

ENQUADRAMENTO FISCAL DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

Diogo Feio

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Advogado – José Pedro Aguiar-Branco § Associados

RESUMO - O tratamento fiscal concedido aos fundos de investimento imobiliário constitui uma situação de favor, quer a nível dos impostos sobre o rendimento, como dos impostos sobre o património imobiliário. Também é hoje evidente a necessidade de uma maior sistematização e simplificação do regime em causa. O artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais e a restante legislação extravagante, cujo regime aparece descrito, devem dar lugar a um diploma em que o regime legal apareça de forma mais simples e sistematizada, sem descurar a necessidade de um regime especial para a tributação dos fundos e das suas unidades de participação.

SUMMARY - The established tax treatment of the real estate investment funds constitutes a favor situation, wants the tax level on the income, as of the taxes on the real estate wealth. Also it is today obvious the inevitability of a higher systematization and simplification regimen. The article 22º of the Statute of the Tax Benefits and the remaining fancy legislation, whose regimen appears described, must give place to a diploma where the legal regimen appears of simpler and systemize form, without relinquishing the necessity of a special regimen for the taxation of the investment funds and its units of participation.

ÍNDICE:

1 – Introdução; 2 – Tributação do rendimento; 2.1 – Dos fundos de investimento imobiliário; 2.2 – Das unidades de participação; 3 – Tributação do património; 4 – Conclusões.

1 – Introdução

Os fundos de investimento imobiliário, cujo regime jurídico se encontra genericamente previsto no Decreto-Lei nº 60/2002 de 20 de Março, com as alterações do Decreto-Lei nº 252/2003 de 17 de

Março, republicado pelo Decreto-Lei nº 13/2005 de 17 de Janeiro (Regime Jurídico dos Fundos de Investimento Imobiliário – RJFII), são patrimónios autónomos, pertencentes a uma pluralidade de participantes, administrados por uma entidade gestora, e divididos em unidades de participação¹. Entre os objectivos deste instituto² de natureza financeira encontram-se a existência de um meio adequado para o aparecimento de investimento no sector imobiliário, e o incentivo ao melhor funcionamento do mercado, seja na vertente de venda ou de arrendamento. São fundos que se aplicam primordialmente em bens imóveis de raiz, ou em valores mobiliários de sociedades cujo objecto específico seja a transacção, mediação, desenvolvimento ou exploração imobiliária. Trata-se de um produto financeiro alternativo à aplicação dos investidores financeiros, tendo a vantagem de as aplicações serem acompanhadas, e geridas por profissionais especializados no mercado imobiliário.

Os fundos de investimento são divididos em partes idênticas designadas por fundos de participação. Estas representam o investimento de cada participante no fundo, sendo partes autónomas que no seu conjunto representam o valor do património global. Assim, a titularidade de unidades de participação corresponde à propriedade do fundo de investimento na proporção representada por essas unidades.

A gestão e acompanhamento do investimento são feitos por uma sociedade gestora de fundos de investimento imobiliário que, em contrapartida de uma comissão de gestão, faz a administração em representação dos participantes. Para além desta, ainda participam em todo o processo a entidade depositária e a entidade comercializadora (em geral Bancos).

¹ Cfr. Pedro Simões Coelho, *Fundos de Investimento Imobiliário*, in “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários”, nº 15, Dezembro 2002, pág. 202. Esta é uma definição bem mais simples do que a que está prevista no número 1 do artigo 2º do RJFII, de acordo com a qual estes serão “...instituições de investimento colectivo cujo único objectivo consiste no investimento, nos termos previstos, no presente diploma e na respectiva regulamentação dos capitais obtidos junto dos investidores e cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos”. Na sequência desta determinação, no número 3 do mesmo artigo, está estatuído que são “patrimónios autónomos pertencentes, no regime especial de comunhão regulado pelo presente diploma, a uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas, designadas por participantes... que não respondem em caso algum, pelas dívidas destes ou das entidades que, nos termos da lei, asseguram a sua gestão.”.

² Os fundos de investimento podem ser abertos ou fechados (artigo 3º RJFII). Os primeiros têm unidades de participação em número variável, os segundos em número fixo. Através da leitura dos artigos 36º a 48º do RJFII chega-se à conclusão que as regras de uns e outros são distintas, assumindo os fundos abertos a vertente financeira, de investimento e empresarial mais marcada. Já os fundos de investimento fechados são, fundamentalmente, elementos de gestão de património imobiliário mais estáveis. Quanto à sua forma de remuneração podem ser fundos de rendimento – em que há distribuição periódica de rendimentos – ou fundos de capitalização – em que os rendimentos são reinvestidos automaticamente.

