

# Redução da carga fiscal | Aplicação das Convenções de Dupla Tributação aos fundos de investimento e de pensões

Conferência “Soluções para a  
Competitividade Fiscal”

Ricardo da Palma Borges  
[ricardo@ricardodapalmaborges.com](mailto:ricardo@ricardodapalmaborges.com)

1 de Julho de 2010

# Tópicos

- Redução da carga fiscal:
  - a injustiça notória: a indedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) nos Fundos de Investimento Imobiliário (FII);
  - o perigo latente e desconhecido: o risco de legislar em violação às regras comunitárias sobre auxílios de Estado.
- Aplicação das Convenções de Dupla Tributação (CDT) aos fundos de investimento e de pensões.

# A dedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis nos Fundos de Investimento Imobiliário



- Artigo 22.º, n.º 6, al. a), do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”):
  - Os rendimentos dos fundos de investimento imobiliário, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, têm o seguinte regime fiscal: 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 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.

## A dedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis nos Fundos de Investimento Imobiliário

- Os FII encontram-se impedidos de deduzir aos rendimentos prediais auferidos o montante de Imposto Municipal sobre Imóveis (“IMI”) incidente sobre os prédios que lhes dão origem, de acordo com o disposto no artigo 22.º, n.º 6, al. a), do EBF?
- Esta suposta impossibilidade de dedução não teve quaisquer consequências práticas até 1 de Janeiro de 2007, data de entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2007, que veio introduzir alterações no, à altura, artigo 46.º do EBF. Com efeito, anteriormente a esta data, e desde 1 de Janeiro de 1989, data de entrada em vigor do EBF, esta norma sempre previu uma isenção irrestrita de IMI, aplicável indistintamente a todos os imóveis integrados em FII.
- As alterações introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado para 2007, mantendo esta isenção, vieram, no entanto, excluir do seu âmbito os imóveis integrados “[...] em fundos de investimento imobiliário mistos ou fechados de subscrição particular por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles [...]”, reduzindo para metade as taxas do IMI incidente sobre os imóveis que se encontrem nessas circunstâncias.

# A dedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis nos Fundos de Investimento Imobiliário

- Com esta alteração passou a colocar-se o problema de o IMI incidente sobre os imóveis detidos por FII nestas circunstâncias, actualmente mencionados no n.º 2 do artigo 49.º do EBF, não ser dedutível ao imposto anual a pagar pelos FII, nos termos da al. a) do n.º 6 do artigo 22.º do EBF, por apenas se permitir aí a dedução dos “[...] encargos de conservação e manutenção efectivamente suportados [...]”, sendo que o IMI não se parece enquadrar em qualquer um destes conceitos – seja o de despesa de conservação, seja o de despesa de manutenção.
- Esta interpretação é confirmada pelo facto de o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“IRS”) fazer uma clara distinção entre os encargos de conservação e manutenção e o IMI incidente sobre os imóveis, prevendo, no seu artigo 41.º, n.º 1, que constituem uma dedução específica aos rendimentos da Categoria F “[...] as despesas de manutenção e de conservação que incumbam ao sujeito passivo [...]”, por um lado, e, por outro, “[...] a contribuição autárquica que incide sobre o valor dos prédios ou parte de prédios cujo rendimento tenha sido englobado [...]”.
- Tal distinção existia mesmo antes da transformação da dedução do actual IMI (anterior Contribuição Autárquica) de uma dedução à colecta para a presente dedução específica.

## A dedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis nos Fundos de Investimento Imobiliário

- Parece pois que os FII mistos ou fechados de subscrição particular em que não participe qualquer investidor qualificado (tal como esta qualidade se encontra definida no artigo 30.º do Código dos Valores Mobiliários) ou instituição financeira a agir no seu nome e por sua conta (e não em representação de clientes ou por conta daqueles) são obrigados a suportar o encargo de 50% do IMI incidente sobre os prédios integrados no seu património, sem que o possam deduzir para efeitos de determinação da base de incidência da tributação autónoma de 20% prevista no mencionado artigo 22.º, n.º 6, al. a), do EBF.
- Ora, atendendo a que esta tributação dos FII é substitutiva da tributação que se verificaria, na sua ausência, na esfera dos titulares de unidades de participação, a verdade é que tal impossibilidade de dedução constitui, muito provavelmente, uma violação das imposições constitucionais de tributação das pessoas singulares com base na sua capacidade contributiva e das pessoas colectivas de acordo com o seu rendimento real, decorrentes, respectivamente, dos números 1 e 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa.

