

## DA TRIBUTAÇÃO EM PORTUGAL DAS MAIS-VALIAS OBTIDAS POR NÃO RESIDENTES COM A VENDA DE VEÍCULOS IMOBILIÁRIOS NÃO RESIDENTES

### Da Tributação em Portugal das Mais-Valias Obtidas por Não Residentes Com a Venda De Veículos Imobiliários não Residentes

*O presente artigo pretende analisar sumariamente algumas das questões suscitadas pelo novo regime de tributação em Portugal das mais-valias realizadas por uma entidade não residente com a transmissão de outra entidade não residente cujo valor decorra direta ou indiretamente em mais de 50% de imóveis sítos em Portugal.*

### Portuguese Taxation on capital gains obtained by non-resident entities FROM the sale of non-resident real estate companies

*This article intends to briefly analyse some of the issues raised under the new tax framework in Portugal regarding capital gains realised by non-resident entities from the transfer of an interest in another non-resident entity deriving more than 50 per cent of its value directly or indirectly from real estate located in Portugal*

#### PALAVRAS-CHAVE

Mais-valias; sociedades imobiliárias; não residentes; IRC

#### KEY WORDS

Capital gains; real estate companies; non-residents; CIT.

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

### INTRODUÇÃO

A Lei n.º 114/2007, de 29 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2018 (“LOE 2018”), introduziu no sistema fiscal nacional, em sede de impostos sobre o rendimento, um novo fenómeno de tributação especificamente dirigido ao património imobiliário, e cujos limites e implicações se afiguram, por agora, de difícil concretização e de questionável legitimidade.

Referimo-nos à tributação dos ganhos realizados por sujeitos passivos não residentes, em resultado da transmissão onerosa de participações noutras entidades não residentes que, direta ou indiretamente, detenham ou tenham detido, em qualquer momento dos 365 dias anteriores à transmissão relevante, imóveis em Portugal.

Segundo entendemos, e como será possível antever, a aparente simplicidade do desígnio tributário do legislador encobre uma multiplicidade de questões e omissões cujas conclusões e respostas poderão, tanto no plano dos princípios tributários como na prática, levar à inexequibilidade das normas de incidência em jago.

### ENQUADRAMENTO LEGAL

No plano nacional, o fenómeno da tributação das mais-valias mobiliárias com a venda de sociedades imobiliárias conheceu um dos seus primeiros impulsos no ano de 2001 com a exclusão, do âmbito

da tradicional isenção de mais-valias mobiliárias realizadas por não residentes atualmente prevista no art.º 27.º do EBF daquelas decorrentes da transmissão de sociedades portuguesas cujo ativo fosse representado, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis localizados em Portugal.

Mais recentemente, com a criação do regime de *Participation Exemption* sobre mais valias mobiliárias em benefício dos sujeitos passivos de IRC residentes em Portugal, o legislador passou a isentar também as mais-valias mobiliárias realizadas por aqueles sujeitos passivos, excluindo, contudo, dessa isenção as mais-valias decorrentes da alienação de sociedades (residentes ou não em território português) cujo ativo seja representado, direta ou indiretamente, em mais de 50%, por bens imóveis sítos em Portugal, salvo (caso em que a participação voltaria poder beneficiar do regime de *Participation Exemption*) quando tais imóveis estejam afetos a uma atividade comercial, industrial ou agrícola que não seja a compra e venda de imóveis.

A este respeito, sempre cumprirá assinalar a patente desigualdade, geradora de um tratamento mais desfavorável para as entidades não residentes - e cujas consequências ao nível do Direito Comunitário primário não foram ainda, tanto quanto sabemos, devidamente analisadas pela jurisprudência nacional - decorrente do facto da exceção à isenção prevista no art.º 27.º do EBF se aplicar, indiscriminadamente, independentemente da afetação dos imóveis na sociedade alienada.

