

ON THE NEW TEXT OF ARTICLE 46 OF THE TAX BENEFITS STATUTE

This article deals with some perplexities caused by the new text of article 46 of the Tax Benefits Statute, regarding the tax regime of Real Estate Investment Funds on the acquisition, maintenance and sale of real estate.

Portuguese version only.

SOBRE A NOVA REDACÇÃO DO ARTº 46º DO EBF

Ou como é estranha a fiscalidade em Portugal...

- 1. Nota histórica e enquadramento legal.**
- 2. Natureza jurídica e caracterização dos fundos de investimento imobiliário (FII).**
- 3. O favorecimento fiscal em sede de impostos sobre o património – evolução.**
- 4. O artº 46º do EBF, o regime transitório e os benefícios estruturais por cinco anos.**
 - 4.1. A propósito da interpretação e aplicação das leis fiscais.**
 - 4.2. Um novo benefício fiscal!**
 - 4.3. A questão dos investidores qualificados – nº 2 do artº 46º do EBF.**
 - 4.4. E a Constituição?**
 - 4.5. Os benefícios estruturais por cinco anos e o artº 46º do EBF.**
- 5. Conclusões.**
- 6. Nota (lamento) final. I**

1. Nota histórica e enquadramento legal.

Ao que sabemos, o primeiro fundo de investimento foi criado em meados do séc. XIX, na Suíça, sendo esta realidade objecto de regulamentação comunitária desde 1985¹ (Directiva UCITS² - 85/611/CEE, de 20 de Dezembro).

O primeiro diploma legal em Portugal que aborda a questão dos fundos de investimento (mobiliários abertos) é o DL n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965. Só em 1985, com o DL 246/85, de 12 de Julho, surgiu legislação respeitante aos fundos imobiliários. No ano de 1988 unificou-se o regime dos fundos mobiliários e imobiliários, através do DL 229-C/88, de 4 de Julho, o qual veio revogar todos os anteriores diplomas³.

Em 1994, é transposta para o regime jurídico interno, pelo DL 276/94, de 2 de Novembro, a já mencionada Directiva dos Fundos de Investimento 85/611/CEE, de 20 de Dezembro, que consubstancia a harmonização dos fundos de investimento mobiliário ao nível comunitário.

No que respeita ao enquadramento normativo dos fundos imobiliários, não existe uma fonte de direito comunitária (por oposição aos fundos mobiliários), mas apenas portuguesa - DL 294/95, de 17 de Novembro, com as alterações do DL 323/97, de 26 de Novembro. Este diploma veio permitir, nomeadamente: (i) a comercialização em Portugal, de unidades de participação de instituições de investimento colectivo em valores imobiliários com sede no estrangeiro, ou que sejam administradas por entidades aí sediadas (art.º 40.º); (ii) a possibilidade das sociedades gestoras adoptarem a forma de subscrição pública ou particular para a constituição dos fundos fechados que administrem (art.º 28.º n.º 3); (iii) o estabelecimento da regra do depositário único (art.º 13.º n.º 1) e as novas regras de avaliação dos imóveis integrantes das carteiras dos FII (art.º 33.º n.ºs 4, 5 e 6).

Com o DL 60/2002, de 20 de Março, iniciou-se a revisão do regime jurídico dos fundos de investimento imobiliário (FII). O novo regime diferencia as exigências a aplicar aos fundos abertos e fechados e, dentro destes, aos de subscrição pública e particular, tendo ainda sido criada a figura dos "fundos mistos", que combinam as noções de fundos abertos e fechados. Outro aspecto de relevo prende-se com o reforço do papel dos peritos avaliadores,

¹ - O primeiro fundo de investimento foi criado em 1849 na Suíça (*Société Civile Genève d'emploi de fonds*, tendo sido criado em 1868 o segundo fundo de investimento no Reino Unido (*Foreign & Colonial Government Trust*), o qual, e pela primeira vez, apresentou uma definição de fundo de investimento como sendo um "...veículo, que permite ao investidor de recursos moderados obter as mesmas vantagens que os grandes capitalistas no que respeita à diminuição do risco....dispensando o investidor por várias acções". O primeiro fundo americano surgiu em 1894 (*Boston Personal Property Trust*), enquanto os Alemães só fizeram em 1923 (*Zickert'sche Kapitalverein*). Refira-se que todos estes fundos de investimento eram fechados, sendo que o primeiro fundo de investimento aberto só surgiu em 1924 nos EUA (*The Massachusetts Investment Trust*). Citamos o trabalho "A Indústria dos Fundos de investimento em Portugal", publicado pela CMVM em <http://www.cmvm.pt/NR/exeres/015F8690-1262-4DCE-95E6-14C425A1A1F3.htm>

² UCITS - Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities. O UCITS III encontra-se hoje consagrado pelas Directivas 2001/107/e 2001/108/EC do Parlamento Europeu e do Conselho.

³ Este diploma foi alterado resultado pelo DL 417/91, de 26 de Outubro, que acolheu as alterações resultantes da aprovação do Cód. MVM respeitantes à supervisão da CMVM.



fundamentalmente enquanto garantia adicional perante o mercado e os investidores em geral, ao passarem a ser objecto de registo junto da CMVM. Por questões de transparência, passou a estar vedada aos FII a possibilidade de deter participações em sociedades imobiliárias. Em contrapartida, os limites ao investimento em imóveis localizados em Estados-Membros da União Europeia foram cancelados. Ainda no sentido de uma maior liberalização, as transacções dos fundos com entidades ligadas à entidade gestora no âmbito da aquisição de imóveis deixam de estar proibidas e passam a estar apenas dependentes de autorização da CMVM⁴.

O DL 60/2002 veio a ser alterado pelo DL 13/2005, de 7 de Janeiro, o qual considerou ultrapassadas as questões de transparência que vedavam aos FII o investimento em sociedades imobiliárias e, de acordo com o seu preâmbulo, procede *"(...) a um conjunto de alterações que têm por objectivo dotar o diploma de maior flexibilidade, nomeadamente em matérias como a promoção imobiliária, a constituição de fundos de investimento imobiliário que revistam especial natureza ou ainda a relativa aos fundos imobiliários constituídos exclusivamente por investidores institucionais ou por um número muito reduzido de participantes."*

O DL 13/2005 republicou o DL 60/2002, diploma que de ora em diante passaremos a designar por Regime Jurídico dos Fundos de Investimento Imobiliário (RJFII).

2. Natureza jurídica e caracterização dos fundos de investimento imobiliário (FII).

Os fundos de investimento, no plano jurídico, são instituições de investimento colectivo, que têm por fim exclusivo o investimento de capitais recebidos do público – aplicação de poupanças de investidores individuais ou colectivos, em mercados primários e/ou secundários de valores – por entidades qualificadas, segundo o princípio da divisão do risco.

Por imposição legal, os fundos de investimento imobiliário (FII) como instrumentos de poupança colectiva, sob a forma contratual, constituem patrimónios autónomos pertencentes a uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas denominadas participantes.

Na lógica inicial da estruturação do mercado de capitais, os FII foram criados como um produto de investimento alternativo às tradicionais aplicações dos aforradores, em que o conjunto dessas aplicações/investimentos mobiliários – em unidades de participação (UP) – tinham uma correspondência directa num património autónomo constituído por activos imobiliários, unidades de participação de outros fundos ou em participações de sociedades imobiliárias (cf. artigos 25º e 25º-A do Regime Jurídico dos FII - RJFII).

⁴ Vimos seguindo e citando o já referido trabalho "A Indústria dos Fundos de investimento em Portugal", publicado pela CMVM em <http://www.cmvm.pt/NR/exeres/015F8690-1262-4DCE-95E6-14C425A1A1F3.htm>

A distinção entre fundos de investimento mobiliário (FIM) e FII resulta, numa determinada vertente, do facto daqueles serem constituídos, exclusivamente, por aplicações em valores mobiliários transaccionáveis.

Os FII, em face do disposto no artigo 3º do RJFII, podem ser abertos, fechados ou mistos, tendo por critério de individualização o facto do número das UP serem em número variável, fixo ou constituído pelas duas categorias anteriores.

Na regulamentação específica aplicável a cada tipo de fundo é manifesta uma diferenciação de limites e rácios de composição de carteiras patrimoniais, em que os fundos fechados têm um menor nível de exigência do que os fundos abertos.

Com igual interesse para a completa identificação da tipologia dos FII, importa conhecer que a oferta de distribuição de UP de FII fechados pode ser pública ou particular, considerando-se pública a oferta dirigida a, pelo menos, a 100 pessoas (cf. artigos 109º e 110º do CVM) e que, nos fundos fechados objecto de oferta/subscrição particular (FFSP), existem dois subtipos, a saber:

- FFSP constituídos por um número de participantes superior a 5, não sendo estes exclusivamente investidores institucionais;
- FFSP constituídos por um número de participantes inferior a 5, não sendo, neste caso, relevante a qualidade dos investidores.

