

A Lei do Orçamento para 2004 e a disciplina fiscal dos fundos de investimento: algumas perplexidades...

José Xavier de Basto*

Resumo

Neste estudo, o Autor debruça-se sobre as recentes alterações do artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), introduzidas pela Lei do Orçamento para 2003 (Lei nº 107-B/2003, de 31 de Dezembro) e mostra como elas não primam pela segurança e clareza, suscitando dúvidas, em especial, na sua articulação com algumas regras gerais sobre substituição tributária, contidas na Lei Geral Tributária. Mostra-se também como as referidas alterações não enquadraram a reformulação das categorias de rendimentos, operada em 2000, mantendo-se assim uma nova fonte de insegurança, a menos que se opere uma interpretação actualista da lei, estendendo as soluções que valem para as “actividades industriais, comerciais e agrícolas”, expressamente referidas nas normas do EBF, a toda a actividade “profissional e empresarial”, cujos rendimentos formam a actual categoria B de rendimentos, para efeitos de IRS.

Abstract

In this survey the Author looks into the recent changes to Article 22 of the Tax Incentives Statute (TIS) introduced by the 2003 Budgetary Law (Law nº 107-B/2003, of 31st December) and emphasises their lack of security and clarity. In particular, some doubts seem to arise concerning its articulation with a number of general rules on tax substitution contained in the General Taxation Law. It is also noted that such changes have not taken into consideration the re-formulation of income categories operated in 2000, thereby maintaining a new source of unreliableness unless there is an «actualistic» interpretation of law by extending the solutions applicable to “industrial, commercial and agricultural activities”, as expressly referred to in the TIS, to the “professional and business” activity whose incomes constitute the present category B for IRS purposes.

The certainty of what each individual ought to pay is, in taxation, a matter of so great importance that a very considerable degree of inequality, it appears, I believe, from the experience of all nations, is not near so great an evil as a very small degree of uncertainty.

Adam Smith, *The Wealth of Nations*

1. A Lei do Orçamento para 2004 (Lei nº 107-B/2003, de 31 de Dezembro) introduziu alterações na disciplina fiscal dos fundos de investimento, disciplina que consta do artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF). As normas da alínea a) do nº1 e do nº 6 desse artigo do EBF viram a sua

* Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

redacção alterada, com implicações directas no regime fiscal dos fundos de investimento mobiliário (FIM) e dos fundos de investimento imobiliário (FII), respectivamente.

As mudanças não são, como se verá adiante, de grande monta. O presente texto visa a dar delas notícia, a apreciar a formulação ou “estilo legislativo” em que foram vertidas – que, adiante-se, não é famoso, suscita algumas perplexidades e cria incertezas – e a mostrar como ficam aquém do que seria necessário, por não procederem à adaptação do regime fiscal dos fundos à revisão do Código do IRS (CIRS) operada já há quatro anos, em 2000, em especial pelo que toca à fusão das anteriores categorias B, C e D, numa única categoria, a nova categoria B (“rendimentos profissionais e empresariais”).

2. Relembremos, para começar, só os pontos essenciais do regime de tributação dos fundos de investimento.

Os rendimentos das unidades de participação em fundos de investimento são rendimentos de capitais, segundo a alínea j) do n.º 2 do artigo 5.º do CIRS. Esses rendimentos, porém, são objecto de um tratamento especial, devido a razões técnicas bem definidas, que radicam na particular natureza dos fundos de investimento¹. Estes são simples patrimónios autónomos, cujos activos são detidos pelos participantes num regime especial de compropriedade ou comunhão (cfr. o n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, que regula as Organizações de Investimento Colectivo, em que se integram agora os fundos de investimento).

Os fundos recebem rendimentos dos activos que constituem as suas “carteiras” (juros, rendas – no caso dos fundos imobiliários – dividendos, mais-valias) e valorizam assim as “unidades de participação” dos participantes. Qual deve ser o seu regime fiscal?

A tributação, ao nível dos participantes, dos ganhos por eles recebidos dos fundos, que assumem a forma de valorização das unidades de participação respectivas, seria tecnicamente inadequada. Embora o CIRS qualifique como rendimentos de capitais “os rendimentos das unidades de participação em fundos de investimento”, tais rendimentos tomam, geralmente, a forma particular de valorização das unidades. Enquanto não se verificasse o “resgate”, a “mais-valia” respectiva não seria realizada e o ganho não seria tributável a esse título, o que representaria um inaceitável diferimento temporal da tributação. O rendimento do certificado de participação, na verdade, é constituído, no mais comum das

¹ Para uma notícia sobre a lógica económica dos fundos de investimentos, ver Carlos Osório de Castro, *Valores mobiliários. Conceito e espécies*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1990, p. 186-190.

situações, apenas pelo aumento do seu valor, reflectindo a frutificação dos activos que constituem o fundo.

Por outro lado, o princípio orientador em matéria de tributação de fundos de investimento, não pode deixar de ser, como se lê no *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, a “não discriminação dos investidores em valores mobiliários ou imobiliários, em relação aos investidores directos nos respectivos mercados”. Como também lá se refere, “os participantes nos fundos de investimento deverão, tanto quanto possível, ser tributados como se tivessem investido directamente em valores mobiliários ou imobiliários”².

Como se consegue este desiderato?

O regime actualmente vigente, produto de sucessivos aperfeiçoamentos, constitui uma boa aproximação à plena realização desses objectivos³.

