedades, mas enquanto as reservas provém geralmente dos lucros, e por isso já foram previamente tributadas na sua forma inicial de lucros que não foram distribuídos mas levados a reservas, as provisões são uma componente negativa da matéria tributável, destinada a ser anulada por um movimento de sinal contrário, ou seja, a um dia serem uma componente positiva da matéria tributável.

Em suma, as provisões são uma obrigação permanente para as seguradoras: sempre que são feitas, diminuem a matéria colectável: quando são anuladas, podem aumentá-la ou não. Mas como não há seguro sem risco, nem risco sem provisão, não pode haver seguro sem provisão.

⁽⁸⁸⁾ F. CASSIANO DOS SANTOS, *A Posição do Accionista face aos Lucros do Balanço* (Coimbra: 1996); MANUEL PITA, *Direito aos Lucros* (Coimbra: 1989).

⁽⁸⁹⁾ Provisões são contas do passivo que têm a função de fazer face a custos que vão ter lugar num exercício futuro e cuja data de vencimento e quantitativo exacto são incertos, como ensina B. KNOBBE-KEUK, *Bilanz und Unternehmensteuerbilanzrecht*⁹ (Colónia: 1993), 114.

4 — A ELIMINAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA NO ARTIGO 46.º DO CÓDIGO DO IRC

4.1 — O método da isenção: origem e efeitos

A tributação do rendimento das sociedades comerciais levanta três problemas teóricos interligados de solução difícil: o primeiro é o de saber *se* as empresas devem ser tributadas ⁽⁹⁰⁾, o segundo é aquilatar *quem* é que *paga* o imposto sobre o rendimento empresarial (a sociedade comercial, os sócios, os trabalhadores, os clientes) ⁽⁹¹⁾ e o terceiro é de saber como resolver o eventual conflito de tributação na esfera da sociedade e depois, sobre os lucros distribuídos, na esfera do sócio individual ⁽⁹²⁾ ou colectivo.

Havendo tributação nos vários níveis de participação social plurissocietária, o mesmo rendimento — a parcela do lucro distribuído que tem origem numa sociedade comercial e perpassa pelo lucro tributável das entidades sócias — sofreria assim plúrimas tributações, uma enquanto resultado da base tributável da filial distribuidora onde tem origem, e uma tributação sucessiva na esfera de cada entidade recebedora, uma vez que os lucros distribuíveis integram a base tributável de cada um destes níveis societários. A esta múltipla tributação é normalmente assacada a pecha de influir na desejável neutralidade do Direito Fiscal: ao tributar-se o mesmo rendimento duas ou mais vezes, estar-se-ia, por um lado, a incentivar a não distribuição de lucros nos momentos de maior carga de tributação dos dividendos ⁽⁹³⁾ e, por outro lado, a orientar-se fiscalmente o financiamento das empresas para capitais alheios, preferindo-se, por exemplo, financiamento bancário (dedutível) em detrimento de capitais próprios ⁽⁹⁴⁾. O mecanismo previsto nas normas fiscais para evitar estes males é uma decorrência do princípio da neutralidade fiscal e uma concretização do princípio da igualdade, na sua vertente da tributação pelo lucro real.

⁽⁹⁰⁾ Abordámos a questão em *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007), 291 ss.

⁽⁹¹⁾ Sobre este problema, por todos, na ciência económica, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*³ (Coimbra: 2005), 209 ss. e 519 ss.; JOSEPH STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*³ (Nova York: 2000), 563 ss.

⁽⁹²⁾ A atenuação da dupla tributação económica de lucros distribuídos entre entidades sujeitas a IRC levanta menos problemas do que quando a questão é colocada em relação à distribuição de lucros a sócios sujeitos a IRS. V. COMISSÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA FISCAL, *Relatório* (Lisboa: 2002), 665. Sobre o sistema anterior, v. F. PINTO FERNANDES / N. PINTO FERNANDES, *Código do IRC Anotado e Comentado*⁴, 1994, 395 ss.

⁽⁹³⁾ ANTÓNIO MARTINS / PAULO GAMA, "A fiscalidade e os dividendos: uma análise empírica da influência da variação do crédito e imposto na distribuição de lucros das sociedades portuguesas entre 1989 e 1995", *Fiscalidade*, 25 (2006), 5.

⁽⁹⁴⁾ M. H. FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*² (Coimbra: 2007), 92.

De entre os métodos possíveis de atenuar a dupla tributação económica, o ordenamento jurídico português optou ⁽⁹⁵⁾ pela eliminação na esfera do sócio, ou seja, a entidade que recebe os rendimentos já tributados é a responsável pela redução da dupla tributação. Podia, com efeito, ter optado por qualquer dos métodos a operar na esfera da entidade distribuidora (transparência; taxa zero para os dividendos, dedução de lucros distribuídos na base tributável da distribuidora, isenção de imposto do lucro distribuído) ⁽⁹⁶⁾, mas não o fez.

Há basicamente dois sistemas que podem ser seguidos quanto à eliminação da dupla tributação económica na esfera da entidade participante: o mecanismo do *crédito de imposto* e o mecanismo de *isenção*; no mecanismo de *isenção*, os lucros distribuídos são deduzidos ao lucro tributável da entidade beneficiária, enquanto que, no mecanismo do *crédito* de imposto, os lucros distribuídos dão origem a um crédito correspondente ao imposto que suportaram (ou que virtualmente suportariam, dependendo da concreta configuração do método), o qual é deduzido à colecta de imposto da participante. Isto significa, entre outras coisas, que o método do *crédito* só opera efectivamente havendo colecta, enquanto que o mecanismo da *isenção* não depende da colecta, podendo dar origem a um imposto reduzido ou nulo na esfera da entidade participante.

O método da isenção pode também, em muitos casos, levar a que sejam incluídos na base tributável da entidade participante lucros distribuídos que na esfera da participada não sofreram tributação, ou foram objecto desta em nível muito reduzido. Este efeito decorrente do método da *isenção* é em muitos casos mitigado pelos sistemas jurídicos, nem sempre da melhor forma: por exemplo, no nosso ordenamento jurídico, vigorou, no Código do IRC, entre 2005 ⁽⁹⁷⁾ e 2007 ⁽⁹⁸⁾ uma norma segundo a qual o regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos “*não se aplica procedendo-se, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto, quando se conclua existir abuso das formas jurídicas dirigido à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos, o que se verifica quando os lucros distribuídos não tenham sido sujeitos a tributação efectiva ou tenham origem em rendimentos aos quais este regime não seja aplicável*” ⁽⁹⁹⁾. E, desde 2007, uma norma segundo a qual, quando “*os rendimentos provenham de lucros que não tenham sido sujeitos a tributação efectiva, excepto quando a beneficiária seja uma sociedade gestora de participações sociais*”, a dedução é reduzida a 50% ⁽¹⁰⁰⁾. Repare-se que estes dois preceitos visam lidar com a tributação efectiva na esfera da entidade participada, ou seja, visam que apenas possa

⁽⁹⁵⁾ JORGE FIGUEIREDO, “Métodos de minimização da tributação dos accionistas”, *Fisco*, 22 (1991), 3; e, para a solução entre nós adoptada, GOMES SANTOS, “Crédito do IRC (artigo 72.º do Código do IRC) Atenuação da dupla tributação económica ou benefício fiscal?”, *Fisco*, 23 (1991), 3.