Quanto a esta última classificação denominada FFSP, o legislador no preâmbulo do RJFII, afirmou o seguinte:

"Estes fundos, reservados a investidores institucionais e, na grande maioria dos casos, tendo na realidade um número limitado de investidores ligados entre si e ou à entidade gestora, ficarão sujeitos a um conjunto mais limitado de regras que se destinam a criar um enquadramento normativo mais adequado às suas características."

Como resulta evidente do preâmbulo do DL 13/2005, que alterou o RJFII aprovado pelo citado 60/2002, o legislador pretendeu criar condições favoráveis ao investimento nos mercados imobiliários, tendo declarado, como vimos já:

"Em função da experiência retirada do exercício da supervisão, mas tendo também em vista ajustar o regime jurídico às legítimas expectativas da indústria de fundos imobiliários, procedeu-se a um conjunto de alterações que têm por objectivo dotar o diploma de maior flexibilidade, nomeadamente em matérias como a promoção imobiliária, a constituição de fundos que revistam especial natureza ou ainda a relativa aos fundos constituídos exclusivamene por invesidoes insitucionais ou poum número muito reduzido de participantes."

Relativamente às regras de composição e rácios do património e à localização dos imóveis dos FFSP existem diferenças consoante estejamos perante o subtipo FFSP com mais de 5 participantes, não exclusivamente institucionais, ou perante o subtipo FFSP com menos de 5 participantes⁵.

Os FII, em particular os FFSP constituídos por menos de 5 participantes, como veículos específicos de investimento nos mercados imobiliários (utilizando a terminologia do legislador de 2005), são semelhantes às sociedades comerciais de investimento imobiliário, na medida em que, desde a última alteração ao RJFII, podem:

- Adquirir imóveis para arrendamento ou destinados a outras formas de exploração onerosa;
- Adquirir imóveis (lotes de terreno, prédios urbanos, apartamentos, etc.) para revenda, tendo em vista a realização de mais-valias imobiliárias;
- Adquirir outros direitos sobre imóveis destinados à respectiva exploração económica;
- Adquirir participações em sociedades imobiliárias, cujo activo seja composto por um número mínimo de 75% de imóveis passíveis de integrar directamente a carteira do FI e nos limites do artigo 25º-A do RJFII;
- Desenvolver projectos de construção e de reabilitação urbana, por si ou em parceria com entidades idóneas e possuidoras de reconhecida competência técnica e experiência no sector imobiliário.

Os FII como patrimónios autónomos, representados e administrados por uma sociedade gestora, são divididos – têm uma correspondência – em partes de conteúdo idêntico, denominadas unidades de participação (UP); o que, aparentemente, também acontece nas sociedades comerciais, sendo a correspondência efectuada por referência às participações sociais (valorização efectiva das acções ou quotas), embora a representação e administração seja (ou possa ser) realizada directamente pelos titulares destas, sem regras específicas quanto ao exercício de competências, de avaliação dos activos, de contabilização, de prestação de informação e supervisão, etc.

O património dos FII é autónomo no sentido em que, por imposição legal, os activos que o integram são afectos a determinado fim e, por isso, só respondem pelas dívidas que decorrem da prossecução dessa actividade e pertencem a uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas, inexistindo comunicabilidade das dívidas dos participantes ou das sociedades gestoras, que têm a responsabilidade de aplicar as poupanças num conjunto diversificado de

⁵ Cf. anotação ao artigo 48º do RJFII, constante da colectânea editada pela Vida Imobiliária, em Novembro de 2006.



activos, segundo critérios rigorosos de gestão e regras predefinidas nos regulamentos de gestão de cada fundo.

3. O favorecimento fiscal em sede de impostos sobre o património – evolução.

Logo após a sua consagração na ordem jurídica nacional, os FII foram sujeitos de importantes benefícios fiscais. Com efeito, logo o DL 1/87, de 3 de Janeiro, consagrou um importante acervo de benefícios, com destaque para a isenção de Imposto Municipal de Sisa (Sisa) das aquisições de bens imóveis para o FII e, bem assim a isenção de Contribuição Predial dos *rendimentos*⁶ provenientes de bens imóveis que integrassem o património de um fundo de investimento imobiliário – isenção que apenas era aplicável nos cinco primeiros anos após a data da respectiva aquisição.

Tais benefícios fiscais, como os demais, eram justificados pelo legislador, de acordo com o preâmbulo do citado diploma, pelo reconhecimento, por parte do Governo, *do "(...) importante contributo que este novo tipo de instituições financeiras poderá trazer à formação de poupanças e à sua mobilização para investimentos no sector imobiliário. Acrescem os efeitos positivos que por essa via se induzirão nas indústrias de construção e no mercado de arrendamento de imóveis para habitação e para escritórios."*

Estes, pois, os objectivos extra-fiscais prosseguidos com os benefícios fiscais concedidos aos FII: mobilização de investimentos para o sector imobiliário, com vista ao incremento da indústria de construção e do mercado de arrendamento.

Tais objectivos permaneceram actuais até aos dias de hoje, porquanto:

- a) O DL 1/87, no que respeita à isenção de Sisa, manteve-se em vigor mesmo após a entrada em vigor do Código do IMT (artº 6º do DL 287/2003, de 12 de Novembro);
- b) O Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), aprovado pelo DL 215/89, de 10 de Julho, veio a consagrar uma isenção de Contribuição Autárquica (CA) para suprir a lacuna criada com a sua entrada em vigor (artº 56º do EBF na sua versão original – norma aditada pelo DL 189/90, de 8 de Junho);
- c) Com a reestruturação dos Códigos Fiscais operada pelo DL 198/2001, de 3 de Julho, a isenção de CA consagrada no EBF (agora o seu artº 46º) passou a ser qualificada como benefício fiscal de natureza estrutural (!);
- d) Com as profundas alterações introduzidas no EBF pela Lei do Orçamento de Estado para 2007 (OE 2007 - Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro), foi consagrada neste

⁶ De recordar que este tributo era construído como um imposto sobre o rendimento presumido dos imóveis.



diploma a isenção de IMT e de IMI para os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário, mantendo-se a sua natureza de benefício fiscal *estrutural*.⁷

Mas este último movimento legislativo foi assaz desastrado – como passaremos a demonstrar.

4. O artº 46º do EBF, o regime transitório e os *benefícios estruturais por cinco anos*.

4.1. A propósito da interpretação e aplicação das leis fiscais.

Antes de avançarmos, cumpre recordar um pouco de Teoria Geral do Direito, para aqueles que não estão, ou já não estão, familiarizados com as regras basilares de hermenêutica jurídica.

Com efeito, e de acordo com o estabelecido no artº 11º da Lei Geral Tributária, sob a epígrafe “Interpretação”:

1 – Na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e os princípios gerais de interpretação e aplicação das leis.

2 – Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei.

3 – Persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários.

4 – As lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República não são susceptíveis de integração analógica.

Ou seja, de acordo com este preceito, na interpretação das normas fiscais utilizam-se os princípios e regras gerais de interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica, salvo em caso de, em resultado da aplicação desses princípios e regras, o intérprete se vir confrontado com uma qualquer dúvida insanável – evento perante o qual lhe é permitido atender à *substância económica dos factos tributários*⁸.

E quais são essas regras gerais?

⁷ Ou talvez não. Tendo em conta a redacção do novo artº 2º-A do EBF, conjugado com a nova redacção do artº 14º da LGT, talvez a estruturalidade seja mais de forma do que de conteúdo, uma vez que não se divisa diferença de regime que o distinga de benefícios mais contingentes/precários. A mera epígrafe da Parte II do EBF não chega para definir a natureza de um benefício fiscal, sendo certo, porém, que os benefícios fiscais aos FII são seguramente estruturantes, pois já cá andam há 20 anos...

⁸ Tanto quanto conseguimos entender, LIMA GUERREIRO defende que o nº 3 do artº 11º da LGT apenas surge aplicável por relação ao nº 2, i.e., quando termos próprios de outros ramos de direito dêem lugar, quando inseridos em norma tributária, a situações de dúvida – cf. “Lei Geral Tributária Anotada”, Lisboa, 2000, pág. 84-85. Já LEITE DE CAMPOS, SILVA RODRIGUES e LOPES DE SOUSA aceitam, ao que parece, a sua aplicação mesmo nos casos em que a dúvida não se encontra relacionada com o postulado no nº 2 do artº 11º, embora teçam severas críticas a esta estipulação por a entenderem desnecessária e perigosa – cf. “Lei Geral Tributária – Anotada e Comentada”, 3ª edição, Lisboa, 2003, pág. 76-77.