Em resumo, estamos perante um instrumento financeiro que se pretende relevante e de aplicação crescente, pois permite diversificação do risco, liquidez e economias de escala. Assim, o tratamento fiscal destes fundos será sempre importante, pois os custos fiscais que estejam em causa serão sempre um elemento a considerar na escolha a fazer pelos investidores. Deve, aliás, ser salientado que este até parece ser, tendo em atenção os objectivos que se pretendem alcançar, um daqueles casos em que se compreende e aceita a previsão de um regime fiscal especial³. Essa deve ser a razão para que no Orçamento do Estado para 2006 se tenha determinado – mais precisamente no artigo 56º - o aparecimento de uma autorização legislativa cujo objectivo é a revisão do regime especial de tributação dos fundos de investimento. O seu sentido é o da harmonização (entre fundos de investimento mobiliários e imobiliários) dos respectivos regimes fiscais, e assegurar a competitividade internacional destes fundos, mediante a atribuição de tratamento especial na tributação do rendimento dos fundos, bem como dos rendimentos atribuídos aos participantes⁴.

Assim, parece claro – e esperamos que se mantenha - o objectivo do legislador em dar um tratamento fiscal preferencial aos fundos de investimento imobiliário. Essa tem sido a linha de rumo assumida o que é demonstrado pela mera análise histórica e evolução dos regimes de tributação dos fundos de investimento imobiliário⁵. De facto, já o Decreto-Lei nº 1/87 de 3 de Janeiro determinava a atribuição de benefícios fiscais, quanto à tributação do rendimento - respectivamente nos impostos de capitais, complementar, de mais valias, e contribuição predial - bem como quanto à tributação do património - mais precisamente no imposto municipal de sisa, imposto sobre as sucessões e doações, e imposto de selo. Essa especialidade continuamente estabelecida quanto ao regime fiscal – não se podendo esquecer a aplicação parcelar do Decreto-Lei nº 1/87 - tornam mais premente a necessidade de

³ O que corresponde à ideia referida por CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra, pág. 109, de “...mobilização do instrumento fiscal, como meio de realização de objectivos económicos e sociais”. Isto é, há casos em que o fim das medidas fiscais não é a obtenção de receitas, mas antes alcançar outros objectivos. Este parece ser um desses exemplos.

⁴ A demonstração da importância económica destes instrumentos financeiros é reforçada pelo patamar de montantes que atingem. De acordo com informação veiculada por relatório da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários em Fevereiro deste ano, os investimentos em causa atingiram um montante de 893,2 milhões de euros. É certo que tal se deverá às ofertas públicas de aquisição em curso durante 2006 e ao aumento das taxas de juro que oneram outros instrumentos financeiros, mas esta é também a demonstração cabal de que o regime fiscal dos fundos de investimento é muito importante.

⁵ Mesmo o regime jurídico geral dos fundos de investimento imobiliário tem sofrido algumas alterações que se podem perceber esquematicamente em RAFAELA ROCHA, *Regime Jurídico dos Fundos de Investimento Imobiliário: Indicação das Alterações Inseridas pelo Decreto-Lei nº 13/2005 de 7 de Janeiro e respectiva Regulamentação*, in “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários”, nº 20, Abril 2005, págs. 102 e ss..

conhecer quais os termos, em concreto, da tributação dos fundos de investimento imobiliário que existe entre nós.

Convém então, para alcançar esse desiderato, começar por saber em traços gerais o que está em causa na tributação deste instrumento de natureza financeira. No plano subjectivo, deve ser considerada, por um lado, a tributação do fundo propriamente dito, e, por outro, a das unidades de participação. Já no plano objectivo, os impostos mais relevantes são, naturalmente, os que incidem sobre o rendimento – Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) e Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas (IRC) - e sobre o património – Imposto sobre os imóveis (IMI) e Imposto municipal sobre as transacções de imóveis (IMT). É evidente então a relevância do plano comparativo de tributação entre o regime geral e o regime especial que será um elemento essencial para a concretização de muitas decisões de investimento.

2 – Tributação do rendimento

2.1 – Dos fundos de investimento imobiliário

Quanto a esta forma de tributação em concreto, a primeira questão a considerar é a de saber em que imposto se devem enquadrar os rendimentos dos fundos de investimento imobiliário. Como já foi referido, os fundos de investimento imobiliário são patrimónios autónomos, razão pela qual a sua inclusão em sede de IRS ou IRC poderá não ser simples e linear. No entanto, a leitura da alínea b) do número 1 do artigo 2º do Código do IRC (CIRC) parece resolver a questão ao considerar como sujeitos passivos desse imposto as entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direcção efectiva em território português, cujos rendimentos não sejam objecto directo de pessoas singulares ou colectivas⁶. Assim, os rendimentos gerados pelos fundos terão de ser sujeitos às regras do IRC com todas as suas características próprias de determinação do rendimento tributável (artigos 3º e 15º CIRC).

⁶ Artigo 2º CIRC

1 – São sujeitos passivos do IRC:

...b) As entidades desprovidas de personalidade jurídica, com sede ou direcção efectiva em território português, cujos rendimentos não sejam tributáveis em imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) ou em IRC directamente na titularidade de pessoas singulares ou colectivas.