Assenta no princípio de tributar autonomamente os rendimentos que afluem aos fundos, em princípio, nos mesmos termos em que o seriam se fossem directamente recebidos pelos participantes, proprietários dos activos do fundo, supondo que são pessoas singulares residentes, para depois, pelo que toca aos rendimentos das respectivas unidades de participação, isentar de tributação as que estejam na titularidade de pessoas singulares residentes e mandar incluir na conta de exploração as que sejam pertença de sujeitos passivos de IRC, funcionando então o imposto cobrado a nível do fundo como um imposto por conta do encargo fiscal devido a final (valendo esta mesma solução para o caso especial de as pessoas singulares deterem as unidades de participação no âmbito de uma actividade empresarial, em sentido lato)⁴. Consegue-se assim aproximar muito a tributação dos rendimentos dos fundos da que se verificaria se os seus activos fossem directamente pertença dos participantes.

Esta a linha geral da solução contida no artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais⁵.

² Veja-se *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, (1996), publicado nos Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Agência Geral Tributária, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, p. 405.

³ Este regime beneficiou muito das recomendações efectuadas no citado *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal* (cfr. p. 412).

⁴ Dir-se-ia que, para os sujeitos passivos de IRC e para os sujeitos passivos de IRS que detenham os fundos no âmbito de uma actividade empresarial, a tributação obedece a uma técnica de “transparência fiscal”, limitando-se o fundo a imputar os rendimentos que auferem aos seus participantes. Cfr. *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, citado, p. 409.

⁵ Já que falamos, logo no título, de “algumas perplexidades”, vem a talhe de foice ponderar que poderá parecer estranho e causar “perplexidade sistemática” a inclusão do regime fiscal dos fundos de investimento no Estatuto dos Benefícios Fiscais, já que este estatuto regula “benefícios fiscais”, os quais, pela própria definição legal, constante do seu artigo 2º, nº 1, são “medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam

3. Sabe-se da experiência que muitas das alterações da lei fiscal se devem à necessidade de colmatar vias de evasão fiscal, resultantes da insuficiência ou falta de rigor das previsões legislativas, especialmente em matéria de incidência, já que aí o princípio da legalidade tributária, garantido pela Constituição e reafirmado na Lei Geral Tributária (LGT), impõe algumas restrições à liberdade interpretativa na aplicação do Direito Fiscal. Não é nosso objectivo discutir aqui esses problemas de interpretação do direito fiscal, sobre os quais há muitas diferenças de opinião na doutrina. Relembramos, porém, a proibição, indiscutível, da analogia na aplicação das normas de incidência, que decorre do princípio da reserva de lei e é expressamente afirmada na Lei Geral Tributária (artigo 11º, nº 4).

superiores aos da própria tributação que impedem”. Ora, a disciplina tributária geral dos fundos de investimento constante do artigo 22º do EBF não é de modo algum excepcional, nem se traduz, a bem dizer, em benefício para os rendimentos desses patrimónios autónomos. Constitui uma opção técnica destinada a tornar mais prática a tributação destes produtos financeiros. Certo que alguns fundos de investimento especiais recebem tratamentos de favor e, quanto a esses, é pacífica a inclusão das regras tributárias respectivas no EBF. É o caso dos fundos de capital de risco (artigo 22º-A do EBF), dos fundos de poupança em acções (artigo 24º), que, com efeito, recebem benefícios relativamente à tributação-regra constante do artigo 22º do EBF. Esses, porém, constituem justamente excepções às regras gerais estabelecidas no artigo 22º.

Se esta observação, de índole sistemática, parece certa, uma melhor análise leva a concluir que, afinal, a inclusão das regras gerais de tributação no EBF é a solução menos má, a que se recorre apenas porque as soluções alternativas seriam piores. Senão vejamos.

Se afastarmos, por motivos sistemáticos do tipo dos que foram atrás apresentados, a inclusão dessas regras no EBF, somos convidados, bem naturalmente, a decidir onde incluí-las afinal. É sempre fácil dizer como as coisas não devem ser; é muito mais difícil dar alternativas... A disciplina dos fundos de que diploma deveria afinal constar? Do Código do IRS? Do Código do IRC?

A bem dizer, nem dum nem do outro. Isto porque a disciplina tributária dos fundos de investimento é, por um lado, dirigida aos fundos que, no sistema que se segue, são, eles próprios, sujeitos passivos de imposto de rendimento e é dirigida também aos participantes, que são sujeitos passivos de IRS (quando sejam pessoas singulares) e do IRC (quando sejam pessoas colectivas).

A tributação dos próprios fundos não é verdadeiramente nem IRS nem IRC – é uma tributação autónoma que “emula”, como se dirá no texto, o imposto de rendimento dos participantes, que são sujeitos passivos de IRS, umas vezes, de IRC, outras. Os fundos, sujeitos passivos dessa tributação especial, são patrimónios autónomos; não são obviamente pessoas singulares, nem são tão pouco pessoas colectivas, já que não estão dotados de personalidade jurídica. Não ficaria bem, do ponto de vista sistemático, que o seu regime fiscal estivesse contido no CIRC e muito menos ainda no CIRS. Um diploma autónomo estaria também desaconselhado pelo objectivo de não agravar a plétora de diplomas legislativos dispersos que já tanto complica o nosso sistema fiscal, em especial, e o nosso sistema jurídico, em geral. Por outro lado, a solução tributária que vale para os rendimentos dos participantes depende de estes serem pessoas singulares ou pessoas colectivas. Se as respectivas normas se dispersassem pelos Códigos do IRS e do IRC, a dificuldade de leitura do regime fiscal dos fundos seria agravada, sem nenhuma vantagem. Seria um preciosismo sistemático que se pagaria caro no plano da clareza da lei fiscal. Tudo somado, pois, encontrou-se uma boa solução de compromisso, que foi a de concentrar toda a disciplina fiscal dos fundos (a tributação autónoma dos rendimentos dos fundos e os respectivos reflexos na tributação dos rendimentos das unidades de participação) no mesmo diploma e até numa mesma disposição do mesmo diploma, o artigo 22º do EBF, posto que de benefícios fiscais a referida disciplina não trate.

