

# *As aplicações financeiras como base contributiva, perante o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social*

PROF. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: I – O Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC/SPSS): 1. Aspectos gerais; 2. A sistemática do Código; 3. Índole geral; 4. Novas bases de incidência contributiva; 5. O objecto do presente estudo e a sequência. II – Direito transitório (alguns elementos): 6. Problemática geral; 7. O pano de fundo do artigo 12.º; 8. Elementos de Direito transitório; 9. Na busca da substancialização. III – A retroactividade: 10. A retroactividade e os seus graus; 11. A retroactividade possível; 12. A integração substancial. IV – Aplicações financeiras como base contributiva: 13. Noção geral e concretização; 14. Semelhanças e diferenças com o regime do IRS; 15. A norma progressiva do artigo 277.º; 16. A aplicação no tempo da alínea x); 17. Contraprovas. V – Conclusões: 18. Conclusões.

## **I – O Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC/SPSS)**

### **1. Aspectos gerais**

I. A Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro, veio aprovar o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC/SPSS)<sup>1</sup>. Formalmente, ela surge como um diploma preambular, com

<sup>1</sup> DR. 1.ª Série, n.º 180, de 16-Set.-2009, 6490-6528.

seis artigos, contendo em anexo o Código: um diploma de fôlego, com 284 artigos. Deveria entrar em vigor em 1 de Janeiro de 2010.

Ainda no período de *vacatio*, a Resolução da Assembleia da República n.º 112/2009, de 27 de Novembro<sup>2</sup>, veio recomendar ao Governo que prorrogasse por seis meses a sua entrada em vigor e que facultasse de imediato à Assembleia todos os estudos e fundamentos que sustentaram as soluções vertidas no Código em causa. Dias volvidos, a Lei n.º 119/2009, de 30 de Dezembro (aprovada a 11 desse mês)<sup>3</sup>, veio alterar o artigo 6.º da Lei n.º 110/2009, fixando o dia 1-Jan.-2011 como data da sua entrada em vigor, com adaptação, a essa data, dos preceitos transitórios dos artigos 277.º a 281.º do Código (artigo 1.º). E mais se previu (artigo 2.º), que a entrada em vigor do diploma fosse precedida por uma avaliação a efectuar em reunião da Comissão Permanente de Concertação Social.

Perante a *vacatio* disponível, faz todo o sentido analisar problemas postos pelo CRS/SPSS. A tanto nos abalançamos.

II. O CRC/SPSS pretende, *prima facie*, regular toda a matéria pertencente ao universo em que ele veio dispor. Tal universo pode ser precisado com recurso ao artigo n.º 1 do novo Código:

O presente Código regula os regimes abrangidos pelo sistema previdencial aplicáveis aos trabalhadores por conta de outrem ou em situação legalmente equiparada para efeitos de segurança social, aos trabalhadores independentes, bem como o regime de inscrição facultativa.

Tem um lato objectivo, que abaixo será ponderado.

III. O âmbito do diploma fica, ainda, claro perante a amplidão da norma revogatória contida no seu artigo 5.º/1. São, com efeito, revogados expressamente quarenta diplomas: desde o artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 513-M/79, de 26 de Dezembro, à Portaria n.º 292/2009, de 23 de Março. Ficam abrangidos trinta anos de legislação da área da segurança social.

<sup>2</sup> DR 1.ª Série, n.º 244, de 18-Dez.-2009, 8706.

<sup>3</sup> DR 1.ª Série, n.º 251, de 30-Dez.-2009, 8776.

## **2. A sistemática do Código**

I. O novo CRC/SPSS arruma-se, formalmente, em cinco partes:

- Parte I – Disposições gerais e comuns (1.º a 23.º);
- Parte II – Regimes contributivos do sistema previdencial (24.º a 184.º);
- Parte III – Incumprimento da obrigação contributiva (185.º a 220.º);
- Parte IV – Regime contra-ordenacional (221.º a 248.º);
- Parte V – Disposições complementares, transitórias e finais (249.º a 284.º).

Como se vê, o grosso da matéria é assegurado pela Parte II, relativa aos regimes contributivos: ela absorve, de resto, mais de 56% dos preceitos do Código.

II. Tem interesse consignar a sistemática global do diploma: dá-nos uma ideia do seu conteúdo e da sua lógica intrínseca. Assim:

### **Parte I – Disposições gerais e comuns:**

- Capítulo I – Disposições gerais (1.º a 5.º);
- Capítulo II – Disposições comuns (6.º a 23.º).

### **Parte II – Regimes contributivos do sistema previdencial:**

Título I – Regime geral dos trabalhadores por conta de outrem:

Capítulo I – Disposições gerais:

- Secção I – Âmbito de aplicação (24.º a 28.º);
- Secção II – Relação jurídica de vinculação:
  - Subsecção I – Dos trabalhadores (29.º a 33.º);
  - Subsecção II – Das entidades empregadoras (39.º a 36.º).
- Secção III – Relação jurídica contributiva:
  - Subsecção I – Obrigações dos contribuintes (37.º a 43.º);
  - Subsecção II – Bases de incidência contributiva (44.º a 48.º).
  - Subsecção III – Taxas contributivas:
    - Divisão I – Taxa contributiva global (49.º a 55.º);
    - Divisão II – Taxas contributivas mais favoráveis (56.º a 59.º);
    - Divisão III – Taxas contributivas complementares (60.º).