Igual desigualdade decorrerá ainda do facto de o regime de *Participation Exemption* se aplicar aos ganhos decorrentes de todas as transmissões de sociedades cujo ativo seja representado maioritariamente por imóveis adquiridos antes de 31/12/2013, ao passo que são tributadas as mais-valias auferidas por não residentes com veículos imobiliários portugueses independentemente da data em que os imóveis tenham sido adquiridos.

Em 2018, assistimos a novo estreitar da malha da tributação efetiva sobre os ganhos decorrentes da transmissão indireta de imóveis em Portugal.

Com efeito, na redação introduzida pela LOE 2018 passou o art.º 4.º do CIRC (sob a epígrafe “*Extensão da obrigação de imposto*”) a prever que se consideram obtidos em Portugal, entre outros, os “*Ganhos resultantes da transmissão onerosa de partes de capital ou de direitos similares em sociedades ou outras entidades, não abrangidas pela alínea b), quando, em qualquer momento durante os 365 dias anteriores, o valor dessas partes de capital ou direitos resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50 %, de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em território português, com exceção dos bens imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis*” (cf. art.º 4.º, n.º 3, al. f) do CIRC).

Norma de igual cariz e idêntico objetivo foi, pela mesma ocasião, introduzida em sede de IRS no art.º 18.º, n.º 2, al. p) do respetivo Código, pretendendo-se aí tributar as pessoas singulares sem residência fiscal em Portugal sobre as mais-valias realizadas com a venda de participações numa sociedade residente fiscal no estrangeiro mas cujo valor das respetivas partes de capital resulta, em mais de 50%, de bens imóveis sítos em Portugal. Mau grado estarmos perante novidades legislativas simultâneas e operadas por um mesmo legislador, sempre carecerá de justificação (se alguma houver) a diferente referência a “mais-valias” feita pelo art.º 18.º n.º 2, al. p) do CIRS e a “ganhos” nos termos do art.º 4.º, n.º 3, al. f) do CIRC.

Da inserção sistemática da norma resulta que estamos perante uma norma de incidência territorial que visa qualificar como de fonte portuguesa factos que, na sua ausência e até 2018, cairiam fora do âmbito de aplicação de aplicação do IRC quer porque a transmissão onerosa era realizada por sujeitos passivos não residentes em Portugal, quer porque as partes de capital não se referiam a uma entidade residente em Portugal.

Nesse sentido, poderemos concluir que a previsão da norma de incidência em análise ficará preenchida quando se verifique o facto tributário composto pelos seguintes elementos:

- (i) Obtenção de um ganho;
- (ii) Por uma entidade sem sede nem direção efetiva em Portugal;
- (iii) Decorrente da transmissão onerosa de partes de capital de outra sociedade sem sede nem direção efetiva em Portugal;
- (iv) cujo valor (i.e. das partes de capital transmitidas) resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50%, de quaisquer direitos reais sobre imóveis sítos em Portugal;
- (v) quer à data da venda, quer em qualquer dia dos 365 dias anteriores à transmissão sujeita a imposto.

Atente-se desde já para o facto de que não previu a lei qualquer norma transitória relativamente ao âmbito da incidência de tributação sobre os ganhos gerados com a valorização de imóveis em momento anterior à entrada em vigor do art.º 4.º, n.º 3, al. f) do CIRC.

Não se encontra, portanto, por qualquer forma limitada a tributação dos ganhos obtidos com a alienação de uma entidade não residente com imóveis em Portugal mesmo que a totalidade ou parte do ganho imputável a tais imóveis decorra de uma valorização verificada antes da entrada em vigor da norma em questão. Esta solução surge tanto mais questionável quanto se atente que continuam a não ser tributadas, ao abrigo do *Participation Exemption*, as mais-valias auferidas por entidades residentes com a venda de veículos imobiliários cujos imóveis tenham sido adquiridos antes de determinada data. Veja-se, a este respeito, o art.º 12.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, ao prever que “*Para efeitos do cálculo da percentagem a que se refere o n.º 4 do artigo 51.º -C do Código do IRC apenas se consideram os imóveis adquiridos em ou após 1 de janeiro de 2014*”.