A prudência aconselha, assim, em matéria de rendimentos de capitais sobretudo, a proceder a uma muito frequente adaptação das formulações legislativas das normas de incidência à emergência de novos produtos financeiros, com formas de remuneração que nem sempre cabem nas previsões mais tradicionais, por forma a evitar planeamentos fiscais indesejáveis.

Embora, infelizmente, o legislador de hoje raro explique com pormenor as razões de ser das soluções que adopta – e não possamos assim ter a certeza dos seus objectivos e motivações – não parecem ser desta ordem, ao que tudo indica, os moventes das alterações introduzidas pela Lei do Orçamento para 2004.

4. Começemos pela alteração da alínea a) do nº 1 do artigo 22º do EBF. Esta alínea está agora, pela nova redacção, desdobrada em três pontos, 1, 2 e 3⁶.

Confrontando a redacção actual com a anterior, verifica-se que o objectivo da alteração foi tão-somente prever a responsabilidade do fundo pelo imposto quando, havendo obrigação de retenção pela entidade pagadora dos rendimentos, tal obrigação não foi cumprida e a retenção devida não foi efectuada. É ao que vem o novo ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º, que manda tributar autonomamente os rendimentos que não sejam mais-valias, obtidos em território português, “às taxas de retenção na fonte e sobre o montante a ela sujeito, como se de pessoas singulares residentes em território português se tratasse, quando tal retenção na fonte, sendo devida, não for efectuada pela entidade a quem compete”. Foi só isto, já que o restante normativo, posto que disperso agora pelos outros dois pontos (1 e 3), permaneceu intocado.

Ignoramos se existiu algum contencioso concreto sobre a questão que tenha levado a administração fiscal a defender-se, para o futuro, por via legislativa. Não podemos fazer mais do que imaginar cenários de incumprimento da obrigação de retenção de imposto por parte de entidades pagadoras de rendimentos a fundos de investimento e analisar que consequências negativas poderiam surgir, com os normativos anteriores, que aconselhassem afinal a alteração e em que medida esta evita tais consequências.

⁶ Claro que voltar aos números dentro das alíneas, as quais, por seu turno, são alíneas de números, complica a citação dos textos legislativos e é expediente a evitar, a nosso ver. Mas adiante...São questões de estilo e gosto legislativo e... *de gustibus non est disputandum...*

5. Ora, a verdade é que a responsabilidade pelo imposto no caso de incumprimento da obrigação de retenção vem regulada, com toda a generalidade, no artigo 28º da LGT, que se refere à responsabilidade em caso de substituição tributária. Como se sabe, em caso de substituição tributária, o substituído (que, no nosso caso, é o fundo de investimento) só pode ser responsabilizado pelo imposto objecto de retenção quando esta não foi efectuada pela entidade a quem competia, ou seja, pelo substituto. Se a retenção foi efectuada, a solução é obviamente a de que o substituído fica exonerado de qualquer responsabilidade pelo pagamento. Não poderia ser de outro modo: *ne bis in idem* ... É a solução do nº 1 do artigo 28º.

Quando a retenção não foi, porém, efectuada, surge o problema da eventual repartição de responsabilidades pelo pagamento do imposto entre substituto e substituído, que é justamente o objecto dos números 2 e 3 do mesmo artigo 28º, de validade geral para qualquer imposto, como é próprio de norma inserida numa lei geral sobre impostos.

Se a entidade responsável pela retenção não a efectou e não entregou o montante devido nos cofres do Estado, a LGT faz partilhar a responsabilidade pelo imposto entre o substituto e o substituído. Os termos exactos dessa partilha dependem, porém, da natureza da retenção na fonte. Se se tratar de retenção na fonte liberatória, o nº 2 do artigo 28º da LGT determina que a responsabilidade originária do imposto caiba ao substituto, ficando o substituído apenas subsidiariamente responsável. Se se tratar de retenção por conta do imposto devido a final, o nº 3 da mesma disposição atribui a responsabilidade originária ao substituído, cabendo ao substituto a responsabilidade subsidiária por essa dívida fiscal, mas ficando este “responsável pelos juros compensatórios desde o termo do prazo de entrega até o termo do prazo para apresentação da declaração pelo responsável originário ou até à data de entrega do imposto retido, se anterior”.

Trata-se de uma partilha equilibrada de responsabilidades, que reflecte a diferente natureza das retenções na fonte. Na retenção liberatória, com efeito, se tudo decorrer dentro da normalidade, isto é, o substituto fizer a retenção e entregar o imposto nos cofres do Estado, o substituído é quase um estranho na relação jurídica fiscal – permita-se a metáfora, pouco rigorosa... – pelo que bem se compreende que só se lhe atribua a posição de responsável subsidiário, quando a retenção não for efectuada. Não assim já na retenção por conta, porque aí o substituído não se viu, pelo facto da retenção, exonerado do pagamento do imposto, que ainda será objecto de ajustamento a final.

