

FICHA DOUTRINÁRIA

Diploma: Estatuto dos Benefícios Fiscais

Artigo/Verba: Art.22º - Organismos de Investimento Coletivo

Assunto: SIGI - Associação em Participação

Processo: 21617, com despacho de 2023-08-08, do Subdiretor-Geral da Área Gestão Tributária - IR, por delegação

Conteúdo: No caso em apreço, está em causa a sociedade X, que atua em Portugal através de uma Sucursal (requerente), e o Grupo W, os quais pretendem desenvolver um projeto de investimento imobiliário no segmento dos imóveis afetos a fins agrícolas, no âmbito do qual está prevista a aquisição de vários imóveis, quer em território português quer em território espanhol, para serem objeto de exploração agrícola por entidades (operadores agrícolas) com atividade nesses países.

O projeto em causa deverá ser promovido em parceria (joint venture) e consiste na constituição de um veículo comum de investimento com sede em território português e participações negociadas em mercado regulado igualmente português. Tal veículo será inicialmente constituído sob a forma de sociedade anónima, sendo posteriormente convertido numa sociedade de investimento e gestão imobiliária (SIGI).

A atividade principal da SIGI, em conformidade com o objeto social principal resultante do art.º 7.º do Regime das Sociedades de Investimento e Gestão Imobiliária (RSIGI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 19/2019, de 28 de janeiro (DL 19/2019), incluirá a aquisição de prédios rústicos situados na Península Ibérica para:

arrendamento a operadores que procederão à sua exploração agrícola, podendo, nalguns casos, tal abranger formas contratuais atípicas que incluam serviços, a prestar pela SIGI, necessários à utilização do imóvel;

celebração, no âmbito dos referidos arrendamentos, de acordos de associação em participação com as entidades (operadores) arrendatárias dos imóveis;

arrendamento a sociedades detidas pela SIGI, com uma atividade semelhante à sua e que cumprirão os requisitos previstos na alínea b) do n.º 1 do art.º 7.º do RSIGI (Subsidiárias), que, por sua vez, subarrendarão esses imóveis a operadores que procederão à sua exploração agrícola.

Pretende-se o enquadramento, em sede de IRC, dos rendimentos obtidos pela SIGI, no âmbito dos referidos contratos de arrendamento, incluindo formas contratuais atípicas, dos acordos de associação em participação e, ainda, o enquadramento dos dividendos a receber pela SIGI das suas Subsidiárias, designadamente, saber se os rendimentos em questão estão abrangidos pela exclusão prevista no n.º 3 do art.º 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

Para efeitos fiscais, as SIGI são sujeitos passivos de IRC, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art.º 2.º do Código do IRC (CIRC), sendo-lhes aplicável, face à qualificação como sociedades de investimento imobiliário que lhes é dada pelo

DL 19/2019, bem como aos respetivos acionistas, o regime especial previsto nos art.ºs 22.º e 22.º-A do EBF.

O n.º 3 do art.º 22.º do EBF determina que, no apuramento do lucro tributável, "não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1."

Refira-se que, sobre o sentido e o alcance da referência aos art.ºs 5.º, 8.º e 10.º do CIRS, prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF, é relevante o despacho n.º 92/2020-XXII, de 20-02-2020, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (SEAF), de acordo com o qual "a referência àqueles artigos do Código do IRS apenas visou identificar as características mecânicas ou objetivas relevantes daqueles rendimentos, caso em que esta referência se bastará com a mobilização das descrições de rendimento referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, independentemente da categoria de rendimento a que pertença;"

Impõe-se, assim, e em conformidade com aquela interpretação, aferir se os rendimentos decorrentes dos contratos em causa se enquadram nas descrições de rendimento que estão presentes no n.º 2 do art.º 5.º, no n.º 2 do art.º 8.º ou nas várias alíneas do n.º 1 do 10.º, todos do CIRS e, conseqüentemente, se estão abrangidos pela exclusão prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF.

No caso concreto, estão em causa contratos que têm por objeto prédios rústicos localizados na Península Ibérica suscetíveis de serem utilizados para atividades agrícolas, no âmbito dos quais a SIGI concede ao arrendatário, o direito de utilizar o imóvel para desenvolver determinado negócio agrícola.

A utilização do imóvel incluirá a plantação das culturas, a gestão corrente do imóvel e das culturas a plantar e, em certos casos a acordar com cada arrendatário, a instalação de equipamento de irrigação no imóvel e a manutenção/armazenamento das máquinas relevantes (correspondendo o referido equipamento e máquinas à Infraestrutura Operacional).

