

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE
E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA



ISCAL

A TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS
IMOBILIÁRIAS EM SEDE DE IRS

Diana Maria Gonçalves Abreu

Lisboa, dezembro de 2023

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E
ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

A TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS IMOBILIÁRIAS EM SEDE DE IRS

Diana Maria Gonçalves Abreu

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica do Professor Doutor Paulo Nogueira da Costa, professor adjunto da área científica de Direito Fiscal e Fiscalidade.

Constituição do Júri:

Presidente: Professora Doutora Clotilde Palma

Vogal: Professor Doutor Francisco Domingos

Vogal: Professor Doutor Paulo Nogueira Costa

Lisboa, dezembro de 2023

Agradecimentos

Gostaria de expressar o meu sincero agradecimento ao Professor Doutor Paulo Nogueira da Costa, meu orientador, pela excelente orientação e por toda dedicação e apoio durante todo o processo de realização da presente dissertação de mestrado.

Resumo

Como consequência da globalização, o mercado imobiliário tem sofrido diversas transformações ao longo do tempo. Todavia, a transação de imóveis continua a ser uma forma de investimento à qual muitos recorrem por ser considerado um investimento seguro, previsível e flexível. Deste modo, foi alvo de análise, do ponto de vista fiscal, a tributação das mais-valias geradas pelo investimento imobiliário, exercida em nome individual. A presente dissertação tem como um dos objetivos principais entender a relação entre a globalização do mercado imobiliário e o Direito da União Europeia, bem como o impacto desta relação no âmbito nacional mediante a análise dos diferentes regimes legais aplicáveis às mais-valias imobiliárias realizadas por residentes, não residentes e por cidadãos que possuem o estatuto de residente não habitual. No que concerne à metodologia, recorreremos ao método qualitativo através da análise do contexto global, de jurisprudência e legislação existente relativa à tributação das mais-valias imobiliárias, nomeadamente o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares. Assim sendo, obtemos um estudo acerca das implicações do ramo imobiliário no Direito da União Europeia e dos diferentes regimes aplicáveis às mais-valias de imóveis, tendo como base o caso individual de cada cidadão, enriquecendo, não só o conhecimento público, mas também dos profissionais da área da fiscalidade, servindo ainda de suporte legal para eventuais litígios vindouros.

Palavras-Chave: Mais-Valias Imobiliárias; Mercado Imobiliário; IRS; Livre Circulação de Pessoas e Capitais; Direito da União Europeia

Abstract

As a consequence of globalization, the real estate market has undergone several transformations over time. Even so, the transaction of real estate remains a form of investment to which many resort because it is considered a safe, predictable and flexible investment. As such, the taxation of capital gains generated by real estate investment, exercised in an individual capacity, was here analyzed from a tax point of view. One of the main objectives of this dissertation is to understand the relationship between the globalization of the real estate market and the European Union law, as well as the impact of this relationship at the national level through the analysis of the different legal regimes applicable to real estate capital gains made by residents, non-residents and citizens who have the status of non-habitual resident. Regarding the methodology, we used the qualitative method through the analysis of the global context, jurisprudence and existing legislation regarding the taxation of real estate capital gains, namely the Personal Income Tax Code. As a result, we obtain a study on the implications of the real estate branch in European Union Law and the different regimes applicable to real estate capital gains, based on the individual case of each citizen, enriching not only public knowledge, but also professionals in the area of taxation, while serving as legal support for possible future litigation.

Keywords: Capital Gains on Real Estate; Real Estate Market; Personal Income Tax; Free Movement of Persons and Capital; European Union Law