São, como é de lei, as que se retiram do estabelecido no artº 9º do Código Civil, que igualmente se cita, para que dúvidas não fiquem:

ARTIGO 9º

(Interpretação da lei)

1. *A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.*
2. *Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.*
3. *Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.*

Citando OLIVEIRA ASCENSÃO, "*Devemos partir do princípio que o texto exprime o que é natural que as palavras exprimam, pelo que se pode afirmar que o entendimento literal será normalmene aquele que virá a ser aceite*". Mas, sendo certo que há que reconstruir o pensamento legislativo, há ainda que esclarecer que, nas palavras do mesmo autor, é "(...) decisivo o facto de a lei só valer uma vez integrada na ordem social. (...) Esta integração na ordem social importa o apagamento do legislador após o acto de criação normativa. Torna-se mais importante verificar qual o sentido que a fonte toma na ordem social que visa compor, do que o sentido pelo criador histórico."⁹

Ou seja:

- a) A letra da lei é ponto de partida e limite para a sua interpretação;
- b) O papel de qualquer aplicador/intérprete é atender ao que a lei diz, ao seu sentido objectivo, e não ao que o legislador putativamente quererá dizer...

É certo que não pode deixar de se ter presente a teleologia do preceito, palavra cara que traduz um dos elementos lógicos da interpretação das leis, qual seja, a sua finalidade ou justificação social. Mas tal não pode contender com o estabelecido no nº 2 do artº 9º do Código Civil, i.e., mesmo que se entenda que a finalidade do preceito não confere com a sua letra, é esta última

⁹ O Direito – Introdução e Teoria Geral", Lisboa, 3ª edição, 1983, págs. 313 e 315.



que tem que prevalecer – é ao legislador que cabe mudar a lei, ao intérprete apenas cabe compreendê-la e aplicá-la.

...

Posto isto, vamos ao que ora nos interessa.

4.2. Um novo benefício fiscal!

O artº 82º da Lei do OE 2007 veio alterar a redacção do artº 46º do EBF, preceito que passou a estipular como segue:

PARTE II

Benefícios fiscais com carácter estrutural

CAPÍTULO VII

Benefícios fiscais relativos a imóveis

Artigo 46º

Fundos de investimento imobiliário, fundos de pensões e fundos de poupança-reforma

1 - Ficam isentos de imposto municipal sobre imóveis (IMI) e de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) os 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.

2 - 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 não beneficiam das isenções reeridas no número anterior, sendo as taxas de IMI e de IMT reduzidas para metade.¹⁰

...

¹⁰ Foi a seguinte a evolução do artº 46º do EBF até ao presente:

- Lei 32-B/2002, de 30 de Dezembro - Ficam isentos de contribuição autárquica os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário e equiparáveis, em fundos de pensões e em fundos de poupança-reforma, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.
- Lei 127-B/97, de 20 de Dezembro - Artigo 56º - Ficam isentos de contribuição autárquica os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário e equiparáveis, em fundos de pensões constituídos de acordo com a legislação nacional e em fundos de poupança-reforma.
- Lei 39-B/94, de 27 de Dezembro - Artigo 56º - Ficam isentos de contribuição autárquica os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário e equiparáveis, em fundos de pensões constituídos de acordo com a legislação nacional e em fundos de poupança-reforma.
- Aditamento ao EBF pelo DL 189/90, de 8 de Junho - Artigo 56º - Ficam isentos de contribuição autárquica os prédios integrados em fundos de investimento imobiliário.

Uma primeira nota, que começámos por pensar ser mera ironia mas que nos surpreendeu deveras, prende-se desde logo com a redacção do preceito no que respeita à isenção de IMT. Com efeito, parece evidente que a intenção de legislador seria estabelecer a isenção de IMT aquando da aquisição de imóveis por parte de FII. Mas não é isso que resulta da letra da lei.

Na verdade, a isenção é aplicável a **prédios integrados** em fundos de investimento imobiliário (no nº 1) e a **imóveis integrados em fundos de investimento imobiliário no (nº 2)** – sendo seguro que não vislumbramos porque no nº 1 os FII são detentores de prédios e no nº 2 de imóveis^{11/12}... Mas o que é facto é que a isenção de IMT é aplicável aos prédios integrados (já) no acervo de bens de um FII.

Ora, toda a polémica que envolveu a criação da citada norma, designadamente do seu nº 1, parecia indicar que esta passaria a ser o receptáculo de todo o regime fiscal (pelo menos no que aos benefícios fiscais respeita) dos FII em matéria de impostos sobre o património. Ou seja, que o mesmo viria substituir as estipulações dos artºs 1º e 2º do DL 1/87 – como a primitiva redacção do (então) artº 56º do EBF fez, no que respeita à isenção de Contribuição Predial/Contribuição Autárquica – passando a consagrar para os FII a isenção de IMT e de IMI.

Tal parece resultar, inclusive, do (escasso) debate parlamentar que se verificou sobre esta nova norma. Com efeito, o Senhor Deputado Diogo Feio instou Sua Excelência o Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, como segue:

O Governo faz aqui uma modificação para os fundos fechados de subscrição particular, isto é, aqueles que não estão tanto para facilitar o diálogo, aqueles que não estão tanto nas transacções de mercado, em que deixa aquela que era uma isenção geral em relação ao IMI e ao IMT para 50%.

Ora, eu pergunto se esta medida é necessária ou se não seria melhor que houvesse maior controlo sobre as situações de abuso que fossem sendo conhecidas nestas matérias. Esse é que me parecia que devia ser o caminho: o de controlar as situações

¹¹ É verdade que o IMI incide sobre a detenção de prédios (artº 1º do CIMI) e o IMT sobre a transmissão de imóveis (artº 1º do CIMT). Mas no artº 46º do EBF o legislador trata indistintamente os dois tributos, pelo que é incompreensível a divergência de conceitos entre o nº 1 e o nº 2 do artigo em questão. Boa técnica legislativa?

¹² Aliás, isto de tratar indistintamente prédios como imóveis e imóveis como prédios aconselha a recordar o estabelecido no artº 204º do Código Civil:

1. *São coisas imóveis:*
 - a) *Os prédios rústicos e urbanos;*
 - b) *As águas;*
 - c) *As árvores, os arbustos e osutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo;*
 - d) *Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores;*
 - e) *As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos*
2. *Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.*
3. *É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.*

*de abuso e não tanto modificar a lei porque não se conseguem controlar essas mesmas situações.*¹³

Respondeu assim Sua Excelência o Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais¹⁴:

Como se deveter apercebido, a medida correctiva que foi introduzida agora, que veio clarificar e tentar ultrapassar uma redacção menos conseguida que estava na versão proposta pelo Governo — isso parece-me perfeitamente claro — visou também evitar que Portugal entrasse no Guinness, por ser o País que tinha mais fundos de investimento imobiliário. A corrida que houve, até ao dia 1 de Novembro, levar-nos-ia a correr o risco de entrarmos no Guinness pela criação de mais fundos de investimento imobiliário.

Portanto, aquilo que acontece é que é uma solução pragmática, é uma solução que não visa combater ou destruir os fundos de investimento imobiliário; visa, efectivamente, «separar o trigo do joio», e é isso que está aqui. A intenção é moralizar e claramente, «separar o trigo do joio»!

Ao contrário do que possa retirar-se de tão sincera afirmação, é nossa convicção que a razão estava do lado do Senhor Deputado que questionou o Senhor Secretário de Estado.

Ou seja, estamos de novo perante uma alteração legislativa que visa obviar a uma utilização supostamente abusiva de um benefício fiscal, sendo que, mais uma vez, a opção do legislador é, em lugar de pôr a máquina da administração a trabalhar, recorrendo aos cada vez mais vastos recursos jurídicos e materiais ao seu dispor, a solução mais fácil: mais uma lei cega, que visa cortar o mal pela raiz.

Portanto – moralizar, mantendo as isenções em vigor de IMT e de IMI para os FII *de trigo*, e reduzindo as taxas dos mesmos tributos para os FII *de joio*. Seria isto, e nada mais, o que estava na mente do legislador.

...

Mas há algo que não bate certo.

Os tributos em causa são distintos quanto ao fenómeno gerador da relação jurídico-tributária. Enquanto o IMT incide sobre a transmissão de património imobiliário, o IMI incide sobre a detenção do mesmo. Assim sendo, como entender que ambas as isenções, de ambos os tributos, sejam aplicadas a prédios ou imóveis integrados em fundos de investimento imobiliário?

Se o que se pretendia era proceder à isenção de IMT na aquisição de imóveis por parte de FII, alguém cometeu um erro, e dos grandes. É que os prédios a serem adquiridos pelos FII não estão, não podem estar, integrados no Fundo. Não se pode adquirir aquilo de que já se é

¹³ Diário da Assembleia da República, I Série, nº 23, de 30/11/2006, pág. 105.