## A dedutibilidade do Imposto Municipal sobre Imóveis nos Fundos de Investimento Imobiliário

- A isto acresce que, sendo tais rendimentos prediais auferidos directamente por pessoas singulares ou por sociedades, o IMI suportado com os imóveis que se encontrem na sua origem é, respectivamente, dedutível aos rendimentos como uma dedução específica, nos termos do n.º 1 do artigo 41.º do Código do IRS, e como custo incluído no resultado líquido do exercício que concorre plenamente para a formação do lucro tributável, nos termos dos artigos 23.º e 42.º Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“IRC”).
- Esta tratamento desigual dos rendimentos prediais auferidos “através da participação” em FII, por um lado, e directamente por sujeitos passivos de IRS e de IRC, por outro, constitui um claro desincentivo ao investimento através do sistema financeiro e do mercado de capitais, quando este é um objectivo claro do regime fiscal constante do artigo 22.º do EBF, tal como decorre da epígrafe do Capítulo II deste, em que tal artigo se encontra inserido, a ser urgentemente corrigido.

# O risco de legislar em violação às regras comunitárias sobre auxílios de Estado

- Processo T 445/05 (Associazione italiana del risparmio gestito e Fineco Asset Management SpA) contra Comissão das Comunidades Europeias / Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) / 4 de Março de 2009.
- O artigo 12.º do DL 269/2003 alterava o tratamento fiscal de certos organismos de investimento colectivo especializados em valores mobiliários de sociedades de pequena e média capitalização cotadas num mercado regulamentado na União Europeia.
- As receitas de capital dos instrumentos de investimento especializados (IIE) ficariam sujeitas a um imposto de substituição do imposto sobre as sociedades, a uma taxa de 5%, em vez da taxa normal de 12,5%.



# O risco de legislar em violação às regras comunitárias sobre auxílios de Estado

- A existência de uma vantagem selectiva a favor dos IIE, suas sociedades de gestão, e das sociedades de pequena e média capitalização cujas acções sejam detidas pelos referidos instrumentos de investimento especializados:
  - Vantagem: benefício indirecto para os IIE («empresas» na acepção do artigo 87.º, n.º 1, TCE, dado que assumem a forma de sociedades e, por si só, constituem entidades empresariais, ou são patrimónios separados geridos por empresas que competem nos mercados dos investimentos) consistente numa liquidez e rendimentos adicionais, sob a forma de comissões de gestão e de subscrição, mais elevados, aumentando as suas receitas após imposto, pois incita a respectiva procura pelos investidores.
  - Selectiva: medida estatal que prevê uma redução de imposto limitada aos IIE e às respectivas sociedades de gestão, destinando-se, assim, de forma limitativa, a instrumentos de investimento bem definidos e que preenchem as condições específicas em detrimento de outras empresas que oferecem formas alternativas de investimento, favorece certos instrumentos de investimento relativamente a outros que se encontram numa situação jurídica e factual comparável. Essa medida, que não pode ser considerada uma medida geral de política fiscal ou económica, mas uma medida derogatória do regime fiscal de direito comum, apresenta pois um carácter selectivo na acepção do artigo 87.º, n.º 1, TCE.

# O risco de legislar em violação às regras comunitárias sobre auxílios de Estado

- A medida em causa pode falsear a concorrência entre as empresas e afectar as trocas comerciais entre Estados-Membros, porquanto «as sociedades beneficiárias podem operar em mercados internacionais e desenvolver actividades económicas em mercados caracterizados por uma forte concorrência».
- Os instrumentos de investimento especializados «estão em concorrência com outras empresas financeiras e operam num mercado aberto caracterizado por trocas comerciais intracomunitárias significativas» e algumas sociedades de pequena e média capitalização operam em sectores em que existem trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- Consequência: recuperação, com juros, do imposto não cobrado junto dos beneficiários, sem consideração pelos prazos de caducidade do direito interno!

# Aplicação das CDT aos fundos de investimento e de pensões

- A dupla perspectiva:
  - Portugal como Estado da Fonte: a Circular da DGCI n.º 6/2009, de 6 de Abril.
  - Portugal como Estado da Residência. Referência ao Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de Junho, que aprova o regime jurídico dos organismos de investimento colectivo (OICVM) sob a forma societária e dos FII sob a forma societária.