O arrendatário deve pagar ao senhorio uma renda a ser acordada entre as partes, como contrapartida global pelo direito de utilização do imóvel, sendo responsável por todas as reparações e manutenção do imóvel, incluindo da Infraestrutura Operacional, que deverá ser mantida e devolvida ao senhorio em bom estado, devendo, ainda, o arrendatário manter um seguro em condições a acordar. O arrendatário é o único empregador dos trabalhadores afetos às operações no imóvel e assumirá todas as obrigações laborais e de segurança social. As disposições relativas aos custos relacionados com as operações do dia a dia do imóvel e das culturas plantadas serão acordadas entre as partes, podendo estas acordar ainda certas obrigações contratuais do arrendatário relativamente a questões ambientais e sociais.

O senhorio manterá na sua titularidade todos os direitos sobre o imóvel como proprietário, sendo responsável pelo pagamento de quaisquer impostos sobre a propriedade e outros impostos e taxas cobrados, salvo se a lei aplicável permitir

o contrário, caso em que estes serão suportados pelo Arrendatário.

Refira-se que os contratos, para além do arrendamento, tal como descrito nos pontos anteriores, e quando acordado entre as partes, poderão ainda prever a prestação, pela SIGI ao arrendatário, de serviços necessários à utilização do imóvel, correspondendo, neste caso, a formas contratuais atípicas. Por sua vez, poderão também prever a participação da SIGI na atividade económica do operador através de contribuições, no âmbito de uma associação em participação.

Os serviços necessários para a utilização do Imóvel corresponderão, nos moldes que as partes poderão vir a acordar, ao apoio ao arrendatário:

- i) na preparação do imóvel necessária para os fins da atividade aí a realizar, concretamente, serviços relacionados com a preparação das terras/mudança de culturas, podendo incluir a preparação dos terrenos para a prática da atividade agrícola, a plantação de árvores e a instalação de equipamento de irrigação; e/ou
- ii) se aplicável, na reparação, limpeza e/ou manutenção do Imóvel e/ou da Infraestrutura Operacional; e/ou
- iii) na criação de condições e infraestruturas adequadas no imóvel para a plantação das culturas e dos bens produzidos, nomeadamente a construção de ativos fixos/instalações, tais como armazéns de materiais e maquinaria ou, eventualmente, instalações de processamento primário para os bens que são produzidos nos terrenos agrícolas, para efeitos de disponibilização ao arrendatário, podendo prestar serviços necessários para a utilização dos terrenos agrícolas aqui em causa relacionados com estas instalações, nomeadamente, acesso às mesmas para armazenamento de equipamentos detidos pelo arrendatário ou acesso às instalações de processamento primário para os produtos produzidos pelo arrendatário nos referidos terrenos agrícolas.

Como contrapartida pelos serviços do senhorio, o arrendatário pagará uma remuneração correspondente a uma percentagem dos seus lucros ou receitas, nos termos a definir pelas partes. O senhorio está autorizado a ceder a sua posição contratual no que respeita a estes serviços.

Por sua vez, no âmbito da associação em participação, a Agro SIGI deverá contribuir para a atividade do operador, nos moldes que as partes poderão vir a acordar, com: a disponibilização de fundo de maneio para fazer face às despesas relacionadas com a plantação e manutenção das culturas até estas começarem a produzir "frutos"; e/ou a disponibilização de fundos para a aquisição da Infraestrutura Operacional acordada; e/ou know-how relacionado com a gestão do imóvel para a atividade agrícola (relativamente ao planeamento dos critérios e layout aplicável à plantação, replantação e à Infraestrutura Operacional, bem como à preparação do plano de negócios e na definição da política de remuneração da exploração agrícola).

Pelas contribuições efetuadas, será devida à SIGI uma remuneração correspondente a uma percentagem dos lucros do operador, devendo, em princípio, tal remuneração, e sujeita aos termos a acordar com cada operador, ser determinada tendo em consideração a contribuição da SIGI para a atividade do operador, bem como os lucros gerados por tal atividade. A IGI pode, ou não, participar nas perdas da atividade do operador. Em qualquer caso, tal participação será limitada à sua contribuição.

Em suma, no âmbito dos contratos em causa, a SIGI poderá obter rendimentos, decorrentes de:

Cedência do direito de utilização do imóvel (aos operadores, para exploração agrícola, e às Subsidiárias que, por sua vez, os subarrendarão aos operadores que procederão à exploração agrícola);

Serviços necessários à utilização do imóvel, concretamente:

o de preparação do imóvel para a exploração agrícola;

o de reparação, limpeza, e/ou manutenção do imóvel e/ou da Infraestrutura Operacional;

o construção de ativos fixos/instalações e serviços relacionados com os mesmos;

Acordos de associação em participação;

Distribuição de dividendos pelas Subsidiárias.

Pressupõe-se que todas estas situações, designadamente a celebração de acordos de associação em participação, têm enquadramento no objeto social das SIGI.

