



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP,RL  
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA  
& ASSOCIADOS



Nº52/21

# NEWSLETTER

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA FISCAL INTERPRETATIVA DAS ALTERAÇÕES AO “PARTICIPATION EXEMPTION”

This Information is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Information may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact [contact@rfflawyers.com](mailto:contact@rfflawyers.com).

\*

This Information is sent in compliance with articles 22 and 23 of Decree-Law no. 7/2004, of 7 January, regarding unsolicited e-mails. If you wish to be removed from our mailing list and avoid similar future communications, please send an email with "Remove" to the email address [newsletter@rffadvogados.com](mailto:newsletter@rffadvogados.com).

\*\*\*

Legal 500 – Band 1 Tax “Portuguese Law Firm”/ Band 1 Tax “RFF Leading Individual” and highlighted in “Hall of Fame”, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019  
Chambers & Partners – Band 1 Tax “RFF Ranked Lawyer”, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 and Band 1 “Private Wealth Law” - HNW “RFF Ranked Lawyer”, 2018  
International Tax Review – “Best European Newcomer” (shortlisted) 2013 / “Tax Controversy Leaders”, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / “Indirect Tax Leaders”, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / “Women in Tax Leaders Guide”, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 / “European Best Newcomer”, 2016 / “Tax Firm of the Year”, “European Tax Disputes of the Year” and “European Indirect Tax Firm of the Year”, (shortlisted) 2017  
Best Lawyers – “RFF Tax Lawyer of the Year”, 2014 / “Recommended Lawyers”, 2015, 2016, 2017, 2018  
Who’s Who Legal – “RFF Corporate Tax Adviser of the Year”, 2013, 2015, 2016 / “RFF Corporate Tax Controversy Thought Leader”, 2017 “Corporate Tax: Advisory and Controversy”, 2017, 2018, 2019  
Legal Week – RFF was the only Portuguese in the “250 Private Client Global Elite Lawyers” 2018  
STEP Private Clients Awards - RFF “Advocate of the Year 2019” (shortlisted)  
IBFD Tax Correspondent Angola, Mozambique and East-Timor, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019

### SUMÁRIO

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 101/2021, de 4 de fevereiro de 2021, julgou inconstitucional, com fundamento na violação do princípio da não retroatividade da lei fiscal, a norma da Lei do Orçamento de Estado (OE) para 2016, na parte em que atribuiu a natureza interpretativa da alteração introduzida, ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) e que restringiu o aproveitamento do regime de *participation exemption* à parte dos rendimentos que, pela negativa, não verifiquem as condições previstas neste regime.



[www.rfflawyers.com](http://www.rfflawyers.com)  
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5<sup>th</sup> (Reception)/6<sup>th</sup>  
1250-163 Lisboa • Portugal  
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244  
[contact@rfflawyers.com](mailto:contact@rfflawyers.com)



## INTRODUÇÃO

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 101/2021, de 4 de fevereiro de 2021, julgou inconstitucional, com fundamento na violação do princípio da não retroatividade da lei fiscal, a norma da Lei do OE para 2016, que atribuiu natureza interpretativa à alteração introduzida ao Código IRC, através da qual se restringiu a aplicação do regime de *participation exemption* apenas a parte dos rendimentos provenientes de participações sociais, de sociedades de seguros, de investimento, financeiras e de corretagem.

Com efeito, até à entrada em vigor da Lei do OE para 2016, podiam beneficiar do regime de *participation exemption* – independentemente da percentagem de participação e do prazo de titularidade –, a totalidade dos rendimentos provenientes de participações sociais que, estando afetas às provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguros, não fossem, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros.

Com a entrada em vigor da Lei do OE para 2016, o regime de *participation exemption* passou a ser aplicável, não à totalidade, mas apenas à parte dos rendimentos que, sendo provenientes de

participações sociais com aquela natureza, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros.

