



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Tributação dos rendimentos gerados pela participação em OIC *nacional e estrangeiro*

**Análise comparativa na ótica do participante
pessoa singular residente em território português**

João Pedro Fernandes Regufe

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Tributação dos rendimentos gerados pela participação em OIC *nacional e estrangeiro*

**Análise comparativa na ótica do participante
pessoa singular residente em território português**

João Pedro Fernandes Regufe

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís Bandeira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Luís Bandeira, pela motivação, sugestões, críticas e paciência.

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, pela solicitude e partilha de conhecimentos.

Aos meus pais, Maria de Nazaré e Fernando, por sempre acreditarem em mim.

À minha irmã, Joana, pelos preciosos conselhos.

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional.

Resumo

A presente dissertação consiste numa análise comparativa ao tratamento fiscal dos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português, consoante a sua participação seja feita em OIC *nacionais* ou em OIC *estrangeiros*.

Em concreto, pretendemos apurar as diferenças previstas na legislação portuguesa para a tributação dos rendimentos que derivem de operações equivalentes, consoante o investimento seja feito em OIC *nacional* ou em OIC *estrangeiro*. Como procuraremos demonstrar, o regime nacional em vigor, seja por via legal ou regulamentar, parece beneficiar, paradoxalmente, o investimento em OIC *estrangeiros*, no que a determinadas operações geradoras de rendimento concerne.

A participação em OIC *estrangeiro* poderá desencadear uma situação de dupla tributação jurídica na esfera do participante. Nessa medida, procuraremos aferir como se efetua a repartição da competência tributária internacional entre o Estado português e o Estado da fonte, de forma a perceber em que hipóteses e em que termos os rendimentos obtidos pelo participante hão de ficar sujeitos à aplicação do regime fiscal português.

Palavras-chave: OIC; EBF; CIRS; Convenções sobre Dupla Tributação; mais-valias; rendimentos de capitais; rendimentos prediais.

Abstract

This dissertation consists of a comparative analysis of the tax treatment of income obtained by natural persons resident in portuguese territory, depending on whether they invest in portuguese or non-portuguese CIUs.

Specifically, we intend to determine the differences in Portuguese legislation for the taxation of income derived from equivalent operations, depending on whether the investment is made in a portuguese or non-portuguese CIU. As we will try to demonstrate, the national regime in force, whether by law or regulation, seems to paradoxically benefit investment in non-portuguese CIUs, as far as certain income generating operations are concerned.

The investment in a non-portuguese CIU may give rise to a situation of juridical double taxation in the sphere of the investor. To this extent, we will seek to assess how

the division of international tax jurisdiction between the portuguese state and the source state takes place, in order to understand in what circumstances and under what terms the income obtained by the investor will be subject to the portuguese tax regime.

Keywords: *Collective Investment Undertaking; Portuguese Tax Benefits Statute; Portuguese Personal Income Tax Code; Double Taxation Conventions; capital gains; investment gains; immovable property income.*

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	9
Introdução.....	11
1. Objeto do estudo.....	11
1.1. Delimitação	11
2. Justificação do tema.....	12
3. Plano e sequência.....	13
4. Metodologia.....	13
Capítulo I – Aspetos Elementares dos OIC	14
1. Conceito e propósito do investimento coletivo	14
2. Caracterização dos OIC	14
2.1. Quanto à forma.....	14
2.2. Quanto à natureza dos ativos integrantes da carteira do OIC	15
2.3. Quanto à variabilidade do capital.....	15
2.4. Quanto à política de rendimentos.....	16
3. Participante	16
3.1. As diferentes operações geradoras de rendimentos.....	17
Capítulo II – Princípios e fatores enformadores do regime tributário dos OIC	19
Capítulo III – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC <i>nacionais</i>	21
1. Introdução ao regime	21
2. A <i>isenção</i> na esfera dos OIC	21
3. A tributação na esfera dos participantes	22
3.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC	23
3.1.1. OIC mobiliário	23
3.1.2. OIC imobiliário.....	24
3.2. Rendimentos resultantes da transação de participações	24

3.2.1.	OIC mobiliário	25
3.2.2.	OIC imobiliário.....	26
3.3.	Rendimentos resultantes do resgate	27
3.3.1.	OIC mobiliário	28
3.3.2.	OIC imobiliário.....	30
3.4.	Rendimentos resultantes da liquidação do OIC	31
3.4.1.	OIC mobiliário	32
3.4.2.	OIC imobiliário.....	32
3.4.3.	A prática regulamentar e administrativa	33
Capítulo IV – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC <i>estrangeiros</i>		35
1.	O regime tributário nacional.....	35
1.1.	Rendimentos distribuídos pelo OIC	35
1.2.	Rendimentos resultantes da transação, do resgate e da liquidação do OIC .	36
2.	Repartição internacional da competência tributária	37
2.1.	Rendimentos distribuídos pelo OIC	38
2.1.1.	Qualificação como dividendos.....	38
2.1.2.	Qualificação como rendimentos de bens imobiliários.....	42
2.2.	Rendimentos resultantes da transação de participações	43
2.2.1.	Qualificação como mais-valias.....	43
2.3.	Rendimentos resultantes do resgate e da liquidação do OIC	46
2.3.1.	Qualificação como dividendos.....	46
2.3.2.	Qualificação como rendimentos de bens imobiliários.....	51
Conclusões.....		52
Bibliografia.....		55

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão
Acs. – Acórdãos
Art. – Artigo
Arts. – Artigos
AT – Autoridade Tributária e Aduaneira
CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa
CDT – Convenção sobre Dupla Tributação
Cfr. – Conferir/Confrontar
CIRC – Código do IRC
CIRS – Código do IRS
CMOCDE – Convenção Modelo da OCDE
CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
CVM – Código dos Valores Mobiliários
DL – Decreto-lei
DUE – Direito da União Europeia
EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais
EC – Estado Contratante/Estados Contratantes
FCR – Fundo de Capital de Risco
FI – Fundo de Investimento
FII – Fundo de Investimento Imobiliário
FIIAH – Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional
FIIRF – Fundo de Investimento Imobiliário em Recursos Florestais
FIIRU – Fundo de Investimento Imobiliário para Reabilitação Urbana
FIM – Fundo de Investimento Mobiliário
FPR – Fundo de Poupança-reforma
IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
IS – Imposto do Selo
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIA – Organismo de Investimento Alternativo
OIC – Organismo de Investimento Coletivo
OICVM – Organismo de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários

Op. cit. – Na obra citada

P. – Página

Par. – Parágrafo/Parágrafos

Pp. – Páginas

Pr. – Processo

RGOIC – Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo

Ss. – Seguintes

UCP-CRP – Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto

Vd. – Ver

V.g. – Por exemplo

Introdução

1. Objeto do estudo

O regime fiscal aplicável aos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português, em virtude da sua participação em OIC *nacionais*¹, encontra-se previsto em regime especial consagrado no EBF. Trata-se de um regime peculiar relativamente ao tratamento fiscal de determinadas operações geradoras de rendimentos, que, quando comparado com o regime geral do CIRS, se apresenta prejudicial na ótica do sujeito passivo.

A participação em OIC *estrangeiros* permite que o sujeito passivo residente em Portugal, sem necessidade de alterar o tipo de investimento, veja os rendimentos auferidos serem tributados de acordo com as regras do CIRS. Contudo, sendo esta uma situação jurídica de índole transfronteiriça, levantar-se-ão, por regra, questões de dupla tributação jurídica internacional, pelo que nem sempre a tributação dos rendimentos será feita de acordo com a legislação portuguesa.

A posição fiscal do participante singular residente em território português é, portanto, substancialmente diferente consoante o seu investimento seja efetuado em OIC *nacional* ou em OIC *estrangeiro*. Com o presente estudo, pretendemos apurar as diferenças no tratamento fiscal dos rendimentos obtidos pelo participante, com origem em operações similares, conforme a sua fonte seja nacional ou estrangeira.

1.1. Delimitação

O presente estudo é limitado à análise dos rendimentos gerados por participação em OIC mobiliários e imobiliários cujo regime tributário se subsuma ao âmbito de aplicação dos arts. 22.º e 22.º-A do EBF².

A tributação dos rendimentos obtidos por participantes que sejam pessoas singulares não residentes em território português não constitui objeto do estudo. Fica

¹ Designaremos por *nacionais* os OIC que se constituam e operem de acordo com a legislação portuguesa, e por *estrangeiros* os demais.

² O EBF consagra regimes especiais de tributação para fundos de pensões (art. 16.º), FPR (art. 21.º), FCR (art. 23.º), FIIRF (art. 24.º) e FIIRU e FIIAH (art. 71.º), que não serão alvo de análise.

igualmente de fora do escopo da nossa análise a tributação dos rendimentos obtidos por participantes que correspondam a pessoas coletivas, residentes ou não residentes.

O presente estudo não consiste numa análise de direito comparado, pelo que não iremos analisar como se processa a tributação dos rendimentos gerados por via dos OIC no âmbito da legislação interna de nenhum Estado em particular, além do português.

São vários os modelos que cada Estado pode adotar na sua legislação interna, no que concerne à tributação de rendimentos gerados por via de OIC. Iremos assumir, para efeitos do presente estudo, que o OIC *estrangeiro* em que a pessoa singular residente participa corresponde a uma entidade opaca, e não transparente, para efeitos fiscais. Assumimos, ainda, que existe CDT celebrada entre o Estado português e o Estado de residência do OIC *estrangeiro*.

2. Justificação do tema

O regime fiscal dos rendimentos gerados por OIC *nacionais* foi alvo de reforma em 2015. Esta reforma teve como um dos seus principais objetivos o aumento da competitividade internacional do regime tributário, no sentido de atrair o investimento por parte de participantes não residentes em OIC *nacionais*. Porquanto tal desiderato terá sido alcançado, a verdade é que o novo regime consagra soluções controversas ao nível do apuramento da matéria coletável e da forma de tributação de certos rendimentos obtidos por participantes residentes, ainda pouco exploradas pela doutrina.

Por sua vez, a análise ao tratamento fiscal concedido aos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português, em virtude da sua participação em OIC *estrangeiros*, permite-nos apurar as razões pelas quais a legislação portuguesa parece, de forma paradoxal, beneficiar o investimento indireto por via dos últimos. Acresce que ainda não encontra resposta consensual a questão da repartição da competência internacional tributária em relação a rendimentos obtidos por via de participação em OIC.

3. Plano e sequência

O próximo Capítulo destina-se à introdução a alguns conceitos relacionados com o funcionamento e dinâmica dos OIC, indispensáveis para a compreensão das questões fiscais abordadas a jusante.

No Capítulo II, iremos fazer uma breve abordagem aos fatores e princípios que presidem à construção do regime tributário aplicável a rendimentos gerados por via de OIC.

O núcleo essencial do estudo concentra-se nos Capítulos III e IV. No Capítulo III, analisaremos a forma como são tributados os rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes que participem em OIC *nacionais*. No Capítulo IV, será feita análise equivalente em relação a rendimentos obtidos por via de participação em OIC *estrangeiros*, incluindo uma abordagem à questão da repartição da competência tributária internacional entre o Estado português e o Estado da fonte dos rendimentos.

Terminaremos o estudo com as conclusões.

4. Metodologia

Na elaboração da dissertação, foi seguido o Manual de Estilo da UCP-CRP.

O estudo consiste, essencialmente, numa análise a normas legais, alicerçada pelo recurso a elementos doutrinários, jurisprudenciais e regulamentares que se relacionam com os temas abordados.

Para análise à questões relacionadas com a repartição da competência tributária internacional, seguiremos a versão de 2017 da CMOCDE³, bem como os Comentários a esta versão.

³ Sempre que haja recurso a normas previstas nas concretas CDT, ou a versões anteriores da CMOCDE, o leitor será devidamente advertido.

Capítulo I – Aspetos Elementares dos OIC

1. Conceito e propósito do investimento coletivo

Os OIC correspondem a instituições que, assentando numa coletividade de participantes, investem em ativos diversos, como valores mobiliários e imobiliários, visando a rendibilização do seu património. O beneficiário final dos proveitos gerados pela atividade do OIC é cada um dos seus participantes.

Na sua génese e no seu conceito, estes *veículos* de investimento estão vocacionados, essencialmente, para o pequeno ou médio investidor, que pretenda rendibilizar poupanças. O investidor em OIC, mormente quando seja pessoa singular, não está geralmente dotado dos conhecimentos necessários para um investimento direto que seja seguro e lucrativo. O acesso a uma gestão profissional da carteira de ativos, da qual os OIC estão providos, surge como principal fator de atração para recurso ao investimento indireto por via destas instituições.

A gestão profissionalizada do património do OIC, feita no exclusivo interesse do participante, tende a alavancar a probabilidade de rendibilização do capital investido e a diminuir o risco do investimento. O investimento indireto por via destes entes coletivos permite, desta forma, a realização de operações de complexidade ou montantes em princípio inacessíveis por via do investimento direto⁴.

2. Caracterização dos OIC

2.1. Quanto à forma

Tradicionalmente, os OIC são constituídos na forma contratual, correspondendo aos FI. Trata-se de uma entidade desprovida de personalidade jurídica⁵, correspondendo, ao invés, a um património autónomo pertencente aos participantes em regime geral de

⁴ Neste sentido, vd. BRANDÃO DA VEIGA, *Fundos de Investimento Mobiliário e Imobiliário*, 1999, p. 20, e ALMEIDA, *O governo dos fundos de investimento*, 2008, p. 10.