Capítulo II – Regimes aplicáveis a trabalhadores integrados em categorias ou situações específicas:

- Secção I – Trabalhadores com âmbito material de protecção reduzido:
  - Subsecção I – Membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas e entidades equiparadas (62.º a 70.º);
  - Subsecção II – Trabalhadores no domicílio (71.º a 73.º);
  - Subsecção III – Praticantes desportivos profissionais (74.º a 79.º);

- Subsecção IV – Trabalhadores em regime de contrato de trabalho de muito curta duração (80.º a 83.º);
- Subsecção V – Trabalhadores em situação de pré-reforma (84.º a 88.º);
- Subsecção VI – Pensionistas em actividade (89.º a 91.º).
- Secção II – Trabalhadores em regime de trabalho intermitente (92.º a 94.º);
- Secção III – Trabalhadores de actividades economicamente débeis:
  - Subsecção I – Trabalhadores de actividades agrícolas (95.º e 96.º);
  - Subsecção II – Trabalhadores da pesca local e costeira (97.º a 99.º).
- Secção IV – Disposições gerais referentes ao regime de incentivos ao emprego (100.º a 104.º).
- Secção V – Incentivos à permanência no mercado de trabalho (105.º a 107.º).
- Secção VI – Incentivo à contratação de trabalhadores com deficiência (108.º e 109.º).
- Secção VII – Trabalhadores ao serviço de entidades empregadoras sem fins lucrativos:
  - Subsecção I – Disposições gerais (110.º a 112.º);
  - Subsecção II – Trabalhadores que exercem funções públicas (113.º a 115.º);
  - Subsecção III – Trabalhadores do serviço doméstico (116.º a 121.º).
- Capítulo III – Regime aplicável às situações equiparadas a trabalho por conta de outrem:
  - Secção I – Membros das igrejas, associações e confissões religiosas (122.º a 128.º);
  - Secção II – Trabalhadores em regime de acumulação (129.º a 131.º).
- Título II – Regime dos trabalhadores independentes:
  - Capítulo I – Âmbito de aplicação (132.º a 142.º);
  - Capítulo II – Relação jurídica de vinculação (143.º a 149.º);
  - Capítulo III – Relação jurídica contributiva:
    - Secção I – Obrigações dos contribuintes (150.º a 161.º);
    - Secção II – Bases de incidência contributiva (162.º a 167.º);
    - Secção III – Taxas contributivas (168.º).
- Título III – Regime de seguro social voluntário:
  - Capítulo I – Âmbito de aplicação (169.º a 172.º);
  - Capítulo II – Relação jurídica de vinculação (173.º a 175.º);
  - Capítulo III – Cessação do enquadramento:
    - Secção I – Obrigação contributiva (176.º a 179.º);
    - Secção II – Bases de incidência contributiva (180.º a 183.º);
    - Secção III – Taxas contributivas (184.º).

**Parte III – Incumprimento da obrigação contributiva:**

- Capítulo I – Disposições gerais (185.º a 187.º);
- Capítulo II – Causas de extinção da dívida (188.º a 200.º);
- Capítulo III – Transmissão da dívida (201.º e 202.º);
- Capítulo IV – Garantias (203.º a 207.º);
- Capítulo V – Situação contributiva regularizada (208.º a 210.º);
- Capítulo VI – Efeitos do incumprimento (212.º a 220.º).

**Parte IV – Regime contra-ordenacional:**

- Título I – Da contra-ordenação (221.º a 231.º);
- Título II – Das coimas e sanções acessórias em geral (232.º a 240.º);
- Título III – Das coimas e sanções acessórias em especial (241.º a 244.º);
- Título IV – Da prescrição (245.º e 246.º).

**Parte V – Disposições complementares, transitórias e finais:**

- Título I – Disposições complementares:
  - Capítulo I – Disposições aplicáveis ao pagamento voluntário de contribuições:
    - Secção I – Pagamento voluntário de contribuições pelo beneficiário por inexistência de entidade empregadora (249.º a 253.º);
    - Secção II – Pagamento voluntário de contribuições prescritas (254.º a 260.º).
  - Capítulo II – Disposições aplicáveis ao reembolso de quotizações (261.º a 266.º).
  - Capítulo III – Disposições aplicáveis à restituição de contribuições e de quotizações (267.º a 272.º).
- Título II – Disposições transitórias e finais:
  - Capítulo I – Disposições transitórias (273.º a 281.º).
  - Capítulo II – Disposições finais (282.º a 284.º).

### 3. *Índole geral*

I. O CRC/SPSS surge, também *prima facie*, como um diploma codificador. Nesse sentido depõe, desde logo, a já citada norma revogatória do artigo 5.º do diploma preambular, que revogou, de modo especificado, a generalidade da legislação relativa aos regimes contributivos aqui em causa.