Parece então claro que o regime de tributação dos rendimentos dos fundos seria, por aplicação dos princípios gerais, o estatuído de forma geral no IRC. No entanto, o artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) prevê a existência de um regime de tributação especial para os fundos de investimentos⁷, sejam eles fundos de investimento mobiliário, ou fundos de investimento imobiliário. São precisamente essas regras e os seus aspectos específicos quanto à última espécie de fundos que interessa conhecer e descrever.

Nesta sede, um primeiro requisito geral para a tributação consiste na necessidade de o fundo ser constituído e funcionar de acordo com as regras da legislação nacional (números 1 e 6 do artigo 22º EBF). A referência cumulativa à constituição e operacionalidade do fundo⁸, determinada a partir da Lei do Orçamento de Estado de 2003, é importante, pois chegou a ser considerada apenas a existência do primeiro requisito. Agora é claro que já não basta a mera constituição do fundo de acordo com as regras nacionais, sendo necessário que o fundo exista e funcione de facto, como uma realidade económica própria, em território português.

Já a primeira especialidade de natureza substantiva, no tratamento fiscal dos fundos de investimento imobiliário, tem a ver com o regime específico dos seus rendimentos prediais⁹ (alínea a) do número 6 do artigo 22º EBF). Estes rendimentos, com a excepção dos relativos a habitação social sujeitos a regimes legais de custos controlados, são tributados de forma autónoma a uma taxa de 20%¹⁰ (inferior à de 25% prevista no número 1 do artigo 80º do CIRC como taxa geral do IRC).

Quanto à delimitação em concreto dos rendimentos prediais é determinada pela lei a necessidade da sua consideração como líquidos, isto é, com a dedução dos encargos de conservação e manutenção, que estejam devidamente documentados¹¹. Já em relação ao regime da obrigação da entrega do imposto em dívida está previsto o seu cumprimento pela sociedade gestora - que aqui parece funcionar como

⁷ Sobre o regime fiscal dos fundos de investimento, e as linhas gerais do artigo 22º do EBF, *vide* JOSÉ XAVIER DE BASTO, *A Lei do Orçamento para 2004 e a Disciplina Fiscal dos Fundos de Investimento: Algumas Perplexidades...*, in "Fiscalidade", nº 18, Abril 2004, págs. 6-7.

⁸ Para este efeito *vide* os artigos 20º e ss. do RJFII que se referem às regras relativas à autorização dos fundos, momento da sua constituição, regulamento de gestão e prospecto.

⁹ A definição dos rendimentos prediais tem como modelo o que está estabelecido para efeito da categoria F do IRS. O número 1 do artigo 8º do Código do IRS define rendimentos prediais como as rendas dos prédios rústicos, urbanos e mistos colocadas à disposição de alguém.

¹⁰ Equivalente à taxa prevista para o regime de tributação simplificada e para os sujeitos passivos que com sede ou direcção efectiva em território português não exerçam a título principal uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola (números 3 e 4 do artigo 80º CIRC).

¹¹ Em sentido idêntico *vide* o que está expresso no artigo 41º do CIRS.

simples colaboradora da Administração Fiscal¹² - até ao fim do mês de Abril do ano seguinte ao da produção do facto tributário. Caso exista retenção na fonte essa terá a natureza “por conta” (típica nos impostos periódicos¹³) do imposto a pagar¹⁴, seguindo-se, deste modo, um regime idêntico ao genérico que está determinado pela alínea c) do número 1 e pelo número 3 do artigo 88º do CIRC.

Para as mais valias de natureza predial – que não sejam relativas à habitação social sujeita a regimes legais de custos controlados - a tributação também será autónoma (alínea b) do número 6 do artigo 22º EBF), mas neste caso a uma taxa de 25%, pelo que à primeira vista não se determina - comparativamente com a taxa geral de IRC - nenhuma situação de vantagem. No entanto essa conclusão é precipitada, pois esta taxa apenas se vai aplicar - no que já difere do regime geral de tributação¹⁵ - a 50% da diferença positiva entre as mais valias e as menos valias realizadas. Assim, a tributação é efectuada a uma taxa efectiva de 12,5% sobre o total do rendimento em causa o que de facto corresponde a um tratamento mais favorável. Ainda em relação ao regime legal determinado interessa reter que a forma de cálculo da mais valia é, por remissão, a prevista no CIRS¹⁶, e a entrega monetária a efectuar pela entidade gestora, tem um prazo¹⁷ legal idêntico ao previsto para os rendimentos prediais.

Os restantes rendimentos dos fundos de investimento imobiliário seguem - por via da remissão da alínea c) do nº 6 do artigo 22º do EBF para o seu número 1 - a forma de tributação determinada, como regra, para os fundos de investimento mobiliário. Deste modo, se não estiverem em causa os rendimentos já referidos – rendimentos prediais, ou mais-valias prediais que como se viu têm um regime específico – segue-se a via geral do artigo 22º EBF, e deve-se proceder a um conjunto de distinções fiscalmente relevantes.