⁵ Questionando a plausibilidade do não reconhecimento de personalidade jurídica aos FI, vd. REIS MARTINS, *Organismos de Investimento Colectivo Abertos em Valores Mobiliários e Personalidade Jurídica – Estudo de Direito Comparado*, 2007, p. 396.

comunhão⁶. Consequentemente, o património autónomo apenas responde pelas suas dívidas (e não por dívidas dos participantes ou da sociedade gestora); no reverso, o património pessoal de cada um dos participantes e da sociedade gestora não responde pelas dívidas do FI⁷.

Os OIC societários, por sua vez, correspondem a entidades dotadas de personalidade jurídica.

2.2. Quanto à natureza dos ativos integrantes da carteira do OIC

Os OIC podem ainda ser qualificados como mobiliários ou imobiliários, em função da natureza dos ativos que compõem a sua carteira.

A carteira dos OIC imobiliários não será necessariamente composta por imóveis, podendo ainda integrar participações noutros OIC imobiliários e sociedades imobiliárias⁸.

2.3. Quanto à variabilidade do capital

O critério da variabilidade do capital conduz à distinção entre OIC abertos e fechados⁹.

Sendo abertos, a entrada do participante é efetuada através das operações de subscrição ou aquisição, sendo o desinvestimento feito com a alienação ou resgate das participações. A possibilidade de exercício do resgate determina que o capital do OIC seja variável, na medida em que a contraparte das mencionadas operações é o próprio *veículo* de investimento. Se, a qualquer momento, o participante pode dar início (aumentando, assim, o património do OIC com o montante correspondente ao valor da sua participação) ou fim (diminuindo o património do OIC) ao seu investimento, o capital do OIC é necessariamente mutável em função das decisões dos seus participantes.

Sendo fechados, o investimento é igualmente efetuado através das operações de subscrição em determinados momentos, como sejam a constituição do OIC ou no âmbito de uma operação de aumento de capital, ou de aquisição da participação. No entanto, o desinvestimento ocorre apenas com a alienação da participação, não havendo

⁶ Cfr. art. 2.º, n.º 1, u) RGOIC.

⁷ Cfr. art. 13.º RGOIC.

⁸ Cfr. arts. 2.º, n.º 1, a), 205.º e 206.º RGOIC.

⁹ Cfr. art. 10.º RGOIC.

possibilidade de resgate. Assim, a decisão do participante em investir ou desinvestir no OIC não tem qualquer reflexo no património deste, dado que o último não é contraparte no investimento ou desinvestimento dos participantes. Não existindo possibilidade de resgate, mas tão somente de transferir a titularidade da participação para outra entidade, o capital do OIC permanece inalterado. O que caracteriza, portanto, os OIC fechados é a invariabilidade do seu capital.

2.4. Quanto à política de rendimentos

Em função da política de rendimentos adotada, existem OIC de capitalização e OIC de distribuição.

No primeiro caso, não existe distribuição dos proveitos gerados pela atividade do OIC aos seus participantes. Ocorre, ao invés, a incorporação dos rendimentos nas participações de cada investidor, na medida e proporção do seu investimento. Desta forma, a operação por via da qual os participantes tipicamente auferem rendimentos nos OIC de capitalização é o resgate.

Com a adoção de uma política de distribuição por parte do OIC, geralmente procurada por aqueles que pretendam uma remuneração regular¹⁰, o participante tem acesso aos rendimentos periodicamente¹¹, sendo esta periodicidade definida nos documentos constitutivos.

3. Participante

Os participantes são os titulares do património do OIC. Nos OIC societários, o património é representado por ações; já nos FI, é representado por unidades de participação. O RGOIC¹² e o CVM¹³ garantem “um princípio geral de equiparação entre os valores mobiliários dos organismos de investimento coletivo de base contratual (...) e de base societária”¹⁴.

¹⁰ BRANDÃO DA VEIGA, op. cit., 1999, p. 216, e ALMEIDA, op. cit., 2008, p. 15.

¹¹ A periodicidade da distribuição é geralmente definida nos documentos constitutivos do OIC.

¹² Cfr. art. 7.º, n.º 3.

¹³ Cfr. art. 2.º, n.º 7.

¹⁴ ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, 2017, p. 98.

As participações “são valores mobiliários¹⁵ que representam o estatuto jurídico dos participantes” nos OIC, conferindo “uma posição jurídica unitária e global, constituída por um feixe de direitos e deveres”¹⁶.

3.1. As diferentes operações geradoras de rendimentos

São essencialmente quatro as operações que podem estar na origem da obtenção de rendimentos pelo participante: a distribuição, a transação de participações, o resgate e a partilha pós-liquidação.

A distribuição corresponde à operação por via da qual o OIC transfere os lucros realizados em virtude da sua atividade para os seus investidores, na medida da participação destes. Esta operação pressupõe a existência de resultados positivos na esfera da entidade coletiva.

Da transação ou venda das participações podem resultar ganhos ou perdas para o alienante, consoante o valor da venda seja superior ou inferior ao valor de subscrição ou de aquisição. Ao contrário do que sucede nas outras operações em apreço, os rendimentos não são pagos pelo OIC ao participante.

O resgate corresponde a um direito unilateral, derivando o seu exercício da iniciativa do participante com o propósito de fazer cessar a sua participação, ou parte dela, no OIC, de forma a obter liquidez. Ao contrário do que sucede com a transação, o exercício do resgate implica a cessação do ativo, e não a transferência da sua propriedade para outra entidade. Desta operação podem também resultar ganhos ou perdas, consoante o montante que o participante obtenha seja superior ou inferior, respetivamente, ao montante investido através da subscrição ou de aquisição da participação.

A liquidação corresponde ao “processo pelo qual um determinado património é desfeito na sua unidade”¹⁷, seguindo-se a determinado facto extintivo¹⁸. O produto da liquidação é posteriormente imputado na esfera dos participantes, na proporção do valor das participações detidas¹⁹. À fase de imputação do produto da liquidação no património

¹⁵ Cfr. art. 1.º, a) e d) CVM.

¹⁶ ANTUNES, op. cit., 2017, p. 98.

¹⁷ BRANDÃO DA VEIGA, op. cit., 1999, p. 300.

¹⁸ Quanto aos OIC, as causas de dissolução estão previstas no art. 42.º, n.º 1 RGOIC.

¹⁹ A partilha na liquidação pode ser feita em espécie. No que concerne a OIC imobiliários, adjudicação de imóveis aos participantes constitui facto gerador da obrigação de pagamento de IMT, nos termos do art. 2.º, n.º 5, e) CIMT.

de cada participante dá-se o nome de partilha. Desta operação pode, também, resultar um ganho ou uma perda²⁰ para o participante, consoante o valor da subscrição ou aquisição da participação seja inferior ou superior ao valor obtido em virtude da liquidação.

²⁰ Aliás, como refere BRANDÃO DA VEIGA, op. cit., 1999, p. 303, nota 473, não raras vezes da liquidação resultará uma perda para o participante, dado que, por força da limitação em termos de prazos, os negócios realizados a montante não são tão frutíferos como seriam se realizados em “condições ideais”.

Capítulo II – Princípios e fatores enformadores do regime tributário dos OIC

A participação de um OIC no processo de investimento é idónea a gerar um duplo fluxo do mesmo rendimento: numa primeira fase, o rendimento é obtido pelo *veículo* de investimento; numa segunda fase, pelos participantes. Sendo o OIC sujeito passivo de IRC e os participantes sujeitos passivos de IRS ou de IRC, esta dinâmica de investimento é propícia a desencadear uma situação de dupla tributação económica dos rendimentos: num primeiro momento na esfera do OIC e, num segundo, na esfera do participante.

Porquanto a opção pela dupla tributação dos rendimentos possa constituir uma legítima decisão soberana, numa ótica de dinamização da economia é de todo o interesse a sua eliminação ou, pelo menos, a mitigação dos seus efeitos. Entre nós, no que concerne ao investimento por via de OIC, a opção do legislador passou sempre pela consagração de um único nível de tributação: numa fase embrionária e de reduzida duração, isenção ao nível do OIC²¹; no regime seguinte, merecedor de considerável estabilização no nosso ordenamento, isenção ao nível dos participantes²²; no regime que hoje vigora, regresso à isenção ao nível do OIC²³.

Ligado à necessidade da consagração de um único nível de tributação está o princípio da neutralidade fiscal, que, neste âmbito, foi desde cedo reconhecido pelo legislador como um desiderato a ser alcançado²⁴. A mera opção, por parte do investidor, em recorrer a OIC, não constitui motivo suficiente para que os rendimentos por si obtidos sejam sujeitos a um regime fiscal mais gravoso que o previsto para os investidores directos. Os últimos procuram a rendibilização do seu capital sem interposição de qualquer entidade para investimento, inexistindo, em virtude da natureza do processo, um duplo fluxo de rendimentos.

O único critério válido para aferição das situações merecedoras de tratamento fiscal distinto é o da capacidade contributiva do sujeito passivo, expressão máxima do princípio da igualdade no âmbito do direito tributário²⁵. A capacidade contributiva é apurada

²¹ Regime introduzido pelo DL n.º 215/89, de 1/07.

²² Regime introduzido pela Lei n.º 4/90, de 17/02.

²³ Regime introduzido pelo DL n.º 7/2015, de 13/01.

²⁴ Vd. o art. 29.º do DL n.º 134/85, de 2/05, o qual regia a constituição dos FIM e das suas Sociedades Gestoras, onde consta que os “participantes não poderão em caso algum ser objecto de um tratamento fiscal menos favorável do que aquele que teriam se fossem investidores directos”.

²⁵ Neste sentido, vd. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 1998, pp. 445 e 446, VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, 2015, p. 289, e ROSADO PEREIRA, *As diversas vertentes do princípio da capacidade contributiva e o IRS*, 2020, pp. 17 e ss..

posteriormente à obtenção de rendimentos, e não em função dos modelos de organização económica do contribuinte²⁶. Daí que, pelo menos à partida, não existam razões para, na modelação do sistema tributário, favorecer a opção pelo investimento direto ou pelo investimento indireto²⁷. A consagração de um único nível de imposto no âmbito dos rendimentos gerados por OIC é, portanto, também corolário da neutralidade do imposto e da tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Por fim, questões de competitividade internacional estão na génese da decisão do sistema fiscal a adotar. Ao invés do que sucede com a maioria das atividades geradoras de rendimentos, nomeadamente rendimentos do trabalho, o local de residência do participante não se apresenta como um fator de peso na sua decisão em investir num OIC *nacional* ou num OIC *estrangeiro*. Elementar para a decisão será, certamente, o tratamento fiscal atribuído aos rendimentos por si obtidos, pois que é, entre outros, um fator que determina a maior ou menor rendibilidade do seu investimento.

²⁶ Como refere VASQUES, op. cit., 2015, p. 302, a força económica “meramente presumida” não é admissível como critério de tributação à luz dos modernos princípios do direito fiscal.

²⁷ Como refere ADEMA, *UCITS and Taxation: Towards Harmonization of the Taxation of UCITS*, 2009, p. 1, “a carga fiscal suportada nos investimentos por via de OICVM ou de outros fundos de investimento coletivo deve ser semelhante à suportada pelo investidor direto”. Tradução nossa.

Capítulo III – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC *nacionais*

1. Introdução ao regime

Em 2015, foi introduzido um novo modelo de tributação dos rendimentos gerados por via de participação em OIC *nacionais*. A tributação ocorre, desde então, na esfera dos participantes, com *isenção* ao nível dos OIC, sendo conhecido como um sistema de *isenção à entrada* e *tributação à saída*.

A reformulação do regime de tributação dos OIC teve como móveis primários o aumento da competitividade internacional, no sentido de captar o investimento em OIC *nacionais* por participantes não residentes, bem como o acompanhamento da tendência no sentido de tributação *à saída* adotado pela maioria das legislações fiscais europeias, facilitando a comparação do desempenho entre OIC *nacionais* e *estrangeiros*²⁸.

A alteração ao regime comportou modificações ao nível da modelação legal. Ao invés do que sucedia no anterior modelo de tributação *à entrada*, cujo regime estava totalmente previsto em artigo único, a regulação da tributação *à saída* está prevista em dois artigos, ambos do EBF: o 22.º, que regula a tributação na esfera dos OIC, e o 22.º-A, que se ocupa da tributação na esfera dos participantes.

2. A *isenção* na esfera dos OIC

Os OIC são, formalmente, sujeitos passivos de IRC, independentemente da forma sob a qual sejam constituídos e da natureza dos ativos que componham a sua carteira²⁹. No entanto, os rendimentos tipicamente obtidos no âmbito da sua atividade (rendimentos de capitais, mais-valias e rendimentos prediais) são desconsiderados para apuramento do

²⁸ Cfr. Preâmbulo do DL n.º 7/2015, de 13/01. Atualmente, 16 dos 27 EM da UE adotam um sistema de tributação *à saída* no que concerne ao regime de tributação dos OIC; os dados foram retirados do “Relatório de avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo”, realizado pelo Estado Português, disponível in <https://www.parlamento.pt>. Consultado em 01-04-2021.

²⁹ Cfr. art. 22.º, n.º 1 EBF.

lucro tributável³⁰. Daí que a tributação na esfera do OIC seja meramente potencial³¹, porquanto não se afiguram outros tipos de rendimentos que possam ser auferidos pelo OIC. A *isenção* na esfera dos OIC permite que, à semelhança do que sucedia no modelo de tributação *à entrada* vigente até 2015, seja alcançado um nível único de tributação.