¹⁴ Idem, pág. 106.

proprietário. O que se adquire é, por definição, propriedade de qualquer ente terceiro, e é pela sua aquisição que os imóveis ingressam no Fundo, passam a estar nele integrados. E é justamente essa aquisição que é sujeita a IMT, facto gerador da relação jurídico-tributária, pelo que não pode ficar a transmissão/aquisição isenta de IMT por aplicação do disposto no artº 46º, nº 1, do EBF!

Basta atentar na redacção do artº 1º do DL 1/87, que recordamos:

São isentas de sisa as aquisições de bens imóveis efectuadas para um fundo de investimento imobiliário pela respectiva sociedade gestora.

Este preceito, sem margem para qualquer dúvida, isenta de sisa (e IMT) sobre a transmissão as aquisições de bens imóveis para o FII; pois bem, o artº 46º do EBF não faz isso!

Que concluir, então?

Em primeiro lugar, constatamos que, salvo erro, não se verificou qualquer revogação expressa global do DL 1/87, ou do seu artº 1º¹⁵.

Em segundo lugar, que a letra do nº 1 do artº 46º do EBF, na redacção introduzida pelo OE 2007, estabelece uma isenção de IMT aplicável aos imóveis integrados no FII – e não à aquisição destes pelo FII.

Assim sendo, também não se operou a revogação tácita do artº 1º do DL 1/87, uma vez que o postulado no nº 1 do artº 46º do EBF diverge claramente do estabelecido no artº 1º do DL 1/87.

Nessa medida, verificamos, não sem surpresa, que, permanecendo válido na ordem jurídica o disposto no artº 1º do DL 1/87, da conjugação deste preceito com o estabelecido no nº 1 do artº 46º do EBF resulta que:

- a) Está isenta de IMT a aquisição de imóveis para um FII representado pela sua sociedade gestora;
- b) Estão isentos de IMI os imóveis integrados em um FII.

Isto, será pacífico. Mas resultará igualmente, menos pacífico, que:

- c) Está isenta de IMT a transmissão/alienação de imóveis integrados em um FII representado pela sua sociedade gestora;

Na verdade, a letra da lei deixa pouca ou nenhuma margem para dúvida: o artº 46º do EBF estabelece uma isenção de natureza real (são os bens que estão isentos) e não a sua aquisição

¹⁵ Registe-se que tal revogação expressa do DL 1/87 chegou a estar prevista no projecto de lei do Orçamento de Estado para 2007, sendo que, misteriosamente, tal revogação não ficou consagrada na Lei do Orçamento. Seguramente, não foi por acaso.

por determinados sujeitos, como estabelece o DL 1/87, sendo este benefício de natureza subjectiva. Esta não é a tradição dos benefícios em sede de IMT, sendo que, a ser correcta esta interpretação que fazemos do nº 1 do artº 46º do EBF, qualquer pessoa ou entidade, que se apresente a adquirir um imóvel a um FII, beneficiará de isenção de IMT nessa aquisição. Ou seja, quem afinal vai beneficiar da isenção é aquele que adquire o imóvel a um FII.

...

E tal não consagração na versão final da lei é tanto mais significativa quando a técnica recentemente adoptada pelo legislador fiscal tem sido a de dupla revogação, i.e., a estipulação da revogação expressa de normas mesmo quando tal revogação já resulta da nova redacção dada aos preceitos pelo diploma que as altera. Cf, por exemplo, as normas revogatórias previstas no artº 15º do DL 238/2006, de 20 de Dezembro, o artº 51º e outros da própria Lei do OE 2007, etc.

Reiteramos: poderia não ser isto que o legislador pretendia, mas é o que resulta da exegese do nº 1 do artº 46º do EBF na sua actual redacção. E tal resultado emerge da escrupulosa aplicação das regras de interpretação e aplicação das leis, designadamente de acordo com o disposto no artº 11º da LGT e artº 9º do Código Civil – pois não podemos deixar de atender ao elemento literal, na certeza de que em momento algum pusemos em causa o facto, que legalmente cumpre presumir, de que o *legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*.

Cabe ainda invocar que nem sequer estamos perante norma derivada de um poder legislativo delegado, no uso pelo Governo de uma qualquer autorização legislativa, mas de uma norma directamente emanada da Assembleia da República, o que necessariamente reforça a presunção de propriedade e correcção com que o legislador se pronunciou.

Na verdade, esta nova isenção de IMT (agora não para a aquisição de imóveis por FII, mas para a transmissão/alienação de imóveis por FII) quadra perfeitamente aos propósitos ou objectivos extra-fiscais que se encontram enunciados no preâmbulo do DL 1/87, posto que é evidente que em muito contribui para a promoção do investimento em imobiliário a possibilidade de os FII colocarem no mercado imóveis cuja aquisição não se encontra onerada pelo sucessor do *"imposto mais estúpido do mundo"*.

E é óbvio e evidente que, mantendo-se em vigor o estabelecido no artº 1º do DL 1/87, a redução de taxa prevista no nº 2 do artº 46º do EBF não é aplicável à aquisição de imóveis para um FII pela respectiva entidade gestora, independentemente do estatuto ou natureza dos subscritores do respectivo capital, posto que o nº 2 refere-se ao nº 1 do mesmo preceito (que estabelece uma nova isenção de IMT para os prédios integrados em FII) e não à isenção prevista no artº 1º do DL 1/87.

4.3. A questão dos investidores qualificados – nº 2 do artº 46º do EBF.

Mas o nosso hábil legislador fiscal¹⁶ não se ficou pela mera criação de mais um benefício fiscal, em sede de IMT, para os FII. Foi mais longe, e estabeleceu no mesmo passo uma norma cujo escopo é de difícil alcance, qual seja, o nº 2 do artº 46º do EBF.

Este, absolutamente novo, preceito afasta as isenções previstas no nº 1 do artº 46º do EBF quando os FII sejam fundos de investimento imobiliário mistos ou fechados de subscrição particular por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles, substituindo esse benefício por um outro, qual seja, a redução a metade das taxas de IMT e de IMI para os prédios integrados nesses Fundos.

De novo se colocam sérias questões de interpretação, a começar pela determinação de que Fundos são afastados da isenção estabelecida no nº 1 do artº 46º do EBF, ficando outrossim abrangidos pelo novo regime de redução de taxa previsto no nº 2 do mesmo preceito.

Dir-se-á, pela análise da letra da norma, que apenas se encontram abrangidos pela previsão do nº 2 os FII que contem como participantes apenas e em exclusivo investidores não qualificados¹⁷ ou instituições financeiras¹⁸ por conta daqueles.

Com efeito, a norma é clara ao referir as condições que o Fundo deve preencher para se subsumir à previsão da norma:

¹⁶ Talvez fosse melhor etiquetar este legislador como orçamental e não como fiscal, posto que a sua intervenção foi seguramente ditada por razões de receita e não de natureza verdadeiramente tributária. Esta, aliás, é infelizmente uma questão recorrente em Portugal: a quantidade e (má) qualidade dos rides orçamentais, por melhor intencionados ou tecnicamente perfeitos que sejam, introduzem sempre uma enorme instabilidade, insegurança e falta de credibilidade no sistema fiscal português. Na verdade, a aproximação da discussão do Orçamento de Estado é um momento de terror para os juristas que se dedicam a esta área, e seguramente de júbilo para as editoras de Códigos Fiscais, que aqui encontram receita certa, segura e anual...

¹⁷ De acordo com o estabelecido no artº 30º do Código dos Valores Mobiliários, são investidores qualificados:

- a) Instituições de crédito;
- b) Empresas de investimento;
- c) Empresas de seguros;
- d) Instituições de investimento colectivo e respectivas sociedades gestoras;
- e) Fundos de pensões e respectivas sociedades gestoras;
- f) Outras instituições financeiras autorizadas ou reguladas designadamente fundos de titularização de créditos, respectivas sociedades gestoras e demais sociedades financeiras previstas na lei, sociedades de titularização de créditos, sociedades de capital de risco, fundos de capital de risco e respectivas sociedades gestoras.
- g) Instituições financeiras de Estados que não sejam membros da União Europeia que exerçam actividades semelhantes às referidas nas alíneas anteriores;
- h) Entidades que negociem em instrumentos financeiros sobre mercadorias;
- i) Governos de âmbito nacional e regional, bancos centrais e organismos públicos que administram a dívida pública, instituições supranacionais ou internacionais, designadamente o Banco Central Europeu o Banco Europeu de Investimento o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

¹⁸ O que seja uma instituição financeira é um conceito doutrinal, diverso do conceito legal de investidores qualificados. De acordo com CARLOS COSTA PINA, "Em função das actividades que lhes são permitidas de acordo com os seus regimes jurídicos específicos, consideram-se instituições financeiras as seguintes: (i) instituições de crédito; (ii) sociedades financeiras; (iii) intermediários financeiros; (iv) empresas de seguros; e (v) sociedades gestoras de fundos de pensões. Para além destas(...) as sociedades gestoras de mercados e as sociedades gestoras de sistemas de liquidação." ("Instituições e Mercados Financeiros", Coimbra, 2005, pág. 205).