Será que essa disciplina geral funciona mal na sua aplicação aos fundos de investimento, a ponto de exigir uma norma especial, como é a do ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º da EBF, na redacção que foi dada a esta alínea pela Lei do Orçamento para 2004? É o que veremos.

6. Os fundos de investimento mobiliário recebem tipicamente rendimentos que estão sujeitas a qualquer dos tipos de retenção na fonte, liberatória e por conta.

Além das mais-valias, cujo tratamento é diferenciado e regulado na alínea c) do mesmo nº 1 do artigo 22º e relativamente às quais, aliás, nenhuma retenção na fonte está legalmente prevista, os rendimentos típicos de um fundo mobiliário são juros (tipicamente de obrigações) e dividendos de acções. Os primeiros, quando auferidos por pessoas singulares residentes, sofrem uma tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 20%, prevista no artigo 71º, nº 3 do CIRS. Os segundos, na mesma hipótese de serem auferidos por pessoas singulares residentes, são tributados por retenção na fonte, não liberatória, à taxa de 15%, conforme a alínea a) do nº 1 do artigo 101º do mesmo Código⁷.

7. Imaginemos então que a entidade a quem competia a retenção não a efectuou e pagou ao fundo de investimento mobiliário juros brutos. Antes da alteração da lei que estamos apreciando, antes pois da introdução do ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º, a hipótese não estava especialmente prevista, aplicando-se então a disciplina geral da responsabilidade na substituição tributária, *in casu*, o nº 3 do artigo 28º, uma vez que a retenção de 20%, prevista no artigo 71º do CIRS, é liberatória e não por conta do imposto devido a final. Ou seja, a responsabilidade do imposto continuaria sempre a ser do substituto, portanto, da entidade devedora dos juros e o substituído – na nossa hipótese, o fundo de investimento – seria apenas responsável subsidiário, só podendo, em conformidade, o eventual processo executivo reverter contra o fundo, no caso de comprovada insuficiência de bens penhoráveis da entidade pagadora dos juros.

O novo ponto 2 altera este regime, no sentido de que, agora, é o fundo o principal devedor. Quando não é efectuada a retenção, a responsabilidade pelo imposto ilegalmente não retido passa para o fundo

⁷ Os dividendos são, pois, objecto de englobamento pelas pessoas singulares residentes, mas só por 50% do seu valor, para atenuar a designada “dupla tributação económica”. É o que determina o artigo 40º-A do CIRS. Quando são “intermediados” por fundos de investimento, a atenuação da dupla tributação vale só para os titulares de unidades de participação que decidirem englobar os rendimentos dessas unidades, e não para os fundos. Nesse caso, a retenção na fonte efectuada pelo fundo, tem a natureza, para esses participantes, de imposto por conta, como resulta da parte final do nº 2 do artigo 22º do EBF, não alterada pela Lei do Orçamento para 2004.

de investimento, que fica na posição de devedor principal. Como, em princípio, os regimes estabelecidos em normas especiais primam sobre os regimes gerais, a disciplina da LGT deixa de aplicar-se a estes casos e o não cumprimento da obrigação de retenção em pagamentos de juros a fundos de investimento opera, ao que parece, uma transferência de responsabilidade da entidade obrigada à retenção para o fundo receptor dos rendimentos. Será assim? Ou manter-se-á a entidade obrigada à retenção responsável pelo imposto não retido nem entregue? Mas, então em que posição relativamente ao fundo, agora tornado devedor principal do imposto por norma especial expressa? Na posição de devedor solidário? O (novo) ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º do EBF não responde a qualquer destas questões.

Qual, então, o objectivo que efectivamente foi querido pelo legislador da Lei do Orçamento para 2004? O que considerou o legislador inadequado na disciplina geral da responsabilidade em caso de substituição tributária, a ponto de o levar a criar uma disciplina especial para o caso dos fundos de investimento? Eis um primeiro conjunto de perplexidades que se podem levantar a propósito da inovação introduzida pela Lei do Orçamento para 2004.

Em primeiro lugar, atendendo à própria natureza das coisas, não vemos que haja necessariamente um ganho de consistência prática da obrigação tributária por passar a ser o fundo o devedor e principal pagador do imposto. Atendendo às medidas prudenciais a que a composição da carteira dos fundos está sujeita, a solidez financeira dos fundos não é sistematicamente superior à das entidades que lhes pagam rendimentos. O Estado não fica, pois, necessariamente mais garantido passando para os fundos a responsabilidade primeira pelo pagamento do imposto.

Dir-se-á que a norma, tornando o fundo responsável pelo pagamento do imposto no caso de receber rendimentos sujeitos a retenção e esta não ter sido indevidamente efectuada, não pode ter querido afastar a responsabilidade do substituto incumpridor. Seria, além de injusto (o substituto teria um meio fácil de de libertar impunemente das suas obrigações de retenção), um enfraquecimento das garantias da obrigação tributária.

É bem certo que não pode ter sido esse o pensamento do legislador. Acontece que, todavia, não estabeleceu regras seguras para se saber em que posição fica afinal esse substituto incumpridor. Na posição de devedor solidário? Na posição de mero responsável subsidiário?