A isenção *à entrada* não é, porém, absoluta. Desde logo, os OIC não estão isentos de tributação quando os rendimentos por si obtidos provenham de entidade com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável³². Os OIC estão ainda sujeitos a IS, incidente sobre o seu valor global líquido³³. Por fim, são aplicáveis na sua esfera as taxas de tributação autónoma previstas no art. 88.º do CIRC³⁴.

Na essência, trata-se de um modelo de transparência fiscal “parcial”³⁵, o qual se traduz numa sujeição formal ou potencial dos OIC a imposto, ocorrendo a efetiva tributação dos rendimentos na esfera dos participantes.

3. A tributação na esfera dos participantes

Ocorrendo a tributação efetiva na esfera do participante, o tratamento fiscal a conferir aos rendimentos por aquele auferidos está dependente do tipo de operação que esteja na sua origem. Nos termos do n.º 13 do art. 22.º-A, os rendimentos obtidos por via de participação em OIC imobiliários são qualificados como rendimentos de bens imóveis, o que obriga a uma análise segregada entre as hipóteses de participação em OIC mobiliários e imobiliários, dentro de cada operação geradora de rendimentos³⁶.

³⁰ Cfr. art. 22.º, n.º 3 EBF. Esta *isenção* é apenas aplicável na esfera dos OIC *nacionais*, tronando dúbia a compatibilidade da solução com o DUE. Os OIC *estrangeiros* estão sujeitos a tributação nos termos gerais do CIRC, relativamente a rendimentos com fonte em território português. Pronunciando-se no sentido da incompatibilidade do regime com o DUE, vd. acs. do CAAD de 23-07-2019 (Pr. 90/2019-T), de 27-12-2019 (Pr. 528/2019-T) e de 26-06-2020 (Pr. 548/2019-T).

³¹ MADEIRA, *Análise do Regime Tributário dos Fundos de Investimento Mobiliários – De um Regime de Tributação “à entrada” para um Regime de Tributação “à saída”*, 2015, p. 48.

³² Previstos na Portaria n.º 150/2004, de 13/02.

³³ Cfr. Verba 29 da Tabela Geral do IS.

³⁴ Cfr. art. 22.º, n.º 8 EBF. Assume particular relevância a eventual aplicação da taxa prevista no n.º 11 do art. 88.º do CIRC. Uma vez que é pressuposto de aplicação desta norma que o obtentor do rendimento esteja “isento” de tributação, e uma vez que este requisito não se verifica, formalmente, em relação aos OIC, cremos não ser aplicável. Uma interpretação em sentido contrário compromete o propósito de consagração um único nível de tributação, que inere ao regime previsto nos arts. 22.º e 22.º-A do EBF.

³⁵ Neste sentido, vd. SILVA, *Fundos de Investimento - Regime Tributário*, 2015, p. 38.

³⁶ Como refere ALMEIDA, *O regime de tributação dos organismos de investimento coletivo – Perspetiva dos participantes pessoas singulares*, 2017, pp. 49 e 50, a qualificação destes rendimentos como rendimentos de bens imóveis tem essencialmente por fim garantir a competência tributária do Estado português relativamente aos rendimentos obtidos por participantes não residentes em OIC *nacionais*.

O regime previsto no art. 22.º-A do EBF é especial em relação ao regime geral do CIRS. Nessa medida, as soluções para as questões sobre as quais o art. 22.º-A se ocupa prevalecem sobre as soluções que o CIRS prevê para as mesmas matérias. As respostas para as questões sobre as quais o regime especial não se pronuncia devem ser encontradas no CIRS, aplicável a título subsidiário.

3.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

3.1.1. OIC mobiliário

Os rendimentos distribuídos por OIC mobiliários são qualificados como rendimentos de capitais³⁷. O rendimento tributável corresponderá ao rendimento bruto, na medida em que o CIRS não prevê qualquer dedução objetiva aos rendimentos de categoria E.

Os rendimentos distribuídos por OIC *nacionais* aos seus participantes estão sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, à taxa de imposto fixa de 28%, prevista no artigo 71.º do CIRS³⁸. Está em causa a aplicação de taxa liberatória, a qual determina que o participante fique dispensado do cumprimento de obrigações declarativas, não chegando a intervir na relação jurídico-tributária, em virtude da substituição fiscal total que se verifica nesta situação.

O participante pode optar por englobar os rendimentos distribuídos. O exercício deste direito legal de opção comporta relevantes consequências, como a obrigação de englobamento de todos os rendimentos de categoria E³⁹ auferidos no mesmo ano fiscal e a sujeição da totalidade dos rendimentos englobados à aplicação de taxas de imposto progressivas, previstas no art. 68.º do CIRS. Exercida esta opção, o imposto previamente retido na fonte assume a natureza de pagamento por conta do imposto devido a final, sendo dedutível à coleta⁴⁰.

Enquanto relativamente a rendimentos derivados OIC *nacionais* mobiliários os participantes não residentes se encontram isentos de tributação, já em relação a rendimentos derivados de OIC imobiliários estão sujeitos a tributação, à taxa de imposto fixa de 10%; cfr. art. 22.º-A, n.º 1, c) e d) EBF.

³⁷ Cfr. art. 5.º, n.º 2, j) CIRS.

³⁸ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, a) (i) EBF.

³⁹ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁴⁰ Cfr. arts. 71.º, n.º 9 e 78.º, n.º 2 CIRS.

3.1.2. OIC imobiliário

A qualificação enquanto rendimentos “de bens imóveis”, operada pelo n.º 13 do art. 22.º-A do EBF, não insere, por si, os rendimentos distribuídos por OIC imobiliários em nenhuma categoria de IRS. A AT pronunciou-se no sentido do seu enquadramento na categoria F, de rendimentos prediais⁴¹.

Quanto ao apuramento da matéria coletável e à taxa de imposto a esta aplicável, é extensível a solução legal prevista para a distribuição por OIC mobiliários: retenção na fonte a título definitivo, por aplicação de taxa liberatória⁴². A aplicação da taxa liberatória determina uma clara aproximação ao tratamento fiscal concedido pelo CIRS aos rendimentos de capitais, sendo que a qualificação operada pelo EBF enquanto rendimentos de bens imóveis parece não ter qualquer relevância prática, a menos que o sujeito passivo opte pelo englobamento. A aplicação de taxa liberatória a rendimentos de categoria F diverge da solução consagrada no CIRS, este que prevê a aplicação de taxa de imposto fixa especial, e não liberatória, aos rendimentos prediais obtidos por sujeitos passivos residentes em território português⁴³.

O participante pode optar pelo englobamento, sendo que o exercício desta opção obriga ao englobamento de todos os rendimentos de categoria F auferidos no mesmo ano, ficando sujeitos à aplicação de taxas de imposto progressivas. Embora a opção pelo englobamento permita o apuramento do rendimento coletável de acordo com as regras do CIRS, as deduções objetivas previstas no art. 41.º deste diploma não são aplicáveis no caso em apreço. Nessa medida, também em caso de opção pelo englobamento, o rendimento coletável corresponderá ao rendimento bruto.

3.2. Rendimentos resultantes da transação de participações

O regime fiscal aplicável aos rendimentos derivados da transação de participações em OIC é o constante do CIRS: seja porque se entenda que esta operação não se insere

⁴¹ Cfr. ponto 32, i) da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

⁴² Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, a) (i) EBF.

⁴³ Cfr. art. 72.º, n.º 1, e) CIRS.

no âmbito de aplicação do art. 22.º-A do EBF⁴⁴; ou porque, entendendo-se que o regime especial do EBF se aplica, no plano teórico, à transação de participações, o mesmo faz remissão expressa para o CIRS, relativamente ao tratamento fiscal a atribuir aos rendimentos resultantes desta operação⁴⁵.

3.2.1. OIC mobiliário

Os rendimentos derivados da transação de participações em OIC mobiliários correspondem a mais-valias mobiliárias, sendo cada mais-valia individualmente considerada determinada pela diferença entre o valor de aquisição ou subscrição da participação e o valor de realização⁴⁶. O valor de aquisição será corrigido pelos coeficientes de correção monetária, sempre que entre a aquisição ou subscrição da participação e a alienação da mesma medeie um período temporal superior a 24 meses⁴⁷. O valor de aquisição será ainda incrementado pelas despesas praticadas pelo alienante, inerentes à aquisição e alienação da participação⁴⁸.

O rendimento tributável corresponderá ao saldo positivo entre mais-valias e menos-valias mobiliárias apurado no ano fiscal, ao qual será aplicada taxa de imposto especial fixa de 28%, que não opera por via de substituição fiscal nem dispensa o sujeito passivo de obrigações declarativas.

O participante poderá optar pelo englobamento do saldo anual positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias mobiliárias. Sendo o saldo positivo, o mesmo ficará sujeito à aplicação de taxas de imposto progressivas, em conjunto com os restantes rendimentos englobados; sendo negativo, o mesmo relevará por via de reporte, sendo

⁴⁴ Vd., neste sentido, BANDEIRA, *Velhos e actuais problemas da qualificação dos rendimentos dos instrumentos financeiros: A reforma do IRS e o novo regime fiscal dos Organismos de Investimento Colectivo*, 2019, pp. 75 a 77. O Autor entende que, uma vez que epígrafe do referido artigo limita o seu âmbito aos rendimentos “pagos por” OIC, o regime não será aplicável a operações de transação, caso em que o rendimento é pago pelo adquirente.

⁴⁵ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, e).

⁴⁶ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b) e n.º 4, a) CIRS.

⁴⁷ Cfr. art. 50.º, n.º 1 CIRS. Esta norma restringe o seu âmbito de aplicação à transação de “partes sociais”, o que, por via de interpretação literal, nos levaria a concluir que apenas no caso de transação de participações em OIC societários haveria lugar à aplicação de correção monetária. Contudo, com ALMEIDA, op. cit., 2017, pp. 47 e 48, cremos que a correção monetária é igualmente aplicável no caso de venda de participações em OIC contratuais.

⁴⁸ Cfr. art. 51.º, n.º 1, b) CIRS.

dedutível ao eventual saldo positivo de mais-valias que se verifique nos cinco anos posteriores⁴⁹.

3.2.2. OIC imobiliário

A qualificação operada pelo n.º 13 do art. 22.º-A determina a qualificação dos rendimentos derivados da alienação em OIC imobiliários como mais-valias imobiliárias⁵⁰.

O apuramento do rendimento sujeito a imposto, corresponde, neste âmbito, a uma tarefa *sui generis*: são aplicáveis todas as normas previstas no CIRS relativas à tributação da alienação de bens imobiliários, desde que compatíveis com a natureza mobiliária de uma participação em OIC⁵¹.

Nessa medida, no que concerne ao apuramento do valor de aquisição, o mesmo deve ser efetuado de acordo com as normas do CIRS aplicáveis a mais-valias mobiliárias⁵². As normas do CIRS que regulam o apuramento do valor de aquisição, em caso de alienação de ativos imobiliários, têm por base vicissitudes estritamente relacionadas com um bem imóvel⁵³. Ora, o participante não obteve o rendimento em virtude da alienação de um direito real sobre um bem imóvel, mas como resultado da venda de um bem mobiliário, não se afigurando compatível com a natureza da participação em OIC a aplicação de normas que se ocupam da alienação de bens imóveis⁵⁴.

Por sua vez, dada a compatibilidade com operações de alienação de bens mobiliários, parecem-nos aplicáveis a consideração em apenas 50% do saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias⁵⁵, bem como o englobamento obrigatório do rendimento, soluções previstas no CIRS somente para mais-valias imobiliárias.

⁴⁹ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS; com a eliminação da referência a “rendimentos com a mesma natureza” na reforma de 2015, as mais-valias e menos-valias mobiliárias e imobiliárias são atualmente comunicáveis para efeitos de reporte.

⁵⁰ Cfr. ponto 32, i) da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

⁵¹ Neste sentido, vd. ALMEIDA, op. cit., 2017, pp. 54 e 55.

⁵² Em concreto, serão aplicáveis os arts. 48.º e 51.º, n.º 1, b) CIRS.

⁵³ Cfr. arts. 46.º e 51.º, n.º 1, a) CIRS.

⁵⁴ Neste sentido, vd. ALMEIDA, op. cit., 2017, p. 55.

⁵⁵ Neste sentido, embora com referência às mais-valias da liquidação e do resgate, vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

3.3. Rendimentos resultantes do resgate

O CIRS, até à sua reforma de 2015⁵⁶, não fazia uma referência específica quanto à qualificação dos rendimentos derivados do resgate de participações em OIC. A norma de incidência de rendimentos de capitais incluía em tal categoria os “rendimentos das unidades de participação em fundos de investimento”⁵⁷. A abertura desta disposição, a qual não especificava quais os rendimentos derivados de investimento em OIC que deveriam ser considerados rendimentos de capitais, tornou admissível a interpretação segundo a qual os rendimentos derivados do resgate de participações em OIC deveriam ser inseridos na categoria E. Perante este contexto, a AT entendia que os rendimentos resultantes do resgate deviam ser qualificados como rendimentos de capitais⁵⁸.

Como já fizemos referência, o rendimento derivado do resgate de participações é apurado pela diferença entre o valor de subscrição e o valor pelo qual é exercido o resgate, significando que dessa operação podem resultar perdas para o participante. A qualificação dos rendimentos de resgate como rendimentos de capitais implicaria a desconsideração de tais perdas, seja quanto ao apuramento de um eventual saldo anual, seja quanto à possibilidade de reporte.