¹² Sobre a ideia de cooperação entre particulares e Administração Tributária *vide* SALDANHA SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária. Deveres de Cooperação, Autoavaliação e Avaliação Administrativa*, Lisboa, 1995, págs. 70 e ss.. Estes deveres que estão para além da relação jurídica tributária em sentido estrito correspondem a “...prestações de facto, de conteúdo não directamente pecuniário, com o objectivo de permitir à Administração a investigação e a determinação dos factos fiscalmente relevantes”.

¹³ A retenção não é feita a título definitivo, mas provisório, pois a sua efectiva natureza depende do montante de imposto definitivo a pagar.

¹⁴ Se o pagamento feito por via de retenção na fonte for superior ao imposto devido, existe a hipótese de se pedir, num período de um ano, um reembolso de imposto, ou uma dedução em entregas posteriores (número 9 do artigo 22º EBF).

¹⁵ *Vide* o regime determinado para as mais valias nos artigos 43º a 45º CIRC em que regula o conceito de mais-valia e de menos-valia, a sua correcção monetária, e as regras próprias quanto ao reinvestimento dos valores de realização.

¹⁶ Para este efeito parecem ser de considerar de forma especial os artigos 10º, 44º, 46º, 50º e 51º do CIRS.

¹⁷ Apenas se refere o prazo, pois nada está determinado quanto à forma de pagamento. Parece poder retirar-se da ausência de referência que não existe uma obrigação de retenção na fonte, seja a título provisório ou definitivo. Para essa mesma conclusão parece contribuir o número 9 do artigo 22º do EBF que quanto ao regime de reembolso ou dedução não faz qualquer remissão para a alínea b) do número 6 do artigo 22º EBF.

Se estiverem em causa rendimentos que não sejam mais valias, a tributação, determinada de forma autónoma, deverá ser feita - quanto a rendimentos obtidos no território português – pelo regime da retenção na fonte aplicável aos contribuintes pessoas singulares residentes em Portugal (alínea a) do número 1 do artigo 22º do EBF que aparentemente remete para o regime dos artigos 71º e 98 e ss. CIRS). Quanto à taxa a aplicar, ou é a prevista no IRS para as situações de retenção na fonte (seja esta efectuada ou não), ou, para os casos em que não se preveja legalmente a retenção na fonte, a taxa autónoma de 25% sobre o valor líquido obtido em cada ano (1, 2 e 3 da alínea a) do número 1 do artigo 22º EBF). Para esta última situação está previsto expressamente na lei que a entrega do montante tributário deve ser efectuada até ao fim do mês de Abril do ano seguinte àquele a que respeitar o rendimento anual, e que o montante do rendimento deve ser considerado líquido das despesas necessárias para a sua obtenção.

Quando estes mesmos rendimentos – não prediais que não sejam mais valias -forem obtidos fora do território português está determinado na lei um regime próprio (alínea b) do número 1 do artigo 22º do EBF). Será estabelecida uma tributação autónoma a uma taxa de 20%, para as situações de rendimentos dos fundos de investimento, lucros distribuídos, ou rendimentos de títulos da dívida pública (aparecendo para estas situações uma tributação por uma taxa favorável), e de 25% para os restantes casos. Em qualquer uma das situações o rendimento é considerado líquido, e o imposto deverá ser entregue ao Estado, como noutras situações, pela entidade gestora até fim do mês de Abril do ano seguinte ao da prática do facto tributário.

No caso de se estar perante mais valias de natureza não predial tem de se começar por atender a que a sua admissibilidade, neste regime específico de tributação, é feita nos termos precisos e requisitos determinados na legislação prevista para o IRS – isto é, nos termos do artigo 10º do CIRS - para os contribuintes residentes em território português. A solução encontrada no EBF passa por um regime de tributação autónoma que se vai aplicar independentemente do local em que seja constituída a mais valia. Assim, o pagamento de imposto será feito sobre o valor anual das mais-valias e menos-valias a uma taxa mais favorável de 10% (alínea c) do número 1 do artigo 22º EBF), pela entidade e no prazo genericamente aceite quanto às situações de rendimentos de natureza predial¹⁸.

¹⁸ Isto é, pelas sociedades gestoras do fundo, até ao fim do mês de Abril do ano seguinte àquele a que respeita o facto tributário.

2.2 – Das unidades de participação

Mas para além dos rendimentos dos fundos de investimento, existem os rendimentos que são devidos aos sujeitos passivos que têm unidades de participação¹⁹. Neste plano, tanto podem estar em causa sujeitos passivos de IRS, como de IRC. De todo o modo, também a tributação dos rendimentos originados em unidades de participação está fortemente condicionada pelas determinações do artigo 22º EBF. O regime aplicável é, por via da remissão do número 7 do artigo 22º EBF, um regime idêntico ao estatuído para os fundos de investimento mobiliário.