⁽⁹⁶⁾ Estes métodos e a sua crítica pode ser vista com mais detalhe em M. H. FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*² (Coimbra: 2007), 602 ss.

⁽⁹⁷⁾ Artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro.

⁽⁹⁸⁾ Artigo 52.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro.

⁽⁹⁹⁾ Artigo 46.º, n.º 10, do Código do IRC, com a redacção dada pelo artigo 29.º, n.º 1, da Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro.

⁽¹⁰⁰⁾ Artigo 46.º, n.º 8, na versão do artigo 52.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro.

haver eliminação da dupla tributação económica se tiver efectivamente existido tributação dos lucros (apesar de não esclarecer quão remota essa tributação pode ser, o que levanta sérios problemas de interpretação e perplexidades). Contudo, mesmo que não exista essa tributação efectiva, a redução perpetrada pelo mecanismo é apenas a metade. Estes mecanismos visam evitar que, sob a capa da eliminação da dupla tributação, certos sectores de actividade com níveis de tributação mais baixos tenham aquilo que é considerado por alguma doutrina como um efectivo benefício ⁽¹⁰¹⁾.

Os normativos acabados de referir preocupam-se com a tributação *na base* e não se destinam a assegurar a tributação na esfera da participante, pela simples razão de que o método da isenção se basta com o requisito legal de que os rendimentos (lucros distribuídos) *sejam incluídos na base tributável*, questão que retomaremos de seguida.

Vejamos antes com detalhe o regime de eliminação da dupla tributação que funciona com base nos seguintes pressupostos e requisitos:

a) Pressuposto subjectivo relacionado com a entidade beneficiária

- a) tratar-se de sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas e empresas públicas ⁽¹⁰²⁾,*
- b) com sede ou direcção efectiva em território português ⁽¹⁰³⁾, ou agências gerais de seguradoras estrangeiras ⁽¹⁰⁴⁾*
- c) não sujeitas, em qualquer caso, ao regime da transparência fiscal ⁽¹⁰⁵⁾;*

b) Requisito quanto ao rendimento distribuído na esfera da entidade beneficiária

- a) os rendimentos correspondentes a lucros distribuídos serem incluídos na base tributável ⁽¹⁰⁶⁾,*

c) requisitos quanto à participação

- a) detenção directa;*
- b) participação não inferior a 10%, ou com um valor de aquisição não inferior a € 20.000.000;*
- c) permanência na sua titularidade, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da colocação à disposição dos lucros ou,*

⁽¹⁰¹⁾ GOMES DOS SANTOS, “O crédito fiscal do IRC”, *Fisco*, 23 (1990), 3; M. H. FREITAS PEREIRA, “A Dupla Tributação Económica dos Lucros”, in *Estudos jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrakes* (Coimbra: 2000), 612.

⁽¹⁰²⁾ Artigo 46.º, n.º 1. Tratando-se de pessoas colectivas e outras entidades residentes que não exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou agrícola, a dedução é apenas de 50% dos lucros distribuídos, de acordo com o artigo 48.º, n.º 3, do Código do IRC.

⁽¹⁰³⁾ Artigo 46.º, n.º 1.

⁽¹⁰⁴⁾ Artigo 46.º, n.º 1, corpo e alínea a).

⁽¹⁰⁵⁾ Artigo 46.º, n.º 1, alínea b).

⁽¹⁰⁶⁾ Artigo 46.º, n.º 1, *in fine*.

- d) se detida há menos tempo, desde que a participação seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período; ou
- e) independentemente destes requisitos, nos casos de aos rendimentos de participações sociais terem sido aplicadas as reservas técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros ⁽¹⁰⁷⁾ e, aos rendimentos das sociedades de desenvolvimento regional ⁽¹⁰⁸⁾, sociedades de investimento ⁽¹⁰⁹⁾ ou sociedades financeiras de corretagem ⁽¹¹⁰⁾.

d) Estatuição

- são deduzidos os rendimentos correspondentes a lucros distribuídos ⁽¹¹¹⁾.

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. A lei é clara e dá o direito à eliminação da dupla tributação económica, verificados os pressupostos e requisitos atrás elencados.

Vejamos com mais detalhe o que quer dizer a expressão legal “**incluídos na base tributável**” referida no artigo 46.º do Código do IRC.

4.2 — “Rendimentos incluídos na base tributável”

“Base tributável do IRC” não é um conceito que encontremos utilizado muitas vezes pelo legislador do IRC ⁽¹¹²⁾: fá-lo, hoje, não só a propósito dos mecanismos de eliminação da dupla tributação económica (artigos 46.º e 48.º Código do IRC), mas também do regime das *controlled foreign companies* (artigo 60.º do Código do IRC), do regime de tributação dos grupos de sociedades (artigo 64.º do Código do IRC) e em relação ao regime especial de permuta de partes sociais (artigo 72.º, n.º 3, alínea a), do Código do IRC).

No caso das *controlled foreign companies* (artigo 60.º do Código do IRC), a lei determina a imputação na *base tributável* dos sócios portugueses dos lucros obtidos por sociedades residentes fora do território português e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável. No caso da determinação do lucro tributável do grupo, a lei determina que o lucro tributável do grupo seja calculado pela sociedade

⁽¹⁰⁷⁾ Artigo 46.º, n.º 2, corpo.

⁽¹⁰⁸⁾ Artigo 46.º, n.º 2, alínea b).

⁽¹⁰⁹⁾ Artigo 46.º, n.º 2, alínea d).

⁽¹¹⁰⁾ Artigo 46.º, n.º 2, alínea e).

⁽¹¹¹⁾ Artigo 46.º, n.ºs 1 e 2, *ab initio*.

⁽¹¹²⁾ Já em outros impostos, a expressão é mais corrente: a base tributável do Imposto Único de Circulação tem consagração expressa no artigo 7.º da Lei n.º 22-A/2007, de 29 de Junho; há referências várias no Código do IVA — v., por exemplo, os artigos 20.º e 49.º

dominante através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo, corrigindo-se a parte dos lucros distribuídos entre as sociedades do grupo que se encontre incluída nas *bases tributáveis* individuais (artigo 64.º do Código do IRC). Nas permutas de acções, é necessária a entrega de uma declaração da qual conste, entre outras coisas, a descrição da operação de permuta de partes sociais, o valor por que se encontravam registadas na contabilidade as partes sociais entregues, a quantia em dinheiro eventualmente recebida e o resultado que seria integrado na *base tributável* se não fosse aplicado o regime especial de tributação e a demonstração do seu cálculo (artigo 72.º, n.º 3, alínea a), do Código do IRC).