- a) Quanto à variabilidade do capital – deve ser misto ou fechado, i.e., o seu capital/número de Unidades de Participação (UP's) não pode ser totalmente variável, sendo pelo menos uma parte fixa (artº 3º, nºs 3 e 4, do DL 60/2002);
- b) Quanto à natureza da oferta – a subscrição não pode ser objecto de oferta dirigida um número igual ou superior a 100 pessoas (artº 42º, nº 2, do DL 60/2002);
- c) Quanto à natureza ou estatuto dos subscritores do capital – devem ser, de acordo com a letra do nº 2 do artº 46º do EBF, apenas e em exclusivo investidores não qualificados ou instituições financeiras por conta daqueles.

É que a norma tem que ser lida no seu contexto e sistema: o que possivelmente o legislador pretenderia visar com este novo preceito poderiam ser os já mencionados "(...) *fundos constituídos exclusivamente por investidores institucionais ou por um número muito reduzido de participantes*" (preâmbulo do DL 13/2005); mas o legislador fiscal não aderiu a esta dicotomia, ou melhor, não pretendeu visar os Fundos cujo capital seja detido, pelo menos em parte, por investidores institucionais ou, na terminologia mais recente, qualificados. Se assim não fosse, se visasse abranger na previsão da norma Fundos detidos em parte por investidores qualificados, teria seguramente utilizado uma redacção mais precisa ou, então, teria optado por caracterizar estes Fundos de acordo com o seu número de participantes e não de acordo com a sua natureza ou estatuto.

Ao invés, da letra da norma extrai-se, com meridiana clareza, que os Fundos que se encontram abrangidos pela previsão da norma são Fundos que não contam, no acervo dos respectivos subscritores de capital, com investidores qualificados – provavelmente na presunção de que tais Fundos são "verdadeiros" ou "puros", merecedores da isenção estipulada no nº 1 e não de uma mera redução de taxa de imposto.

Sendo certo que o preceito sob análise não admite interpretação *a contrariu sensu*, por não ser norma de natureza excepcional, basta um pequeno exercício interpretativo para justificar a nossa posição.

Com efeito, se a subscrição particular se define por a oferta ser dirigida a menos de 100 pessoas, é evidente que não é o número de subscritores de capital do Fundo que é visado pelo legislador – senão este nada mais colocaria na previsão da norma, bastando a sua caracterização como Fundo de subscrição particular. Essencial para o legislador que afasta a aplicação dos benefícios fiscais previstos no nº 1 do artº 46º, substituindo-o por um regime de redução de taxas é, pois, o estatuto ou natureza dos subscritores, senão o legislador não lhes faria referência.

Ora, sendo esta matéria a pedra de toque da norma, como é possível conceber que o legislador não cuidaria de afastar da sua aplicação os Fundos que contassem, no acervo de subscritores,

investidores qualificados? É que, como é evidente, se o afastamento do nº 1 do artº 46º do EBF, ou a aplicação do nº 2 do mesmo artigo, se verificasse quando (pelo menos) um dos subscritores de capital fosse um investidor qualificado, então todos os fundos de investimento imobiliário, mistos ou fechados, desde que de subscrição particular, estariam abrangidos pela previsão do nº 2 do artº 46º do EBF.

Ou seja, a expressa menção, como elemento da previsão da norma, ao estatuto ou natureza dos subscritores do capital, afasta total e liminarmente a hipótese de o nº 2 do artº 46º do EBF poder ser aplicado a um Fundo que conte com pelo menos um investidor qualificado no universo dos subscritores do respectivo capital.

Se outra fosse a intenção do legislador, a redacção do preceito cessava na "*subscrição particular*", nada mais sendo necessário inscrever na previsão da norma!

A atestar esta interpretação, basta atentar no que se estabelece na norma de direito transitório estabelecida no artº 88º, alínea j), da Lei do OE 2007¹⁹. Com efeito, esta norma (a que nos referiremos especificamente mais adiante), faz retroagir a 01/11/2006 a aplicação do nº 2 do artº 46º do EBF:

- a) Aos imóveis integrados em fundos de investimento imobiliário mistos ou fechados de subscrição particular por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles constituídos após 1 de Novembro de 2006 ou que realizem aumentos de capital após esta data e,
- b) Aos imóveis integrados em fundos com idênticas características cujas unidades de participação eram, à data de 1 de Novembro de 2006, detidas exclusivamente por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles.

Ora, não há qualquer razão para que o advérbio *exclusivamente* se refira apenas ao universo de participantes nos fundos abrangidos pela segunda hipótese da norma transitória; nada há, nessa segunda hipótese, de específico ou excepcional que justifique que apenas nesse caso se exija a exclusividade, uma vez que a única coisa que diferencia esses fundos dos demais abrangidos pela previsão do nº 2 do artº 46º do EBF é o facto de já se encontrarem constituídos em 01/11/2006 e não serem objecto de um aumento de capital depois dessa data.

Aliás, em verdade se diga que toda esta cascata de hipóteses ou sub-hipóteses enunciadas na alínea j) do artº 88º do OE 2007 se revela absurda, posto que da letra da lei o que resulta é encontrarem-se abrangidos pela norma de direito transitório:

- a) Os fundos constituídos antes de 01/11/2006;

¹⁹ Refira-se que esta norma usa a mesma terminologia adoptada pelo artº 46º do EBF, o que apenas pode reforçar a convicção que tal não se deve a lapso do legislador.

- b) Os fundos constituídos antes de 01/11/2006 que sofreram um aumento de capital após essa data;
- c) Os fundos constituídos após 01/11/2006.

Desde que, todos eles, sejam detidos exclusivamente por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles.

Por outras palavras, e de acordo com a letra da norma transitória, estão afinal abrangidos pela alínea j) do artº 88º do OE 2007 todos os FII que se encontrem na prevista condição quanto ao estatuto e natureza dos subscritores do respectivo capital. Se assim é, porque razão, pergunta-se, tanto *furor escrevinhatório*? Para esclarecer o intérprete, seguramente não foi...

4.4. E a Constituição?

Ainda a propósito da norma da alínea j) do artº 88º do OE 2007, que estabelece a retroacção da entrada em vigor do nº 2 do artº 46º do EBF a 01/11/2006, apetece perguntar se por t

Página/Page: 16/26

acaso o seu autor conhece um diploma, que ao que parece estará a cair em desuso para os lados das Finanças, e que dá pelo nome de Constituição da República Portuguesa.

Sucedem, com efeito, que o nº 3 do artº 103º da Constituição estabelece como segue:

3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

Não sendo nós constitucionalistas, parece-nos evidente que a norma transitória a que nos vimos referindo viola descaradamente este preceito constitucional, uma vez que a garantia de irretroactividade dos tributos, designadamente quanto ao IMI (cuja relação jurídico-tributária, como se sabe, constitui-se a 31/12 de cada ano – artºs 8º e 113º do CIMI), fica evidentemente ferida no que respeita aos FII, e subscritores do respectivo capital, que caem na previsão daquela.

Não é que não sejamos sensíveis às intenções do legislador, eloquentemente expressas em pleno hemiciclo parlamentar por Sua Excelência o Senhor Deputado Afonso Candal:

(...) Ou seja, o texto agora proposto aplica-se aos imóveis integrados nesses fundos, naturalmente, a partir do dia 1 de Janeiro de 2007, mas de acordo com a natureza dos mesmos à data de 1 de Novembro de 2006. Ou seja, o que não é permitido é a alteração da

*natureza do fundo para continuar a beneficiar da isenção integral, na certeza de que a isenção integral se manterá até ao final do ano 2006.*²⁰

Lamentavelmente, as nobres intenções do Senhor Deputado Afonso Candal não encontram correspondência na letra do preceito, pelo que ninguém estranhe se a Administração Tributária se sentir respaldada para, como quem não quer a coisa, emitir umas liquidações de IMI referentes ao ano de 2006 para imóveis detidos, a 31/12/2006, por FII nas condições previstas no nº 2 do artº 46º do EBF e na famigerada norma transitória.

E cuide-se quem impugnar tais liquidações com base nas declarações do Senhor Deputado Afonso Candal. Perceberão então de que vale a intenção do legislador na interpretação e aplicação das normas por ele *escrevinhadas*.