Quando estejam em causa rendimentos de sujeitos passivos de IRS tem de se começar por distinguir dentro da categoria dos contribuintes residentes em território nacional entre aqueles cuja titularidade de unidades de participação se enquadre numa actividade de natureza industrial, comercial ou agrícola, e aqueles em que essa titularidade seja considerada fora de qualquer um desses tipos de actividade, encontrando-se no seu âmbito pessoal.

Para este último caso, o número 2 do artigo 22º do EBF (*vide* também a alínea a) do número 14 do mesmo artigo 22º do EBF) determina, em primeira via, uma isenção de tributação. No entanto, no mesmo texto legal está prevista a possibilidade de englobamento, caso em que o montante retido ou devido pelo fundo tem a natureza de “imposto por conta”, podendo ser deduzido à colecta nos termos do número 2 e 3 do artigo 78º do CIRS²⁰.

Quando o contribuinte fizer esta opção coloca-se numa situação em que surge a questão da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, pelo que deve ser aplicado o regime determinado no artigo 40º-A do CIRS. Assim, os lucros que sejam devidos e distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva em território nacional²¹ apenas são considerados em 50% do seu valor

Já na primeira situação – quando estejam em causa sujeitos passivos que tenham uma actividade natureza comercial, industrial ou agrícola -, os rendimentos derivados das unidades de participação são

¹⁹ De acordo com a previsão do número 1 do artigo 4º do RJFII “Os fundos de investimento são divididos em partes de conteúdo idêntico...denominadas unidades de participação”.

²⁰ O montante em causa é deduzido à colecta determinada, podendo se for superior dar origem a um reembolso. Esta opção traz, como é evidente, obrigações de natureza declarativa, tendo os rendimentos em causa de ser introduzidos no anexo E da declaração de rendimentos.

²¹ Ou noutro Estado da União Europeia que preencha as condições estabelecidas no artigo 2º da Directiva nº 90/435/CEE de 23 de Julho.

considerados como proveitos ou ganhos para efeitos da determinação do rendimento tributável (número 3 do artigo 22º do EBF). De acordo com o que está previsto na lei, não há sujeição a retenção na fonte.

Apesar disso, o mesmo texto *supra* citado também refere que “...o montante de imposto retido ou entregue nos termos do número 1 tem a natureza de imposto por conta...”, pelo que será deduzido à colecta, nos termos do já referido artigo 78º do CIRS. Assim, na mesma norma está prevista a existência e não existência da obrigação de retenção na fonte, pelo que a sua interpretação se afigura tarefa muito difícil. Apesar da deficiente letra da lei parece que a obrigação de retenção na fonte apenas não existe nas situações que não estejam abrangidas pelo número 1 do artigo 22º do EBF. Para as situações de rendimentos expressamente previstos nesse mesmo número já poderá haver retenção na fonte²² É então evidente que o texto da lei não é um modelo de simplicidade, o que cria diversos problemas para a sua aplicação apesar de parecer que apenas comporta esta interpretação como possível.

Quando esteja em causa a tributação por IRC também se tem de fazer algumas distinções. Para começar os sujeitos passivos de IRC, residentes em território nacional ou não residentes que exerçam a sua actividade, entre nós, através de estabelecimento estável, ficam sujeitos ao regime anteriormente descrito (também, por via, do número 3 do artigo 22º do EBF que se aplica com todas as suas particularidades, fazendo-se a dedução da retenção na fonte por via do determinado na alínea f) do número 3 e número 7 do artigo 83º CIRC).

No entanto, para além desta solução há um regime excepcional que se aplica aos sujeitos passivos residentes em território nacional e que por via de isenção não tenham de entregar declaração de rendimentos. É o que está previsto no número 4 do artigo 22º EBF. Nessas situações, o imposto retido ou devido deve ser restituído pela sociedade gestora juntamente com os rendimentos entregues aos titulares das unidades de participação.

Esta é mais uma determinação legal que não parece muito linear. A sua complexidade começa por se sentir na necessidade de clarificar quem são os sujeitos isentos da obrigação de declaração, o que terá de ser feito por via de remissão, desde logo, para os artigos 109º e 112º do CIRC. De facto, o primeiro dos artigos determina no seu número 6 que a obrigação de declaração não se aplica a entidades que não exerçam a título principal uma actividade industrial, comercial ou agrícola e não obtenham

²² Os montantes retidos devem ser comunicados, por via de declaração, ao sujeito passivo pela sociedade gestora na estrita correspondência às unidades de que o primeiro é titular.

rendimentos no período de tributação, ou obtenham rendimentos definitivamente isentos, ou de capitais sujeitos a retenção na fonte à taxa de 20%.