Por fim, o enquadramento legal sobre esta temática não ficaria completo sem se aludir ainda à mais recente alteração legislativa introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2019 no art.º 27.º do EBF, com o objetivo de excluir do âmbito da isenção aí prevista, precisamente, os ganhos que o art.º 4.º, n.º 3, al. f) do CIRC passou a tributar. Esta alteração ao EBF pretendeu assim “*fechar o círculo*” quanto à efetiva tributação destes ganhos e acabar

com uma aparente lacuna no desígnio do legislador que, no ano de 2018, tornava letra morta as novíssimas normas de incidência tributária em análise.

### **DO ENQUADRAMENTO À LUZ DOS ACORDOS DE DUPLA TRIBUTAÇÃO (“ADT”) CELEBRADOS POR PORTUGAL**

O Modelo da Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE (“MCOCDE”) desde cedo previu no seu artigo 13.º a opção dos Estados incluírem nos seus ADT’s uma norma de tributação partilhada entre Estado da fonte e Estado da residência sobre as mais-valias decorrentes da transmissão de partes de capital de uma entidade cujo ativo seja representado em mais de 50% por bens imóveis sítos no Estado da fonte.

Fora destes casos, a competência para a tributação de mais-valia decorrente da venda de ações será, regra geral, atribuída exclusivamente ao Estado da residência.

Alguns dos ADT’s celebrados entre Portugal (v.g. com o Luxemburgo, os Países Baixos ou o Reino Unido) não contêm qualquer cláusula atributiva de competência ao Estado da fonte para tributar as mais-valias obtidas por um residente de um Estado decorrentes da vendas de ações de sociedades que detenham direta ou indiretamente imóveis no outro Estado contratante. Valerá nestes casos a tributação exclusiva do Estado da residência para tributar os ganhos decorrentes da venda de partes de capital, independentemente da composição do ativo da sociedade a que aquelas se referem.

Neste sentido, os eventuais ganhos realizados por uma entidade residente, por exemplo, no Luxemburgo com a venda de uma entidade residente em Espanha e cujo valor decorra, em mais de 50%, de imóveis sítos em Portugal, apenas poderão ser tributados, à luz do ADT celebrado entre Portugal e o Luxemburgo, no Estado da residência (no caso, o Luxemburgo).

Já quanto aos ADT’s celebrados por Portugal que contenham uma cláusula igual ou similar àquela prevista no n.º 4 do art.º 13.º do MCOCDE (na sua versão até 2017), será questionável se a mesma abrangerá – i.e. no sentido de atribuir competência a Portugal, enquanto Estado da fonte – os ganhos realizados por um residente de um Estado com a venda de participações numa sociedade residente num Estado de terceiro cujo valor resulte em mais de 50% de imóveis sítos em Portugal.

Ainda neste contexto sempre cumprirá referir que o n.º 4 do art.º 13.º do MCOCDE foi alterado em 2017 para passar a prever uma redação em tudo similar àquela introduzida no art.º 4.º, n.º 3, al. f) do CIRC, e que teve como principal objetivo permitir a tributação pelo Estado da fonte dos ganhos obtidos com a venda de sociedade cujo valor decorra em mais de 50% de imóveis localizados nesse Estado, tanto na data da transmissão como nos 365 dias anteriores à mesma.

Ainda que esta alteração não tenha impacto nos ADT’s celebrados por Portugal atualmente em vigor, será no entanto expeável que a mesma regra possa vir a ser aplicável a tais tratados no contexto da entrada em vigor para Portugal e demais Estados contratantes da Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão das Bases Tributáveis e a Transferência de Lucros (Instrumento Multilateral).