A montante da inserção do rendimento em determinada categoria, é essencial atender à natureza da operação em causa. O elo entre o participante e o OIC é garantido pela participação que aquele detém neste; ou seja, a fonte do rendimento do participante é a participação detida no OIC. Uma operação de resgate é uma das formas de desinvestimento, que implica a perda da participação⁵⁹, e, conseqüentemente, a quebra da ligação entre o participante e o OIC. Constituindo o resgate a destruição da fonte do rendimento, e não o mero recolher dos seus frutos, assemelha-se, economicamente, a uma operação geradora de mais-valias⁶⁰, que tem por matriz a alienação de determinado ativo⁶¹.

⁵⁶ Reforma operada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31/12.

⁵⁷ Cfr. art. 5.º, n.º 2, j) CIRS, na versão vigente até à reforma de 2015.

⁵⁸ Cfr. BANDEIRA, op. cit., 2019, p. 68; vd., também no sentido da qualificação dos rendimentos derivados do resgate como rendimentos de capitais, até à reforma do CIRS, a decisão do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

⁵⁹ Cfr. art. 9.º, n.º 2 RGOIC.

⁶⁰ No sentido de, havendo destruição da fonte, o rendimento dever ser qualificado como mais-valia, vd. MORAIS, *Sobre o IRS*, 2016, p. 96, e ROSADO PEREIRA, *Manual de IRS*, 2019, pp. 129 e 130.

⁶¹ SALDANHA SANCHES, *Sobre o conceito de mais-valia*, 1992, p. 46.

Característico das mais-valias é, ainda, o facto de não corresponderem a “uma remuneração tendencialmente regular, periódica ou reiterada”⁶². Esta particularidade também não se verifica nos rendimentos do resgate, que constitui uma operação isolada no decorrer da relação entre o participante e o OIC⁶³.

Terá sido também esta a visão do legislador aquando da reforma do CIRS, o qual desde então dispõe, expressamente, que o rendimento derivado do resgate de participações em OIC deve ser considerado rendimento de categoria G, concretamente mais-valia⁶⁴.

3.3.1. OIC mobiliário

Na ausência de disposição em sentido contrário no regime especial do EBF, os rendimentos resultantes do resgate em OIC *nacionais* correspondem a mais-valias, como definido pelo CIRS. O EBF estabelece, no entanto, regras específicas quanto ao modo de tributação destes rendimentos: “retenção na fonte a título definitivo à taxa prevista no n.º 1 do artigo 72.º do CIRS”⁶⁵. Apesar de não haver uma referência expressa, este regime determina que às mais-valias decorrentes do resgate seja aplicada uma taxa de imposto equivalente à taxa liberatória consagrada no art. 71.º do CIRS, que opera através de substituição fiscal total.

A análise às normas do CIRS, em especial às que se ocupam do apuramento do rendimento tributável e às taxas de imposto aplicáveis, permite-nos concluir que a taxa liberatória está essencialmente concebida para rendimentos de categoria E. A aplicação de taxa liberatória a rendimentos de capitais encontra fundamento na ausência de previsão, nas normas que regulam a determinação do rendimento tributável desta categoria, de deduções objetivas ao rendimento bruto. Não havendo deduções reconhecidas pela lei, faz sentido que, por razões de comodidade e simplificação⁶⁶, apenas as entidades que sejam a fonte do rendimento entrem na relação jurídica tributária.

⁶² LOBO XAVIER, BRAGA, MENDES DA SILVA, *A tributação em IRS dos ganhos derivados do reembolso de obrigações adquiridas abaixo do preço de emissão*, 2014, p. 58.

⁶³ O resgate pode ser parcial, subsistindo a participação no OIC; cfr. art. 8.º, n.º 2 RGOIC.

⁶⁴ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b), 5) CIRS; para BANDEIRA, op. cit., 2019, pp. 84 e 85, não está em causa uma alteração na qualificação do rendimento, mas uma mera “explicitação”, dado que, no entender do Autor, das “soluções legais anteriores” já se podia inferir “a qualificação dos ganhos do resgate como mais-valias”.

⁶⁵ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, b).

⁶⁶ Neste sentido, VASQUES, op. cit., 2015, p. 384.

Estas virtudes não são extensíveis à aplicação do mecanismo de retenção na fonte a título definitivo a mais-valias. Das operações geradoras de rendimentos que qualifiquem como mais-valias, podem resultar ganhos ou perdas para o sujeito passivo. Por esse motivo, a tributação deve incidir sobre o saldo positivo entre mais-valias e menos-valias. A tributação sobre o saldo é um evidente corolário da tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo, já que só a consideração das perdas por este suportadas permite o concreto apuramento do aumento da sua capacidade económica.

A aplicação do mecanismo de substituição fiscal, ao exonerar o sujeito passivo de obrigações declarativas, impede o apuramento de um saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias, bem como de deduções objetivas ao rendimento bruto. O esguardo que o legislador do EBF teve em relação à qualificação operada com a reforma do CIRS resultou inócuo, porquanto foi ignorada a relação de interdependência entre a fase analítica e a forma de tributação dos rendimentos resultantes do resgate. Há um aparente “mau perder do legislador fiscal dos OIC”⁶⁷, que, através da autonomização de regras relativas ao apuramento do rendimento tributável, emulou os rendimentos derivados do resgate em rendimentos de capitais. Em suma, e como é típico de tributação que assente no mecanismo de substituição fiscal total, a tributação há de incidir sobre o rendimento bruto; que, no caso do resgate de participações, corresponde à diferença positiva entre o valor de realização e o valor de aquisição de cada operação de resgate individualmente considerada⁶⁸.

A questão elementar, no que a rendimentos do resgate concerne, consiste em saber qual o tratamento a conferir às perdas aliadas ao exercício do resgate. Uma vez que a tributação incide sobre cada operação de resgate individual e autonomamente considerada, havendo perdas e ganhos derivados de vários resgates no mesmo ano fiscal, haverá desconsideração das primeiras e tributação efetiva sobre os segundos.

Numa ótica de respeito pelo princípio da capacidade contributiva, parece-nos essencial a revisão e alteração das normas vigentes. Efetivamente, não é comportável a existência de um regime, dentro do nosso ordenamento, que impeça que o contribuinte aceda às regras que permitem a tributação sobre um saldo positivo e que seja, pelo

⁶⁷ BANDEIRA, op. cit., 2019, p. 84.

⁶⁸ Cfr. ponto 28 da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

contrário, idóneo a sujeitar o contribuinte a tributação efetiva num ano em que o saldo entre mais-valias e menos-valias do resgate seja negativo⁶⁹.

A aplicação de retenção na fonte a título definitivo contrasta com a solução prevista no CIRS para a tributação de mais-valias mobiliárias. Como vimos a propósito da transação de participações, o regime geral sujeita o rendimento tributável à aplicação de taxa de imposto especial, que, não alheando o participante da relação jurídica tributária, permite o apuramento de um saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias.

O sujeito passivo pode optar pelo englobamento⁷⁰, constituindo o exercício desta opção uma via de acesso às regras do CIRS. O exercício desta opção poderá, contudo, ser desvantajosa quando o saldo global entre mais-valias e menos-valias mobiliárias for positivo. A opção pelo englobamento obriga o seu exercício em relação a todos os rendimentos de Categoria G obtidos no ano fiscal⁷¹, sujeitando-os à aplicação de taxas de imposto progressivas⁷², que podem ascender a 48%, e, potencialmente, à taxa adicional de solidariedade⁷³. Esta operação constituirá uma evidente vantagem quando o saldo global anual entre mais-valias e menos-valias for negativo, pois que além de não aumentar a matéria coletável – e, dessa forma, a taxa de imposto aplicável –, permite que o saldo negativo seja tido em consideração nos cinco anos seguintes, por via de reporte⁷⁴.

Desta forma, o regime previsto no EBF resulta complexo no caso de serem exercidos resgates dos quais resultem perdas, constituindo na esfera do sujeito passivo um acrescido “ônus de gestão fiscal”⁷⁵.

3.3.2. OIC imobiliário

Os rendimentos derivados do resgate em OIC imobiliários são qualificados como mais-valias imobiliárias. No entanto, o tratamento fiscal atribuído pelo EBF a estes rendimentos é similar ao conferido aos rendimentos do resgate em OIC mobiliários, sendo

⁶⁹ Vd., a este propósito, FAUSTINO, *Sobre a Qualificação dos Rendimentos Obtidos no Reembolso de Obrigações*, 2020, pp. 305 e 306. O Autor, ainda que visando outra realidade (a da qualificação dos rendimentos obtidos pelo reembolso de obrigações), refere que a existência de uma categoria que desconsidere a existência *rendimentos negativos* é, além de “desproporcionada e inaceitável”, inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade.

⁷⁰ Cfr. art. 22.º-A, n.º 2 EBF.

⁷¹ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁷² Previstas no art. 68.º do CIRS.

⁷³ Cfr. art. 68.º-A CIRS.

⁷⁴ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS.

⁷⁵ BANDEIRA, op. cit., 2019, pp. 87 e 88.

aplicável de taxa de imposto fixa de 28%, por retenção na fonte a título definitivo, a cada mais-valia individualmente considerada. Nessa medida, são integralmente devidas as críticas apontadas no estudo do tratamento fiscal concedido aos rendimentos do resgate de participações em OIC mobiliários, relacionadas com a desconsideração das perdas realizadas e com a falta de coadunação das soluções vigentes com o princípio da capacidade contributiva.

A menos que o participante exerça a opção pelo englobamento, a distinção na qualificação dos rendimentos em função da natureza dos ativos componentes da carteira do OIC não se afigura relevante, já que em ambos os casos é aplicada retenção na fonte a título definitivo. Esta solução contrasta com as previstas no CIRS para o mesmo tipo de rendimento, que sujeita o saldo positivo entre mais-valias e menos-valias imobiliárias a englobamento obrigatório.

O exercício da opção pelo englobamento permite o acesso às regras do CIRS, ficando o rendimento sujeito à aplicação de taxas de imposto progressivas. Na medida em que o ativo em causa não deixa de corresponder a um valor mobiliário, são ao caso do resgate extensíveis as considerações tecidas a propósito do apuramento da matéria coletável no âmbito da transação de participações em OIC imobiliários, nomeadamente a consideração em apenas 50% do saldo positivo ou negativo⁷⁶. Sendo o saldo negativo, o mesmo poderá relevar por via de reporte, durante os cinco anos seguintes⁷⁷

3.4. Rendimentos resultantes da liquidação do OIC

A liquidação do OIC é, tal como a transação e o resgate de participações, um facto que quebra a ligação entre o participante e o OIC, determinando a extinção da fonte geradora de rendimentos⁷⁸. Não consubstancia um rendimento periódico ou regular, mas um rendimento isolado, que só ocorre uma vez: no momento da extinção do OIC. Desta operação, podem igualmente resultar perdas para o investidor: bastará, para tal, que o valor de subscrição ou de aquisição da participação seja superior ao valor recebido em virtude da partilha. Tendo em conta as características deste rendimento, apenas a sua inserção na categoria G de IRS, enquanto mais-valias, se afigura plausível.

⁷⁶ Vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

⁷⁷ Cfr. art. 55.º, n.º 1, c) CIRS.

⁷⁸ Cfr. art. 9.º, n.º 2 RGOIC.

Após a reforma de 2015, o CIRS passou a qualificar expressamente os rendimentos resultantes da liquidação do OIC como mais-valias⁷⁹.

3.4.1. OIC mobiliário

O regime especial do EBF não contraria a qualificação operada pelo CIRS, e não estabelece um regime específico para determinação do rendimento líquido, ou sequer uma específica forma de tributação do mesmo. É esta a única interpretação da lei que se nos afigura aceitável: em nenhuma das alíneas do n.º 1, o art. 22.º-A do EBF se refere, especificamente, aos rendimentos obtidos pelos participantes singulares residentes em virtude da liquidação do OIC; nessa medida, cremos que esta operação se insere no escopo da alínea e), que remete para o regime do CIRS a tributação dos “outros rendimentos” que não sejam referidos nas alíneas anteriores.

Porém, como veremos *infra*, a solução legal resulta inaplicável, por força das soluções contidas no modelo declarativo de IRS.

O englobamento é uma opção para o sujeito passivo, uma vez que as mais-valias mobiliárias se encontram, por regra, sujeitas à aplicação de taxa fixa especial de 28%⁸⁰. O exercício da opção pelo englobamento tem as consequências já mencionadas: necessidade de englobamento de todas as mais-valias realizadas no ano fiscal⁸¹ e sujeição da matéria coletável à aplicação de taxas de imposto progressivas.

3.4.2. OIC imobiliário

O disposto no n.º 13 do art. 22.º-A do EBF determina que os rendimentos resultantes da liquidação do OIC imobiliário sejam qualificados como mais-valias imobiliárias.

A nosso ver, esta qualificação, associada à remissão expressa para as normas do CIRS quanto à tributação dos rendimentos, tem as consequências já estudadas no âmbito da transação de participações em OIC imobiliários: consideração em apenas 50% do saldo anual positivo ou negativo⁸², bem como o seu englobamento obrigatório.

⁷⁹ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b), 5) CIRS.

⁸⁰ Cfr. art. 72.º, n.º 13 CIRS.

⁸¹ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁸² Vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

Contudo, também no âmbito dos OIC imobiliários, a solução legal resulta inaplicável, em virtude das soluções contidas no modelo declarativo, que analisaremos no ponto seguinte.

3.4.3. A prática regulamentar e administrativa

Como referimos, o texto da lei parece não oferecer ambiguidades. O legislador do EBF definiu, explicitamente, que todos os rendimentos pagos por OIC *nacionais* a participantes residentes em território português que não correspondam a distribuição ou resgate não obedecem ao regime especial previsto no art. 22.º-A, mas ao regime geral do CIRS.