Em todos estes casos, está em causa o mesmo mecanismo: na realidade sujeita a imposto de uma determinada sociedade, há um rendimento externo, com origem noutra sociedade, que é adicionado ou retirado (se bem que apenas virtualmente para efeitos declarativos, no caso das permutas de acções) e com uma marca óbvia: nas duas normas que têm como objectivo eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos, a lei preocupa-se em retirar da base tributável o que por força do regime normal aí está *ab initio* incluído, ao passo que no regime das CFCs a lei procura chamar à base tributável o que pela natureza das coisas aí não pertence.

Também não é com extremo rigor que a doutrina utiliza o conceito de base tributável ⁽¹¹³⁾. Contudo, encontra-se um esclarecimento se retornarmos às origens do Código: segundo FREITAS PEREIRA, a base tributável corresponde à “*realidade a tributar*” ⁽¹¹⁴⁾, à “*matriz em relação à qual se vão desenvolvendo (...) os vários aspectos que permitem definir o enquadramento legal do IRC*” ⁽¹¹⁵⁾. Neste sentido, a determinação da matéria colectável é a “*tradução operacional da base tributável*” ⁽¹¹⁶⁾. A base tributável corresponde assim ao conceito legal de base do imposto, prevista no artigo 3.º do Código do IRC.

Ora, a base do imposto para sociedades comerciais — companhias de seguro incluídas — é o lucro, ou melhor, são os elementos que compõem o lucro tributável enquanto “*diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correcções estabelecidas neste Código*” ⁽¹¹⁷⁾. Assim, para que uma realidade seja incluída ou retirada da base tributável, há que averiguar se essa mesma realidade integra ou não o conceito legal de base tributável. E não é preciso um grande nível de profundidade contabilística para se entender que os lucros distribuídos por uma entidade participada à sua sócia são incluídos na base tributável desta.

⁽¹¹³⁾ Por exemplo, nos casos em que o fazemos no nosso *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007) (págs. 58, 455 e 458), a expressão não decorre de nenhuma opção de base e preferimos, para a realidade em causa, a expressão “*incidência objectiva*” (por exemplo, págs. 90, 119, 365, 399, 419 e 436).

⁽¹¹⁴⁾ M. H. FREITAS PEREIRA, “A base tributável do IRC”, *CTF*, 360 (1990), 120.

⁽¹¹⁵⁾ M. H. FREITAS PEREIRA, “A base tributável do IRC”, *CTF*, 360 (1990), 126.

⁽¹¹⁶⁾ *Idem*.

⁽¹¹⁷⁾ Artigo 3.º, n.º 2, do Código do IRC. Sobre o conceito de lucro tributável, v. M. H. FREITAS PEREIRA, “A base tributável do IRC”, *CTF*, 360 (1990), 127 e ss.

O artigo 17.º, n.º 1, do Código do IRC estabelece um princípio fundamental no que toca à determinação do lucro tributável para efeitos deste Código, afirmando que o *“lucro tributável das pessoas colectivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º 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”* (sublinhado nosso).

Significa isto que, em princípio, o lucro tributável será o que resulta do balanço comercial das sociedades, havendo uma correspondência tendencial entre este balanço comercial e o balanço fiscal. Trata-se de um corolário óbvio do princípio da tributação do lucro real, imposto pelo artigo 104.º, n.º 1, da Constituição ⁽¹¹⁸⁾.

Todavia, esta correspondência não é absoluta. Além dos casos em que a contabilidade não se revela suficiente ou suficientemente credível para o apuramento do lucro, o que implica correcções administrativas, existem situações em que é a própria lei fiscal que opera emendas ao lucro apurado através do balanço.

O caso da dupla tributação económica, previsto no artigo 46.º, é uma dessas situações em que a lei fiscal opera, subtraindo à base tributável algo que está incluído nesta por força da contabilidade: os lucros distribuídos são proveitos da sociedade (sócia) que os recebe — é assim do ponto de vista *contabilístico*, movimentando-se a débito as contas 11 ou 12, conforme as disponibilidades se registem no banco ou em caixa, creditando-se a conta 784 — *Rendimentos de participações de capital*, a qual regista na classe 7 (proveitos e ganhos) os ganhos recebidos de participações sociais. Nos seguros, a contabilização, e de acordo com o novo plano de contas, é feita do seguinte modo: debita-se a *conta 473×3 — Lucro disponível* por contrapartida da *conta 74 — Rendimentos de Investimentos*; quando se recebem os lucros, credita-se a *conta 4743* por contrapartida de uma subconta da *conta 20 — Investimentos afectos às provisões técnicas do ramo vida*, ou da *conta 21 — Investimentos relativos à componente de depósito de contratos de seguro e a contratos de seguro e operações considerados para efeitos contabilísticos como contratos de investimento*, ou da *conta 23 — Investimentos não afectos* (ficando assim os dividendos ligados ao fundo em causa).

⁽¹¹⁸⁾ Sobre o rendimento real enquanto critério de igualdade na tributação das pessoas colectivas, v. J. L. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*³ (Coimbra: 2007), 346 ss.; J. L. SALDANHA SANCHES, “Acerca da Hipótese de um Imposto Sobre o Património das Empresas”, in *Estudos em Homenagem da Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*. (Lisboa: 1994), 189-204; J. L. SALDANHA SANCHES, “Segredo bancário e tributação do lucro real”, *CTF*, 377 (1995), 23-44; J. L. SALDANHA SANCHES, “Sistema e reforma fiscal: que evolução”, *Fisco*, 82-83 (1997), 109-122; J. L. SALDANHA SANCHES, “Normas Anti-Abuso, Jurisprudência Comunitária e Direito Português: As Provisões no Balanço Fiscal”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional* (Lisboa: 2003), 319-337; J. L. SALDANHA SANCHES / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O pagamento especial por conta de IRC: questões de conformidade constitucional”, *Fiscalidade*, 15 (2003), 5-25.

Também neste ponto o balanço e o Direito fiscais optaram por seguir expressamente a contabilidade. Veja-se o artigo 20.º do Código do IRC:

“Artigo 20.º

Proveitos ou ganhos

1 — Consideram-se proveitos ou ganhos os derivados de operações de qualquer natureza, em consequência de uma acção normal ou ocasional, básica ou meramente acessória, designadamente os resultantes de:

- a) Vendas ou prestações de serviços, descontos, bónus e abatimentos, comissões e corretagens;*
- b) Rendimentos de imóveis;*
- c) Rendimentos de carácter financeiro, tais como juros, **dividendos**, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio e prémios de emissão de obrigações;*

(...)”.