Nada disso está definido neste novo regime, especial para os fundos, de responsabilidade em caso de substituição tributária. Trata-se de normas de incidência, relativamente às quais é proibida a aplicação analógica. Vazios de regulamentação podem implicar vazios de tributação. A

responsabilidade solidária tem de ser prevista na lei e não o está, se é certo, como pensamos, que a lei especial prima sobre a lei geral e contém agora solução contrária à da lei geral. Com efeito, o nº 3 da LGT, no caso de retenção liberatória, torna o substituído responsável subsidiário, mantendo-se o substituto responsável de primeira linha, enquanto o ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º do EBF transforma o substituído em devedor principal e nada diz quanto à responsabilidade do substituto. A nosso ver, não houve da parte do legislador, uma análise cuidada das regras gerais sobre a matéria, que compatibilizasse a alteração introduzida com essas mesma regras, através de um normativo mais elaborado e rigoroso. A solução, como está agora, abre a porta, pelo menos, à incerteza, o defeito que Adam Smith considerava até pior que a iniquidade na máxima que escolhemos para epígrafe deste trabalho.

Sempre procurando, como é próprio de uma crítica que se quer construtiva, encontrar um bom sentido em normas que se afiguram concebidas e formuladas deficientemente, talvez se possa pensar que o objectivo da alteração tenha sido o de construir uma solução mais expedita para os casos de falta de cumprimento da obrigação de retenção por parte das entidades a elas sujeitas. Ao receber rendimentos, sujeitos a retenção, e ao verificar que tal retenção não foi efectuada, o fundo de investimento fica *ipso facto* constituído na posição de devedor desse imposto, solução eventualmente mais ágil do que a que resulta do artigo 28º da LGT. Acreditamos que tenha sido esta realmente a ideia do legislador ao introduzir o novo normativo. Não se percebe então por que não estabeleceu aí o prazo de pagamento do imposto, para essa hipótese, prazo que aliás consta de todas as disposições que impõem obrigações de entrega de imposto aos fundos de investimento. Que prazo deveria ser esse? O prazo estabelecido em outras disposições do regime fiscal dos fundos, como é o previsto no ponto 3 da mesma alínea, ou seja o final do mês de Abril do ano seguinte? Esta não parece a solução adequada, contudo, por representar um considerável diferimento de entrega de um imposto que devia ter sido muito antes retido pela entidade responsável pela retenção. Mas não sendo este, qual então? Não se encontra resposta no novo normativo.

8. Não é tudo, porém, quanto ao novo ponto 2 da alínea a) do nº 1 do artigo 22º do EBF.

Como dissemos atrás, os fundos recebem também dividendos de acções e a retenção na fonte de IRS, quanto a estes rendimentos, não é liberatória. Sendo a tributação autónoma dos fundos, como diz a lei, “como se de pessoas singulares se tratasse”, a taxa de retenção é a de 15%, prevista no artigo 101º,

nº 1, alínea a), do CIRS. Trata-se de uma retenção por conta do imposto devido a final, já que os dividendos, recebidos por pessoas singulares, são hoje objecto de englobamento (por metade do seu montante, para atenuar a chamada “dupla tributação económica”).

Também aqui, a disciplina introduzida pelo ponto 2 da alínea a) entra em choque com a disciplina geral da responsabilidade em caso de substituição tributária, constante do nº 2 do artigo 28º da LGT e não foi com esta devidamente harmonizada.

Como já referimos, segundo aquele nº 2, no caso de a retenção na fonte não liberatória não ter sido efectuada, cabe ao substituído a responsabilidade originária pelo imposto não retido e ao substituto a responsabilidade subsidiária, existindo para além disso a obrigação de o substituído pagar juros compensatórios ao Estado “desde o termo do prazo de entrega até o termo do prazo para apresentação da declaração pelo responsável originário ou até à data de entrega do imposto retido, se anterior”.

Aplicando ao nosso caso, de ausência de retenção sobre dividendos pagos por uma sociedade a um fundo de investimento, a solução da LGT é a de tornar o fundo responsável principal pelo imposto e a sociedade distribuidora responsável subsidiária, devendo esta, porém, suportar juros compensatórios desde o momento em que devia ter operado a retenção até ao momento em que o fundo seja obrigado à entrega do imposto.

A nova disciplina não altera afinal nada relativamente à solução central da LGT. É o fundo que, neste caso de retenção não liberatória, fica investido na qualidade de devedor originário, tal como na solução da LGT. A disciplina é, neste ponto, inócua. Dir-se-ia, contudo, que o único ponto que a LGT não resolve expressamente – que é o do prazo de entrega do imposto pelo substituído, nesta hipótese – também o novo ponto 2 não resolve, já que, como vimos, não se define aí o prazo de pagamento para o fundo cumprir essa obrigação. Justificar-se-á aqui que seja o prazo mais geral, do fim do mês de Abril do ano seguinte?

Abre-se, todavia, uma nova perplexidade. Ao não ressaltar a disciplina da LGT, será que o legislador admitiu renunciar aos juros compensatórios pelo atraso do imposto nos cofres do Estado? Obviamente, a resposta é negativa. Não se quis, não se pode ter querido renunciar a esses juros sob pena de se abrir a porta a um diferimento gratuito no tempo da entrega do imposto. O que é certo é que não se ressaltou a disciplina geral e não se tomou na devida consideração o primado de normas especiais sobre normas gerais. Inclino-nos, todavia, para que, nesta hipótese, o regime do nº 2 da LGT, em matéria de juros compensatórios, apesar de não expressamente relevado pelo ponto 2, deva considerar-

se aplicável e que a sociedade distribuidora responda pelos juros compensatórios. Outra solução seria desastrosa...