Índice

1. Introdução	1
2. A Evolução do Mercado Imobiliário	3
3. A Globalização do Mercado Imobiliário – o relevo do Direito da UE neste contexto.....	9
3.1. Princípios do Direito da UE eminentes na Tributação Direta	9
3.2. O Mercado Interno: as Liberdades de Circulação de Pessoas e de Capitais, em especial.....	12
3.3. Restrições às Liberdades Fundamentais do Mercado Interno	14
3.4. O Princípio da Não Discriminação e o Princípio da Proporcionalidade na Restrição das Liberdades Fundamentais	16
3.5. Harmonização da Tributação Direta e suas Implicações.....	22
3.6. Atuações da UE em Matéria de Tributação Direta.....	26
3.7. Adaptações da Lei Portuguesa ao Direito Fiscal da UE	27
4. Coordenadas Fundamentais do IRS	30
4.1. Principais Características e Princípios do IRS	30
4.2. Enquadramento Constitucional	31
4.2.1. <i>A Reserva da Lei Fiscal no Âmbito da Criação do Imposto</i>	31
4.2.2. <i>As Finalidades do Sistema Fiscal e os Objetivos do IRS como Fatores Determinantes neste Contexto</i>	32
4.3. As Mais-Valias Imobiliárias como Rendimento Acréscimo	33
4.4. Os Critérios Fundamentais da Residência e da Fonte.....	34
4.5. O Caráter Limitativo do IRS – Uma Abordagem à Incidência Objetiva da Categoria G	36
5. A tributação das Mais-Valias Imobiliárias em Sede de IRS.....	39
5.1. Determinação da Mais-Valia e Deduções Específicas	39
5.2. Regime Geral de Tributação das Mais-Valias Imobiliárias	42
5.3. Regime Especial do Reinvestimento	45
5.4. A Tributação das Mais-Valias Imobiliárias Obtidas por Não Residentes.....	49
5.5. Regime aplicado aos Residentes Não Habituais.....	55
5.6. Abordagem a Casos Especiais	58
6. Análise Jurisprudencial	62
7. Conclusão	69
Referências Bibliográficas.....	74
Anexos	78
Legislação	78
Jurisprudência.....	79

Índice de Figuras

Figura 2.1 Evolução do número de imóveis transacionados, total e adquiridos por não residentes, em Portugal (2012-2019).....	4
Figura 2.2 Evolução do valor de imóveis transacionados, total e adquiridos por não residentes, em Portugal (2012-2019).....	4
Figura 2.3 Indicador do número de vendas de habitação, total nacional, existentes e novos, em Portugal (2015-2021)	5
Figura 2.4 Indicador do número de transações de habitação, por domicílio fiscal do comprador (2020-2021)	6
Figura 2.5 Indicador do número e do valor das transações de alojamentos, total nacional, existentes e novos, em Portugal (4T2021-1T2023).....	7
Figura 2.6 Indicador do número de transações de alojamentos, por domicílio fiscal do comprador (4T2021-1T2023).....	7

Lista de Abreviaturas

Art. – Artigo

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa

LGT – Lei Geral Tributária

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CRP – Constituição da República Portuguesa

IMT – Imposto Municipal sobre a Transmissão Onerosa de Imóveis

INE – Instituto Nacional de Estatística

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

N.º – Número

UE – União Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

1. Introdução

A presente dissertação versa sobre a tributação das mais-valias geradas pela alienação de bens imóveis, numa perspectiva individual, ou seja, em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS), pelo que não será objeto de estudo outras modalidades de mais-valias, bem como não haverá uma análise em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

Devido a um mundo cada vez mais global, o mercado imobiliário tem estado em desenvolvimento e em crescimento contínuo, sofrendo assim inúmeras transformações, tornando o papel da fiscalidade fulcral, aquando da tomada de decisão final de efetuar o investimento.

Tal como o mercado imobiliário, o quadro legal de tributação dos ganhos designados como mais-valias, gerados pela alienação de imóveis, tem sido alvo de alterações ao longo do tempo, pelo que, ainda, é um tema controverso por este estar na origem de imensuráveis litígios, em sede de IRS, nos tribunais nacionais, bem como nos tribunais da União Europeia (UE).

Há, portanto, várias particularidades no que concerne às transações de imóveis realizadas por residentes, não residentes, bem como por residentes não habituais, tendo orientado a investigação para a análise dos diferentes regimes legais aplicáveis às mais-valias imobiliárias, numa ótica pessoal, atendendo às implicações que a globalização tem no Direito da UE, uma vez que este também tem impacto no Direito Fiscal nacional.

Neste sentido, a investigação foi orientada como intuito de averiguar a adequação dos diferentes regimes de tributação das mais-valias imobiliárias, atualmente vigentes, no sentido de que importa analisar se estes se justificam ou se devem ser objeto de alteração, tendo em consideração os desafios presentes no mercado imobiliário.

Em termos de metodologia, recorreremos ao método qualitativo por via da análise do contexto global, de jurisprudência e legislação europeia e nacional existente, relativa à tributação das mais-valias imobiliárias, à qual recorreremos ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS), Tratado da União Europeia (TUE), Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), diretivas, artigos científicos, acórdãos, entre outros.