Até essa data, sempre se deverá entender que, ao abrigo dos ADT’s celebrados por Portugal que contenham uma norma similar ao n.º 4 do art.º 13.º do MCOCDE na versão em vigor até 2017, fica o Estado português precludido de tributar os ganhos indiretas realizadas por não residentes com a transmissão de sociedades não residentes em que mais de metade do seu valor decorra, não à data da venda, mas em qualquer um dos 365 dias anteriores de imóveis sítos em Portugal.

### **(IM)PRATICABILIDADES E INCONGRUÊNCIAS DO NOVO REGIME**

Tal como surge construída, a tributação dos ganhos realizados com a transmissão de sociedades imobiliárias não residentes dependerá, em primeiro lugar, da determinação do valor dos imóveis localizados em Portugal e do peso dos mesmos no valor atribuído às partes da capital da entidade não residente alienada.

A referência ao “*valor das partes de capital*” transmitida por oposição à representação do imóvel no “*ativo*” da sociedade transferida denotará um clara opção do legislador pelo “valor de mercado” – quer das partes de capital quer dos imóveis – como critério determinante da incidência tributária.

Parece, portanto, ficar vedado à AT e aos potenciais sujeitos passivos destes ganhos o recurso ao (porventura, mais objetivo e prático) critério do valor de balanço dos imóveis (e outros bens) no ativo da sociedade não residente.

A opção do legislador parece-nos questionável pela inexequibilidade que pode acarretar bem como pela incoerência sistemática que revela face às demais normas de incidência relevantes neste âmbito. Veja-se, neste sentido, o art.º 51.º n.º 4 do CIRC e o art.º 27.º n.º 1, al. c) do EBF em que tributação ou não das mais-valias; mobiliárias indiretas fica, nesse âmbito, dependente da percentagem que os imóveis representam no ativo das sociedades transmitidas.

Ainda que aceitando as vantagens teóricas que o critério do “valor de mercado” (nomeadamente em detrimento do valor de balanço) possa apresentar no plano da justiça tributária, as mesmas parecem ser ultrapassadas pelo elevado grau de incerteza, maleabilidade e subjetividade que a determinação do valor de mercado, quer dos imóveis quer de sociedades (ainda para mais não residentes), acarreta para exequibilidade da tributação este tipo de ganhos.

Com efeito, falamos da avaliação de entidades não residentes, por outras entidades não residentes, umas e outras sem quaisquer obrigações de reporte perante a AT e cuja única conexão com o território português será o património imobiliário aqui sito.

Acrescerá, portanto, a questionável capacidade das autoridades tributárias portuguesas em aceder à totalidade ou parte dos elementos que lhe permitam proceder a uma correta avaliação das partes de capital de capital da entidade não residente; o que deverá implicar não só a avaliação de mercado dos imóveis em Portugal como dos demais elementos do ativo da entidade não residente eventualmente localizados noutras jurisdições.

Questão diversa mas bastante mais controversa deverá ser a de saber qual o *quantum* do ganho sujeito a tributação em Portugal.

Tratando-se de “ganhos” realizados por entidades sem sede ou direção efetiva em Portugal, o imposto incidirá necessariamente sobre “Os rendimentos das diversas categorias, consideradas para efeitos de IRS e, bem assim, os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito (...)” [cf. art.º 3.º, n.º 1, al. d), em conjugação com o art.º 2.º, n.º 1, al. c), ambos do CIRC].

A este respeito, determina o art.º 10.º, n.º 4, alínea a) do CIRS que o ganho sujeito a IRS é constituído “Pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, líquido da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso (...)”.