Importa, em primeiro lugar, fazer menção ao n.º 2 do art.º 8.º do CIRS, o qual, na sua alínea a) se refere às "importâncias relativas à cedência do uso do prédio ou de parte dele e aos serviços relacionados com aquela cedência;", as quais integram o conceito fiscal de renda.

Considerando a definição, para efeitos fiscais, de renda, tem-se que, para o cômputo do valor da renda recebida, deve ter-se em conta o valor dos serviços que se encontram associados à cedência do espaço.

Refira-se que são também havidas como rendas "As importâncias relativas ao aluguer de maquinismos e mobiliários instalados no imóvel locado;" (alínea b) do n.º 2 do art.º 8.º do CIRS).

Assim, no caso concreto, considera-se terem enquadramento na alínea a) do n.º 2 do art.º 8.º do CIRS, os rendimentos decorrentes da cedência do direito de utilização do imóvel aos operadores para exploração agrícola, bem como os decorrentes da cedência dos imóveis às suas Subsidiárias, e ainda os seguintes rendimentos decorrentes dos serviços prestados aos operadores, necessários à utilização do imóvel: serviços de preparação do imóvel para a exploração agrícola e serviços de reparação, limpeza, e/ou manutenção do imóvel e/ou da Infraestrutura Operacional (caso esta seja propriedade da SIGI e esteja instalada no imóvel cujo uso é cedido).

Contudo, considera-se não terem enquadramento no n.º 2 do art.º 8.º do CIRS, nomeadamente, na sua alínea a), os rendimentos decorrentes da prestação de serviços necessários à utilização do imóvel relativos à construção de ativos fixos/instalações e serviços relacionados com os mesmos, não tendo esses também enquadramento no n.º 2 do art.º 5.º, nem nas várias alíneas do n.º 1 do art.º 10.º, ambos do CIRS.

Com efeito, afigura-se que a alínea a) do n.º 2 do art.º 8.º do CIRS pretende abranger os serviços relacionados com a cedência do imóvel, mas que não sejam significativos face ao contrato como um todo, o que não será o caso da construção de ativos fixos/instalações.

Por outro lado, em conformidade com o n.º 1 do art.º 5.º do CIRS, "Consideram-se rendimentos de capitais os frutos e demais vantagens económicas, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, sejam pecuniários ou em espécie, procedentes, direta ou indiretamente, de elementos patrimoniais, bens, direitos ou situações jurídicas, de natureza mobiliária, bem como da respetiva modificação, transmissão ou cessação, com exceção dos ganhos e outros rendimentos tributados noutras categorias."

Os frutos e vantagens económicas referidos anteriormente compreendem, designadamente, os lucros e reservas colocados à disposição dos associados ou titulares e os rendimentos auferidos pelo associado na associação em participação. (alíneas h) e l) do n.º 2 do art.º 5.º do CIRS)

No que se refere aos contratos de associação em participação, estes são regulados pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho (DL 231/81), o qual estabelece nos art.ºs 21.º a 32.º o seu regime jurídico.

A definição contida no n.º 1 do art.º 21.º do citado Decreto-Lei é clara quando determina que associação em participação é a associação de uma pessoa a uma atividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda. Retira-se, ainda, do disposto neste art.º 21.º, mais concretamente do seu n.º 2, que é elemento essencial do contrato a participação nos lucros, podendo a participação nas perdas ser dispensada.

Mais se diga que, conforme estabelece o n.º 1 do art.º 23.º e os n.ºs 1 e 2 do art.º 24.º, ambos do citado Decreto-Lei, o contrato de associação em participação não está sujeito a forma especial, devendo o associado prestar, ou obrigar-se a prestar, uma contribuição de natureza patrimonial que, quando consista na constituição de um direito ou na sua transmissão, deve ingressar no património do associante, podendo, no entanto, ser dela dispensado se participar nas perdas.

A contribuição confere ao associado a participação nos lucros ou nas perdas resultantes da atividade desenvolvida pelo associante, sendo o montante e a exigibilidade determinadas pelas regras definidas no art.º 25.º (n.ºs 1,2,3). Como regra, a participação do associado nas perdas das operações é limitada à sua contribuição (n.º 4).

No contrato de associação é o associante, que assume a gestão do negócio, conforme previsto no art.º 26.º, sendo que os terceiros adquirem direitos e assumem obrigações somente em relação ao associante, ficando este obrigado à prestação de contas ao associado, nas condições previstas no art.º 31.º.

Refira-se que a associação em participação não é uma sociedade, seja ela civil ou comercial, por não lhe ser atribuída personalidade jurídica.