A dissertação é dividida em duas partes distintas, a saber, a parte teórica e a parte prática. Inicialmente, proporcionamos um contexto através da abordagem da evolução do mercado imobiliário e sua relevância no âmbito do Direito da UE, bem como umas linhas gerais sobre o IRS, crucial para o desenvolvimento da investigação. Em seguida, procedemos à análise

minuciosa dos diferentes regimes de tributação aplicados às mais-valias obtidas pelos sujeitos passivos provenientes da venda de imóveis localizados em território português. Por fim, apresentamos as conclusões obtidas após uma abordagem geral a alguns casos especiais de tributação de mais-valias imobiliárias e análise jurisprudencial de um acórdão, como componente prática desta dissertação.

2. A Evolução do Mercado Imobiliário

O mercado imobiliário é um mercado extremamente competitivo e, apesar das inúmeras transformações sofridas ao longo do tempo, caracteriza-se como sendo um mercado resiliente, seguro e flexível, o qual tem vindo a ganhar destaque em comparação com outros mercados.

Logicamente, há inúmeras variáveis que influenciam a tomada de decisão de um vendedor ou de um comprador no momento de aplicar as suas poupanças, nomeadamente a localização do imóvel, preço, infraestrutura, bem como os incentivos fiscais vigentes no país em questão.

Não obstante, o mercado imobiliário foi o principal epicentro de uma das maiores crises que abalou a economia a nível mundial. A crise financeira global de 2008, com origem nos Estados Unidos ficou marcada pela bolha imobiliária decorrente, segundo Henriques (2017, p. 217), de uma «[...] subida vertiginosa dos preços do imobiliário num curto espaço de tempo [...]», ou seja, de uma valorização excessiva dos imóveis decorrida no período de 1997 a 2007, sensivelmente. Em consequência, de modo a reforçar a regulação e supervisão do setor financeiro da UE, foi implementado o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (Santos e Costa, 2013).

Após dois anos, de acordo com Nunes (2008) a crise imobiliária norte-americana alastrou-se por todos os continentes, sendo Portugal um dos países mais afetados no continente Europeu, predispondo assim a crise financeira de 2010, onde o Estado Português não teve outra alternativa senão recorrer à ajuda financeira externa.

Neste sentido, foi acordado entre o Governo Português e a Troika¹ o “Memorando de Políticas Económicas e Financeiras” o qual previa uma série de medidas, entre as quais a alteração da tributação dos bens imóveis. Com o agravamento das medidas fiscais, no âmbito do acordo assinado, o mercado imobiliário em Portugal não resistiu e esteve em queda, ficando o investimento nesta área congelado, o que justificou um decréscimo na atividade do investimento imobiliário.

De acordo com os dados do Instituto Nacional de Estatística (INE), enquanto que o valor total dos imóveis transacionados no território nacional cresceu desde 2013, o mesmo só se aplicou ao número total no ano seguinte, tendo registado aumentos mais significativos no período entre 2015 e 2018. Todavia, essa tendência foi quebrada no ano de 2019, apresentando uma diminuição de 0,7% em valor e 4,7% em número, relativamente ao ano anterior.

¹ Comité constituído por três membros: Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional

Da totalidade dos imóveis alienados em território nacional, desde 2012 a 2019, 7,3% foram adquiridos por não residentes, enquanto que 12,6% corresponde ao valor total. Porém, conforme a Figura 2.1 e 2.2 abaixo, apenas verificou-se um crescimento em ambos os indicadores a partir de 2013 e uma ligeira redução no número de transações em 2019 face a 2018, registando uma taxa de variação negativa de 2%.