Neste contexto, será importante atentar que a venda, por uma entidade não residente, de outra socie-

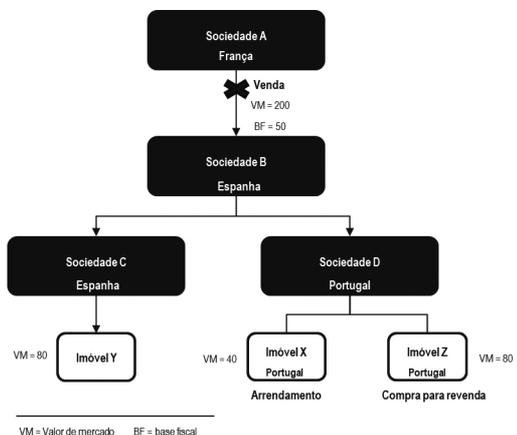
dade veículo não residente que detenha (direta ou indiretamente) imóveis em Portugal, constitui um facto tributário de conexão sobejamente limitada com o território português e que encontra os seus fundamentos e limites necessariamente no ganho imputável ao património imobiliário português.

Será em absoluto defensável que o ganho sujeito a IRC decorrente da venda de participações numa sociedade não residente não poderá exceder a valorização das partes de capital da sociedade veículo não residente que seja imputável à detenção (à data da transmissão ou em qualquer dos 365 dias anteriores à mesma) dos imóveis localizados em Portugal.

Não foi, no entanto, essa a solução plasmada na lei. Com efeito, as normas do Código do IRS referentes ao apuramento da mais-valias sujeita a tributação – gizadas para os ganhos decorrentes da clássica transmissão de partes de capital emitidas por sociedades portuguesas – não só se relevam inapropriadas para concretizar o desígnio do legislador nesta matéria, podendo inclusivamente conduzir a resultados inaceitáveis no plano da capacidade contributiva e da legitimidade tributária internacional do Estado Português.

A questão quanto ao apuramento do ganho legitimamente sujeito a IRC em Portugal colocar-se-á, com especial relevância, nas situações em que a entidade não residente cujas participações são alienadas detém, por sua vez, vários imóveis ou várias veículos imobiliários em diferentes jurisdições.

Tomemos o seguinte exemplo abaixo ilustrado:



Uma aplicação literal da norma de incidência prevista no art.º 4, n.º 3, al. f) do CIRC em conjugação com as regras sobre apuramento de mais-

-valias fiscais previstas no Código do IRS, levaria à conclusão de que a Sociedade A teria de declarar em Portugal uma mais-valia sujeita a tributação no montante de 150, ao invés de um ganho de apenas 60, como seria devido caso apenas considerasse “atraído” pela norma de incidência territorial a proporção do ganho imputável ao imóvel localizado em Portugal e afeto a uma atividade de compra para revenda.

Por outro lado, sempre será de notar que para o cômputo do valor dos imóveis sítos em Portugal por referência ao valor de mercado das partes de capital cuja transmissão se pretende tributar não deverão, naturalmente, relevar os imóveis não abrangidos pela norma de incidência i.e. todos aqueles que estejam afetos a uma atividade comercial, industrial ou agrícola, incluindo a uma atividade de arrendamento.

Em abono da exclusão dos imóveis afetos a arrendamento do conceito de “atividade de compra e venda de bens imóveis” veja-se o elemento histórico de interpretação decorrente do facto de a redação do art.º 51.º-C n.º 4 do CIRC na redação constante da Proposta de Lei da Reforma do IRC (Proposta n.º 175/XII) prever expressamente a “bens imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na locação ou na compra e venda de bens imóveis”, sendo que a referência a “locação” viria a ser eliminada da redação final da norma aprovada pela Lei 2/2014, de 16 de janeiro.

### **Do valor da sociedade em qualquer um dos 365 dias anteriores à transmissão**

Por outro lado, a norma em análise parece permitir a tributação dos ganhos obtidos com a transmissão de partes de capital quando a mesma ocorra num prazo de 365 dias após a venda do imóvel cuja valorização se pretende tributar.