9. Diferente é o juízo que merece a alteração introduzida no nº 6 do artigo 22º, onde se contém a disciplina fiscal dos fundos de investimento imobiliário (FII).

Essa disciplina obedece ao mesmo princípio da tributação geral dos fundos, diferindo apenas por os rendimentos tipicamente recebidos pelos FII serem diversos dos dos FIM. Também aqui o princípio é o de tributar autonomamente, como se de pessoas singulares se tratasse, os rendimentos recebidos pelo fundo e isentar os rendimentos das unidades de participação quando auferidos, fora de um contexto empresarial, por pessoas singulares residentes. Os rendimentos típicos dos FII são rendimentos prediais, mais valias prediais e, residualmente, outros rendimentos. Ora, a tributação dos rendimentos prediais (rendas) e das mais-valias prediais, em IRS, difere da dos rendimentos típicos do FIM (juros, dividendos, mais-valias de valores mobiliários) pelo que a tributação autónoma que incide sobre os FII tem de ser objecto de alguns desvios relativamente à dos FIM. São esses desvios que constam do nº 6 do artigo 22º do EBF.

A alteração introduzida pela Lei do Orçamento para 2004 parece tão somente dirigida a incentivar os FII a investir em prédios de habitação social sujeita a regimes legais de custos controlados.

A formulação legislativa, que excepciona os rendimentos relativos a habitação nessas condições da aplicação das taxas previstas nas alíneas a) e b) desse nº 6, é, porém, muito deficiente e infeliz.

É óbvio que, na alínea a) do nº 6, o que se quer é *isentar* da tributação autónoma, os rendimentos prediais relativos a habitação sujeita a regimes de custos controlados, bem como, na alínea b), o que se pretende é *isentar* da tributação autónoma as mais-valias realizadas em prédios de habitação sujeitos ao mesmo regime. O que se quis dizer, todavia, não se disse; “ficou no tinteiro”, permita-se a expressão ligeira. Em nenhuma das disposições, com efeito, a isenção é afirmada; em nenhuma das disposições *se isentam expressamente* tais rendimentos da referida tributação. Lidas à letra, ambas as normas limitam-se a excluir os rendimentos prediais e as mais-valias prediais relativos a habitação sujeitas a regimes de custos controlados das taxas de tributação autónomas nelas previstas⁸. Ficamos a saber que aquelas

⁸ Eis a redacção dessas alíneas, depois da alteração:

“a) *Tratando-se de rendimentos prediais, que não sejam relativos à habitação social sujeita a regimes legais de custos controlados, há lugar a tributação, autonomamente, à taxa de 20%, que incide sobre os rendimentos líquidos dos encargos de conservação e manutenção efectivamente suportados, devidamente documentados, sendo a entrega do*

taxas – de 20% e de 25% sobre metade do saldo das mais e menos-valias realizadas, respectivamente – não se aplicam à rendas recebidas de prédios de habitação social sujeito àqueles regimes, nem às mais-valias neles realizadas. A norma não nos diz mais nada. Não se aplicam aquelas taxas...o que se aplica então? Lidas à letra as referidas normas, dir-se-ia até que esses rendimentos, afastados das hipóteses das alíneas a) e b), cairiam na hipótese da alínea c) e deixariam de ter o tratamento especial previsto nas alíneas a) e b). Claro que isto seria absurdo e frustraria completamente a intenção do legislador, que não poderá deixar de ser a de beneficiar, e não a de penalizar, os imóveis destinados à habitação social em regime de custos controlados.

A má formulação legislativa, que se esqueceu de dizer o cerne do que pretendia – isto é, que aqueles rendimentos estão isentos de tributação autónoma – não é impeditiva de que se chegue, por interpretação inteligente da lei, à boa solução, mas revela um legislador pouco atento, pouco concentrado, displicente mesmo. Talvez seja aqui um pouco mais do que apenas mau “estilo legislativo”...

10. A alteração no regime dos fundos de investimento efectuada pela Lei do Orçamento para 2004 não aproveitou a ocasião para colocar esse regime de acordo com a revisão, operada em 2000, do CIRS, que conduziu à fusão das categorias de rendimentos B, C e D, numa nova categoria B, de rendimentos profissionais e empresariais, com a eliminação das categorias C e D.

Ora, a não adaptação do regime fiscal dos fundos a essa revisão do IRS pode ser fonte de dúvidas, dúvidas que incidem sobre a delimitação da isenção de IRS de que gozam os titulares de unidades de participação que sejam pessoas singulares.

O nº 2 do artigo 22º do EBF, com efeito, só garante essa isenção de IRS – que, como vimos, constitui uma peça básica do sistema de tributação dos fundos de investimento – aos sujeitos passivos titulares de rendimentos de unidades de participação “*fora do âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola*”, já que, se os rendimentos das unidades de participação forem obtidos “*no âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola*”, segundo o nº 3 do mesmo artigo, deixa

imposto efectuada pela respectiva entidade gestora até ao fim do mês de Abril do ano seguinte àquele a que respeitar e considerando-se o imposto eventualmente retido como pagamento por conta deste imposto;

b) Tratando-se de mais-valias prediais, que não sejam relativas à habitação social sujeita a regimes legais de custos controlados, há lugar a tributação, autonomamente, à taxa de 25%, que incide sobre 50% da diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias realizadas, apuradas de acordo com o Código do IRS, sendo a entrega do imposto efectuada pela respectiva entidade gestora até ao fim do mês de Abril do ano seguinte àquele a que respeitar;”

de haver isenção e os referidos rendimentos, que não são sujeitos a qualquer retenção na fonte por parte do fundo, devem ser imputados aos participantes, para ser considerados como proveitos ou ganhos daquela actividade e, em conformidade, incluídos na conta de exploração respectiva, concorrendo para a formação do resultado tributável. Aquele mesmo número 3 determina que o imposto suportado pelo fundo por retenção, ou devido, nos termos do nº 1 do artigo 22º, seja considerado como imposto adiantado por conta, pelo que será deduzido à colecta do IRS, nos termos do artigo 78º do IRS⁹.