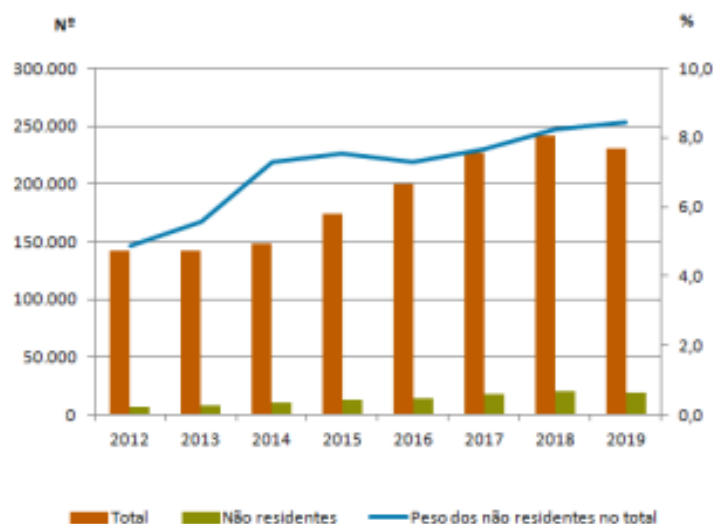


Figura 2.1 Evolução do número de imóveis transacionados, total e adquiridos por não residentes, em Portugal (2012-2019)

Fonte: INE

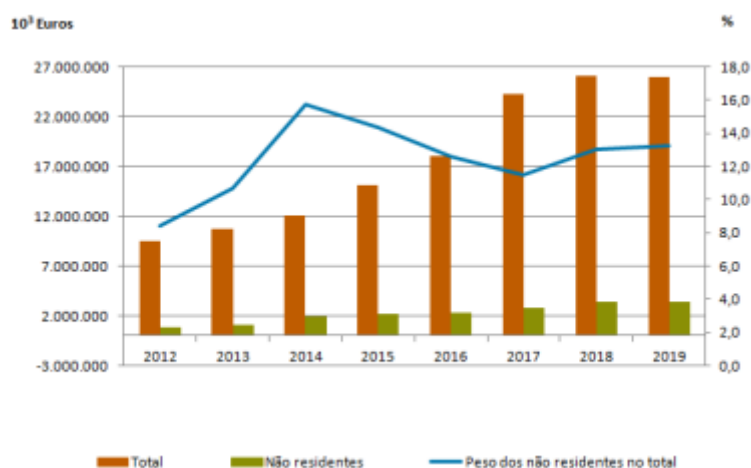


Figura 2.2 Evolução do valor de imóveis transacionados, total e adquiridos por não residentes, em Portugal (2012-2019)

Fonte: INE

É de salientar a implementação dos programas de “Autorização de Residência para as Atividades de Investimento”, designados *Vistos Gold*, e do regime fiscal para os “Residentes Não Habituais”. Estas duas medidas de incentivo fiscal ambos com requisitos obrigatórios, são uma

possível justificação para este acréscimo, funcionando assim de alavanca no investimento estrangeiro no mercado de transações de imóveis, impedindo o decréscimo contínuo no investimento imobiliário resultante da crise financeira global de 2008.

Em termos numéricos, desde 2016 até 2019, a França permaneceu como o principal país de residência dos compradores não residentes representando, em 2019, 27,7% do total dos imóveis vendidos em território nacional, seguida do Reino Unido, Suíça, Alemanha e por último o Brasil.

Entretanto na UE, os preços dos imóveis com destino à habitação sofreram oscilações, tendo registado taxas de crescimento anuais de aproximadamente 8% no período de 2006 e 2007. No entanto, no contexto da crise financeira global de 2008, a respetiva taxa apresentou uma diminuição de 4% no ano seguinte e, entre 2010 e 2017, um aumento dos preços dos imóveis em 11%.

Enquanto se assistia a uma recuperação da economia, no primeiro semestre do ano de 2020 deu-se a pandemia por covid-19, onde o país entrou uma vez mais em crise, verificando assim uma desaceleração no crescimento do mercado imobiliário, devido aos impactos económicos e às restrições impostas pelo governo, no âmbito da pandemia. Neste pretexto, verificou-se uma redução no número de transações de imóveis destinados à habitação de 5,3%, mas um crescimento no valor dos respetivos imóveis de 2,4%, relativamente a 2019.

Um ano após o começo da pandemia por covid-19, notou-se uma melhoria na economia, nomeadamente na atividade de compra e venda de bens imóveis, registando, de acordo com a seguinte Figura 2.3, um crescimento de 20,5% nas transações de habitação.