4.5. Os benefícios *estruturais* por cinco anos e o artº 46º do EBF.

Há poucos anos, se bem se recordam, foi constituído um grupo de trabalho que dava pela acróimo de ECORFI (Estrutura de Coordenação da Reforma Fiscal)²¹, cujo notável trabalho tem vindo a ser paulatinamente destruído pela multidão de alterações legislativas que se sucederam à publicação do DL 198/2001, de 3 de Julho.

Uma das mais recentes machadadas foi dada pelo Lei do Orçamento de Estado para 2007, que introduziu uma relevantíssima alteração ao EBF, concretizada pelo novo artº 2º-A deste diploma, que citamos:

PARTE I Princípios gerais

Artigo 2º-A Caducidade dos benefícios fiscais t t

- 1 - As normas que consagram os benefícios fiscais constantes das partes II e III do presente Estatuto vigoram durante um período de cinco anos, salvo quando disponham em contrário.*
- 2 - São manidos os benefícios fiscais cujo direito tenha sido adquirido durante a vigência das normas que os consagram, sem prejuízo de disposição legal em contrário.*
- 3 - O disposto no nº 1 não se aplica aos benefícios fiscais constanes dos artigos 14º, 15º, 21º, 22º, 22º-A, 22º-B e 40º, bem como ao capítulo V do presente Estatuto.*

Uma das mais relevantes alterações que o ECORFI tinha produzido na re-configuração do EBF era a classificação dos benefícios fiscais nele consagrados em estruturais (Parte II) e de carácter temporário (Parte III). Simples, claro, acessível e lógico.

²⁰ Idem, pág. 111. Cf. infra o que referimos na nota 25.

²¹ O ECORFI foi criado pelo Despacho nº 3140/2000 do Ministro das Finanças de então, Dr. Pina Moura, sendo o seu trabalho concretizado pelas Leis nº 30-F/2000 e 30-G/2000, de 29 de Dezembro, pela Lei do Orçamento de Estado para 2001 (Lei nº 30-C/2000, de 29 de Dezembro), pela Lei 15/2001, de 15 de Junho, e pelo DL 198/2001, de 3 de Julho

Com esta nova regra, que não altera a estrutura do diploma, passamos a ter (i) benefícios fiscais estruturais que não caducam, (ii) benefícios fiscais estruturais que caducam ao fim de cinco anos (?), e (iii) benefícios de carácter temporário que caducam em data que pode não ser coincidente com aquela que consta da norma que os institui. Se esta norma serve a clarificação do sistema de benefícios fiscais, não há qualquer dúvida, estamos bem servidos!²²

²² Cabe aqui fazer menção ao notável trabalho que resultou na elaboração do relatório "Reavaliação dos Benefícios Fiscais", publicado nos cadernos CTF nº 198. O propósito deste grupo de trabalho era "estudar e propor soluções legislativas no âmbito dos benefícios fiscais, nomeadamente na área da tributação do rendimento e do património" (Despacho do senhor Ministro de Estado e das Finanças de 1 de Maio de 2005. Citamos aqui as:

VI.1. Recomendações de carácter geral

Considerando a necessidade de alcançar uma maior simplicidade e transparência do sistema de benefícios fiscais e, bem assim, uma diminuição dos seus custos administrativos; considerando as vantagens da definição no ordenamento português de uma regra que estabeleça um horizonte temporal para os benefícios fiscais e conemple um mecanismo operativo de caducidade dos mesmos; tendo em vista valorizar a integração da despesa final no Orçamento do Estado; e tendo em conta a análise que se efectuou no capítulo IV sobre o enquadramento financeiro dos benefícios fiscais, quer no plano teórico, quer no plano do Orçamento do Estado Português, o Grupo de Trabalho formula as recomendações que seguem:

- 1ª) Os benefícios fiscais dependentes de reconhecimento e que pressupõem alguma margem de apreciação discricionária decisória devem ser objecto de uma avaliação especial e permanente, tendo em conta que só se justifica a sua manutenção se os custos administrativos implicados na tomada de decisão não superarem as vantagens decorrentes da sua concessão*
- 2ª) Dever-se-á também procurar, na medida do possível, diminuir o grau de indeterminação dos pressupostos da referida modalidade de benefícios fiscais conferindo-lhes uma maior objectividade.*
- 3ª) Relativamente à problemática da regra de caducidade dos benefícios fiscais:*
 - a. Revisão do artigo 14.º, n.º 1 da LGT de modo a criar uma regra operativa de caducidade dos benefícios fiscais, cuja verificação implique a falta de legitimidade na sua concessão pela administração e a impossibilidade de o contribuinte poder auferir os regimes excepcionais neles consagrados*
 - b. Que a regra da caducidade se aplique à generalidade dos benefícios fiscais propriamente ditos, afastando os desagravamentos definidos no artigo 3.º do EBF, ocorrendo no início do sexto ano subsequente ao da entrada em vigor do benefício a menos que o legislado expressamente disponha em sentido diferente isto é, preveja um prazo menor ou maior de vigência;*
 - c. Que a verificação da caducidade dos benefícios fiscais esteja associada à construção de um classificador.*
- 4ª) Quanto ao classificador dos benefícios fiscais:*
 - a. Construção de um classificador que tenha por objectivo aumentar a transparência e o controlo da despesa fiscal em geral e do sistema de benefícios fiscais em particular, desse modo se contribuindo para a racionalização e a simplificação do sistema fiscal no seu conjunto e das próprias finanças públicas tomando-se como ponto de partida para o efeito o modelo apresentado;*
 - b. Criação, no âmbito do Conselho Superior de Estatística, de um grupo de trabalho, composto por representantes das diversas entidades públicas interessadas, em ordem a proceder a um levantamento exaustivo dos diversos componentes da despesa fiscal tendo em vista a sua inserção no modelo de classificador apresentado*
 - c. Realização de um estudo que apure se é necessário introduzir modificações no protocolo existente entre o INE e o Ministério das Finanças e da Administração Pública, de modo a evitar entraves às trocas de informações que se mostrem necessárias à viabilização do classificador.*
- 5ª) No plano do direito orçamental, e tendo em conta uma visão integrada do orçamento dever-se-á integrar de forma mais aprofundada a apreciação dos benefícios fiscais no âmbito do debate orçamental, conferindo-lhe um espaço próprio em sede de especialidade; desse modo contribuir-se-á para uma mais adequada inclusão dos benefícios fiscais no princípio da auto-tributação, evidenciando também melhor a concreta relação entre a despesa fiscal e os benefícios fiscais, aumentando-se pois, a transparência e clareza do sistema fiscal, designadamente no que toca ao escrutínio dos objectivos económicos e sociais prosseguidos através daqueles.*

(págs. 350-352).

É facto que o artº 14º da Lei Geral Tributária foi alterado pela Lei 53-A/2006 (OE 2007), em coincidência com a introdução do artº 2º-A do EBF. Será que, com esta alteração legislativa, se pretendeu dar seguimento à recomendação do Grupo de Trabalho assinalada a negro? Se é assim, de novo estaremos perante um mero remendo, longe, muito longe do proposto... designadamente no que respeita aos propósitos de simplificação e transparência do sistema de benefícios fiscais.

E em que gaveta terá ficado o classificador (ou classificadores) para os benefícios? É que, de acordo com o Grupo de Trabalho, "(...) a construção e a operacionalização deste conjunto de classificadores fornecerá um instrumento poderoso para a racionalização da decisão político-económica nesta área, para além de aumentar significativamente

Para este preceito, que evidentemente coloca severas questões de aplicação da lei no tempo, cuidou o legislador de estabelecer normas que esclareçam os termos da sua aplicação às situações já constituídas aquando da sua entrada em vigor. Assim, de acordo com as alíneas a) e b) do artº 88º do OE 2007:

- a) *São mantidos, nos termos em que foram concedidos, os benefícios fiscais constantes das pares II e III cujo direito tenha sido adquirido até 31 de Dezembro 2006;*
- b) *Da aplicação do regime previsto no n.º 1 do artigo 2.º-A não pode resultar a ampliação dos prazos estabelecidos para a duração dos benefícios constantes do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 215/89, de 1 de Julho.*

Também não foi revogado ou alterado o artº 10º do EBF, o qual estabelecia, e estabelece, como segue

Artigo 10º

Aplicação no tempo das normas sobre benefícios fiscais

- 1 - As normas que alterem benefícios fiscais convencionais, condicionados ou tempoários, não são aplicáveis aos contribuintes que já aproveitem do direito ao benefício fiscal respectivo, em tudo que os prejudique, salvo quando a lei dispuser o contrário.*
- 2 - É aplicável o disposto no número anterior quando o fundamento do benefício fiscal for um regime jurídico de direito comum que limite os direitos do contribuinte, especialmente quando restrinja os poderes de fruição ou de disposição dos seus bens, designadamente nos casos previstos no nº 2 do artigo 13º que revistam essa natureza.*
- 3 - O disposto nos números anteriores não prejudica o estabelecido no artigo 2º do Decreto-Lei nº 215/89, de 1 de Julho.*

Ora, o que resulta, para os FII, da conjugação destas normas com o estabelecido na nova redacção do artº 46º do EBF?