É, outrossim, no plano administrativo e regulamentar que os problemas se centram. O modelo declarativo em vigor, no que a rendimentos derivados da liquidação⁸³ concerne, permite a declaração desses rendimentos apenas quando o sujeito passivo vise exercer a opção pelo englobamento⁸⁴, pressupondo a existência prévia de retenção na fonte a título definitivo. A solução que consta do modelo declarativo está em evidente contradição com a que consideramos ser a solução legal, segundo a qual o sujeito passivo se encontra adstrito à obrigação declarativa, mesmo quando não tencione optar pelo englobamento⁸⁵.

Reiteramos que, no nosso entender, não devem ser confundidos os rendimentos derivados do resgate e da liquidação, para aferição do tratamento fiscal a ser concedido. Desta interpretação parece afastar-se a AT, que defende que o resgate e a liquidação são operações equivalentes e que devem, por esse motivo, ser subordinadas ao mesmo regime fiscal⁸⁶. Corrobora este entendimento a inclusão das operações de resgate e liquidação no mesmo quadro do modelo declarativo.

Certo é que a margem para o exercício da tarefa hermenêutica é, também quanto às normas fiscais, concedida e balizada pelo texto da lei⁸⁷, que se nos apresenta como primeiro elemento de interpretação. E, quanto a nós, a letra é clara: quanto a participantes singulares residentes, os rendimentos derivados da distribuição resgate estão sujeitos à

⁸³ Constante do quadro 11-B do Anexo G à Declaração Modelo 3 de IRS, aprovado pela Portaria n.º 385-H/2017, de 29/12.

⁸⁴ A AT pronunciou-se, expressamente, neste sentido; cfr. pontos 10.1. e 10.2. do Ofício Circulado n.º 20190, de 25-05-2016.

⁸⁵ Cfr. leitura conjunta dos arts. 57.º e 72.º do CIRS, para os quais o regime especial do EBF remete.

⁸⁶ Embora a AT não tenha exteriorizado o entendimento em nenhum documento público, o ponto de vista foi manifestado em sede de resposta no ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

⁸⁷ Cfr. art. 9.º, n.º 2 CC, *ex vi* art. 11.º, n.º 1 LGT.

aplicação de taxa liberatória; já os restantes rendimentos pagos por OIC aos participantes – onde se insere, necessariamente, a liquidação – obedecem às disposições do regime geral.

Sendo a letra inequívoca, não “persistindo a dúvida”⁸⁸, não é necessário atender à substância económica das operações do resgate e da liquidação, equiparando-as ou diferenciando-as: estão em causa conceitos jurídicos, com razões de ser e forma de execução distintas. E foram autonomamente considerados pelo legislador do EBF⁸⁹, que optou pela segregação para efeitos da sua tributação. Nessa medida, cremos que não se coaduna com a letra da lei uma interpretação da qual resulte a equiparação os rendimentos do resgate aos rendimentos da liquidação, para efeitos tributários.

São evidentes as consequências da solução contida no modelo declarativo: caso queira aproveitar as deduções objetivas que o CIRS prevê para as mais-valias mobiliárias, o sujeito passivo terá de englobar os rendimentos; caso não opte pelo englobamento, fica sujeito à aplicação de retenção na fonte a título definitivo, a aplicar sobre cada mais-valia individualmente aferida, com total desconsideração das menos-valias.

Desta forma, a solução do EBF resulta inaplicável, em virtude da sua desconsideração por via do modelo declarativo de rendimentos, com o qual o contribuinte tem *de facto* contacto direto.

⁸⁸ Cfr. art. 11.º, n.º 3 LGT.

⁸⁹ Vd. alínea d) do n.º 1 do art. 22.º-A, na qual é feita referência expressa à liquidação.

Capítulo IV – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC *estrangeiros*

1. O regime tributário nacional

Na medida em que a legislação fiscal portuguesa consagra um princípio de tributação de base mundial em relação aos sujeitos passivos residentes território nacional, o Estado português terá a pretensão de tributar os rendimentos, por aqueles obtidos, em virtude da participação em OIC *estrangeiros*⁹⁰.

A tributação dos rendimentos obtidos pelos participantes em OIC *estrangeiros* é feita de acordo com o regime geral previsto no CIRS, porquanto o regime do EBF apenas se aplica ao investimento em OIC *nacionais* e não existe qualquer regime especial consagrado para OIC *estrangeiros*.

O CIRS não contém nenhuma norma que se assemelhe à prevista no art. 22.º-A, n.º 13 do EBF. Uma vez que a participação em OIC corresponde a um valor mobiliário, todos os rendimentos relacionados com essa participação devem ser considerados rendimentos de bens mobiliários, mesmo nos casos em que a carteira do OIC *estrangeiro* no qual o participante invista seja composta por ativos imobiliários. Assim, não é necessário proceder a uma análise segregada entre OIC *estrangeiros* mobiliários e imobiliários.

1.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

Os rendimentos distribuídos por OIC *estrangeiros* são alvo de um tratamento fiscal idêntico aos rendimentos distribuídos por OIC *nacionais*. São qualificados como rendimentos de capitais, estando a matéria coletável sujeita à aplicação de taxa de imposto fixa e liberatória de 28%, que opera através do mecanismo de retenção na fonte a título definitivo⁹¹. A matéria coletável corresponde ao rendimento bruto, na medida em que o CIRS não consagra nenhuma dedução objetiva, aplicável ao caso em estudo, relativamente a rendimentos de categoria E.

⁹⁰ Cfr. art. 15.º, n.º 1 CIRS.

⁹¹ Cfr. art. 71.º, n.º 1, b) CIRS.

O sujeito passivo pode optar pelo englobamento⁹². Exercendo tal opção, terá de englobar todos os rendimentos de categoria E obtidos no mesmo ano fiscal, e sujeitar a totalidade dos rendimentos englobados, obrigatoriamente e por opção, à aplicação de taxas de imposto progressivas.

Assim, no que concerne a rendimentos distribuídos, a legislação fiscal portuguesa parece não privilegiar o investimento em OIC *nacionais* ou em OIC *estrangeiro*, colocando as duas hipóteses em plano de igualdade.

1.2. Rendimentos resultantes da transação, do resgate e da liquidação do OIC

Os rendimentos derivados da transação, do resgate e da liquidação estão sujeitos ao mesmo tratamento fiscal, sempre que o investimento seja feito em OIC *estrangeiro*.

Os rendimentos são qualificados como mais-valias mobiliárias⁹³. Cada mais-valia, individualmente considerada, corresponde à diferença positiva entre o valor de realização e o valor de aquisição. Caso o valor de aquisição seja superior ao valor de realização, o sujeito passivo terá uma menos-valia.

O valor de aquisição corresponderá ao valor pelo qual a participação foi adquirida ou subscrita pelo sujeito passivo. No valor de aquisição devem ser imputados os gastos inerentes à aquisição ou subscrição das participações, bem como à alienação da mesma. Acresce que o mesmo deve ser retificado pela aplicação dos coeficientes de correção monetária⁹⁴.

O valor de realização corresponderá ao valor pelo qual o sujeito passivo vendeu ou resgatou a participação, ou ao valor obtido pela partilha pós-liquidação.

A matéria coletável corresponde ao saldo anual positivo entre mais-valias e menos-valias. Este saldo é tributado por aplicação de taxa de imposto fixa especial, que, como vimos, não dispensa o sujeito passivo de obrigações de índole declarativa.

Essencialmente, a vantagem do regime do CIRS em relação ao regime do EBF reside nas operações dos rendimentos derivados do resgate e da liquidação, e deve-se ao facto de o rendimento tributável corresponder a um saldo positivo, e não à soma de todas as mais-valias individualmente consideradas, com desconsideração das menos-valias. Além de as menos-valias diminuírem o valor positivo do saldo, havendo um saldo global

⁹² Cfr. art. 71.º, n.º 8 CIRS.

⁹³ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b) CIRS.

⁹⁴ A este propósito, vd. nota 47.

negativo, o sujeito passivo não será tributado em relação a tais rendimentos, ao contrário do que pode ocorrer no caso de investimento em OIC *nacionais*.

Para que seja aplicável este tratamento fiscal aos rendimentos obtidos pelo participante, este não necessita de exercer a opção pelo englobamento. Em virtude de não ser aplicável o mecanismo de substituição fiscal às mais-valias obtidas em território estrangeiro, o sujeito passivo será tributado por aplicação de taxa fixa de 28% ao saldo global positivo entre mais-valias e menos-valias do ano fiscal, num regime que se afigura manifestamente benéfico em relação ao regime do EBF, e que não coloca sobre o sujeito passivo o mencionado ónus de gestão fiscal.

Acresce que, ao contrário do que sucede em OIC *nacionais*, o modelo declarativo aplicável a rendimentos de fonte estrangeira, obtidos por pessoas singulares residentes, está em perfeita consonância com as disposições legais, não pressupondo a existência de uma retenção na fonte relativamente aos rendimentos do resgate e da liquidação, o que permite a declaração de um rendimento líquido sem necessidade do exercício da opção pelo englobamento⁹⁵.

O sujeito passivo pode, ainda assim, optar pelo englobamento⁹⁶. Caso exerça tal direito, terá de fazê-lo em relação a todas as mais-valias mobiliárias⁹⁷ auferidas no mesmo ano fiscal. Sendo o saldo apurado entre mais-valias e menos-valias positivo, o mesmo fica sujeito à aplicação de taxas progressivas⁹⁸; caso o saldo seja negativo, o mesmo poderá relevar por via do reporte, a realizar nos cinco anos seguintes⁹⁹. A opção pelo englobamento constituirá, naturalmente, uma vantagem nas situações em que o saldo anual seja negativo.

2. Repartição internacional da competência tributária

Sendo a participação da pessoa singular residente em Portugal efetuada em OIC *estrangeiro*, diferentes cenários podem surgir no que concerne à repartição internacional da competência tributária.

⁹⁵ Vd. Campo 9 do Anexo J ao Modelo 3 da Declaração de IRS.

⁹⁶ Cfr. art. 72.º, n.º 13 CIRS.

⁹⁷ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁹⁸ Previstas no art. 68.º CIRS.

⁹⁹ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS.

Caso o Estado da fonte dos rendimentos opte por não tributar os rendimentos obtidos pelo participante, Portugal será exclusivamente competente para tributar os rendimentos por aquele obtidos.

Já se o Estado da fonte sujeitar o participante a tributação pelos rendimentos auferidos, conexos com as operações em estudo, levantar-se-á uma situação de dupla tributação jurídica internacional¹⁰⁰. Perante tal fenómeno, torna-se necessário recorrer à CDT celebrada entre o Estado português e o Estado da fonte, de forma a apurar qual Estado será competente, e em que medida, para tributar os rendimentos obtidos pelo participante. A resposta a tal quesito depende, essencialmente, da qualificação dos rendimentos derivados da distribuição, da transação, do resgate e da liquidação no âmbito das CDT.

O participante singular residente em território português, estando sujeito a tributação sobre o rendimento obtido em qualquer parte do mundo, deve ser considerado pessoa residente no Estado português para efeitos da CDT, podendo aceder aos benefícios resultantes das mesmas¹⁰¹.

2.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

2.1.1. Qualificação como dividendos

O art. 10.º da CMOCDE regula a repartição da competência tributária no âmbito dos dividendos. A aplicação desta norma está dependente da verificação dos requisitos previstos nos n.º 1 e 3: a existência de uma operação de pagamento de dividendos, perpetrada por uma sociedade residente no Estado da fonte dos rendimentos obtidos pelo participante.

¹⁰⁰ Assim acontece porque, como refere XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2014, pp. 31 e ss., há um concurso de normas, na medida em que o mesmo facto (havendo, quanto a este, identidade do objeto, do sujeito, do período tributário e do imposto) “se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas”, pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos.

¹⁰¹ Cfr. arts. 3.º, n.º 1, a) e 4.º, n.º 1 CMOCDE.

a. Do OIC enquanto “sociedade residente”

O termo “sociedade” abrange as pessoas coletivas e as entidades àquelas equiparadas pela legislação fiscal do Estado de residência da entidade em causa¹⁰².

Quanto aos OIC societários, é pacífica a sua inclusão no conceito de sociedade, enquanto pessoa coletiva. As dúvidas surgem em relação aos OIC contratuais. A OCDE faz depender, ainda que pela negativa, a qualificação do ente coletivo como “pessoa” do tratamento fiscal a que está sujeito nos termos da legislação interna do seu Estado de residência¹⁰³. Nessa medida, o OIC contratual deve ser qualificado como sociedade porquanto a legislação interna do seu Estado de residência reconheça personalidade tributária a essa entidade. Assim, para que se subsuma ao conceito de sociedade, na vertente de “entidade equiparada a pessoa coletiva”, não nos parece decisiva a forma legal – societária ou contratual – sob a qual o OIC tenha sido constituído¹⁰⁴, já que a CMOCDE alarga expressamente o conceito de sociedade a entidades desprovidas de personalidade jurídica¹⁰⁵. Essencial é que a legislação interna do Estado onde o OIC esteja estabelecido trate esta entidade como sujeito passivo, equiparável a entidade corporativa, distinto dos seus participantes¹⁰⁶.

Por sua vez, apenas será “residente” a entidade que, no Estado onde esteja estabelecida, esteja sujeita a tributação em função da sua residência, domicílio ou outro critério semelhante¹⁰⁷. Para preenchimento deste requisito, é essencialmente necessário que, em função da ligação assente num desses critérios, a entidade esteja sujeita a tributação de base mundial, e não apenas relativamente aos rendimentos obtidos no território do seu Estado de residência.