Por ocasião de tal alteração, a Lei do OE para 2016 atribuiu, em termos expressos, carácter interpretativo à norma em causa introduzida no Código do IRC, o que significava, não fora este Acórdão do Tribunal Constitucional, que esta alteração veio a restringir os rendimentos que podem beneficiar do regime de *participation exemption* para trás (retroativamente, portanto), ou seja, aos períodos anteriores a 2016 (data da sua entrada em vigor).

Em face do exposto, no Acórdão em análise está em causa, por um lado, saber se esta alteração alegadamente com carácter interpretativo (enquanto norma qualificada expressamente como norma interpretativa pelo legislador), o tem efetivamente, assim retroagindo os efeitos da “alteração” à data em que foi introduzida a norma que está a ser interpretada (norma interpretada e tem, portanto, efetivamente o mero intuito de clarificar o regime que já decorria da redação anterior), ou se, por outro lado, e ao contrário, se trata de uma norma

inovadora e que introduz alterações (retroativas), sob o pretexto de ser interpretativa, na forma de tributação dos referidos rendimentos.

Ora, o tema da constitucionalidade de leis interpretativas em matéria de fiscal tem sido objeto de jurisprudência frequente por parte do Tribunal Constitucional.

No caso concreto, o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), no Acórdão proferido no processo n.º 160/2017-T, em 9 de outubro, recusou a aplicação desta norma que conferiu carácter interpretativo à alteração introduzida pela Lei do OE para 2016, com fundamento na sua inconstitucionalidade, por violação do princípio da não retroatividade da lei fiscal, consagrada na Constituição da República Portuguesa (CRP).

## O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No Acórdão em análise, a questão da inconstitucionalidade do já referido carácter interpretativo foi apreciada, na medida em que, ao limitar a referida isenção, o legislador estava a introduzir um elemento novo na norma, e não apenas a fixar um sentido concreto a direito anterior.

Na prática, a atribuição da referida natureza interpretativa determinou que só estavam abrangidos pelo regime de *participation exemption* “*uma parte dos rendimentos*”, designadamente, a parte segundo a qual as “*provisões técnicas das sociedades de seguros e das mútuas de seguro, não sejam, direta ou indiretamente, imputáveis aos tomadores de seguros*”.

Em concreto, questionou-se a compatibilidade desta interpretação com a proibição de criação de impostos com natureza retroativa, consagrada na CRP.

Decidindo, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma que conferiu carácter interpretativo, considerando que esta viola a proibição constitucional de criação de impostos com natureza retroativa.

Fundamentando, o Tribunal referiu a sua própria jurisprudência recente, designadamente, os Acórdãos n.º 267/2017, 644/2017, 92/2018 e 751/2020, referindo entender por “lei interpretativa” aquela que “*(...) visa ou declara pretender fixar apenas o sentido correto de um ato normativo anterior,*



*ou seja, não pretende criar um novo direito, mas sim esclarecer qual o sentido “correto” do direito preexistente.”.*

Neste sentido, o Tribunal admitiu uma *“retroatividade meramente formal inerente a toda a lei”*, dado que *“tal lei se aplica a factos e situações anteriores, e a mesma retroatividade é “formal”, reafirmando que a retroação das leis interpretativas não é inconstitucional, desde que não implique qualquer violação de expectativas seguras e legítimas.*

Por outro lado, entendeu o Tribunal que uma lei inovadora é aquela que se *“pretende aplicar a factos e situações jurídicas anteriormente disciplinados por um direito certo”*, tendo assim um carácter modificador, violando legítimas expectativas quanto à respetiva continuidade e sendo, por isso, substancial ou materialmente retroativa.