II. Além da simplificação operada no plano das fontes, o Código dos Regimes Contributivos veio dar uma ordenação coerente à matéria. Nesse sentido, cabe remeter para o plano geral do diploma, acima esquematizado. A ordena-

ção não segue sempre os ditames que seriam observados num Código Civil: por exemplo, na parte III, surgem, depois das disposições gerais, sucessivamente, as causas de extinção da dívida, a transmissão, as garantias, a situação regularizada e os efeitos do incumprimento, quando a ordenação mais expectável seria, porventura, a situação regularizada, a transmissão, as garantias, o incumprimento e as causas de extinção. Mas admitimos que a prática habitual no sector possa ter recomendado a ordenação que surge no CRC/SPSS.

III. O Código na sua análise não fica, porém, por aqui: ele surge inovador nalguns domínios.

Trata-se de uma decorrência frequente, quando se proceda, como é o caso, a uma ordenação jurídico-científica de diplomas dispersos. Quando o faça, o legislador depara, muitas vezes, com contradições, com desarmonias e com lacunas: contradições quando os diplomas dispersos antes existentes contenham normas que se oponham; desarmonias sempre que, embora não contraditórias, as normas em presença se apresentem enformadas por valorações díspares, de tal maneira que fique em crise a regra de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, consoante a medida da diferença; lacunas na eventualidade de, uma vez ordenados, os diversos preceitos deixarem aparecer, sem regulação, áreas onde seria de esperar que tal não sucedesse.

O codificador, em qualquer destas eventualidades, intervém, erigindo ou completando o Direito antecedente.

IV. Por fim, o codificador pode ainda aproveitar o ensejo para introduzir verdadeiras reformas de fundo. Essa eventualidade é duplamente facilitada:

- preparando um diploma de fôlego, o legislador disporá, em regra, de meios humanos e jurídico-científicos para repensar algumas soluções antes em vigor;
- apresentando, aos destinatários, esse mesmo diploma, o legislador fará passar mais facilmente, seja no plano da aprendizagem, seja até no da melhor aceitação pelos agentes, de novas soluções consideradas mais convenientes.

E de facto, o CRC/SPSS contém diversas novidades que, para todos os efeitos, se apresentam como verdadeiras reformas de fundo.

#### 4. *Novas bases de incidência contributiva*

I. Entre as novidades substanciais que tomam corpo no novo Código contam-se novas bases de incidência contributiva. O artigo 46.º/1 começa por dizer que, para efeitos de delimitação da base de incidência contributiva,

(...) consideram-se remunerações as prestações pecuniárias ou em espécie que nos termos do contrato de trabalho, das normas que o regem ou dos usos são devidas pelas entidades empregadoras aos trabalhadores como contrapartida do seu trabalho.

II. Todavia, logo o n.º 2 desse mesmo preceito especifica, em 24 alíneas, uma série de prestações que vão para além do universo anunciado das “prestações devidas”. E isso, muitas vezes, em termos inovatórios perante o regime anterior ao Código.

Entre as prestações que, inovatoriamente, passam a integrar a base de incidência contributiva, temos a da alínea x) do artigo 46.º/2 do Código, do teor seguinte:

x) Os valores despendidos obrigatória ou facultativamente pela entidade empregadora com aplicações financeiras, a favor dos trabalhadores, designadamente seguros do ramo «Vida», fundos de pensões e planos de poupança reforma ou quaisquer regimes complementares de segurança social, quando sejam objecto de resgate, adiantamento, remição ou qualquer outra forma de antecipação de correspondente disponibilidade ou em qualquer caso de recebimento de capital antes da data da passagem à situação de pensionista, ou fora dos condicionamentos legalmente definidos;

III. Perante dispositivos deste tipo, põe-se, desde logo, o problema da determinação exacta do seu teor e, depois, o da sua aplicação no tempo.

A matéria, que se adivinha delicada, obteve ainda uma específica norma transitória, que desde já adiantamos:

#### Artigo 277.º

##### **Ajustamento progressivo da base de incidência contributiva**

A integração na base de incidência contributiva das prestações referidas nas alíneas *n), p), q), r), s), t), v), x), z)* e *aa)* do artigo 46.º, nos termos aí previstos, faz-se nos seguintes termos:

- a) 33% do valor no ano de 2010;
- b) 66% do valor no ano de 2011;
- c) 100% do valor a partir do ano de 2012.

Perante a Lei n.º 119/2009, de 30 de Dezembro, as datas indicadas passam, respectivamente, a 2011, 2012 e 2013.

### **5. O objecto do presente estudo e a sequência**

I. O presente estudo visa esclarecer a aplicação no tempo do novo CRC/SPSS. Não irá, para tanto, examinar o diploma no seu todo: uma tarefa imensa, que terá de ser levada a cabo, nos próximos anos, pela comunidade dos juristas. Antes se irá concentrar num caso exemplar: precisamente o das aplicações financeiras a favor dos trabalhadores, referidas na acima transcrita alínea x) do artigo 46.º/1.

II. Para o efeito pretendido, vamos começar por recordar as regras gerais do Direito transitório, tal como resultam do artigo 12.º do Código Civil e das actuais reflexões sobre a matéria. De seguida, passaremos ao tema delicado da retroactividade.