Caso o OIC seja tratado como uma entidade totalmente transparente nos termos da legislação interna do seu Estado de residência, a OCDE pronuncia-se no sentido da sua não consideração como residente para efeitos da CDT¹⁰⁸.

¹⁰² Cfr. art. 3.º, n.º 1, b) CMOCDE.

¹⁰³ Vd. par. 25 do relatório “The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles”, realizado pela OCDE.

¹⁰⁴ Em sentido aparentemente contrário, qualificando os OIC contratuais como “agrupamento de pessoas”, vd. PALLESI, *Application of Tax Treaties to Investment Funds*, 2007, p. 149.

¹⁰⁵ Vd., neste sentido, TENORE, *Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive*, 2010, p. 224.

¹⁰⁶ Vd., neste sentido, VOGEL, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, 1986, p. 48, TENORE, op. cit., 2010, p. 224, e HELMINEN, *The International Law Concept of Dividend*, 2010, p. 81.

¹⁰⁷ Cfr. art. 4.º, n.º 1 CMOCDE.

¹⁰⁸ Cfr. par. 25 dos Comentários ao art. 1.º CMOCDE.

O Estado de residência do OIC pode, no entanto, sujeitar esta entidade, formalmente, a imposto sobre o rendimento, mas limitar a tributação em função de determinados critérios, podendo resultar dessa limitação de tributação, na prática, uma isenção total¹⁰⁹. Sendo adotado um modelo deste tipo, tudo dependerá da interpretação que os EC fizerem do conceito de residente, sendo que há um atual consenso no sentido da inclusão dos OIC fiscalmente opacos no conceito de “residente”¹¹⁰.

Assim, sempre que os OIC que sejam sujeitos passivos, autónomos em relação aos seus participantes, e estejam, ainda que apenas formalmente, sujeitos a tributação de base mundial nos termos da legislação fiscal interna do seu Estado de residência, devem ser considerados “sociedades residentes”, para efeitos de aplicação do art. 10.º.

b. Das participações em OIC enquanto direitos geradores de dividendos

O conceito de dividendos surge no n.º 3 do art. 10.º. Esta disposição desdobra o conceito em três categorias¹¹¹. Na primeira categoria, inserem-se os rendimentos associados aos direitos e valores mobiliários enumerados nessa disposição. A segunda categoria é composta pela cláusula geral de rendimentos associados a “outros direitos”, que não correspondam aos elencados em tal enumeração. Caso o ativo ou direito não se insira em nenhuma das duas anteriores categorias, o rendimento deve ser qualificado como dividendo na medida em que o Estado da fonte enquanto tal o trate para efeitos fiscais, constituindo esta remissão para a legislação interna do Estado da fonte a terceira categoria.

O primeiro ativo mencionado na enumeração do n.º 3 do art. 10.º é a ação. A ação é um conceito não definido pela CMOCDE, sendo necessário recorrer à legislação fiscal doméstica dos EC para apurar o seu significado¹¹². A qualificação da participação em OIC como ação será, naturalmente, mais frequente em relação àqueles que sejam

¹⁰⁹ Sirva de exemplo o caso português: a nossa lei sujeita, formalmente, os OIC nacionais a tributação, isentando os mesmos de determinados tipos de rendimentos – ou seja, segundo o critério do tipo de rendimento; isenção essa que, como analisado, será integral em termos práticos.

¹¹⁰ Cfr. par. 29 e 30 do relatório “The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles” e par. 9 do relatório “Tax Treaty Issues Related to REITs”, ambos realizados pela OCDE.

¹¹¹ HELMINEN, op. cit., 2010, p. 63; SCHUCH, PINETZ, *The Definition of Dividends, Interest, Royalties and Capital Gains*, 2015, p. 6.

¹¹² Cfr. art. 3.º, n.º 2 CMOCDE; HELMINEN, op. cit., 2010, pp. 63 e 64.

constituídos sob a forma societária. Em tais casos, o rendimento distribuído pelo OIC deve qualificar como dividendo por via da primeira categoria.

No que concerne a participações detidas em OIC contratuais, bem como nos casos em que as legislações internas não qualifiquem como ação a participação detida em OIC societário, os rendimentos distribuídos pela entidade coletiva devem ser qualificados como dividendos por via de aplicação da cláusula geral “outros direitos”. Apenas se enquadram no âmbito de tal expressão os direitos que correspondam a direitos corporativos que permitam a participação nos lucros da entidade coletiva¹¹³. Num OIC, o património coletivo é dividido em participações, estas que permitem o acesso aos lucros gerados pelo *veículo* de investimento, e em função das quais serão distribuídos os rendimentos. Tendo em conta que as participações detidas num OIC contratual correspondem a um valor mobiliário que permite a participação nos lucros de uma entidade coletiva, devem sempre ser incluídas no conceito de “outros direitos”, para efeitos da aplicação do art. 10.^o¹¹⁴.

c. Conclusão

A análise permite-nos concluir que os rendimentos distribuídos devem ser qualificados, via de regra, como dividendos, seja o OIC constituído sob forma contratual ou societária, e independentemente da natureza dos ativos componentes da sua carteira.

A regra distributiva atribui competência tributária a ambos os EC, limitando, no entanto, a tributação pelo Estado da fonte até 15% sobre o rendimento bruto¹¹⁵. Não ficando a situação de dupla tributação solucionada pelas regras de atribuição de competência, torna-se necessário recorrer aos métodos de eliminação. O método adotado nas CDT celebradas por Portugal é, no âmbito dos dividendos, o da imputação ordinária¹¹⁶. Significa, na prática, que o Estado português calcula a tributação incidente sobre o participante em relação à totalidade do rendimento por este obtido, incluindo o resultante da distribuição por OIC *estrangeiro*, permitindo, posteriormente, uma dedução equivalente ao imposto pago no Estado da fonte. O valor da dedução está, no entanto,

¹¹³ SCHUCH, PINETZ, op. cit., 2015, p. 7.

¹¹⁴ Embora sem referência expressa a participações em OIC, mas também no sentido de que todos os direitos que permitam a participação nos lucros qualificam como “dividendos”, vd. SCHUCH, PINETZ, op. cit., 2015, p. 8.

¹¹⁵ Cfr. art. 10.^o, n.º 2, b) CMOCDE.

¹¹⁶ Previsto nos arts. 23.^o-A, n.º 2 e 23.^o-B CMOCDE.

limitado à totalidade do montante de imposto que seria pago pelo participante relativamente aos rendimentos distribuídos, de acordo com a aplicação da lei fiscal portuguesa.

Sendo a tributação por parte do Estado da fonte limitada, o Estado português será certamente competente para tributar o rendimento obtido pelo participante, ainda que o montante de imposto pago por este seja inferior ao que seria devido caso o Estado português fosse exclusivamente competente. Ao mesmo tempo, parte da tributação do rendimento obtido pelo participante ocorrerá de acordo com a legislação interna do Estado da fonte dos rendimentos, que, na ótica do sujeito passivo, poderá ser benéfica ou prejudicial em relação ao regime consagrado no CIRS.

2.1.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários

Está consolidado, nas várias provisões da CMOCDE o princípio segundo o qual, relativamente a rendimentos associados a bens imóveis, o EC onde o imóvel esteja situado deve ter competência primária e ilimitada para tributar os rendimentos que resultem da exploração de tal ativo¹¹⁷.

Relativamente aos participantes detentores de uma participação maioritária no OIC, o investimento por via do ente coletivo pode ser visto como uma via dissimulada de investimento direto no próprio bem imóvel. Em tais casos, poderá não se afigurar plausível a aplicação da regra distributiva do art. 10.º, que limita a competência tributária do Estado de residência do ente coletivo. Os Comentários propõem que os EC determinem uma exceção à aplicação do art. 10.º às situações referidas, de forma a que o Estado onde o imóvel esteja situado tenha competência ilimitada para tributar os rendimentos auferidos pelo participante¹¹⁸. Contudo, não é prática usual nas CDT em que Portugal é EC a consagração uma cláusula equivalente¹¹⁹, que levaria à aplicação do art. 6.º para determinação da repartição da competência tributária.

Sendo aplicável, a regra distributiva do art. 6.º determina competência partilhada entre os EC, mas de forma ilimitada no Estado da fonte, não eliminando, por si, a dupla

¹¹⁷ Cfr. arts. 6.º e 13.º, n.º 1 e 4 CMOCDE; vd. par. 21 do relatório “Tax Treaty Issues Related to REITs”, da OCDE.

¹¹⁸ Vd. par. 67.4 dos Comentários ao art. 10.º.

¹¹⁹ Com uma cláusula excecional relativamente à distribuição de rendimentos por OIC imobiliários a participantes singulares com mais de 25% da carteira do ente coletivo, vd. art. 10.º, n.º 4 da CDT Portugal/EUA.

tributação na esfera do participante. Geralmente, o método de eliminação de dupla tributação utilizado nas CDT em que Portugal é EC é o método da imputação ordinária. A aplicação deste método aos casos em que a regra distributiva atribua competência ilimitada ao Estado da fonte, potencia que a tributação por parte do Estado de residência do sujeito passivo seja residual ou mesmo inexistente.

2.2. Rendimentos resultantes da transação de participações

2.2.1. Qualificação como mais-valias

O operador que desencadeia a aplicação do art. 13.º, que se ocupa da repartição da competência tributária no âmbito das mais-valias, é, em relação a todas as hipóteses previstas nessa norma, a “alienação”¹²⁰.

O conceito de alienação não é definido pela CMOCDE, devendo o seu significado ser apurado, em princípio, de acordo com a legislação interna dos EC¹²¹. É pacífico afirmar-se que a operação de transação ou venda de determinado ativo se insere no escopo de tal conceito¹²².

É, contudo, necessário apurar em que concreta regra distributiva, de entre as previstas no art. 13.º, se aplica à venda de participações detidas em OIC, uma vez que nem todas estabelecem a repartição da competência tributária de forma similar.

a. Hipóteses enquadráveis no n.º 5 do art. 13.º da CMOCDE

O n.º 5 do art. 13.º contém a cláusula residual no âmbito da regra distributiva das mais-valias, sendo aplicável a todas as situações que não estejam especificamente reguladas nos números anteriores da mesma norma.

Esta regra distributiva é potencialmente aplicável a todas as hipóteses de transmissão de participações detidas em OIC, mobiliários e imobiliários, por parte de uma

¹²⁰ SIMONTACCHI, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention: with special regard to Immovable Property*, 2007, p. 175.

¹²¹ Cfr. art. 3.º, n.º 2 CMOCDE.

¹²² Vd. par. 5 dos Comentários ao art. 13.º CMOCDE.

pessoa singular¹²³. Esta regra distributiva elimina, por si, a dupla tributação na esfera do participante, ao atribuir competência exclusiva ao Estado de residência do sujeito passivo. Nessa medida, o rendimento que resulte da venda de participações detidas em OIC *estrangeiro*, por parte de pessoa singular residente em território português, será, por regra, integralmente tributado de acordo com as regras do CIRS.

A atribuição de competência exclusiva do Estado de residência do alienante, nas hipóteses subsumíveis ao n.º 5 do art. 13.º, é a solução adotada na larga maioria das CDT celebradas por Portugal¹²⁴. No entanto, em determinadas CDT em que Portugal é EC, existem exceções previstas na regra distributiva das mais-valias e potencialmente aplicáveis à hipótese de transação de participações em OIC, que determinam uma diferente distribuição da competência tributária em função de variados critérios¹²⁵.

b. Hipóteses enquadráveis no n.º 4 do art. 13.º da CMOCDE

O n.º 4 do art. 13.º foi incorporado na CMOCDE em 2003. Desde 2017, dispõe:

Os ganhos que um residente de um Estado Contratante aufera da alienação de partes de capital ou direitos similares, tais como os direitos numa sociedade de pessoas ou numa estrutura fiduciária, podem ser tributados no outro Estado Contratante quando, em qualquer momento durante os 365 dias anteriores à alienação, o valor dessas partes de capital ou direitos similares resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50 %, de bens imobiliários, tal como definidos no artigo 6.º, situados nesse outro Estado.

A possibilidade de aplicação desta regra distributiva à transação de participações em OIC é uma questão que apenas releva no âmbito dos OIC imobiliários. Na medida em que um OIC opaco, independentemente da sua constituição sob forma societária ou contratual, será considerado sociedade para efeitos de aplicação das CDT, a operação de

¹²³ Contanto o art. 13.º, n.º 2 seja aplicável a certas hipóteses de alienação de bens mobiliários, o seu âmbito reduz-se, no que a alienações praticadas por pessoas singulares concerne, às situações em que o bem mobiliário esteja afeto a uma instalação fixa detida pelo alienante no Estado da fonte. Nessa medida, não é aplicável à hipótese em estudo.

¹²⁴ Como exceção, vd. art. 13.º, n.º 4 da CDT Portugal/Brasil (que constitui a cláusula geral no âmbito das mais-valias, equivalente ao art. 13.º, n.º 5 da CMOCDE), que estabelece competência tributária partilhada entre Estado de residência e Estado da fonte.

¹²⁵ Vd., v.g., art. 13.º das CDT Portugal/Arábia Saudita, Portugal/México e Portugal/Turquia, que estabelecem competência partilhada entre Estado da residência e Estado da fonte, sempre que ocorra alienação de participação representativa de determinada percentagem no capital de sociedade residente no Estado da fonte.

transação de participações no capital do ente coletivo é subsumível à aplicação da disposição em apreço, verificados que estejam os restantes requisitos.