# Portugal como Estado da Fonte: a Circular da DGCI n.º 6/2009, de 6 de Abril



- A aplicação do regime fiscal previsto nas CDT a fundos de investimento e de pensões não residentes em Portugal depende da verificação cumulativa dos seguintes requisitos:
  - Que o fundo seja considerado como “pessoa” para efeitos da CDT;
  - Que o fundo se encontre sujeito a imposto por obrigação pessoal e ilimitada e não seja tratado como fiscalmente transparente (ou seja, esteja sujeito a imposto num Estado com o qual Portugal tenha celebrado CDT, independentemente da tributação que possa ocorrer na esfera dos respectivos participantes);
  - Que o fundo seja o beneficiário efectivo dos rendimentos.

# Portugal como Estado da Fonte: a Circular da DGCI n.º 6/2009, de 6 de Abril



- A Circular está de acordo com os trabalhos da OCDE, nomeadamente do recente *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* (adoptado pelo OECD Committee on Fiscal Affairs em 23 de Abril de 2010).
- Excepto: quando parece exigir que o fundo seja beneficiário efectivo dos rendimentos em todos os casos, condição que apenas é devida em relação a dividendos, juros e royalties, nos termos das CDT celebradas por Portugal, em linha com o Modelo de Convenção Fiscal da OCDE.
- “a CIV would have to qualify as a “person” that is a “resident” of a Contracting State and, as regards the application of Articles 10 and 11, that is the “beneficial owner” of the income that it receives” (Ponto 6.9. do Relatório citado).

# Portugal como Estado da Residência



- Os fundos portugueses são pessoas para efeitos das CDT, ou como “sociedades” ou como “agrupamento de pessoas”:
  - O termo «pessoa» compreende uma sociedade e qualquer outro agrupamento de pessoas; O termo «sociedade» significa qualquer pessoa colectiva ou qualquer entidade que é tratada como pessoa colectiva para fins tributários;
  - “(...) a CIV structured as a company clearly would constitute a person. However, in the absence of specific provisions, a CIV that is treated merely as a form of joint ownership, and not as a person, under the tax law of the State in which it is established clearly would not constitute a person for purposes of tax treaties” (Ponto 25 do Relatório citado).
    - Os fundos são sujeitos passivos de IRC, logo têm personalidade tributária.
    - O legislador português presume-os até como beneficiários das CDT no artigo 22.º, n.º 15, alínea b), do EBF, a respeito do crédito de imposto unilateral por dupla tributação internacional: “Quando existir convenção destinada a eliminar a dupla tributação internacional, celebrada entre Portugal e o país onde os rendimentos são obtidos, que não exclua do respectivo âmbito os fundos de investimento (...)”.
  - “Under the civil-law countries perspective, investment funds organized under contractual law are considered as totally separate bodies from their investors and, as a result, included in the definition of “body of persons” (*The Application of Tax Treaties to Investment Funds*, Niccolo Pallesi, 2007, p. 29, <http://law.bepress.com/expresso/eps/1967>)

# Portugal como Estado da Residência



- Os fundos portugueses são residentes para efeitos das CDT:
  - “However, a CIV that is treated as opaque in the Contracting State in which it is established will be treated as a resident of that Contracting State even if the specific items of income it receives are exempt from taxation, or if it receives a deduction for dividends paid to investors, or it is subject to a lower rate of tax on its income. This analysis would apply to any entity that has satisfied the “person” requirement. Accordingly, for purposes of the residence test, the legal form of the CIV is relevant only to the extent that it affects the taxation of the CIV in the Contracting State in which it is established” (Ponto 29 do Relatório citado).

# Portugal como Estado da Residência



- Os fundos portugueses serão, em regra, beneficiários efectivos dos seus rendimentos para efeitos das CDT:
  - “In most countries, the investor’s tax situation is substantially different than it would be if it owned the assets directly. (...) For these reasons, a widely-held CIV, as defined in paragraph 4, should be treated as the beneficial owner of the income it receives, so long as the managers of the CIV have discretionary powers to manage the assets on behalf of the holders of interests in the CIV (...)” (Pontos 34 e 35 do Relatório citado).



# Portugal como Estado da Residência



- Portugal concede um crédito de imposto unilateral por dupla tributação internacional.
- Se a Administração Fiscal não certificar as qualidades de pessoas residentes e beneficiários efectivos dos fundos portugueses para efeitos das CDT gera uma perda de receita fiscal para o Estado português.
- Porquanto essa certificação permitirá reduzir o imposto suportado pelos fundos portugueses nos Estados da Fonte dos rendimentos, diminuindo o montante do crédito de imposto por dupla tributação internacional português, conseqüentemente aumentando a colecta do IRC e a tributação efectiva por parte de Portugal enquanto Estado da residência.

Obrigado!