Além do mais, também não se verifica existir o exercício em comum de certa atividade económica. De facto, o associante limita-se a interessar o associado

nos ganhos e (eventualmente) perdas, sendo que só o associante exerce a atividade, sem qualquer intromissão do associado, embora tenha em vista outra pessoa a ela ligada por um negócio jurídico. Desta forma, é o associante que surge nas relações jurídicas perante terceiros como único titular do negócio e o único titular de direitos e obrigações.

Ou seja, com a associação em participação não se verifica a criação de um novo ente jurídico, nem sequer de um património autónomo. A contribuição do associado transfere-se para o património do associante, sem qualquer autonomização. Este último conclui em seu nome próprio todos os negócios jurídicos, mesmo quando o faz dentro do âmbito das atividades em que se encontra interessado o partícipe, ou seja, mesmo que atue por conta e no interesse da associação em participação. E perante terceiros só o associante se obriga, muito embora a existência da associação em participação seja do conhecimento público ou a contraparte tenha sido determinada a contratar pelo conhecimento da associação. Não se vislumbra, também, a formação de um fundo patrimonial comum, nem sobretudo a de uma unidade organizatória e representativa, ainda que rudimentar. Assim, não se podendo falar em atividade, vontade ou responsabilidade social, não poderá pensar-se em sociedade.

Portanto, o contrato de associação em participação pode ser caracterizado como um mero contrato de repartição de resultados, sem autonomia patrimonial e sem personalidade jurídica. A sua função é angariar meios ou garantir a atividade económica do associante, sendo este quem atua no exercício da atividade e a quem compete a gestão. Ao associado cabe assegurar a contribuição de natureza patrimonial que seja considerada exigível para partilha do risco associado à atividade económica em causa.

No caso concreto, a SIGI deverá contribuir para a atividade do operador agrícola com a disponibilização de fundos para fazer face às despesas correntes da exploração e para a aquisição de infraestruturas operacionais.

É, contudo, referido que a SIGI poderá contribuir também com know-how relacionado com a gestão do imóvel para a atividade agrícola, designadamente, quanto ao planeamento dos critérios e layout aplicável à plantação, replantação e à Infraestrutura Operacional, bem como quanto à preparação do plano de negócios e quanto à definição da política de remuneração da exploração agrícola.

Considera-se que esta situação pode pôr em causa a existência de uma associação em participação, porquanto, e conforme já referido, no âmbito da associação em participação, o associante exerce a atividade económica, sem qualquer intromissão do associado, sendo ao associante que compete a gestão da atividade. Face ao descrito pelo requerente, tal poderá não se verificar, pelo que, nesse caso, não estarão verificados todos os elementos essenciais para a existência de uma associação em participação.

Acresce, que a contribuição com know-how relacionado com a gestão do imóvel para a atividade agrícola pode também não constituir uma contribuição de natureza patrimonial tal como previsto no art.º 24.º do DL 231/81, o que põe em causa a classificação do acordo como de associação em participação.

Se assim for, os rendimentos decorrentes destes acordos (designados pelo requerente de associação em participação) poderão não ter enquadramento no

n.º 2 do art.º 5.º do CIRS.

Por fim, refira-se que os dividendos que venham a ser distribuídos à SIGI pelas suas Subsidiárias, consideram-se abrangidos pelo n.º 2 do art.º 5.º do CIRS.

Face ao exposto, e desde que não sejam provenientes de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, consideram-se abrangidos pela exclusão prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF, os seguintes rendimentos da SIGI:

Os decorrentes da cedência do direito de utilização dos imóveis aos operadores agrícolas, bem como às suas Subsidiárias;

Os decorrentes dos serviços necessários à utilização do imóvel, prestados aos operadores agrícolas, que se consideram relacionados com a referida cedência, concretamente, os relativos à preparação do imóvel para a exploração agrícola e de reparação, limpeza, e/ou manutenção do imóvel e/ou da Infraestrutura Operacional (caso esta seja propriedade da SIGI e esteja instalada no imóvel cujo uso é cedido);

Os dividendos que venham a ser distribuídos à SIGI pelas suas Subsidiárias.

Tais rendimentos, bem como os gastos associados aos mesmos, não devem assim ser considerados, para efeitos do apuramento do lucro tributável da SIGI.

Por sua vez, não estão abrangidos pela exclusão prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF, os seguintes rendimentos da SIGI:

Os decorrentes dos serviços necessários à utilização do imóvel, prestados aos operadores agrícolas, e relativos à construção de ativos fixos/instalações e a serviços relacionados com os mesmos;

Os decorrentes dos acordos a que se refere o ponto 2 do n.º 10 da term sheet, se realizados tal como aí são descritos, caso em que não cumprirão os requisitos para a classificação como de associação em participação.

Tais rendimentos, bem como os gastos associados aos mesmos, devem ser considerados, para efeitos do apuramento do lucro tributável da SIGI.