Especial relevância assume o facto de a disposição ser aplicável mesmo quando apenas “indiretamente” a carteira de ativos da entidade coletiva seja composta por bens imobiliários. Tal alargamento do âmbito de aplicação determina que, na prática, a regra distributiva seja aplicável mesmo quando a carteira de ativos do OIC imobiliário seja composta por ações detidas em sociedades que, por sua vez, explorem diretamente bens imóveis¹²⁶.

A aplicação do n.º 4 do art. 13.º determina que a competência tributária seja partilhada entre o Estado de residência e o Estado da fonte, sem limitação no último. Nessa medida, corresponde a mais uma expressão do princípio segundo o qual o EC no qual se localiza o bem imóvel deve ter competência primária e ilimitada para tributação dos rendimentos que com a sua exploração se relacionem.

Não ficando a dupla tributação eliminada por mera aplicação da regra distributiva, é necessário recorrer aos métodos de eliminação, sendo que o método geralmente adotado nas CDT em que Portugal é EC é o da imputação ordinária. Na prática, tal significa que a tributação dos rendimentos aos quais seja aplicável a regra distributiva do n.º 4 será feita, se não integralmente, maioritariamente de acordo com a legislação interna do Estado da fonte dos rendimentos.

Há que ter em conta, porém, que esta norma não é aplicável quando o bem imóvel explorado não esteja situado no Estado da fonte de rendimentos. Ademais, parte considerável das CDT em que Portugal é EC, celebradas anteriormente a 2003, não contém uma norma equivalente à prevista no atual art. 13.º, n.º 4 da CMOCDE. Em tais situações, uma vez que o n.º 4 constitui normal especial em relação ao n.º 5, será aplicável a já analisada cláusula residual, que, em princípio, determina a competência exclusiva ao Estado de residência para tributação dos rendimentos¹²⁷.

¹²⁶ Neste sentido, vd. HUG, *The Taxation of Gains derived from the Alienation of Shares in Real Estate Companies Under the OECD Model Tax Convention International and European Tax Law*, 2015, p. 10.

¹²⁷ Neste sentido, vd. HUG, op. cit., 2015, p. 1, e HAASE, *Reconceptualization of the "Immovable Property Clause" in article 13 paragraph 4 OECD model convention by means of the multilateral instrument?*, 2017, p. 288.

2.3. Rendimentos resultantes do resgate e da liquidação do OIC

2.3.1. Qualificação como dividendos

Aquando da análise à qualificação dos rendimentos distribuídos pelo OIC, apuramos os requisitos de aplicação do art. 10.º. São aos casos do resgate e da liquidação extensíveis as considerações feitas em relação à qualificação do OIC *estrangeiro* como “sociedade residente”, bem como à qualificação das participações em OIC como ações ou “outros direitos” corporativos.

No específico âmbito do resgate e da liquidação, o requisito de aplicação do art. 10.º que, a nosso ver, merece desenvolvimento mais aprofundado é o da natureza da operação que está na génese da obtenção de rendimentos: o pagamento por parte de uma sociedade a pessoa residente no outro EC, em virtude de um direito que a última tem que permite a participação nos lucros gerados pela atividade da primeira. De seguida, explicaremos as razões pelas quais cremos que o resgate e a liquidação correspondem a um pagamento por parte de uma sociedade, e não a uma cobrança de crédito ou a uma alienação, para efeitos de aplicação das CDT.

- a. Da qualificação enquanto pagamento efetuado por uma sociedade a pessoa residente no outro EC

Os Comentários reconhecem a possibilidade de os rendimentos resultantes do resgate e da liquidação qualificarem como dividendos. No entanto, fazem depender tal qualificação da similaridade entre o tratamento fiscal conferido a estes rendimentos e o tratamento fiscal concedido aos dividendos, nos termos da legislação interna do Estado da fonte¹²⁸.

Cremos que não é esta a solução que resulta da letra do art. 10.º. Com efeito, há que distinguir dois requisitos distintos para a aplicação da norma: por um lado, o rendimento deve corresponder a “dividendo”; por outro, o rendimento tem de ser pago pela sociedade ao participante.

¹²⁸ Vd. par. 28 dos Comentários ao art. 10.º CMOCDE e par. 31 dos Comentários ao art. 13.º.

Na análise à distribuição de rendimentos pelo OIC, vimos que o conceito de dividendos, no âmbito das CDT, está estritamente relacionado com a natureza do ativo que legitima a obtenção do rendimento. Na medida em que, para preenchimento do conceito, a CDT utiliza termos que não são por si definidos, é necessário recorrer à legislação interna dos EC para apurar o seu sentido. Concluimos, pela nossa análise, que os rendimentos que provenham de participações em OIC, sejam estes societários ou contratuais, corresponderão sempre a dividendos, seja porque aquele ativo corresponde a uma ação ou a “outro direito” que permite a participação nos lucros da sociedade.

Questão distinta é a de saber que tipo de operação tem de estar na génese da obtenção do rendimento para que o art. 10.º seja aplicável, sobre a qual não se debruça o conceito de dividendos. De tal questão ocupa-se o n.º 1, que nos diz que a operação em causa tem de corresponder a um pagamento por parte de uma sociedade residente num EC a pessoa residente no outro EC. A expressão “dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante”, é, salvo melhor opinião, suficientemente clara e densa, sendo possível aferir objetivamente os seus contornos e não sendo, nessa medida, necessário recorrer à legislação interna dos EC para apurar o seu significado. Quanto a nós, a utilização desta expressão demonstra uma clara intenção, por parte dos EC, em subordinar todos os rendimentos que derivem de uma operação de pagamento por uma sociedade aos seus participantes, verificados que estejam os restantes requisitos, à aplicação da regra distributiva do art. 10.º, independentemente do sentido atribuído pelas legislações internas dos EC às operações em causa. É, assim, manifesto que o seu âmbito de aplicação não se reduz às operações de distribuição¹²⁹.

O resgate e a liquidação correspondem a operações, e não a espécies de ativos. Nestas duas operações, há um pagamento de rendimentos por parte do OIC aos seus participantes, rendimentos esses estritamente conexos com o valor da participação dos últimos e dependentes dos lucros da entidade coletiva. Verifica-se, desta forma, o requisito de aplicação previsto no n.º 1. Por esse motivo, cremos que a regra distributiva aplicável aos rendimentos derivados do resgate e da liquidação será a constante do art. 10.º, independentemente do tratamento, por parte das legislações fiscais dos EC, enquanto rendimentos de dividendos¹³⁰.

¹²⁹ HELMINEN, op. cit., 2010, p. 62; par. 28 dos Comentários ao art. 10.º CMOCDE.

¹³⁰ Neste sentido, vd. SCHUCH, PINETZ, op. cit., 2015, p. 11.

b. Da não qualificação como cobrança de créditos

Como é expressamente referido no n.º 3, o art. 10.º não é aplicável quando a operação que esteja na génese da obtenção do rendimento não corresponda a uma cobrança de crédito. Quando determinado rendimento derive de um crédito, a regra distributiva aplicável será a constante do art. 11.º, que de ocupa dos juros.

O critério que nos permite distinguir uma situação de pagamento de dividendos de uma cobrança de crédito é, segundo a doutrina e os Comentários, o da participação no risco da atividade empresarial por parte da entidade que aufera o rendimento¹³¹.

É certo que, a partir do momento em que o participante exerce o seu direito ao resgate, ou quando se verifica uma das causas de dissolução do OIC, se gera uma relação obrigacional entre a entidade coletiva e o participante, assumindo este a posição de credor. Contudo, sendo o fluxo de capital do OIC para o participante um evento certo, já é meramente potencial que desse mesmo fluxo resultem rendimentos por para o participante. De facto, os rendimentos derivados do resgate e da liquidação estão intrinsecamente ligados ao valor das participações, valor esse que flutua em função do sucesso da atividade do OIC. Com a participação no OIC, o participante assume o risco de perder todo o capital investido¹³², e se as operações de resgate e de liquidação se traduzirem na obtenção de rendimento é porque a atividade do OIC gerou lucro.

Esta relação de interdependência entre a obtenção de rendimentos por via do resgate e da partilha pós-liquidação e o sucesso da atividade do OIC, implica a conclusão de que estas operações qualificam como pagamento de dividendos e não como cobrança de créditos.

c. Da não qualificação alienação

Como vimos, o operador que desencadeia a aplicação do art. 13.º é a alienação, termo que não é definido pela CMOCDE. A ausência de definição determina, nos termos do art. 3.º, n.º 2, a necessidade de recurso à legislação fiscal interna dos EC para

¹³¹ Vd. par. 25 dos Comentários do art. 10.º CMOCDE, e BÄRSCH, *The definitions of dividends and interest contained in the OECD model, actual tax treaties, and german model*, 2014, pp. 435 a 437.

¹³² BÄRSCH, op. cit., 2014, p. 437.

apuramento do seu significado, a menos que o contexto exija interpretação distinta¹³³. O recurso ao contexto é, portanto, excepcional, apenas operando na medida em que exista um motivo forte que obrigue ao afastamento do preenchimento do conceito segundo a legislação doméstica dos EC¹³⁴.

Certos Autores¹³⁵ entendem que o resgate e a liquidação não correspondem a alienações, na medida em que de tais operações não resulta a transmissão da propriedade sobre um ativo para outra entidade. O termo alienação teria um conteúdo autónomo no âmbito da CMOCDE, não havendo razões para recurso à legislação interna dos EC para apuramento do seu sentido.

Discordamos desta abordagem. Em primeiro lugar, porque nos parece incongruente com o texto da CMOCDE, que, a nosso ver, dá prevalência à legislação interna dos EC para apuramento de conceitos utilizados mas não definidos pelas CDT¹³⁶. Por outro lado, mesmo que entendamos que esta abordagem consiste numa referência “tácita” ao contexto, cremos que a mera característica da cessação da existência do ativo que inere às operações de resgate e liquidação não se apresenta como argumento suficiente para desconsideração da equiparação destas operações a alienações por parte da legislação interna dos EC. É certo que todos os exemplos de alienações dados pelos Comentários parecem exigir transferência da propriedade¹³⁷. Contudo, trata-se de uma enumeração exemplificativa, e, como também é demonstrado pelos Comentários, o conceito de alienação deve ser entendido de forma bastante ampla, de forma a abranger, tanto quanto possível, todas as operações que se subordinem a tal conceito nos termos da legislação interna dos EC¹³⁸. A nosso ver, uma alienação, entendida neste sentido amplo, que não se reduza aos seus moldes convencionais, pode abranger qualquer operação por meio da qual a propriedade sobre determinado bem ou ativo saia da esfera de determinada entidade, sem necessidade de se atender ao seu destino. Assim, uma abordagem por via das peculiaridades do resgate e da liquidação não nos parece o caminho certo para afastar tais operações do conceito de alienação, na medida em que tais elementos parecem não assumir relevância na determinação do sentido a atribuir ao termo.

¹³³ SIMONTACCHI, op. cit., 2007, p. 175.

¹³⁴ Neste sentido, vd. VOGEL, op. cit., 1986, p. 73; em sentido contrário, afirmando a prevalência da interpretação de conceitos não definidos pela CMOCDE de acordo com o “contexto” em relação à legislação doméstica dos EC, vd. NETO, *Os “Contextos” na Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação*, 2015, pp. 91 e 92.

¹³⁵ SCHUCH, PINETZ, op. cit., 2015, pp. 10 e 11.

¹³⁶ VOGEL, op. cit., 1986, p. 73.

¹³⁷ Vd. par. 5 dos Comentários ao art. 13.º da CMOCDE.

¹³⁸ SIMONTACCHI, op. cit., 2007, p. 183.

Outra linha argumentativa parece-nos mais convincente para se chegar a tal conclusão. Nos termos do art. 31.º, n.º 2 da CVDT, atender ao contexto é, também, atender ao “texto” da convenção. Incluir o resgate e a liquidação, quando equiparados a alienações nos termos da legislação interna dos EC, no âmbito do art. 13.º, levaria a que estas operações fossem, simultaneamente, idóneas a preencher os requisitos de aplicação de duas regras distributivas distintas: a do art. 10.º e a do art. 13.º. De facto, independentemente da qualificação dada pela legislação interna dos EC, os rendimentos do resgate e da liquidação são pagos por uma sociedade aos seus participantes em função de um direito corporativo que permite que estes participem nos lucros realizados por aquela. Tendo sido demonstrada uma intenção expressa por parte dos EC em subordinar os rendimentos do resgate e da liquidação ao conceito de dividendos, entendemos que as operações em estudo não devem ser incluídas no conceito de alienação, ainda que a legislação interna dos EC a tal as equipare.

Quanto a nós, uma análise ao texto da CDT no seu conjunto apresenta-se, neste caso, como um motivo suficientemente forte para desvio à regra segundo a qual o significado de conceitos não definidos deve ser dado pela legislação interna dos EC.

d. Conclusão

Pelo exposto, cremos que os rendimentos derivados do resgate e da liquidação correspondem a dividendos. A competência tributária é partilhada entre o Estado de residência e o Estado da fonte, sendo limitada em relação ao último, não devendo o imposto ultrapassar 15% do montante bruto. A dupla tributação é eliminada por via do método de imputação ordinária, com as consequências já analisadas.

Embora a legislação fiscal portuguesa beneficie a participação em OIC *estrangeiros*, no que ao resgate e à liquidação concerne, tal não significa, automaticamente, que será benéfico para o sujeito passivo participar em OIC *estrangeiro*. Como se vê, parte considerável da tributação do rendimento será feita de acordo com a legislação interna do Estado da fonte.