Para o Código do IRC, no momento de definir a base de tributação, 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. É esta a primeira ideia que importa reter: os lucros distribuídos estão incluídos na base tributável — nem podem deixar de o estar, sob pena de violação das normas contabilísticas e fiscais.

Num segundo momento, o legislador fiscal curou de retirá-los da base tributável (porque aí estavam incluídos) e fá-lo através do artigo 46.º O legislador não se preocupa, em nenhum dos casos em que manda adicionar ou retirar realidades da base tributável, com a tributação que eventualmente venha a recair sobre essas realidades — precisamente porque o legislador sabe que a inclusão ou exclusão da base tributável é apenas um dos elementos, de um conjunto maior ou menor, de actos capazes de afectar o imposto a pagar a final ou não (volume de proveitos, volume e estrutura de custos, correcções fiscais, reporte de prejuízos etc.) ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Noutro dos exemplos paralelos em que a lei refere “base tributável”, é também claro que inclusão na “base tributável” não equivale, acto contínuo, a pagamento de imposto. A propósito da questão do título a que é feita a imputação dos valores correspondentes aos lucros em sociedades não residentes, para efeitos do artigo 60.º do Código do IRC, RUI DUARTE MORAIS afirma que o rendimento a imputar é um proveito. Para o Autor, este entendimento “*encontra directo suporte na lei, uma vez que o n.º 2 do artigo 60.º dispõe que a imputação é feita na base tributável*” (RUI DUARTE MORAIS, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes Sujeitas a Um Regime Fiscal Privilegiado* (Porto: 2005), 442). Continua, deduzindo que tal significa que “*a imputação deste tipo de rendimentos pode não originar a obrigação de pagamento de imposto, uma vez que um tal proveito pode não ser suficiente para tornar positivo o resultado fiscal da sociedade residente*. A nossa lei não seguiu aqui a orientação, que encontramos em algumas outras legislações, segundo a qual os rendi-

É neste sentido que se insere a declaração Modelo 22, que no quadro 07 (apuramento do lucro tributável), na rubrica “a deduzir”, no campo 232, prevê a dedução dos “rendimentos nos termos do artigo 46.^o”.

Aquilo que acabámos de descrever é — salvo algumas decisões isoladas da Administração fiscal — totalmente unânime. No próprio Manual do IRC, da Direcção-Geral dos Impostos, se encontram escritas algumas páginas sobre o tema, nas quais não se encontra qualquer referência ou indício por mais indirecto que seja à ideia de que “inclusão na base tributável” significa efectiva tributação na participante. Naturalmente que o Manual de IRC, do centro de Formação da Direcção-Geral dos Impostos, no respeito pela lei e pela lógica, apenas refere, como muita clareza, que os lucros distribuídos que integram o resultado líquido do exercício devem ser retirados para se apurar o lucro tributável (momento naturalmente anterior ao do apuramento do imposto) ⁽¹²⁰⁾.

Não se pode afirmar que o mecanismo do artigo 46.^o exige que os rendimentos sejam duplamente tributados. O artigo 46.^o, como vimos, não só não exige a tributação efectiva total na sociedade que distribui os lucros, por um lado, como, por outro, não exige qualquer tributação — mas apenas inclusão na base tributável — da sócia. Como não tem cabimento considerar que o mecanismo do artigo 46.^o não pode funcionar quando existam provisões a representar o investimento que gerou dividendos.

Assim, o respeito pela lei impõe que ao lucro apurado segundo os artigos 17.^o e seguintes do Código do IRC, com base na contabilidade, seja retirado o valor do rendimento correspondente a lucros distribuídos, desde que verificados os requisitos previstos no artigo 46.^o do Código do IRC. Qualquer acto contrário estará a violar o princípio da tributação segundo o lucro real (na medida em que não considera uma componente negativa do lucro tributável determinada pelo legislador), violando ainda o princípio da igualdade, na medida em que prejudica a possibilidade de recorrerem ao mecanismo de eliminação da dupla tributação económica empresas que, em virtude do apertado regime prudencial e contabilístico a que estão sujeitas, têm a necessidade de ter uma série de provisões.

4.3 — Relevância dos dividendos, obrigatoriedade da provisão e valor das unidades de conta

É tempo de concluir. Por tudo o que se disse quanto à eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, os lucros distribuídos estão incluídos na base tributável — tal corresponde a uma obrigação fiscal e contabilística da empresa — e é irrelevante aqui haver ou não provisão; os rendimentos distribuídos, na medida em que influenciam o valor diário das unidades de conta, influenciam as responsabilidades da seguradora — tal resulta de uma obrigação contratual entre a companhia de seguros e o segurado; qualquer valori-

mentos sujeitos a imputação são objecto de tributação autónoma na pessoa de sociedades residentes (ou seja, independentemente de estas terem ou não, globalmente, lucro)” (*idem*, sublinhado nosso).

⁽¹²⁰⁾ Centro de Formação da DGCI (revisto e actualizado por OLGA GUEDES e ANA ISABEL MONTEIRO), *Manual de IRC* (Santa Maria da Feira: 2006), 128 ss.

zação das unidades de conta tem de ser reflectida nas provisões — tal corresponde a uma obrigação contabilística e prudencial da companhia de seguros.

Na contabilidade da seguradora, em relação a cada produto *unit-linked* (referidos, normalmente, como Modalidade A, Modalidade B, Modalidade C, etc.) deve estar evidenciada a composição do conjunto de activos, nos quais se incluem os depósitos bancários resultantes da distribuição de dividendos. Neste sentido, o Plano de Contas para as Empresas de Seguros, na versão de 1994, determinava que cada produto *unit-linked* fosse apresentado nas contas da seguradora de um modo discriminado, evidenciando-se os diferentes itens que constituem, em cada momento, uma determinada modalidade de cada uma das várias modalidades de produtos *unit-linked*. Com efeito, encontramos no desdobramento da conta 21, que segundo o Plano segue o desdobramento da conta 20, não só a referência individualizada a acções, unidades de participação e outros valores mobiliários, como também aos depósitos bancários (conta 210026, depósitos a prazo), que normalmente representarão os dividendos recebidos. Esta situação é ainda mais clara no novo plano de contas ⁽¹²¹⁾. A própria lei integra os depósitos bancários como activos susceptíveis de representarem provisões técnicas ⁽¹²²⁾.