Isso feito, encararemos a interpretação da alínea x), aqui em causa e a sua ordenação perante o artigo 277.º do Código e perante as regras gerais.

No final, surgirão breves conclusões.

## **II – Direito transitório (alguns aspectos)**

### **6. Problemática geral**

I. Ocorrem denominados conflitos de normas no tempo quando uma mesma situação jurídica entre em contacto com normas novas e com normas velhas. Nessa eventualidade, o Direito transitório é chamado a intervir. E pode fazê-lo por uma de duas vias: ou materialmente, fixando um regime de transição que assegure a passagem de um esquema para o outro; ou formalmente, limitando-se a apontar, das leis em conflito, qual a competente para solucionar o problema. Esta última solução, própria da técnica das normas de conflitos, do tipo do Direito internacional privado, é a mais frequente.

II. O Direito transitório formal ou de conflitos pode, por seu turno, ser geral ou específico. Será geral sempre que vise múltiplas disciplinas, indistintamente consideradas; no essencial, ele encontra a sua sede no artigo 12.º do Código Civil. E será especial nos casos em que tenha sido aprontado para ope-

rar em disciplinas específicas: Direito penal, Direito fiscal ou Direito processual civil. Surgem, nelas, vectores próprios; por exemplo, a regra penal de aplicação da lei mais favorável ao arguido, a regra fiscal de não-retroactividade ou a regra processual de aplicação imediata.

III. No Direito da segurança social, não há, quanto sabemos, um Direito transitório especial. Salvo preceitos contidos em diplomas delimitados e para efeitos também restritos e bem demarcados, recorre-se ao artigo 12.º do Código Civil. Todavia, devemos ter em conta a presença de um Direito contributivo, que impõe algumas cautelas no plano da legalidade e da justiça constitucional.

## **7. O pano de fundo do artigo 12.º**

I. O artigo 12.º do Código Civil surge no âmbito de reflexões que passamos a recordar.

À primeira vista, poderia parecer que, perante uma sucessão de leis no tempo, a lei nova teria pretensões de aplicação integral: com a sua entrada em vigor, a lei velha seria proscrita da Ordem Jurídica, desaparecendo todos os seus efeitos a favor da lei nova. Este radicalismo em prol da lei nova conduz a resultados inaceitáveis; basta ver que todas as situações duráveis validamente constituídas ao abrigo da lei antiga – como, por exemplo, os casamentos – seriam postas em causa quando ocorresse uma substituição de leis.

II. Perante esse obstáculo, poder-se-ia gerar um radicalismo de sinal contrário: todas as situações constituídas ao abrigo da lei velha deveriam perdurar tal e qual, quando surgisse uma lei nova com o mesmo âmbito de aplicação. Mas tal primado da lei velha também levaria a saídas inconvenientes: certas situações jurídicas ficariam, para sempre, inalteráveis, regendo-se por ordenamentos há muito desaparecidos. Assim sucederia com o direito de propriedade, que faria apelo a normas romanas ou, porventura, ainda anteriores.

III. Como ponto de partida resta-nos, assim, assentar-se em que lei nova e lei velha têm âmbitos próprios de aplicação. A repartição desses âmbitos há-de ter uma qualquer ligação com a data da entrada em vigor da lei nova, embora não possa depender, em toda a sua extensão, apenas desse factor.

## 8. *Elementos de Direito transitório*

I. Na busca de bitolas que ofereçam uma efectiva delimitação entre a lei nova e a lei velha pode apontar-se, em primeira linha, a ideia de que não deve haver retroactividade, no sentido de deverem ser respeitados determinados efeitos já provocados.

Coube a Savigny oferecer um primeiro critério da não retroactividade, isto é, dos efeitos a preservar pela lei nova<sup>4</sup>.

Segundo Savigny, haveria que fazer uma distinção, hoje clássica, entre situações que instituem direitos e situações que estabelecem meras expectativas<sup>5</sup>. Perante o direito adquirido ao abrigo da lei velha, a lei nova deveria deter-se, respeitando-o. Pelo contrário, defronte de meras expectativas geradas pela lei velha, a lei nova teria aplicação imediata.

II. Apesar do avanço analítico demonstrado por esta orientação, mantêm-se certos aspectos indesejáveis, já aludidos. Com efeito, não é exacto que um direito adquirido deva ficar intocável, para todo o sempre, regendo-se pela lei velha. Tal situação conduziria, como acima se disse, a que direitos como o de propriedade se pautassem, por exemplo, pelo Direito romano. Para além disso, introduz-se um novo factor de discussão: não é segura a distinção entre direitos e expectativas<sup>6</sup>, sendo de mau método elevar um factor menos claro a chave de todo um sistema.

III. Uma nova ordenação do problema foi preconizada por Enneccerus<sup>7</sup> e com a maior importância: a sua doutrina foi adoptada por Manuel de Andrade, passando, através dele, ao Código Civil, mais precisamente ao seu artigo 12.º. Perante uma lei nova, tudo estaria em saber se ela visa regular factos jurídicos ou situações jurídicas.