O Tribunal concluiu que *“a lei verdadeiramente interpretativa é apenas formalmente retroativa, uma vez que se limita a declarar o direito preexistente; ao passo que a lei autoqualificada como interpretativa, mas que em boa verdade seja inovadora se deve considerar como material ou substancialmente retroativa, porquanto, ao modificar o*

*direito preexistente, constitui direito novo.”*

Por fim, o Tribunal reconheceu, ainda, que com alguma frequência, o legislador declara ou qualifica expressamente como “interpretativa” certa disposição de uma lei nova, mesmo quando essa disposição seja na realidade inovadora.

Assim, ainda que uma determinada disposição legal seja expressamente qualificada como “interpretativa”, poderá não violar a proibição de leis retroativas, contando que não modifique o direito preexistente, mas apenas o esclareça.

Neste sentido, o Tribunal consentiu que uma lei “genuinamente interpretativa”, por se limitar a consagrar um dos sentidos possíveis da lei interpretada, *“possa não ser lesiva das «expectativas seguras e legitimamente fundadas» dos seus destinatários e, por isso mesmo, caso trate de matéria fiscal, a respetiva retroatividade – tida como meramente “formal” – nem sequer esteja abrangida pela proibição do artigo 103.º, n.º 3, da Constituição.”*

Reiterando, assim, um entendimento já por si vertido no passado, o Tribunal Constitucional referiu que, muito embora os cidadãos destinatários das leis

não devam ter qualquer expectativa de que estas sejam, ou possam vir a ser, sempre interpretadas no sentido que lhes é mais favorável, têm, ainda assim, uma expectativa legítima, na qualidade de destinatários da lei, de formarem uma convicção sobre o direito nela vertido e de agirem com base nessa convicção jurídica.

Assim, estando em causa a interpretação conforme à CRP de uma norma fiscal, e em conformidade com o entendimento perfilhado pela doutrina e jurisprudência dominantes, concluiu o Tribunal que não podia a mesma deixar de estar abrangida pela proibição da retroatividade consagrada na CRP.

## CONCLUSÃO

Entendeu o Tribunal Constitucional que a norma introduzida pela Lei do OE para 2016, na parte em que atribuiu natureza interpretativa à redação por si dada ao (n.º 6 do artigo 51.º do) Código do IRC, é inconstitucional, por violação da proibição de criação de impostos com natureza retroativa.

Neste sentido, importa referir que, caso a inconstitucionalidade da norma da Lei do OE para 2016 venha a ser novamente suscitada e subsequentemente julgada desconforme com a CRP pelo

Tribunal Constitucional, haverá lugar à sua declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

O Tribunal Constitucional, através deste Acórdão, ao declarar a inconstitucionalidade da norma que confere tal carácter interpretativo à alteração introduzida em 2016, vem determinar a sua inaplicabilidade aos períodos anteriores a 2016, assegurando, assim, que não sendo verdadeiramente interpretativa, mas inovadora, não pode ser integrada na norma interpretada e “retroagir”, pois, nessa medida, não assegura o princípio da não retroatividade da lei fiscal consagrado na CRP.

Assim, o Tribunal Constitucional vem, uma vez mais, reiterar o princípio geral de proibição da retroatividade da lei fiscal, travando, por esta via, as cada vez mais recorrentes normas, ditas interpretativas, mas efetivamente inovadoras, contidas nas Leis dos Orçamentos do Estado e noutras leis avulsas.

Em face do exposto, existe fundamento legal para reagir contra as liquidações (incluindo autoliquidações), que tenham sido processadas anteriormente, pelo menos nos últimos dois anos, sobre esta matéria.

Lisboa, 07 de junho de 2021



SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL  
ROGÉRIO M. FERNANDES FERREIRA  
& ASSOCIADOS

**Nº52/21**

A inconstitucionalidade da norma fiscal interpretativa das  
alterações ao “*participation exemption*”

Rogério M. Fernandes Ferreira  
Marta Machado de Almeida  
Rita Arcanjo Medalho  
Soraia João Silva  
José Oliveira Marcelino  
Inês Tomé Carvalho

*(Tax Advisory team)*

[www.rffadvogados.pt](http://www.rffadvogados.pt)