2.3.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários

Como vimos a propósito da análise aos rendimentos distribuídos, no âmbito do investimento em OIC imobiliários, os EC poderão acordar em estabelecer uma exceção ao âmbito de aplicação do art. 10.º, no sentido da exclusão das hipóteses em que o participante detenha uma participação maioritária na entidade coletiva. O objetivo passa por conferir competência tributária primária e ilimitada ao Estado onde se situe o bem imóvel, por via da aplicação do art. 6.º.

Contudo, como analisado, é rara a inclusão de uma cláusula neste sentido nas concretas CDT em que Portugal é EC.

Conclusões

- I. A tributação dos rendimentos gerados por via de OIC *nacionais* é feita de acordo com o regime especial consagrado nos arts. 22.º e 22.º-A do EBF. Com vista a neutralizar as diferenças entre o investimento direto e indireto, este regime consagra um nível único de tributação, na esfera dos participantes (regime de isenção *à entrada* e tributação *à saída*).
- II. O tratamento fiscal dos rendimentos derivados do resgate e da liquidação, quando obtidos por participantes residentes em território português em virtude do seu investimento em OIC *nacionais*, é peculiar.
- III. Seja por imposição legal, no caso do resgate, ou por via regulamentar, em relação à liquidação, a aplicação de retenção na fonte a título definitivo aos rendimentos resultantes de tais operações impede que o sujeito passivo seja tributado em relação a um saldo anual positivo entre mais-valias e menos-valias. Ao invés, a aplicação de retenção na fonte determina que a tributação incida sobre a soma das mais-valias, com desconsideração total das menos-valias suportadas. Esta solução pode conduzir a tributação efetiva na esfera do participante relativamente a períodos em que o saldo seja, globalmente considerado, negativo.
- IV. Na medida em que tal solução não se coaduna com o princípio da capacidade contributiva, cremos que é essencial a revisão desta solução, no sentido de atribuir relevância às menos-valias suportadas pelo contribuinte.
- V. Apenas haverá consideração das menos-valias associadas ao resgate e à liquidação caso o participante opte pelo englobamento. Porquanto tal opção se afigura vantajosa no caso de o saldo global ser negativo, já não o será se o saldo for positivo. O saldo positivo incrementa a matéria coletável do sujeito passivo, o que, por consequência, potencia a aplicação de uma elevada taxa de imposto, que pode ascender a 48%, bem como da taxa adicional de solidariedade.
- VI. A qualificação, operada pelo EBF, dos rendimentos derivados de OIC imobiliários como rendimentos de bens imóveis só assume relevância imediata em relação aos rendimentos resultantes da transação de participações. Com especial relevância, tal qualificação determina o

englobamento obrigatório dos rendimentos e a consideração em apenas 50% do saldo anual, positivo ou negativo, entre mais-valias e menos-valias imobiliárias, incluindo as resultantes da mencionada operação.

- VII. Em relação à distribuição, resgate e liquidação em OIC imobiliários, a qualificação dos rendimentos como sendo de bens imóveis apenas assume relevância prática caso o sujeito passivo opte pelo englobamento. Caso não opte, a tributação dos rendimentos resultantes de tais operações será exercida nos mesmos termos em que seria caso os rendimentos derivassem de OIC mobiliário.
- VIII. O regime tributário aplicável aos rendimentos obtidos por pessoa singular residente, em virtude da sua participação em OIC *estrangeiro*, é o regime geral do CIRS.
- IX. Os rendimentos obtidos pelo participante em virtude do seu investimento em OIC *estrangeiro* corresponderão sempre a rendimentos de instrumentos financeiros, independentemente da natureza dos ativos que componham a carteira do OIC.
- X. Nem o CIRS, nem o modelo declarativo de IRS aplicável a rendimentos de fonte estrangeira, preveem aplicação de retenção na fonte às mais-valias resultantes do resgate e da liquidação. Por esse motivo, independentemente do exercício da opção pelo englobamento, as menos-valias suportadas pelo contribuinte são consideradas para o apuramento do rendimento tributável, não existindo qualquer tributação quando o saldo entre mais-valias e menos-valias for negativo.
- XI. Esta comparação permite-nos concluir que a legislação fiscal portuguesa privilegia, de forma paradoxal, a participação por parte de pessoas singulares residentes em território português em OIC *estrangeiros*.
- XII. Contudo, a participação por parte de um sujeito passivo residente em Portugal num OIC *estrangeiro* potencia uma situação de dupla tributação jurídica na sua esfera, caso o Estado da fonte opte por tributar os rendimentos obtidos pelo participante.
- XIII. Constituindo-se uma situação de dupla tributação jurídica, torna-se necessário recorrer à CDT celebrada entre o Estado português e o Estado da fonte, para apurar em que medida os rendimentos obtidos pelo participante serão tributados de acordo com as regras do CIRS.

- XIV. Relativamente aos rendimentos derivados da distribuição, resgate e liquidação, a repartição da competência tributária deve ser feita, a nosso ver, ao abrigo da regra distributiva aplicável aos dividendos. A competência tributária será partilhada entre os dois EC, sendo limitada no Estado da fonte, o que determina que apenas parte da tributação do rendimento seja feita de acordo com as normas do CIRS. Em casos muito limitados, a regra distributiva aplicável será a relativa a rendimentos de bens imóveis, que atribui competência tributária principal e ilimitada ao Estado da fonte, o que determina que a tributação dos rendimentos seja integral ou maioritariamente feita de acordo com a legislação interna do último.
- XV. Já relativamente a rendimentos resultantes da transação, assume relevância a natureza dos ativos componentes da carteira do OIC. Caso o OIC seja mobiliário, a regra distributiva aplicável será a cláusula residual constante do n.º 5 do art. 13.º da CMOCDE, que determina competência exclusiva do Estado português para tributação dos rendimentos auferidos pelos seus residentes. Se o OIC for imobiliário, a regra distributiva aplicável poderá ser a consagrada no n.º 4 do art. 13.º da CMOCDE, que determina competência tributária principal e ilimitada por parte do Estado da fonte, tornando limitada e residual a aplicação do CIRS. No entanto, caso não se encontrem preenchidos os requisitos previstos no n.º 4, ou caso essa regra distributiva não conste das CDT em que Portugal é EC, a cláusula residual do n.º 5 será igualmente aplicável à transação de participações em OIC imobiliários.

Bibliografia

I – Livros e Artigos

- ADEMA, Raymond (2009). *UCITS and Taxation: Towards Harmonization of the Taxation of UCITS*. Kluwer Law International.
- ALMEIDA, António Pereira de (2008). O governo dos fundos de investimento. In *Direito dos Valores Mobiliários - Volume VIII* (pp. 9–38). Coimbra Editora.
- ALMEIDA, José Miguel de (2002). Uma reflexão sobre os Fundos de Investimento Mobiliários de Acções. *Cadernos Do Mercado Dos Valores Mobiliários*, 15, 173–184.
- ALMEIDA, Pedro Félix Lima de (2017). *O Regime de Tributação dos Organismos de Investimento Coletivo - Perspetiva dos Participantes Pessoas Singulares*. Universidade de Lisboa.
- ANTUNES, José Engrácia (2017). *Os Instrumentos Financeiros* (3ª Edição). Almedina.
- , (2018). *Direito das Sociedades* (8.ª Edição).
- , (2019). Os fundos de investimento imobiliário. *Direito Das Sociedades Em Revista*, 22, 49–61.
- AZEVEDO, Patrícia Anjos (2017). A dupla tributação internacional : questões levantadas e métodos para a evitar. *Cadernos de Direito Actual*, 6, 31–65.
- BANDEIRA, Luís (2019). Velhos e actuais problemas da qualificação dos rendimentos dos instrumentos financeiros: A reforma do IRS e o novo regime fiscal dos Organismos de Investimento Colectivo. *Imposto: Questões Actuais*, 51–97.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, António (2017). O depositário no Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo. In *O Novo Direito dos Valores Mobiliários - I Congresso Sobre Valores Mobiliários e Mercados Financeiros* (pp. 281–296). Almedina.

- CASALTA NABAIS, José (1998). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina.
- , (2019). *Direito Fiscal* (11.^a Edição). Almedina.
- CEJIE, Katia (2012). Emigration Taxes – Several Questions, Few Answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond. *Intertax*, 40(6), 382–399.
- DE PIETRO, Carla (2012). *Tax Treaty Override*. Università di Bologna.
- FAUSTINO, Manuel (2020). Sobre a Qualificação dos Rendimentos Obtidos no Reembolso de Obrigações. In *Temas de IRS: Princípios Constitucionais, Tributação e Garantias* (pp. 277–353). Almedina.
- HAASE, Florian (2017). Reconceptionalization of the “Immovable Property Clause” in article 13 paragraph 4 OECD model convention by means of the multilateral instrument? *Intertax*, 45(4), 284–295.
- HELMINEN, Marjaana (2010). *The International Law Concept of Dividend*. Kluwer Law International.
- HUG, Johanna Clara (2015). *The Taxation of Gains derived from the Alienation of Shares in Real Estate Companies Under the OECD Model Tax Convention International and European Tax Law*. Maastricht University.
- JONES, J. F. A., BERG, C. J., DEPRET, H.-R., ELLIS, M. J., FONTANEAU, P., LENZ, R., MIYATAKE, T., ROBERTS, S. I., & SANDELS, C. (1984). The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OECD Model - II. *British Tax Review*, 3(2).
- LOBO XAVIER, António, BRAGA, António Pedro, & MENDES DA SILVA, Francisco (2014). A tributação em IRS dos ganhos derivados do reembolso de obrigações adquiridas abaixo do preço de emissão. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2, 43–66.
- MADEIRA, Bárbara de Ribeiro Drago (2015). *Análise do Regime Tributário dos Fundos de Investimento Mobiliários – De um Regime de Tributação “à entrada” para um*

Regime de Tributação “à saída.” Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

MORAIS, Rui Duarte (2016). *Sobre o IRS* (3.^a Edição). Almedina.

NETO, Luís Flávio (2015). *Os “Contextos” na Interpretação e Aplicação de Acordos de Bitributação*. Universidade de São Paulo.

NOGUEIRA, João Félix Pinto (2010). *Direito Fiscal Europeu - O Paradigma da Proporcionalidade*. Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Filomena Salgado (2003). Fundos de Investimento: Alternativas ao Sistema Fiscal Actual. *Cadernos Do Mercado Dos Valores Mobiliários*, 17, 57–73.

PALLESI, Niccolò (2007). Application of Tax Treaties to Investment Funds. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 9, 87–154.

REIS MARTINS, Gonçalo dos (2007). Organismos de Investimento Colectivo Abertos em Valores Mobiliários e Personalidade Jurídica - Estudo de Direito Comparado (Ordenamentos Jurídicos Comunitário, Português, Espanhol e Alemão). In *Direito Privado e Direito Comunitário: Alguns Ensaio*s (pp. 319–421). Âncora Editora.

ROSADO PEREIRA, Paula (2007). *Estudos sobre IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias* (Reimpressão). Almedina.

----, (2019). *Manual de IRS* (2.^a Edição). Almedina.

----, (2020). As diversas vertentes do princípio da capacidade contributiva e o IRS. In *Temas de IRS: Princípios Constitucionais, Tributação e Garantias* (pp. 9–80). Almedina.

SALDANHA SANCHES, José Luís (1992). Sobre o conceito de mais-valia. *Fisco*, 38 e 39, 45–54.

SCHUCH, Josef., & PINETZ, Erik (2015). The Definition of Dividends, Interest, Royalties and Capital Gains. In *The OECD model convention and its update 2014* (pp. 1–24). Linde.

- SILVA, Afonso de Faria Gambôa Nogueira da (2015). *Fundos de Investimento - Regime Tributário*. Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.
- SIMONTACCHI, Stefano (2007). *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention: with special regard to Immovable Property*. Kluwer Law International.
- SOLER, María Teresa (2014). La Tributación de las Ganancias de Capital en los Modelos de Convenio de Doble Imposición. *Revista de Derecho & Sociedad*, 43, 389–399.
- TENORE, Mario (2010). Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive. *Intertax*, 38(4), 222–238.
- VASQUES, Sérgio (2015). *Manual de Direito Fiscal*. Almedina.
- VAZ TOMÉ, Maria João Carreiro (1999). Notas sobre os Aspectos Financeiros e Cíveis dos Fundos de Investimento Mobiliário Abertos. In *Direito dos Valores Mobiliários - Volume I* (pp. 9–62). Coimbra Editora.
- , (2008). A propósito dos fundos de investimento fechados de subscrição particular: duas questões. In *Direito dos Valores Mobiliários - Volume VIII* (pp. 461–471). Coimbra Editora.
- VOGEL, Klaus (1986). Double Tax Treaties and Their Interpretation. *Berkeley Journal of International Law*, 4(1), 1–85.
- XAVIER, Alberto (2014). *Direito Tributário Internacional* (2.^a Edição). Almedina.
- XAVIER DE BASTO, José Guilherme (2004). A Lei do Orçamento para 2004 e a disciplina fiscal dos fundos de investimento: algumas perplexidades... *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, 18, 5–18.
- , (2007). *IRS: Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*. Coimbra Editora.

II – Relatórios

OCDE, “Tax Treaty Issues Related to REITs”, 2008.

----, “The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles”, 2010.

REPÚBLICA PORTUGUESA, “Relatório de avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo”, 2020.