Quando a lei nova pretenda regular factos jurídicos em si, reportando-se, pois, à sua validade formal e substancial, ela só se aplica aos factos novos. Por

<sup>4</sup> Quanto à evolução do Direito transitório no século XIX: BURHARD HESS, *Intertemporales Privatrecht* (1998), 58 ss.. Com elementos desde a Antiguidade: MICHAEL DAEMGEN, *Rück- oder Fortwirkung im Privatrecht* (2005), 25 ss..

<sup>5</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8 (1849, reimp., 1981), § 385 (especialmente pp. 384 ss., 386).

<sup>6</sup> Cf., quanto à discussão, o nosso *Tratado de Direito civil*, I/1, 3.ª ed. (2005), 347 ss..

<sup>7</sup> A evolução no século XX pode ser confrontada em HESS, *Intertemporales Privatrecht* cit., 93 ss..

exemplo, os contratos de casamento celebrados ao abrigo da lei antiga sobrevivem quando a lei nova venha estabelecer novos requisitos formais ou substanciais para a celebração de casamentos.

Quando a lei nova vise reger situações jurídicas, ela atinge a generalidade das situações existentes, mesmo quando formadas ao abrigo da lei velha. Por exemplo, a lei que venha alterar o conteúdo da propriedade aplica-se aos direitos já constituídos à data do seu aparecimento. Poderá pôr-se, aqui, um problema de retroactividade, a examinar mais abaixo.

### **9. Na busca da substancialização**

I. Embora formalmente inatacável, o sistema acima apurado tende a ser completado.

De facto, o Direito transitório formal é um Direito de conflitos ou um Direito de segundo grau. Ele não regula directamente situações da vida, antes se limitando, de entre várias normas em presença, a apontar qual tem competência para o fazer. O Direito transitório torna-se, assim, acentuadamente irreal, apresentando escassas ligações com os casos concretos.

II. Esta situação, assim apresentada, não é desejável nem conveniente. Não é desejável porque o Direito visa sempre resolver casos concretos; não pode, pois, e em nenhum dos seus estádios, alhear-se dessa mesma solução, sob pena de formalismo e de irrealismo. Não é conveniente por não corresponder à efectividade do processo de concretização do Direito. Chamado a resolver um problema, o intérprete-aplicador procura a decisão pesando os diversos argumentos que para ela possam contribuir, entre os quais os elementos transitórios: ele não vai, em separado, determinar uma lei transitoriamente aplicável e, depois, proceder às outras operações de concretização. A metodologia actual entende a realização do Direito como tarefa essencialmente integrada; e nessa integração inclui-se a determinação da lei aplicável, se necessário com recurso ao Direito transitório. Todos os elementos acima apontados a propósito da concretização jurídica entram aqui em jogo.

III. A autonomização de um Direito transitório formal é necessária para efeitos de estudo e de análise. Ela deve, no entanto, ser superada, em momento posterior, por nova síntese que dê a dimensão real da decisão jurídica. Assim, e logo no domínio do Direito transitório, jogam-se os valores fundamentais do ordenamento, os quais não podem ser ignorados.

O Direito transitório tem de atender – e logo de ser sensível – às soluções que efectivamente faculte: a delimitação entre lei nova e lei velha dá-se através de um diálogo entre esquemas formais de aplicação temporal e os valores substantivos em presença.

A tal propósito fala-se na *substancialização* das normas de conflitos: atendendo aos resultados elas condicionam directamente as soluções e dependem delas.

### III – A retroactividade

#### 10. *A retroactividade e os seus graus*

I. Um tema tradicional no Direito transitório é o colocado pelas chamadas por normas retroactivas. À letra, diz-se retroactividade a actuação sobre o passado. No entanto, a expressão deve aqui ser usada em termos bastante mais latos: ela implica qualquer situação em que se venha bulir com algo já existente ou de possível consubstanciação. Nestes moldes, torna-se então necessário distinguir diversas formas ou graus de “retroactividade”: o alargamento da ideia vai, de facto, levá-la a abarcar diferentes realidades.

A doutrina especializada tem ido bastante longe nesse domínio; pelas necessidades da exposição vai, de seguida, efectuar-se uma simples distinção de três formas de retroactividade, consubstanciadas em outros tantos graus de ordem decrescente: o terceiro grau ou *grau máximo*, o segundo grau ou *grau médio* e o primeiro grau ou *grau fraco*.

II. No *grau máximo* ou *forte*, a lei é retroactiva quando pretenda agir sobre o caso julgado anterior. O caso julgado é uma decisão jurídica definitiva que, formalmente, já não admita mais alterações. Em regra, quando se fala de caso julgado tem-se em vista a sentença transitada, a qual não admite, como se sabe, recurso ordinário. Tal noção pode, contudo, ser estendida a outros tipos de decisões jurídicas – por exemplo, actos administrativos – que, por razões de Direito, não mais possam ser alteradas.