A solução vertida na lei poderá dar azo a indesejados fenómenos de dupla tributação que, para mais, não se verificariam caso o investimento imobiliário houvesse sido feito não através de um veículo estrangeiro mas sim mediante um veículo português.

Com efeito, tome-se o exemplo da sociedade francesa que obtém um ganho decorrente da alienação, em junho de 2018, de uma sociedade espanhola que, 6 meses antes, antes havia alienado o único imóvel que detinha em Portugal e sido tributada sobre essa mais-valia imobiliária (direta) em sede de IRC à taxa de 25%.

A norma contida no art.º 4.º n.º 3, al. f) do CIRC permite que a sociedade francesa seja tributada em Portugal pelo ganho decorrente da venda da sociedade espanhola (mesmo que o imóvel por esta detido já tenha sido transmitido), dando assim permissão à dupla tributação efetiva em Portugal do mesmo ganho por via de dois fatos tributários: i.e. o ganho realizado com a valorização do imóvel sito em Portugal, quer pela alienação direta do mesmo quer pela alienação da entidade residente que o detinha.

Acresce que, caso a sociedade francesa tivesse optado pelo investimento imobiliário em Portugal através de um veículo português, a transmissão do veículo estaria necessariamente isenta ao abrigo do art.º 27.º do EBF (sendo apenas tributado o ganho, se algum, decorrente da venda direta do imóvel), gerando assim um tratamento possivelmente discriminatório entre investimentos imobiliários realizados, por entidades não residentes, através de veículos residentes e veículos não residentes.

Segundo entendemos, a solução agora em apreço resulta de uma acrítica receção, por parte do legislador português, da nova redação conferida ao n.º 4 do art.º 13.º do MCOCDE desde 2017, a qual, na sua versão original, determina que “Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares or comparable interests, such as interest in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting State if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interest derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in Article 6, situated in that other State”.

Esta alteração ao MCOCDE o qual teve origem nas recomendações e conclusões constantes do plano de ação implementado pela OCDE para o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação (“Base Erosion and Profit Shifting” - “BEPS”).

Com efeito, nos termos da Ação 6 do BEPS, referente à prevenção da utilização abusiva das convenções para evitar a dupla tributação, foi recomendado que, no contexto da anterior redação do n.º 4 do art.º 13.º do MCOCDE e para efeitos do teste do proporção do valor dos imóveis no valor da sociedade transmitida, tal teste se reportasse, não à data da venda da sociedade, mas sim a um determinado período de tempo antecedente.

O objetivo foi o de evitar situações como aquelas em que, em momento imediatamente anterior à sua transmissão, a sociedade alienada com imóveis em determinado Estado recebia outros bens no seu ativo por forma a diluir a proporção dos imóveis no valor da sociedade à data da alienação e, assim, furtar-se à tributação do ganho com a venda da sociedade no Estado da fonte (i.e. Estado onde os imóveis estejam localizados).

Este mesmo exemplo viria a ser transposto para os comentários à nova redação do MCOEDE em vigor desde 2017 para justificar a nova redação do n.º 4 do art.º 13.º do MCOEDE e a referência ao valor da sociedade nos 365 dias anteriores – cf. comentário n.º 28.5 ao art.º 13.º do MCOEDE, constante de

*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017.*

Não tendo portanto a norma em apreço o objetivo de tributar duplamente o mesmo ganho imobiliário mas apenas o de impedir comportamentos abusivos que permitam aos intervenientes jogar com o valor dos imóveis e da sociedade transmitida, melhor teria estado o legislador português se na transposição da norma em apreço para o art.º 4, n.º 3, al. f) do CIRC tivesse limitado a tributação da mais-valia indireta aos casos em que a sociedade transmitida continue a deter o imóvel na data da transmissão.

**ANTÓNIO CASTRO CALDAS Y MARTIM TEIXEIRA (\*)**

---

(\*) Abogados del Área Fiscal de Uría Menéndez de Uría Menéndez (Lisboa)