Por outro lado nesta situação, a sociedade gestora do fundo tem a possibilidade de deduzir os montantes excessivos que tenham sido entregues ao Estado em posteriores entregas que nos termos gerais sejam devidas (número 8 do artigo 22º EBF que remete para os números 1 e 6). Se por acaso existirem montantes entregues em excesso estes poderão ser reembolsados²³ ou deduzidos em entregas posteriores (número 9 do artigo 22º do EBF). O regime fiscal parece vantajoso, mas não seria melhor para estes casos determinar uma isenção da obrigação de retenção na fonte?

Para terminar a descrição dos regimes substantivos cabe ainda uma referência a um caso específico de isenção total. É o previsto no número 5 que se refere a sujeitos passivos não residentes seja a nível de IRS, como de IRC, com a especificidade de apenas se aplicar quando não seja possível a imputação do rendimento das unidades de participação a um estabelecimento estável.

Para além de tudo o que já se descreveu sobre situações específicas, cabe lembrar o previsto no número 10 do artigo 22º do EBF que corresponde a um acto de aceitação geral implícita da possibilidade de englobamento dos rendimentos derivados de unidades de participação. Está, então, determinado que quando se faça esse englobamento, ou consideração geral com os restantes rendimentos, tem de se proceder a uma dedução dos rendimentos distribuídos e devido às unidades de participação, e que estejam a ser duplamente tributados no plano económico, como rendimento do fundo e como rendimento distribuído²⁴.

No tratamento da tributação dos rendimentos cumpre fazer uma referência a alguns elementos que possam estar em causa para além da relação jurídica tributária em sentido estrito²⁵. Neste campo, a primeira matéria a salientar é a relativa às obrigações de natureza formal. Estão previstas no número 11 do artigo 22º EBF e resultam de uma obrigação, para as sociedades gestoras, de publicação dos valores

²³ O reembolso deverá ser efectuado de acordo com as normas previstas nos números 3 e 6 do artigo 96º do CIRC. Assim deverá ser efectuado nos três meses posteriores ao fim do mês de Abril do ano seguinte à prática do facto tributário. Caso se ultrapasse esse prazo terão de ser pagos juros indemnizatórios a uma taxa idêntica à dos juros compensatórios a favor do Estado.

²⁴ De acordo com remissões estabelecidas para os artigos 40º-A CIRS e número 7 do 46º CIRC (esta última de mais difícil compreensão, pois não é genérica e parece desactualizada).

²⁵ Não se faz qualquer referência detalhada ao regime dos números 13 e 14 do artigo 22 EBF, na medida em que têm por objecto o regime fiscal dos fundos de fundos. Já o número 15 determina as regras de dupla tributação internacional que seguem critérios genéricos nesta matéria com o regime do crédito de imposto, a possibilidade de convenção internacional e as regras de natureza formal e de registo.

de rendimentos distribuídos, dos montantes retidos ou devidos a título de imposto ou que tenham, de acordo com o regime legal, de ser deduzidos.

Por fim, é importante ter em atenção que o sistema de responsabilidade determinado (número 12 do artigo 22º EBF) em relação às sociedades gestoras dos fundos de investimento quanto às dívidas de imposto dos fundos é o da solidariedade. Assim, neste caso, estamos perante uma exceção expressa ao regime regra da responsabilidade fiscal subsidiária prevista no número 3 do artigo 22º da Lei Geral Tributária (LGT)²⁶.

3 – Tributação do património.

Na medida em que estes fundos têm como elemento essencial o investimento em bens imóveis, os impostos sobre o património cujos regimes jurídicos em concreto devem começar por ser analisados são os relativos ao Imposto municipal sobre os imóveis (IMI) e ao Imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT).

Quanto ao primeiro imposto, o artigo 46º EBF determinava uma isenção de “contribuição autárquica dos prédios integrados em fundos de investimento imobiliário e equiparáveis...”, pelo que parecia existir uma lacuna quanto ao que esteja determinado para o IMI. Como é sabido a contribuição autárquica era, precisamente, o imposto que veio a ser revogado e substituído pelo IMI. No entanto a solução de aceitação de uma lacuna não podia ser tão apressada, pois por via do número 6 do artigo 31º do Decreto-Lei 287/2003 de 12 de Novembro era determinada a manutenção, agora em relação ao IMI, dos benefícios relativos à contribuição autárquica. Deste modo, enquanto não houver alguma disposição em contrário, a isenção de IMI para os fundos de investimento imobiliário mantém-se, razão pela qual o regime relativo a este imposto é claramente favorável à opção pelos fundos de investimento imobiliário²⁷.

²⁶ Mesmo o artigo 24º LGT relativo à responsabilidade dos membros dos corpos sociais e responsáveis técnicos determina um regime de responsabilidade subsidiária.