III. No *grau médio*, a lei é retroactiva quando actue sobre factos inteiramente decorridos no passado, ainda que sem a cobertura do caso julgado, isto é, da decisão jurídica insusceptível de alteração por vias ordinárias. Assim sucederia, por exemplo, quando uma lei que baixasse a taxa de juros determinasse a restituição de juros vencidos e pagos ao abrigo da lei velha.

IV. No *grau fraco*, a lei é retroactiva quando actue sobre situações jurídicas preexistentes, mas que ainda não produziram todos os seus efeitos; a alteração vai centrar-se, então, sobre os efeitos ainda não verificados. Por exemplo, haveria retroactividade fraca no diploma que, ao alterar as taxas de juros, atingisse os contratos celebrados ao abrigo da taxa anterior, mas de modo a abranger apenas os juros ainda não vencidos.

### 11. *A retroactividade possível*

I. O artigo 12.º do Código Civil, pode conduzir, em certos casos, a situações de “retroactividade” fraca ou do primeiro grau: assim sucede quando a lei nova, *por pretender regular de modo directo o conteúdo de certas situações jurídicas, atinja situações preexistentes, constituídas ao abrigo da lei velha*. Entende-se pois que fica na disponibilidade do legislador o estabelecer este modo de retroactividade. O próprio Código Civil, no seu artigo 12.º/2, 2.ª parte, conduz à retroactividade fraca de certas normas substanciais.

II. Em compensação, a *retroactividade forte* ou do terceiro grau é inconstitucional. Segundo o artigo 282.º/3 da Constituição, havendo declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, ficam ressalvados os casos julgados firmados ao abrigo do próprio diploma viciado<sup>8</sup>. Este argumento jurídico-positivo somado à necessidade de, por forma definitiva, deixar incontroversa a coisa julgada, permite considerar inequívoca a inconstitucionalidade da retroactividade de grau máximo.

III. A *retroactividade média* – portanto aquela que vai atingir efeitos inteiramente produzidos ao abrigo da lei velha – coloca questões de fronteira mais delicadas. Julga-se que o legislador pode impor esquemas de retroactividade média desde que o faça expressamente e desde que, ao fazê-lo, respeite certos postulados constitucionais. Por exemplo, o diploma que viesse alterar a taxa de juros e que determinasse a restituição de juros anteriormente vencidos e pagos, iria bulir com o artigo 62.º da Constituição, que garante a propriedade privada. A retroactividade seria possível desde que os titulares atingidos fossem indemnizados.

<sup>8</sup> Apenas se admitem excepções nas áreas sancionatórias, por decisão do Tribunal Constitucional e quando assim se alcancem soluções mais favoráveis aos arguidos.

## 12. *A integração substancial*

I. Na determinação dos comandos intertemporais do legislador, há que atender, também, à integração substancial da matéria. Num exemplo académico, o intérprete aplicador não poderá validar uma solução de Direito transitório que conduza a resultados impraticáveis, paradoxais ou gravemente desarmónicos. Também neste ponto aflora a exigência de substancialização acima referida, a propósito do Direito transitório em geral.

II. A Ordem Jurídica obedece, ainda que como aspiração a prosseguir em cada decisão concreta, a um postulado de unidade. De outra forma, poderá ficar em crise o próprio princípio da igualdade. Por exigência analítica das fontes do Direito e pelas limitações da linguagem humana, somos obrigados a exprimir diversas proposições normativas. Quando, a uma regra material, somamos uma outra, de Direito transitório, estamos, no fundo, a aprontar um único comando, ainda que linguisticamente complexo, para reger a realidade visada. E esse comando deve poder ser reconhecido pelo sistema, como idóneo e adequado.

## IV – **Aplicações financeiras como base contributiva**

### 13. *Noção geral e concretização*

I. Na gíria bancária comum, diz-se “aplicação financeira” a afectação de fundos cedidos pelo cliente a um destino diverso do de um depósito à ordem. Ficam incluídas, designadamente, a subscrição de valores mobiliários<sup>9</sup>, a conclusão de contratos da área dos seguros e a adesão a esquemas previdenciais. Na fronteira, podemos encontrar produtos de realização à vista; por isso, faz-se depender, por vezes, o qualificativo “financeiro” da existência de um prazo (em regra: um ano) para permitir a sua mobilização sem penalizações.

II. A alínea x) do artigo 46.º/2 reporta *valores despendidos (...) com aplicações financeiras, a favor dos trabalhadores*. Naturalmente: se a entidade empregadora subscrever acções ou obrigações a favor dos seus trabalhadores, estaremos perante uma retribuição, para os devidos efeitos. O legislador teve, todavia, em mente outra realidade, porquanto acrescenta:

<sup>9</sup> *Vide* a enumeração do artigo 1.º do CVM.

(...) designadamente seguros do ramo “Vida”, fundos de pensões e planos de poupança reforma ou quaisquer regimes complementares de segurança social (...)

Todas estas realidades têm em comum o não se reportarem a produtos financeiros imediatamente mobilizáveis. Ou seja: pelo seu funcionamento normal, o trabalhador ou equiparado, que venham a ser contemplados, não retiram da subscrição desses produtos, uma vantagem directa e imediata. Por isso, eles não eram objecto de incidência de normas previdenciais, até ao aparecimento do presente Código.