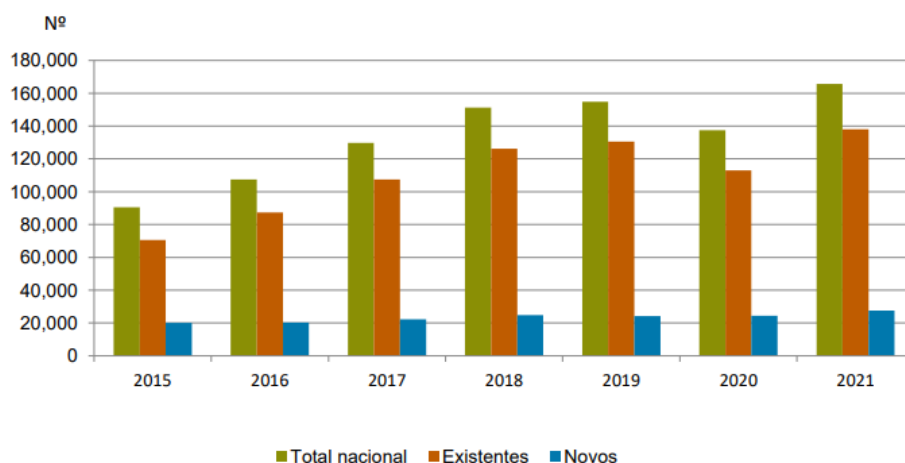


Figura 2.3 Indicador do número de vendas de habitação, total nacional, existentes e novos, em Portugal (2015-2021)

Fonte: INE

Do total das transações de habitação efetuadas em 2021, 94,6% dizem respeito a compradores residentes, registando um aumento de 20,3% face a 2020. Todavia, uma queda no tocante à aquisição por residentes na UE de 1,6%, representando 2,8% do total das transações realizadas no período em análise, correspondendo o excedente à aquisição por compradores com domicílio fiscal nos restantes países, como ilustrado na seguinte Figura 2.4.

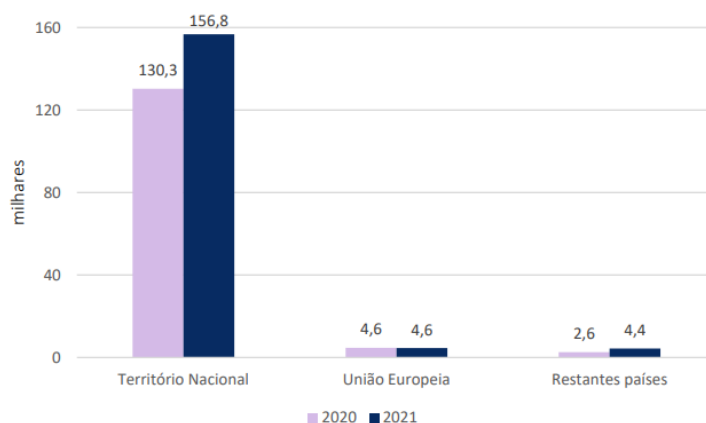


Figura 2.4 Indicador do número de transações de habitação, por domicílio fiscal do comprador (2020-2021)

Fonte: INE

A expectativa para o ano de 2022 era a de recuperação económica, após o impacto da pandemia por covid-19. Porém, o começo da invasão Russa em território Ucrainiano resultou na inflação em toda a União. Dadas as circunstâncias, de modo a combater a inflação, os bancos centrais procederam ao aumento dos juros, o qual teve impactos negativos no mercado imobiliário, devido ao acréscimo dos custos de construção, dos preços praticados na alienação dos bens imóveis, bem como dos custos com o crédito à habitação.

Assim sendo, entre o segundo trimestre de 2022 e o primeiro trimestre de 2023, é de notar um contínuo decréscimo do número de transações de alojamentos, sendo que no primeiro trimestre de 2023 registaram-se 34.493 habitações transacionadas, o que, em termos percentuais, traduz-se em menos 20,8% que em idêntico período de 2022. O mesmo acontece com o valor das habitações transacionadas, cujo, comparando o primeiro trimestre de 2023 com o primeiro trimestre de 2022, diminuiu cerca de 15,2%, tendo o valor das habitações transacionadas registado 6,9 mil milhões de euros. A presente análise é exemplificada por meio da seguinte Figura 2.5.