²⁷ Neste âmbito deve-se ter em atenção que a proposta de Orçamento do Estado para 2007 prevê, na sua versão apresentada à Assembleia da República um conjunto de alterações ao EBF. Entre estas está previsto que no artigo 46º EBF se passe a referir de forma expressa a isenção de IMI quanto aos prédios integrados em fundos de investimento imobiliário, em fundos de pensões, e em fundos de poupança reforma que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional. Por outro lado, e neste plano, o regime também fica mais restrito, pois a tributação passa a ser feita em 50% para os fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular cujas unidades de participação sejam detidas por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles, bem como para os fundos mistos

Já quanto ao IMT também sempre pareceu estar presente, através de um procedimento idêntico ao anterior, uma situação de isenção. Deste modo, o artigo 1º do Decreto-lei 1/87 de 3 de Janeiro previa expressamente quanto ao imposto municipal de sisa uma isenção quando estivessem em causa aquisições de imóveis feitas por fundos de investimento imobiliário. Como o já referido número 6 do artigo 31º do Decreto-lei 287/2003 de 12 de Novembro determina que os benefícios fiscais respeitantes ao imposto municipal de sisa estabelecidos no EBF ou em legislação extravagante se mantêm em vigor quanto ao IMT, parece que se está, também aqui, perante uma favorável situação genérica de isenção de imposto²⁸.

Ainda no plano da tributação do património, existe, aparentemente, quanto ao imposto de selo um regime específico de isenção. De facto, o artigo 8º do Decreto-lei 1/87 de 3 de Janeiro determina uma isenção de imposto de selo quanto às operações sobre certificados representativos de unidades de participação emitidos por fundos de investimento imobiliário. Como esta norma não foi expressamente revogada parece que apesar das alterações na Tabela Geral do Imposto de Selo se mantêm a isenção.

Quanto aos contratos em que intervenham fundos de investimento imobiliário parece que não há mais especialidades, pelos que estarão sujeitos às previsões mais gerais. Apenas parece ser de salientar a isenção relativa à transmissão gratuita de valores aplicados em fundos de investimento imobiliário (alínea b) do número 5 do artigo 1º do Código de Imposto de Selo - CIS).

Assim, e em jeito de resumo, a determinação do regime jurídico dos fundos de investimento em relação à tributação do património, apesar de não ser tão complexa e juridicamente minuciosa como a da tributação dos rendimentos, tem especialidades muito importantes em termos financeiros. Refiro, como é evidente, a determinação do regime de isenções quanto ao IMI e ao IMT.

Por essa via podem os contribuintes obter importantes “poupanças fiscais”. O tratamento de favor quanto às taxas de IMI de 0,8% em relação a prédios rústicos, de 0,4% a 0,8% quanto a prédios urbanos, ou de 0,2% a 0,5%²⁹ quanto aos prédios urbanos já avaliados de acordo com as regras do

quanto à parte em que as unidades de participação são em número fixo. Parece evidente que se pretende com esta alteração premiar as situações em que se assume por via destes instrumentos uma vertente de investimento em detrimento de uma outra de administração de património.

²⁸ Um regime idêntico ao do IMI está previsto em relação ao IMT na proposta de Orçamento do Estado para 2007, razão pela qual se aplicam neste imposto as observações anteriormente produzidas.

²⁹ O texto legal apenas refere variações de taxas, pois a sua determinação em concreto depende de uma deliberação da assembleia municipal. Sobre a questão da constitucionalidade de poderes análogos a este por parte das assembleias municipais *vide* o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 57/95, *in* Diário da República, II Série de 12 de Abril de 1995, págs. 4041 e ss., que de uma forma clara não considera a existência de alguma inconstitucionalidade, pois o princípio da

CIMI³⁰ (número 1 do artigo 112º CIMI) constitui naturalmente um elemento a ter em conta por qualquer contribuinte. No mesmo sentido, um melhor regime a nível de IMT da aquisição de prédios rústicos cuja tributação está prevista a uma taxa de 5%, ou de prédios urbanos que não se destinem exclusivamente à habitação a uma taxa de 6,5% (alíneas b) e c) do número 1 do artigo 17º do CIMT) não pode deixar de ser entendida como uma grande vantagem económica para quem opte pela constituição de um fundo de investimento imobiliário³¹.

Para terminar, deve-se sublinhar quanto aos impostos sobre o património imobiliário que as vantagens são simples, lineares e de monta, não deixando grande espaço para dúvidas quanto aos benefícios de utilização deste instrumento.

4 – Conclusões

No plano das conclusões uma se destaca à vista desarmada. O aparecimento de evidentes vantagens de natureza fiscal decorrentes da constituição e desenvolvimento em Portugal de um fundo de investimento imobiliário. Seja a nível de tributação do rendimento, como de tributação do património, os resultados são claramente perceptíveis.

No entanto, e especificamente quanto à técnica legislativa utilizada, tem de se enumerar alguns reparos à legislação nacional. Em primeiro lugar, parece evidente que é necessário que o legislador trabalhe num regime geral da tributação dos fundos de investimento.

Por outro lado, a complexidade da letra da lei, do regime de remissões e das soluções encontradas no que se refere à tributação do rendimento, não pode deixar de ser criticada. Há partes do texto legal que são verdadeiramente incompreensíveis e só com um grande esforço de interpretação se consegue chegar à solução.

legalidade tem de cumprir a sua função, respeitando e adaptando-se ao princípio da autonomia local.