III. Este entendimento é confirmado pela segunda parte do preceito. A alínea x), ora em estudo, só inclui, no universo da incidência contributiva, os produtos financeiros em causa,

(...) quando sejam objecto de resgate, adiantamento, remição ou qualquer outra forma de antecipação (...) ou (...) de recebimento de capital (...)

Ou seja: são objecto de incidência os produtos financeiros da área previdencial quando, por antecipação, facultem liquidez ao trabalhador.

IV. Trata-se de uma situação nova. Até ao Código de 2009, os produtos em causa eram atractivos, justamente:

- por permitirem complementar o sistema assistencial de base;
- por facultarem um certo aligeiramento das normas de incidência da segurança social.

Agora, desaparece esta última vantagem, *quando tais produtos sejam objecto de resgate ou similar.*

#### **14. Semelhanças e diferenças com o regime do IRS**

I. A alínea x) em análise teve como fonte próxima, o artigo 2.º/3, b), 3) do Código do IRS, que considera rendimentos do trabalho dependente, para efeitos de incidência desse imposto,

As importâncias despendidas, obrigatória ou facultativamente, pela entidade patronal com seguros e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de pensões, fundos de poupança-reforma ou quaisquer regimes complementares de segurança social, desde que constituam direitos adquiridos e individualizados dos

respectivos beneficiários, bem como as que, não constituindo direitos adquiridos e individualizados dos respectivos beneficiários, sejam por estes objecto de resgate, adiantamento, remição ou qualquer outra forma de antecipação da correspondente disponibilidade, ou, em qualquer caso, de recebimento em capital, mesmo que estejam reunidos os requisitos exigidos pelos sistemas de segurança social obrigatórios aplicáveis para a passagem à situação de reforma ou esta se tiver verificado;

A semelhança deste preceito com o correspondente do Código dos Regimes Contributivos é flagrante.

II. No entanto, encontramos uma diferença do maior relevo:

- enquanto, para a segurança social, a base contributiva é constituída *pelos valores dispendidos pela entidade empregadora*,
- para o IRS, a base de incidência recai sobre as importâncias *objecto de resgate ou similar*.

No primeiro caso, releva a força retributiva do empregador; no segundo, o rendimento efectivo do trabalhador.

III. O artigo 2.º/3, b), 3) do Código do IRS resultou de uma reforma de 1995: anteriormente, os rendimentos advenientes do resgate dos produtos financeiros ora visados não eram tributados. Após 1995, inesperadamente, vieram a sê-lo. Com isso, foram atingidas pessoas que procederam à subscrição de tais produtos, com vista ao disfruto de um benefício fiscal legítimo. Pergunta-se: a nova regra de incidência pode recair sobre produtos anteriormente subscritos?

A Administração Fiscal deu resposta positiva: não haveria um rendimento *anterior* ao (novo) imposto mas, tão-só, uma expectativa, nesse sentido. De facto, o rendimento em si, dependente do resgate, só surgiria *depois* da lei nova.

A medida é de justiça discutível, uma vez que atingiu a confiança legítima dos contribuintes, que o Estado deve respeitar. Mas aparentemente integra uma simples retroactividade fraca: são atingidos os efeitos ainda não produzidos de uma situação já em curso.

IV. Esta lógica não é transponível para as contribuições assistenciais: o “facto” relevante não é o resgate subsequente à lei nova; é, antes, o desembolso patronal, integralmente ocorrido sob a lei velha.

Aqui, a prática do IRS apenas salientará a necessidade de, para o Código dos Regimes Contributivos, encontrar soluções diversas.

De resto, o próprio legislador de 2009 reconhece, de modo eloquente, a apontada diferença entre o regime contributivo e o do IRS: no artigo 46.º/3 do novo Código, ele vem sujeitar diversas prestações contributivas – as das alíneas l), p), q), s), t) u), v) e z) – aos termos previstos no Código do IRS; mas omite, muito intencional e conseqüentemente, a alínea x). Pela razão irrefutável de que, de facto, as incidências são distintas, como foi apontado.

#### **15. A norma progressiva do artigo 277.º**

I. A adesão a fundo de pensões e similares, com contribuições pelas entidades empregadoras, além de facilitarem o aligeiramento contributivo a que o legislador de 2009 quis pôr termo, tem um evidente alcance social: de complementar o sistema assistencial de base.

O legislador – como, de resto, lhe compete, num Estado social de Direito – não deixou de ser sensível a essa dimensão.

II. Por isso, em vez de determinar a aplicação *ex abrupto*, do novo regime, a todas as adesões futuras, fixou o regime progressivo do artigo 277.º, acima transcrito. Em 2010, os desembolsos patronais valem, em 33% do seu montante, para a incidência contributiva; em 2011, 66%; e em 2012, 100%. Durante dois anos, as aplicações financeiras mantêm algum interesse, de modo a que não desapareçam. Teoricamente, os agentes económicos irão procurar novas alternativas.