Depende do juízo de constitucionalidade que se faça do estabelecido na alínea j) do artº 88º do OE 2007, preceito que caberá agora citar:

- j) O disposto no n.º 2 do artigo 46.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais é aplicável, a partir da entrada em vigor da presente lei, aos imóveis integados em fundos de*

transparência e a simplicidade da gestão da despesa fiscal e, em particular, do sistema de benefícios fiscais.” (pág. 83). Será que esta alteração legislativa, isolada, faz sentido?

investimento imobiliário mistos ou fechados de subscrição particular por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles constituídos após 1 de Novembro de 2006 ou que realizem aumenos de capital após esta data e, bemassim, aos imóveis integrados em fundos com idênticas características cujas unidades de participação eram, à data de 1 de Novembro de 2006, detidas exclusivamente por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles;

...

Com efeito, da consagração de um prazo de caducidade para os benefícios fiscais previstos no artº 46º do EBF, conforme o nº 1 do artº 2º-A do EBF, resulta que os mesmos passaram a ser estruturais-temporários (!). Ora, sendo temporários, aplicar-se-lhes-á o estabelecido no nº 1 do artº 10º do EBF, pelo que a nova redacção daquele preceito legal não poderia afectar os direitos já constituídos.

Por outro lado, e mesmo que não se entenda aplicável à nova redacção do artº 46º do EBF o estabelecido no artº 10º, nº 1, do EBF, valeria a norma da alínea a) do artº 88º do OE 2007, de acordo com a qual: *"São manidos, nos termos em que foram concedidos, os benefícios fiscais constantes das partes II e III cujo direito tenha sido adquirido até 31 de Dezembro 2006."*

Que quer tudo isto dizer? Que:

- a) Aos imóveis adquiridos até 31/12/2006 por qualquer FII, e independentemente do estatuto ou natureza dos subscritores do respectivo capital, é aplicada, sem qualquer prazo de caducidade, isenção total de IMI;
- b) Quanto aos imóveis adquiridos após 31/12/2006 por um FII, quer a isenção ou redução de taxa de IMI (consoante seja aplicável o nº 1 ou o nº 2 do artº 46º do EBF) caducará no prazo de cinco anos.
- c) A isenção de IMT na aquisição de imóveis para FII representado pelas respectivas entidades gestoras não está sujeita ao prazo de caducidade previsto no nº 1 do artº 2º-A do EBF;
- d) A nova isenção de IMT, ora estabelecida no nº 1 do artº 46º do EBF, aplicável aos imóveis integrados num FII, caducará no prazo de cinco anos.

Com efeito, é inquestionável que o benefício fiscal estabelecido na anterior redacção do artº 46º era um benefício automático (artº 4º do EBF), pelo que a aquisição do seu direito era apanágio da natureza jurídica do FII. Ou seja, desde que o FII fosse constituído, adquiria de imediato, ex lege, o direito ao benefício fiscal de isenção de IMI. Assim sendo, à isenção de IMI prevista é aplicável o estabelecido na alínea a) do artº 88º do OE 2007, pelo que a mesma (i)

se aplica a todos os imóveis de todos os FII adquiridos para estes até 31/12/2006, e que (ii) não caducará no prazo de cinco anos contados da sua entrada em vigor.

Quanto à isenção de IMT prevista no artº 1º do DL 1/87, nada há de relevante a referir, pois o artº 2º-A do EBF não se lhe aplica²³.

Já quanto (i) à nova isenção de IMT prevista no nº 1 do artº 46º do EBF, (ii) à redução de taxa prevista no nº 2 do mesmo preceito, e (iii) aos benefícios fiscais em sede de IMI aplicáveis a prédios adquiridos para FII após 31/12/2006, é nossa opinião que estes benefícios devem efectivamente caducar no prazo de cinco anos previsto no nº 1 do artº 2º-A do EBF, pois ambos procedem de disposições legais inovadoras e contemporâneas da entrada em vigor do artº 2º-A do EBF – pelo que nem o artº 10º do EBF, nem a alínea a) do artº 88º do OE 2007, lhes podem ser aplicadas.

...

Tudo isto seria indiscutível, não fora o estabelecido na alínea j) do artº 88º do OE 2007. Com efeito, e por muita crítica que a mesma possa merecer, é facto que esta norma é especial em relação ao disposto nas alíneas a) e b) do mesmo artigo, afastando, assim, a sua aplicação.

Ainda assim, esta norma é específica quanto à aplicação no tempo do estabelecido no novo nº 2 do artº 46º do EBF, pelo que a sua supremacia em relação às alíneas a) e b) do artº 88º do OE 2007 não invalida as conclusões supra que não digam respeito às reduções de taxa.

Isto sem esquecer as dúvidas quanto à constitucionalidade desta norma...

De qualquer modo, e porque, como referimos já, nos falta a arte e o engenho para perorarmos sobre a constitucionalidade de normas, vamos adaptar as referidas conclusões enunciadas supra considerando que a alínea j) do artº 88º do OE 2007 é constitucional.

Vamos, então, a isso (assinalando a divergência com as conclusões originais e, a nosso ver, correctas):

Quanto à isenção:

- a) Aos imóveis adquiridos até 01/11/2006 por qualquer FII, e independentemente do estatuto ou natureza dos subscritores do respectivo capital, é aplicada, sem qualquer prazo de caducidade, isenção total de IMI;

²³ Nem a qualquer benefício fiscal estabelecido em legislação extravagante, os quais deveriam ser, pela natureza e estrutura do actual sistema legislativo fiscal, mais estáveis, ou menos estáveis, do que aqueles consagrados no EBF. Mais estáveis, quando consagrados em regimes completos e em que o benefício desempenha papel específico e próprio; menos estáveis, e sempre de duração determinada casuisticamente, quando o interesse extra-fiscal assim o aconselhasse.

- b) Quanto aos imóveis adquiridos após 01/11/2006 por um FII, quer a isenção ou redução de taxa de IMI (consoante seja aplicável o nº 1 ou o nº 2 do artº 46º do EBF) caducará no prazo de cinco anos^{24/25}.

Quanto à caducidade:

- c) A isenção de IMT na aquisição de imóveis para FII representado pelas respectivas entidades gestoras não está sujeita ao prazo de caducidade previsto no nº 1 do artº 2º-A do EBF;
- d) A nova isenção de IMT, ora estabelecida no nº 1 do artº 46º do EBF, aplicável aos imóveis integrados num FII, caducará no prazo de cinco anos.

5. Conclusões.

Quanto aos subscritores de capital dos FII a que se refere o nº 2 do artº 46º do EBF.

Se a subscrição particular se define por a oferta do capital do Fundo de Investimento ser dirigida a menos de 100 pessoas, é evidente que não é o número de subscritores de capital do Fundo que é visado pelo legislador na redacção do nº 2 do artº 46º do EBF – senão este mais nada colocaria na previsão da norma, bastando a sua caracterização como Fundo de subscrição particular. Essencial para o legislador que afasta a aplicação dos benefícios fiscais previstos no nº 1 do artº 46º, substituindo-o por um regime de redução de taxas, é, pois, o estatuto ou natureza dos subscritores, senão o legislador não lhes faria referência.

Logo, se a verificação da previsão do nº 2 do artº 46º do EBF ocorresse também quando (pelo menos) um dos subscritores de capital fosse um investidor qualificado, então todos os fundos de investimento imobiliário, mistos ou fechados, desde que de subscrição particular, estariam abrangidos pela previsão do nº 2 do artº 46º do EBF.

²⁴ Cabe referir que esta norma de caducidade seguramente introduzirá dificuldades na gestão dos FII por ela abrangidos, pois poucos são os Fundos criados para durarem cinco anos ou menos. Os Fundos já constituídos terão que rever as suas previsões de rentabilidade, considerando custos adicionais e imprevistos.

²⁵ O disposto na alínea j) do artº 88º do OE para 2007 pode ter outro efeito útil e algo maquiavélico. Na verdade, uma das leituras possíveis é que o mesmo não sirva para determinar, dentro de cada FII, que imóveis ficam isentos de IMI ou sujeitos a redução de taxa, mas para determinar subjectivamente quais os FII a que serão de aplicar, de 2007 em diante, o regime de redução de taxa à totalidade do seu património.