O facto de a empresa provisionar o montante dos dividendos distribuídos (por tal fazer parte das suas responsabilidades) não a impede de utilizar o mecanismo da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos: tal seria negar arbitrariamente às empresas sujeitas a provisões obrigatórias determinadas pela sua entidade reguladora um mecanismo que decorre do princípio da tributação do rendimento real, constituindo uma restrição à actividade económica das empresas seguradoras sem qualquer base legal, uma vez que ficam numa posição pior do que qualquer outra empresa que detenha os mesmos activos e que pode minimizar a dupla tributação. Aceitar esta ideia e ser coerente (se bem que a coerência nos erros não seja uma virtude), implicaria recusar a eliminação da dupla tributação económica em relação a todas as participações sociais e outros activos das seguradoras, independentemente de os mesmos corresponderem ou não a provisões técnicas no âmbito dos *unit-linked*, pois em qualquer dos casos, tais rendimentos, na medida em que aumentam responsabilidades, devem ser provisionados. Tal atitude violaria ainda direito dos particulares-segurados a fazerem as suas escolhas num quadro de neutralidade fiscal, tornando arbitrariamente um determinado produto mais caro do que outros do mesmo género quando este produto é objecto de um claro benefício fiscal constante do Código do IRS ⁽¹²³⁾, que favorece os particulares que o adquirem.

Aproveitando o diagrama que apresentámos quando expusemos sucintamente o regime de tributação dos *unit-linked* ⁽¹²⁴⁾, torna-se claro que o imposto suportado quer

⁽¹²¹⁾ Plano de Contas para as Empresas de Seguros, Aprovado pela Norma Regulamentar n.º 4/2007-R, de 27 de Abril, conta 20 000 26 “Depósitos à ordem em instituições de crédito”.

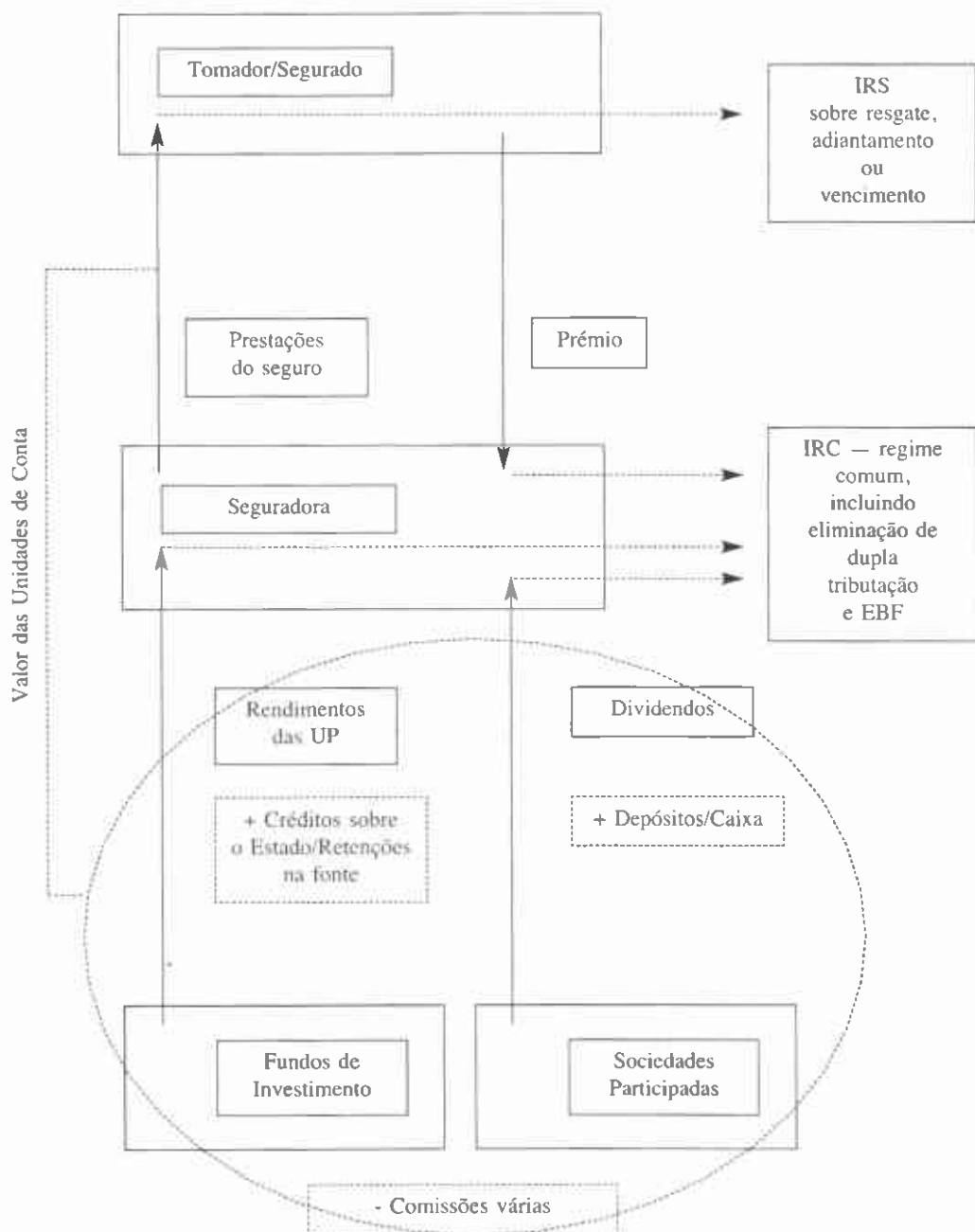
⁽¹²²⁾ Artigo 3.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), da Norma Regulamentar n.º 13/20003-R de 17 de Julho do ISP, que resulta da Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que remete para norma do ISP a fixação dos activos que podem constituir provisões técnicas, bem como dos respectivos limites.

⁽¹²³⁾ *Supra* 2.3.

⁽¹²⁴⁾ *Supra* 2.3.

no seio das empresas cujas participações sociais a seguradora detém, quer o IRC suportado no fundo (como melhor veremos adiante) influenciam o montante da responsabilidade da seguradora para com o segurado.

Figura 5



5 — OS FUNDOS DE INVESTIMENTO E A RETENÇÃO NA FONTE

Passemos agora a analisar a aplicação do regime normal de tributação dos fundos de investimento nos casos de unidades de participação por adquiridas pelas companhias de seguros no âmbito de contratos *unit-linked*.

Vimos já ⁽¹²⁵⁾ que a companhia de seguros não pode deixar de fazer provisões e que estas em nada minam o seu direito à eliminação da dupla tributação económica.