Este regime diferenciado dos rendimentos das unidades de participação de que sejam titulares pessoas singulares residentes que exerçam uma actividade comercial industrial ou agrícola explica-se pela *natureza ou carácter preponderante* dos rendimentos da categoria sobre rendimentos de outra natureza obtidos no âmbito daqueles actividades¹⁰. Esse princípio impõe, na verdade, que rendimentos de outra natureza, mas obtidos no âmbito dessas actividades, sejam considerados na respectiva conta de exploração, como proveitos ou ganhos e não sejam assim tratados como rendimentos da categoria a que pertenceriam atendendo à sua natureza.

Os números 2 e 3 do artigo 22º, porém, não acompanharam a evolução do sistema do IRS quando se procedeu à fusão das categorias e passou a existir uma única categoria preponderante, abrangendo rendimentos *profissionais e empresariais* (a actual categoria B).

Quando foi elaborado o EBF, o aludido carácter preponderante valia, com efeito, para os *rendimentos comerciais, industriais e agrícolas*, que formavam então as categorias C (rendimentos comerciais e industriais) e D (rendimentos agrícolas), mas *não se aplicava aos rendimentos do trabalho independente ou autónomo*. A diferença de regime derivava, como é sabido, dos diferentes métodos de determinação da matéria colectável nas duas categorias, tal como eram definidas então. Enquanto nas categorias C e D – rendimentos comerciais e industriais e rendimentos agrícolas, respectivamente – se aplicavam, por remissão expressa da lei, as regras de determinação da matéria colectável do IRC, e, portanto, os rendimentos de capitais obtidos no âmbito da actividade eram deviam ser levados à conta de exploração como proveitos (bem como as mais-valias realizadas e os rendimentos prediais nas

⁹ Regime idêntico, com as devidas adaptações, têm (sempre segundo o referido nº 3) os rendimentos das unidades de participação de que sejam titulares sujeitos passivos de IRC ou que sejam imputáveis a estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, situados em Portugal.

¹⁰ Esta terminologia, que apoda de “preponderantes” as categorias de rendimentos quando “absorvem” rendimentos que pela, sua natureza, pertenceriam a outras categorias, colhemo-la em Manual Faustino, *IRS. Teoria e prática*, Edifisco, 1993, especialmente p. 171.

mesmas condições), na categoria B essa “atração” não era imposta e a categoria não enquadrava assim rendimentos de outra natureza quando obtidos nos quadros da actividade do trabalhador autónomo¹¹.

Operada a fusão das categorias, mas não alterada, em concerto, a redacção dos referidos números do artigo 22º do EBF, instila-se alguma incerteza quanto ao exacto regime dos rendimentos das unidades de participação em fundos de investimento, nessas normas regulado.

A incerteza pode resultar de uma dúvida de interpretação, que, embora, em nosso modo de ver, esteja longe de ser insuperável, melhor fora que não tivesse surgido, para o que bastaria ter o cuidado de fazer um rastreio mais aprofundado das consequências normativas, nas várias partes dos normativos fiscais, de uma revisão mais profunda do IRS, como foi a de 2000, e em especial pelo que toca à fusão de categorias.

A dúvida de interpretação está em que não é claro agora se por rendimentos comerciais e industriais e agrícolas, para os efeitos dos números 2 e 3 do artigo 22º do EBF, deve continuar a entender-se isso mesmo, ou seja, os rendimentos definidos nos artigos 4º e 5º do CIRS, ou se, ao invés, deve fazer-se uma interpretação actualista da lei, reinterpretando “rendimentos comerciais, industriais e agrícolas” como significando “rendimentos profissionais e empresariais”, rendimentos da actual categoria B, que engloba agora a par dos rendimentos comerciais, industriais e agrícolas, também os rendimentos profissionais.

Posto o problema de modo mais explícito: se um profissional livre (dos considerados na lista anexa ao CIRS) recebe rendimentos de unidades de participação de fundos de investimento no âmbito da sua actividade profissional, deve seguir-se a solução que o número 3 do artigo 22º impõe aos titulares de unidades de participação que recebam rendimentos “no âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola”, que é a de dispensar o fundo de qualquer retenção, relativamente a esses rendimentos, de mandar incluir os rendimentos como proveitos da actividade e deduzir à colecta do IRS, nos termos do artigo 78º do CIRS, o imposto que fora retido ao fundo? Ou deve antes entender-se que, não cabendo as actividades profissionais no conceito legal de “actividades comerciais e industriais”, a solução deve ser a de não aplicar o regime do nº 3 do artigo 22º e considerar antes que

¹¹ As mais-valias dos bens afectos à actividade eram tributadas, mas na categoria G e não de acordo com as regras típicas de tratamento das mais-valias do activo imobilizado de empresas. A determinação da matéria tributável na então categoria B, embora visando o rendimento real, divergia assim significativamente da determinação da matéria colectável das categorias C e D e não usava a método contabilístico imposto àquelas categorias.

tais rendimentos são isentos do IRS nos termos do nº 2, porque afinal são obtidos “fora do âmbito de uma actividade comercial, industrial ou agrícola”?