#### **16. A aplicação no tempo da alínea x)**

I. Temos agora o caminho aberto para, à alínea x) aqui em causa, fazer aplicação do artigo 12.º do Código Civil.

Em primeiro lugar, cumpre prevenir equívocos; a alínea x) em causa não vem regular as relações jurídicas emergentes das aplicações financeiras nela referenciadas; o *único facto visado pela norma é o dispêndio levado a cabo pela entidade empregadora*. Esse facto, que antes era inócuo, passa, agora, a ser visado quando seguido de resgate ou equivalente.

II. A lei nova dispõe sobre os efeitos (assistenciais) de certos factos (os desembolsos patronais): *só visa os factos novos*, ou seja, *os desembolsos que ocorreram depois da sua entrada em vigor* (1-Jan.-2010), nos termos do artigo 12.º/2, 1.ª parte, do Código Civil.

Quer isso dizer que em relação a produtos financeiros subscritos antes de 1-Jan.-2010, aplicar-se-á a lei velha, haja ou não resgate. Depois disso, quando haja subscrição, os inerentes desembolsos são base de incidência contributiva caso ocorram os tais resgates ou similares.

III. Esclareça-se, ainda, que a data relevante, para efeitos de aplicação do Código dos Regimes Contributivos, é a da data em que o pedido do resgate chegue à entidade seguradora e, não, a data em que o resgate seja efectivamente satisfeito. Pode haver mora da seguradora que, inclusive, poderá incorrer em juros moratórios ou em medidas judiciais: nada disso releva. Nem faria sentido vir onerar empregados e trabalhadores com contribuições, por factos que escapem ao seu controlo.

### 17. *Contraprovas*

I. Obtido este resultado, vamos submetê-lo à prova da resistência da sua integração no sistema: recordamos as preocupações de substancialização e de harmonia que dominam o actual Direito transitório.

II. Se a nova alínea x) tivesse aplicação aos produtos financeiros de pretérito, desde que resgatados depois de 1-Jan.-2010, aliás, 1-Jan.-2011, perante a Lei n.º 119/2009, de 30 de Dezembro:

- entidades empregadoras chamadas a pagar (ou não) consoante decisões tomadas discricionariamente pelos seus trabalhadores: uma saída anómala, desproporcionada e arbitrária;
- uma imediata corrida a resgates, até 1-Jan.-2011, para prevenir punções parafiscais: de novo uma saída anómala, que poria em risco qualquer lógica actuarial: o próprio sistema dos seguros poderia entrar em crise.

Não podemos presumir que o legislador tivesse, jamais, feito tão bizarras opções: recorde-se a presunção de acerto do artigo 9.º/3, do Código Civil.

III. Porventura, ainda mais grave seria o facto de, perante a hipotética aplicação da nova alínea x) aos desembolsos de pretérito, se estar perante uma retroactividade de grau médio: atingir factos totalmente consumados perante a lei velha. Isso só seria possível mediante lei expressa (que não existe) e perante uma compensação (que não está prevista). De outro modo haveria inconstitucionalidade, por pura e simples violação da propriedade privada (62.º/1, da Constituição).

## V – Conclusões

### 18. *Conclusões*

Resta apresentar breves conclusões:

- 1.<sup>a</sup> A integração dos desembolsos feitos pelas entidades empregadoras, em aplicações financeiras do foro previdencial, a favor dos seus trabalhadores, na base de incidência contributiva da segurança social, levada a cabo pelo artigo 46.º/2, x), do novo Código dos Regimes Contributivos, é inovatória.
- 2.<sup>a</sup> Perante o IRS, o facto tributário relevante é o resgate de tais aplicações e a percepção, pelos trabalhadores, do rendimento daí resultante; mas em face da segurança social, o facto relevante é, antes, o desembolso patronal, que serve de base ao cálculo.
- 3.<sup>a</sup> Nessas condições, e ao contrário do que sucederá com o IRS, a lei nova só se aplica aos desembolsos feitos em aplicações financeiras efectuadas após a entrada em vigor da lei nova (1-Jan.-2011).
- 4.<sup>a</sup> Pelo contrário, os desembolsos anteriores a essa data, mesmo quando dêem lugar a resgates posteriores a ela, por terem ocorrido integralmente ao abrigo da lei velha, não são atingidos, por via do artigo 12.º/2, 1.<sup>a</sup> parte, do Código Civil.
- 5.<sup>a</sup> Além disso e a assim não ser, teríamos uma situação de retroactividade do segundo grau, materialmente inconstitucional.
- 6.<sup>a</sup> Ainda a assim não ser, verificar-se-ia uma responsabilidade previdencial dos empregadores por decisão discricionária de terceiros (os trabalhadores que optassem pelo resgate), o que não faria sentido.
- 7.<sup>a</sup> E a isso acresceria uma possível corrida a resgates, com graves danos actuariais e sistémicos.
- 8.<sup>a</sup> Visando salvaguardar (alguma) atractividade financeira, o artigo 277.º estabelece uma aplicação gradual do novo regime, aos desembolsos dos empregadores que ocorram entre 2011 e 2013.
- 9.º Finalmente: para efeitos do novo diploma, vale a data em que o resgate seja pedido (ou melhor: em que o pedido em causa chegue à seguradora) e não a data em que seja efectivado.