O que está em causa agora é o imposto retido no âmbito dos fundos de investimento quanto a unidades de participação detidas pela seguradora. Este imposto retido tem a natureza de imposto por conta se o titular for um sujeito passivo de IRC e a natureza de imposto definitivo (a menos que o englobem) se for sujeito de IRS ⁽¹²⁶⁾. Por isso, a companhia de seguros faz uma provisão que é igual ao rendimento recebido mais imposto retido, uma vez que tanto o rendimento recebido como o imposto são levados em conta para a determinação dos direitos futuros dos segurados (ou seja, são determinantes para o cálculo periódico do valor da unidade de conta, uma vez que este resulta, como se viu, não só do valor de títulos, como também de todos os depósitos e direitos afectos a um produto, em que se incluem estes créditos sobre o Estado ⁽¹²⁷⁾).

Como sempre acontece quando se faz uma provisão, existe uma contabilização numa conta de custos, o que leva a uma redução — temporária, como já acima deixámos bem claro — da receita. Este tal regime é um pressuposto da actividade seguradora.

As unidades de participação resultantes do investimento da seguradora em fundos pertencem-lhe, são juridicamente ou de facto dos particulares. Os rendimentos destes fundos (na medida em que aumentam o valor das unidades de conta) serão objecto de tributação a final, na esfera dos particulares, no momento em que estes ou outros beneficiários receberem as prestações da seguradora.

Veja-se com mais detalhe o modo como o investimento em fundos de investimento é tratado pela lei fiscal.

5.2 — Breve descrição do regime dos fundos de investimento — a neutralidade fiscal ⁽¹²⁸⁾

Nos últimos anos, as estruturas colectivas de investimento, que através de um *pooling* de recursos de vários investidores permitem o investimento organizado em deter-

⁽¹²⁵⁾ *Supra* 3.

⁽¹²⁶⁾ Em rigor, como é descrito adiante, a retenção também assume a natureza de imposto por conta para os sujeitos passivos de IRS que obtenham os rendimentos no âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola. *Infra*, 5.2.

⁽¹²⁷⁾ V. *infra* notas 144-145.

⁽¹²⁸⁾ Sobre a tributação dos fundos de investimento, v. JOSÉ XAVIER DE BASTO, "A Lei do Orçamento para 2004 e a disciplina fiscal dos fundos de investimento: algumas perplexidades...", *Fiscalidade*,

minados conjuntos de activos, têm alargado a sua importância nos sistemas financeiros. A criação destes instrumentos de investimento colectivo responde a vários objectivos distintos ⁽¹²⁹⁾.

As estruturas colectivas de investimento possibilitam que haja uma atracção diversificada de capitais e a concentração de montantes para investir maiores, o que garante aos investidores aceder a economias de escala, bem como a possibilidade de obterem uma gestão mais eficiente e especializada dos seus investimentos. A maior dimensão do investimento permite ainda que este seja menos arriscado, por implicar uma diminuição de volatilidade através do alargamento do número de posições da carteira.

Em segundo lugar, o regime, quer comercial, quer fiscal, dos fundos de investimento permite e estimula que uma quantidade de pessoas que de outro modo não investiriam neste sector o possam fazer. Com isto, tenta alcançar-se uma maior poupança agregada e uma maior diversificação do risco agregado. É esta teoria de diversificação do portefólio — que associa maiores rentabilidades e menores riscos a uma carteira de investimentos na medida em que esta comporte posições em activos subjacentes tão diversificados quanto possível — que muitos autores apontam como o factor principal da criação dos regimes dos fundos de investimento ⁽¹³⁰⁾. Numa palavra, trata-se de conseguir “*máxima rentabilidade através do mínimo risco possível*” ⁽¹³¹⁾.

Em abstracto, os objectivos dos regimes tributários dos fundos de investimento (mobiliários ou imobiliários) devem ser ⁽¹³²⁾:

- i) a dinamização do mercado dos fundos de investimento com a criação de normas destinadas a evitar a dupla tributação económica;
- ii) a busca da neutralidade possível entre o investimento em fundos e outras formas de investimento — em especial, os contribuintes devem ser tratados como se investissem directamente nos activos;

18 (2004), 5; RUI BARREIRA, “Regime jurídico-tributário dos fundos de investimento imobiliário”, *Fisco*, 46 (1992), 3; MANUEL FAUSTINO, “Regime fiscal de alguns instrumentos financeiros: acções, obrigações, títulos de participação, dívida pública, fundos de investimento, depósitos bancários”, *Fisco*, 48/49 (1992), 75; MARIA TERESA BARBOT VEIGA DE FARIA, “Regime fiscal das sociedades e fundos de investimento de capital de risco: algumas reflexões”, *Fisco*, 47 (1992), 16; MARIA TERESA GRAÇA DE LEMOS, “Sobre a qualificação fiscal dos rendimentos do resgate de unidades de participação em fundos de investimento”, in *Estudos em Homenagem à Dr.ª Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale* (Lisboa: 1995); DIOGO FEIO, “Enquadramento fiscal dos fundos de investimento imobiliário”, *Fiscalidade*, 26/27 (2006), 63; JORGE MAGALHÃES CORREIA, “A tributação dos principais produtos financeiros”, *Fisco*, 20/21 (1990), 49; FILOMENA SALGADO OLIVEIRA “Fundos de investimento: alternativas ao actual sistema fiscal”, *Cadernos do mercado de valores mobiliários*, 17 (2003), 57.

⁽¹²⁹⁾ Entre nós, por exemplo, C. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários — conceito e espécies*² (Porto: 1998), 204-205.

⁽¹³⁰⁾ Por exemplo, P. S. COELHO, “Fundos de investimento imobiliário: regime jurídico”, *CVM*, 15 (2003), 201.

⁽¹³¹⁾ R. BARREIRA, “Regime jurídico-tributário dos fundos de investimento imobiliário”, *Fisco*, 46 (1992), 3.

⁽¹³²⁾ Assim, E. M. ZOLT, “Taxation of Investment Funds”, in *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2 (1998), 3 ss.

iii) a criação de soluções simples do ponto de vista dos deveres de cooperação dos contribuintes e da fiscalização das empresas;

Repare-se que é precisamente este factor de mitigação do risco que leva a que fundos de investimento possam representar provisões técnicas de seguros do ramo-vida sujeitos a limites menos apertados do que os que se aplicam, por exemplo, às acções ⁽¹³³⁾.

Diante destes objectivos, a vertente fiscal do regime de tributação dos fundos de investimento tenta ser coerente com a sua estruturação jurídica não personalizada. Ou seja, o desiderato principal do seu regime de tributação é o de que os investidores sejam tributados como se investissem directamente nos activos subjacentes ⁽¹³⁴⁾. Naturalmente, este objectivo é alcançado por um sistema de tributação que assenta na transparência fiscal. Aplicando este método, a entidade que se interpõe entre os investidores e os activos que geram rendimentos é desconsiderada, e os rendimentos são imputados aos participantes ou pelo menos tributados como se tivessem sido estes a auferi-los ⁽¹³⁵⁾.