É bem seguro que a solução constante do nº 3 justifica-se e é tecnicamente imposta para os rendimentos das unidades de participação que sejam recebidos num âmbito de uma actividade que produza rendimentos “preponderantes”. Os rendimentos de capitais, bem como os rendimentos prediais¹² e as mais-valias, obtidos nos quadros de actividades que produzam rendimentos “preponderantes”, devem enquadrar-se nas “contas de exploração” que constituem a base de determinação dos resultados tributáveis dessas actividades. Ora, actualmente é a categoria B, abrangendo rendimentos profissionais e empresariais, isto é, rendimentos de trabalho autónomo e industriais, comerciais e agrícolas, que produz rendimentos preponderantes, em princípio determinados na conta de exploração da unidade produtiva respectiva.

Uma interpretação actualista da lei parece assim impor-se – conduzindo a considerar que também os rendimentos das unidades de participação de fundos de investimento obtidos no âmbito de uma actividade profissional enquadrável na categoria B (e portanto não só os recebidos no âmbito de uma actividade comercial e industrial) devem ser tratados como proveitos da actividade respectiva, como, aliás, acontece com todos os rendimentos de capitais obtidos nas mesmas condições, seguindo-se depois o procedimento do nº 3 do artigo 22º do EBF.

Contra esta solução, sempre se irá dizer que ela alarga a hipótese da solução contida no nº 3 do artigo 22º a situações nela não previstas, já que a letra da lei refere apenas “actividade industrial, comercial e agrícola” e não actividades profissionais. Uma interpretação ao pé da letra equivale, todavia, a não adaptar o normativo em causa à revisão das categorias do IRS operada em 2000 e a conduzir a tratamentos diferenciados de actividades – as profissionais e as industriais, comerciais e agrícolas – a que, agora, se aplica um regime idêntico de determinação de matéria colectável.

Por outro lado, alargar a hipótese daquela solução, como pretendemos com a interpretação actualista, não é o mesmo que alargar a incidência do imposto para rendimentos que, segundo a sua letra, não cabem lá. Se o fosse realmente, poderíamos encontrar no princípio constitucional da reserva de lei na fixação dos elementos essenciais do imposto um obstáculo de monta. A aplicação da disciplina do nº 3 do artigo 22º aos rendimentos de unidades de participação de fundos de investimento obtidos no

¹² A norma do nº 3 do artigo 22º aplica-se também aos FII, por remissão do nº 6 do mesmo artigo.

âmbito de uma actividade profissional, integrada na actual categoria B, não cria, todavia, uma nova hipótese de incidência, apenas modifica a forma como esses rendimentos são tratados, no plano da determinação da matéria colectável. Apenas integra esses rendimentos no conjunto dos rendimentos da actividade para efeitos de tributação e os impostos suportados pelo fundo ou por ele devidos e pagos são depois objecto de dedução à colecta pelo titular das unidades de participação que as “afecta” à actividade produtiva.

Não vemos assim obstáculo à interpretação actualista, embora consideremos que a recente intervenção do legislador no regime fiscal dos fundos deveria ter aproveitado a ocasião para actualizar a redacção dos textos legislativos. Tão simples quanto isto: onde agora se diz “actividades comerciais, industriais e agrícolas” passaria a dizer-se “actividades profissionais e empresariais”¹³. Não o fazer é criar incerteza, que o grande Adam Smith considerava que poderia até ser pior que injustiça...

11. Julgamos que uma nova ocasião irá ter o legislador fiscal para corrigir as pequenas deficiências que se notam no regime fiscal dos fundos de investimento.

A entrada em vigor, em 2004, do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro, diploma que regulamenta as Organizações de Investimento Colectivo (OIC), em que se integram os fundos de investimento, obrigará, por certo, a prever uma disciplina fiscal para as OIC, que, além dos fundos de investimento, englobam agora as “sociedade de investimento mobiliário”, que se regerão por legislação especial. Estes novos arranjos institucionais, trazidos por aquele diploma, na esteira de directivas europeias sobre a matéria, irão ver certamente o seu regime fiscal traçado sob princípios que garantam afinal a neutralidade de tratamento dos rendimentos de todas as organizações de investimento colectivo – fundos e sociedades – e a não discriminação dos investidores em valores mobiliários ou imobiliários através de tais organizações em relação aos investidores directos nesses activos.

Se não nos enganamos, não tardará muito, pois, para que o legislador fiscal tenha de voltar ao tema da tributação deste tipo de rendimentos de capitais.

¹³ Na prática, a nosso ver, a não isenção de IRS para os sujeitos passivos do imposto que obtenham os rendimentos dos fundos no âmbito de uma actividade profissional ou empresarial – e a sua conseqüente consideração como proveitos da actividade – só vale para pessoas que estiverem sujeitas ao regime da contabilidade organizada, não tendo aplicação prática no caso de regime simplificado de tributação. Neste regime, com efeito, não se define o universo de activos afectos à actividade (a não ser relativamente aos bens do “activo imobilizado”, em que tenha havido dedução de IVA...), pelo que muito dificilmente, em caso de regime simplificado, se identificarão rendimentos de fundos de investimento obtidos no âmbito da actividade profissional ou empresarial.