³⁰ O regime das avaliações previsto no artigo 15º do Decreto-Lei nº 287/2003, de 12 de Novembro, determina que enquanto não se proceder a uma avaliação geral – o que até hoje não aconteceu – se façam avaliações concretas dos imóveis por ocasião da primeira transmissão posterior à entrada em vigor do CIMI, isto é de pois de 1 de Dezembro de 2003 (número 1 do artigo 32º do Decreto-Lei nº 287/2003 de 12 de Novembro). De acordo com o artigo seguinte, os restantes imóveis têm o seu valor actualizado com base num coeficiente de desvalorização da moeda cujo máximo é de 44,21 e o mínimo de 1 de acordo com portaria do Ministério das Finanças.

³¹ Também quanto às taxas de IMT tem de se tomar em atenção o que está previsto na proposta de Orçamento do Estado para 2007 que altera quanto aos imóveis urbanos para habitação os escalões aplicáveis.

Alturas houve em que na escrita deste texto nos sentimos totalmente perdidos entre letras da lei de difícil interpretação, má técnica legislativa, e remissões em abundância. Foi bem difícil a tarefa de explicar de forma simplificada um longo e complicado regime legal. Nunca é de mais lembrar que um sistema fiscal complexo é naturalmente injusto e redutor, também aqui a palavra simplificação é essencial para a defesa do sistema, da sua aplicação e dos contribuintes. A tributação do rendimento dos fundos de investimento imobiliários e das suas unidades de participação necessita de uma urgente revisão e intervenção³².

De todo o modo também urge salientar que as questões relativas à tributação do rendimento e do património dos fundos de investimento ou das unidades de participação não têm criado qualquer relevância no plano jurisprudencial. Uma pesquisa às decisões dos nossos tribunais demonstra que as referências aos fundos de investimento imobiliário quando está em causa matéria tributária apenas aparecem a título meramente acessório.

A confirmação desta tese surge pela leitura do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de Março de 2003 e do acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul de 17 de Junho de 2003³³. O primeiro tem como ponto central a questão dos emolumentos. O segundo resolve uma questão relativa a uma liquidação de sisa em que o fundo parece na posição de promitente vendedor, e em que existe um ajuste de revenda. Portanto em qualquer uma das situações não está em causa qualquer problema do regime de tributação específico dos fundos de investimento imobiliário. Nada se discute quanto às normas de incidência, ou montante das taxas. Portanto, apesar de toda a confusão legislativa a conflitualidade relevante gerada até ao momento é nula. Os fundos de investimento ou as suas unidades de participação ainda não criaram uma jurisprudência própria.

Apesar desta circunstância não se pode concluir que as soluções fiscais são positivas. Pelo contrário, uma solução que crie maior simplicidade e uniformidade, será mais eficaz para os contribuintes e para a própria Administração. A vantagem fiscal de optar pela criação dos fundos de investimento tem de ser clara e facilmente percebida pelos potenciais investidores.

³² Não foi essa a opção na proposta de Orçamento do Estado para 2007. Neste documento a maior inovação que se apresenta é a da existência de um regime específico para os fundos de investimento imobiliário em recursos florestais desenhado num novo artigo 22º-B do EBF. De acordo com as novas regras estes fundos ficam isentos de IRC, os rendimentos das unidades de participação estão genericamente sujeitos a uma retenção na fonte de 10% de IRS e IRC, sendo também previstas as regras das obrigações formais, e o regime de responsabilidade.

³³ Qualquer um destes acórdãos pode ser consultado em <http://www.dgsi.pt>.

Assim, é em jeito de conclusão é elementar considerar que se deve aproveitar a autorização legislativa prevista no artigo 56º do Orçamento do Estado para 2006. A epígrafe pode até parecer redutora, pois apenas se refere aos benefícios fiscais aos fundos de investimento, mas as suas soluções parecem apontar no bom caminho. Logo, o seu número 1 tem uma letra de lei clara que especifica o fim de rever o regime geral de tributação dos fundos de investimento determinando algumas claras soluções de favor. Aquilo que se pede é apenas um regime equivalente ao actual e que possa ser entendido pelos diversos agentes económicos e contribuintes. A necessidade de dar um maior impulso aos fundos de investimento imobiliário assim o exige³⁴.

Porto, Outubro de 2006

³⁴ Como já foi expresso a proposta de Orçamento do Estado para 2007 não prevê um novo regime geral para a tributação relativa aos fundos de investimento imobiliário. Para além das referências anteriores, apenas está previsto que o artigo 2º-A do EBF determine que o período de cinco anos para vigência dos benefícios fiscais não se aplique ao instituto em causa. Nada mais é determinado em concreto, pelo que maiores novidades poderão aparecer no âmbito de uma reforma mais geral do EBF.