Nesta leitura, que quadra mal à letra da norma, a determinação da aplicação no tempo do regime do nº 2 do artº 46º não se refere aos imóveis em si mesmos, mas a todos aqueles detidos por FII que se subsumam às circunstâncias ou condições subjectivas definidas na norma.

Esta leitura parece-nos desconforme com a letra do preceito e, sobretudo, com o estabelecido no artº 2º-A do EBF, sendo que da mesma se retiraria que, embora "safos" em 2006, os imóveis adquiridos por este tipo de FII antes de 01/11/2006 passariam a estar sujeitos a IMI a partir de 2007 inclusive.

Nesta perspectiva, a norma não estabelece de forma directa a sua retroactividade, mas acaba por ter eficácia ou efeito retroactivo, pois determinaria a aplicação de IMI (ainda que com redução de taxa) a imóveis adquiridos antes de 01/11/2006. Não pode, pois, aceitar-se como válida esta interpretação, que repudiamos. A ser aceite como válida, a norma do artº 88º, alínea j), do OE 2007, apenas pode servir para "segmentar" o património destes FII, determinando que imóveis, no acervo do respectivo património, perdem a isenção e são sujeitos ao regime de redução de taxa.



Assim, o nº 2 do artº 46º do EBF só pode ser aplicado quando a totalidade do capital seja detido exclusivamente por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta daqueles.

Em sede de IMT.

Não se verificou qualquer revogação expressa global do DL 1/87, ou do seu artº 1º, preceito que estabelece como segue:

São isentas de sisa as aquisições de bens imóveis efectuadas para um fundo de investimento imobiliário pela respectiva sociedade gestora.

A letra do nº 1 do artº 46º do EBF, na redacção introduzida pelo OE 2007, estabelece uma isenção de IMT aplicável aos imóveis integrados no FII – e não à aquisição destes para o FII.

Assim sendo, também não se operou a revogação tácita do artº 1º do DL 1/87, uma vez que o postulado no nº 1 do artº 46º do EBF diverge claramente do estabelecido no artº 1º do DL 1/87.

Permanecendo válido na ordem jurídica o disposto no artº 1º do DL 1/87, da conjugação deste preceito com o estabelecido no nº 1 do artº 46º do EBF resulta que:

- a) Está isenta de IMT a aquisição de imóveis para um FII representado pela sua sociedade gestora;
- b) A esta isenção de IMT não é aplicável o prazo de cinco anos de caducidade ora previsto no artº 2º-A do EBF;
- c) Está isenta de IMT a transmissão a terceiros de imóveis integrados em um FII - isenção que caducará no prazo de cinco anos ora previsto no artº 2º-A do EBF.

Mantendo-se em vigor o estabelecido no artº 1º do DL 1/87, a redução de taxa prevista no nº 2 do artº 46º do EBF não é aplicável à aquisição de imóveis para um FII pela respectiva entidade gestora, independentemente do estatuto ou natureza dos subscritores do respectivo capital, sendo contudo aplicável aos imóveis integrados em FII, ou seja, na sua alienação a terceiros pela entidade gestora do FII, desde que os respectivos subscritores de capital sejam exclusivamente investidores não qualificados, ou instituições financeiras por conta daqueles.

Em sede de IMI.

É inquestionável que o benefício fiscal estabelecido na anterior redacção do artº 46º do EBF era um benefício fiscal automático (artº 4º do EBF), pelo que a aquisição do seu direito era apanágio da natureza jurídica do FII. Ou seja, desde que o FII fosse constituído, adquiria de imediato, ex lege, o direito ao benefício fiscal de isenção de IMI. Assim sendo, à isenção de IMI prevista no artº 46º do EBF é aplicável o estabelecido na alínea a) do artº 88º do OE 2007, pelo que a mesma (i) se aplica a todos os imóveis de todos os FII adquiridos para estes até 31/12/2006, e que (ii) não caducará no prazo de cinco anos contados da sua entrada em vigor.

Quanto aos imóveis adquiridos após 31/12/2006 por um FII, quer a isenção ou redução de taxa de IMI (consoante seja aplicável o nº 1 ou o nº 2 do artº 46º do EBF) caducará no prazo de cinco anos.

A fixação da data em 31/12/2006 a que nos referimos supra depende do juízo que se faça quanto à validade da norma de direito transitório prevista na alínea j) do artº 88º da Lei do Orçamento de Estado para 2007 que, do nosso ponto de vista, é inconstitucional em face do estabelecido no nº 3 do artº 103º da Constituição da República. Caso assim não se entenda, então a data relevante será 01/11/2006.

Síntese

FII abrangidos pelo artº 46º, nº 1, do EBF – Todos os FII não abrangidos pela previsão da norma do nº 2 do artº 46º do EBF.

FII abrangidos pelo artº 46º, nº 2, do EBF – FII de subscrição particular detidos exclusivamente por investidores não qualificados ou por instituições financeiras por conta destes. Imóveis adquiridos até 31/12/2006	Imóveis adquiridos após 31/12/2006	
FII - artº 46º/1 EBF	Isenção de IMT na aquisição; Isenção de IMT na transmissão pelo FII - caduca no prazo de cinco anos; Isenção de IMI - não caduca no prazo de cinco anos.	Isenção de IMT na aquisição – não caduca no prazo de cinco anos; Isenção de IMT na transmissão pelo FII - caduca no prazo de cinco anos; Isenção de IMI - não caduca no prazo de cinco anos.
FII - artº 46º/2 EBF	Isenção de IMT na aquisição; Isenção de IMT na transmissão pelo FII - caduca no prazo de cinco anos; Isenção de IMI - não caduca no prazo de cinco anos.	Isenção de IMT na aquisição – não caduca no prazo de cinco anos; Redução de taxa de IMT na transmissão pelo FII - caduca no prazo de cinco anos; Redução de taxa de IMI - caduca no prazo de cinco anos.

6. Nota (lamento) final.

Todo o exercício que vimos de fazer deixa-nos um enorme amargo de boca: é evidente que boa parte das conclusões que atingimos em nada correspondem à intenção confessa do legislador "orçamental"²⁶, pelo que se antecipa que o nosso trabalho, se demonstrar alguma virtualidade ou correcção técnica, apenas terá como efeito útil (para além do exercitar das nossas modestas capacidades intelectuais...) chamar a atenção das Finanças para os lapsos incorridos pelo legislador e, assim, precipitar (mais uma...) alteração legislativa, que venha simplificar e corrigir este emaranhado virtualmente ininteligível que resulta da actual redacção do artº 46º do EBF, conjugado com a norma de direito transitório que, a seu respeito, consta da alínea j) do artº 88º da Lei 53-A/2006 (OE 2007), bem assim com o seu contemporâneo artº 2º-A do EBF.

Mais se antecipa (e se teme) que tal alteração venha com o rótulo de "norma com natureza interpretativa", expediente de duvidosa constitucionalidade a que o legislador tributário vem recorrendo quando carece de emendar a mão.

Mas o que mais se lamenta é a constatação do estado a que chegou a produção legislativa no nosso país. É certo que a tarefa que cabe ao legislador é sempre delicada e árdua, e que ninguém se encontra imune a um erro, a um engano, a um lapso, ou a um dia de menor inspiração. Mas há limites, e estes têm vindo a ser ultrapassados demasiadas vezes, e por vezes, como nos parece suceder no caso vertente, com grave dano para a ordem e a segurança jurídica.

O tema não é menor. E mesmo que o fosse, não podemos condescender com este estado de coisas, com este legislador *trigger happy*, que legisla depressa, demasiado e mal.

Admite-se que, se fossemos chamados a desempenhar o papel desempenhado pelos escribas das normas em crítica, talvez não conseguíssemos fazer melhor. Mas se assim fosse, preferíamos guardar a caneta e dedicarmos o nosso tempo a qualquer outra coisa. Mal por mal...

João Espanha - Advogado Especialista em Direito Fiscal

(com António Raposo Subtil, a quem devo a redacção do ponto 2. do presente trabalho e, sobretudo, a ideia para o elaborar)

²⁶ Em conferência organizada pela Associação Fiscal Portuguesa no passado dia 24/05/2007, subordinada ao tema "Os benefícios fiscais no direito empresarial" e proferida pelo Dr. Guilherme de Oliveira Martins, observou-se, sem surpresa, que será entender da Administração Tributária que o novo n.º 2 do artigo 46.º do EBF visa apenas cortar para metade os benefícios de IMT e IMI para os FII fechados e mistos de subscrição particular (a ideia inicial era mesmo acabar com os benefícios para estes fundos).

Ninguém levantou questões quanto à redacção do preceito mas, a pedido de um dos presentes, foi afirmado pelo Conferencista que, em seu entender, basta um investidor não ser qualificado para que o benefício seja reduzido a metade.
 QED.