Tentemos encontrar, no nosso sistema fiscal, a tradução do que acabámos de afirmar, num sistema que trata, de um modo faseado mas integrado, dos rendimentos do fundo (recebidos ou gerados no seio do fundo) e dos rendimentos respeitantes a unidades de participação (resultantes de distribuição, resgate ou alienação).

O artigo 22.º do EBF ⁽¹³⁶⁾ estabelece um regime de tributação que tem como objectivo “a não discriminação dos investidores em valores mobiliários ou imobiliários em relação aos investidores directos nos respectivos mercados” ⁽¹³⁷⁾.

De facto, o artigo 22.º, n.º 1, do EBF impõe a tributação dos rendimentos dos fundos que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (europeia ⁽¹³⁸⁾), da seguinte forma.

⁽¹³³⁾ Por exemplo, Norma Regulamentar n.º 13/2003-R, de 17 de Julho, do ISP.

⁽¹³⁴⁾ Por exemplo, faria sentido que para fundos de menor dimensão e fechados fosse instituído um regime de completa transparência fiscal, como, por exemplo, na Alemanha quanto aos fundos fechados V., neste sentido, P. BUJOTZEK, *Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht* (Münster: 2006), 32 ss.

⁽¹³⁵⁾ E. M. ZOLT, “Taxation of Investment Funds”, in *Tax Law Design and Drafting*, II (1998), 14 e ss. Há uma série de modalidades de construção da tributação através da técnica da transparência fiscal, e parece que o legislador português terá escolhido como regra aquela que consiste numa “variation of this prototype imposes tax on the investment fund on any income it receives at a rate that could be either the highest rate applicable to investors or, alternatively, the one that is most common to investors. This approach allocates to investors their share of the income of the fund and provides a credit for taxes paid by the fund allocable to that income”, 17.

⁽¹³⁶⁾ O regime dos fundos de investimento mobiliário não é um regime de benefício fiscal, apesar da inclusão sistemática da matéria no EBF (v. JOSÉ XAVIER DE BASTO, “A Lei do Orçamento para 2004 e a disciplina fiscal dos fundos de investimento: algumas perplexidades...”, *Fiscalidade*, 18 (2004), 7, nota 5).

⁽¹³⁷⁾ COMISSÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA FISCAL, *Relatório* (Lisboa: 2002), 405. Sobre este ponto, v. JOSÉ XAVIER DE BASTO, “A Lei do Orçamento para 2004 e a disciplina fiscal dos fundos de investimento: algumas perplexidades...”, *Fiscalidade*, 18 (2004), 7.

⁽¹³⁸⁾ A legislação nacional relativa aos fundos de investimento decorre totalmente de regras comunitárias, pelo que a melhor interpretação da norma do artigo 22.º, n.º 1, do EBF é a que a aplica a qualquer fundo que tenha sido criado e que opere de acordo com as regras europeias.

No caso de rendimentos que não sejam mais-valias obtidos em Portugal, o fundo é tributado por retenção na fonte, como se fosse um sujeito passivo de IRS residente. No caso em que tais rendimentos não sejam sujeitos a retenção na fonte, os ganhos são tributados a uma taxa de 25%. Neste caso, como nas situações em que havia lugar a retenção, mas esta não foi efectuada, é o próprio fundo que entrega o imposto ao Fisco (¹³⁹).

Os rendimentos que não sejam mais-valias obtidas fora de Portugal são tributados a 20% no caso de rendimentos de títulos de dívida, de lucros distribuídos e de rendimentos de fundos de investimento; e a 25%, nos restantes casos (¹⁴⁰).

As mais-valias, por sua vez, são tributadas a uma taxa de 10% sobre a diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias obtidas em cada ano nas mesmas condições em que são tributadas na esfera de sujeitos passivos de IRS residentes (¹⁴¹).

Já no que respeita aos rendimentos das unidades de participação, o n.º 2 do mesmo artigo estipula que os contribuintes de IRS que não ajam no âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola estão isentos quanto a esses rendimentos. Contudo, a norma prevê a possibilidade de, em alternativa, estes contribuintes englobarem os rendimentos das unidades de participação.

Já quanto aos rendimentos de unidades de participação detidas:

- i) por sujeitos passivos de IRC; ou
- ii) por sujeitos passivos de IRS no âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola;
- iii) em ambos os casos, residentes, ou desde que os rendimentos sejam imputáveis a estabelecimento estável português, o n.º 3 do artigo 22.º do EBF vem estabelecer um regime diferente.

Segundo o normativo citado:

- i) tais rendimentos não estão sujeitos a retenção na fonte;
- ii) tais rendimentos são pelos seus titulares considerados como proveitos ou ganhos; e
- iii) o montante do imposto retido ou devido nos termos do n.º 1 tem a natureza de imposto por conta, para efeitos do disposto no artigo 83.º do Código do IRC e do artigo 78.º do Código do IRS.

Estas normas legais reflectem, claro, um objectivo de transparência fiscal. Os rendimentos originados no investimento através de fundos são tributados como se o titular das UP fosse o titular directo dos activos que compõem o fundo. Por esta razão,

(¹³⁹) Artigo 22.º, n.º 1, alínea a).

(¹⁴⁰) Artigo 22.º, n.º 1, alínea b).

(¹⁴¹) Artigo 22.º, n.º 1, alínea c).

o objectivo da lei é que, quando esses rendimentos são transportados para a esfera dos titulares das UP, já estejam tributados e não o voltem a ser.

Assim, os contribuintes de IRS que não actuem no âmbito de actividades da categoria B e não optem pelo englobamento estão isentos.

Em todos os outros casos ⁽¹⁴²⁾, os rendimentos são considerados proveitos ou ganhos e são normalmente tributados, mas as quantias retidas são sempre consideradas imposto por conta e, portanto, deduzidas, nos termos dos Códigos do IRC e do IRS.

Não há, neste ponto do regime, qualquer benefício atribuído aos fundos. Apenas se garante que a tributação funciona como se os investimentos fossem realizados directamente pelo titular das UPs. O regime apresentado é um regime de neutralidade fiscal entre o investimento directo em participações sociais e o investimento através de fundos não personalizados. Tributa o fundo, tendo em vista a tributação dos titulares das suas UPs.

5.3 — Retenção na fonte, obrigatoriedade da provisão e valor das unidades de conta

Se a sociedade comercial A receber o rendimento de uma unidade de participação num fundo de investimento de que é proprietária, rendimento que nos termos do disposto no artigo 22.º do EBF foi objecto de uma retenção na fonte, releva este rendimento no seu balanço como proveito e trata a retenção na fonte sofrida como imposto por conta nos termos do n.º 3 do artigo 22.º do EBF: “*o montante do imposto retido ou devido nos termos do n.º 1 tem natureza de imposto por conta*” ⁽¹⁴³⁾.

No caso da companhia de seguros, quando esta recebe o rendimento do fundo de investimento, já sabe que a esse rendimento está ligada uma responsabilidade futura de data incerta — *certus an, incertus quando* — e por isso deve fazer a respectiva provisão. Como sociedade que é, pode considerar o imposto retido, uma vez que quando cumprir o seu dever para com o segurado este vai suportar IRS nos termos da lei.

⁽¹⁴²⁾ Portanto: 1) o dos contribuintes de IRC; 2) o dos contribuintes de IRS que ajam no âmbito de actividades da categoria B; e 3) o dos contribuintes de IRS que optem pelo englobamento.

⁽¹⁴³⁾ Mas suponhamos que, no dia seguinte à percepção do rendimento, a sociedade A recebe a notificação de uma acção judicial contra si proposta pelo Sr. B que a afirma que aquele rendimento é seu e foi indevidamente recebido pela sociedade A? Se o seu departamento jurídico a informa que o Sr. B pode ter razão e há a possibilidade de o tribunal vir a dizer mais tarde que a Sociedade A deve devolver ao Sr. B tudo aquilo que recebeu do fundo de investimento, ela deve, nos termos do artigo 34.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRC, fazer uma provisão igual àquilo que recebeu e pode ser condenada a devolver. Nessa hipótese, temos a anulação do resultado porque o custo “provisão” é igual ao proveito “rendimento da unidade de participação”. Quanto ao imposto retido, se o titular do rendimento for afinal uma pessoa singular, deixa de ser imposto por conta da Sociedade A, uma vez que foi devidamente retido, e a companhia de seguros terá que pagar o imposto que não pagou por causa do seu crédito fiscal que afinal não existia. Como se viu na parte respectiva, a sociedade beneficiária da norma destinada a evitar a dupla tributação em IRC, mas a pessoa singular, como é natural, não.

Estes rendimentos entram, por isso, no processo de determinação do lucro. Temporariamente, a provisão, que é igual ao rendimento, impede que haja um aumento do lucro tributável, ou seja, entra para a determinação do lucro, mas a soma final é igual a zero. Quando o contrato termina a sua vigência com o pagamento contratado, então haverá apuramento de um lucro ou eventualmente de um prejuízo.

É a própria lei que prevê que no conjunto de activos que podem representar provisões técnicas se incluam os “*créditos fiscais devidamente comprovados*” ⁽¹⁴⁴⁾ os quais são contabilisticamente incluídos no conjunto de activos que representam cada modalidade de seguro *unit-linked* segundo a contabilidade ⁽¹⁴⁵⁾.

Concluindo, quanto a este ponto: as provisões técnicas devem ser ajustadas também na medida das retenções na fonte efectuadas aos (ou no seio dos) fundos de investimento detidos pela seguradora, o que resulta de uma obrigação legal. A lei considera que devem ser provisionadas as responsabilidades futuras da seguradora, e as retenções na fonte aumentam-nas na medida em que aumentam o valor da Unidade de Conta, já que na modalidade de cada *unit-linked* se inserem como activos os créditos fiscais sobre o Estado (que resultam do facto de a lei mandar considerar as retenções na fonte efectuadas como pagamentos por conta do IRC da seguradora). Não há, por isso, qualquer interpretação alternativa que, sem violar o mecanismo legal da tributação dos fundos de investimento e o regime e princípios subjacentes a toda a matéria das provisões técnicas, entenda que a seguradora não tem, neste caso, o direito a considerar tais retenções como imposto por conta do seu IRC.

Nunca será desnecessário lembrar que num caso em que a Administração fiscal tentou sobrepor uma ideia sua à ideia da lei quanto às provisões no sector financeiro (banca e seguros), o Tribunal afirmou que “*o que importa é que ela (a provisão) seja determinada por razões de uma gestão sã e de prudência e seja supervisionada*” ⁽¹⁴⁶⁾. A veemência de tal afirmação aplica-se sempre que a Administração fiscal decida mostrar a sua embirração por aquilo que parece considerar como uma excessiva generosidade das normas prudenciais com efeitos tributários.

Façamos notar, uma vez mais, que a única razão pela qual o legislador permitiu que a pessoa singular pudesse escolher entre o investimento directo no fundo de investimento e o investimento feito por meio de um contrato com uma companhia de seguros, que economicamente se vai interpor entre o fundo de investimento e o aforrador, é que é deste modo que a imobilização forçada inerente ao contrato de seguro permite o aumento dos níveis de poupança — e por isso criou um benefício fiscal para o contrato de seguro. Em princípio, investimento por investimento, seria mais racional colocar poupanças num fundo de investimento que pode ser vendido a qualquer momento do que investir mediante um seguro de vida *united-link* em que o capital só

⁽¹⁴⁴⁾ Artigo 3.º, n.º 1, alínea b), subalínea v), da Norma Regulamentar n.º 13/2003-R, de 17 de Julho, do ISP.

⁽¹⁴⁵⁾ No antigo Plano, conta 2000026, no novo Plano conta 20000243 (outras contas a receber)

⁽¹⁴⁶⁾ AcSTA de 26.4.2007 (Rel.: ANTÓNIO CALHAU), p. 127/07.

volta ao aforrador em caso de morte ou de resgate, sempre depois de um certo período de tempo. Deste modo, o legislador encoraja e estimula a poupança de médio prazo, cada vez mais reduzida na actual sociedade de consumo, aproveitando a confiança dos aforradores nas seguradoras.

Se o particular investe directamente no fundo de investimento, os impostos que suporta o fundo são os impostos que ele iria pagar se investisse directamente em títulos e, por isso, quando recebe os seus rendimentos da participação, o seu imposto já está pago. O mesmo se passa, como vimos, no investimento directo em acções, em que não existe uma obrigatoriedade de englobamento quanto aos rendimentos de participações sociais e, no caso de opção pelo englobamento, o imposto retido passa a ter a natureza de imposto por conta (ou seja, é dedutível).

Mas quando contrata um seguro *unit-linked*, o particular vai sempre pagar IRS sobre a valorização, ainda que com um benefício fiscal. É com este dado que se percebe o sistema na sua totalidade: a lei estrutura um sistema que tem a sua travessa na neutralidade fiscal da companhia de seguros que cria e gere os *unit-linked*, prevendo que esta, como qualquer pessoa colectiva, se vá desonerando de uma série de encargos fiscais cobrados antecipadamente (retenções na fonte e tributação de lucros distribuídos), pela razão de que a jusante todos esses rendimentos serão tributados na esfera do segurado pessoa singular. 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. Para mais, esta repercussão de impostos que a lei elimina anularia o benefício fiscal que o legislador procurou conceder à poupança.

Novembro de 2008.