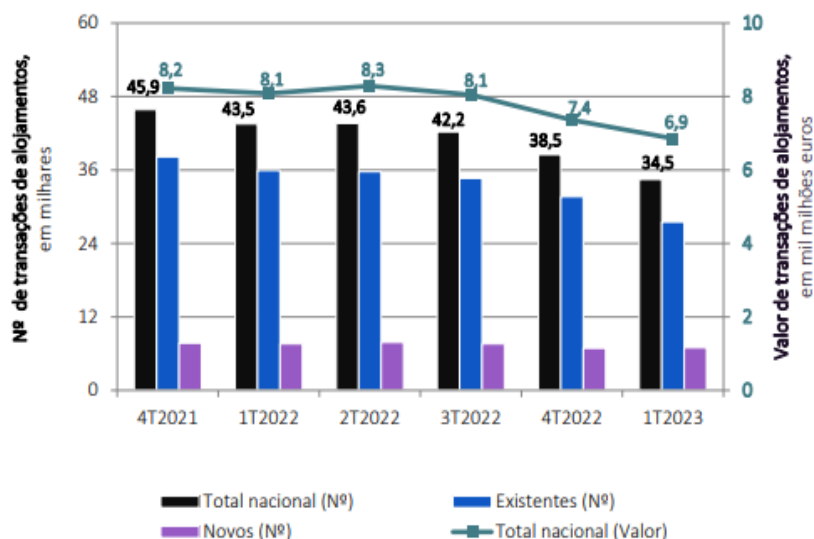
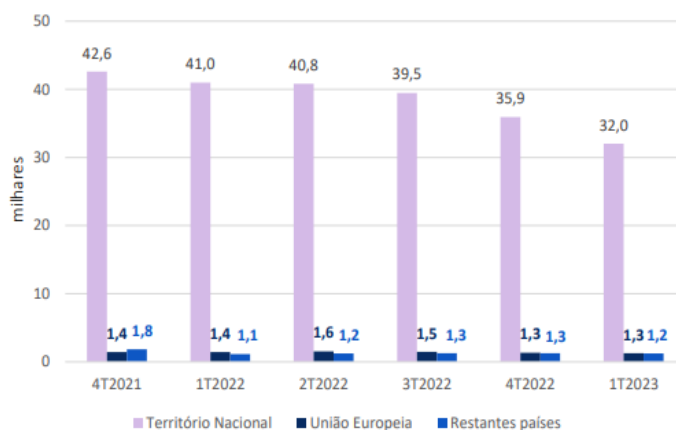


Figura 2.5 Indicador do número e do valor das transações de alojamentos, total nacional, existentes e novos, em Portugal (4T2021-1T2023)

Fonte: INE

No que concerne às transações de alojamentos por domicílio fiscal do comprador, o decréscimo do número de aquisições de habitação por compradores com domicílio fiscal no território nacional, desde o primeiro trimestre de 2022 até o primeiro trimestre de 2023, representou um peso de 92,8% do número total de transações realizadas.

Em contrapartida, no período de referência, as aquisições de alojamentos por compradores com domicílio fiscal na UE bem como nos restantes países representaram, em conjunto, uma redução de 2,5%, sendo que a categoria UE registou uma taxa de variação homóloga de -11,6%, enquanto que a categoria Restantes Países aumentou em 9,1% o número de transações, como ilustrado na Figura 2.6.



Fonte: INE, Índice de Preços da Habitação.

Figura 2.6 Indicador do número de transações de alojamentos, por domicílio fiscal do comprador (4T2021-1T2023)

Fonte: INE

Atendendo às adversidades sentidas atualmente em Portugal e nos restantes Estados Membros da UE, designadamente a crescente inflação, resultando num aumento do preço por metro quadrado dos imóveis, aos olhos de muitos investidores, o mercado imobiliário em Portugal permanece atrativo para muitos, direcionando este, essencialmente, para os compradores internacionais, especialmente investidores de nacionalidade brasileira e norte-americana, daí verificar-se um aumento da procura internacional ao invés da procura nacional.

Este aumento deve-se ao facto de o poder de compra dos investidores com residência fiscal fora do território nacional ser superior ao poder de compra dos investidores nacionais, mas também à existência de regimes fiscais competitivos, sendo estes os dois aspetos principais a impulsionarem o mercado imobiliário no presente território.

3. A Globalização do Mercado Imobiliário – o relevo do Direito da UE neste contexto

Com os grandes avanços tecnológicos, a evolução das comunicações e dos transportes, as sociedades assim como as nações existentes em todo o globo aproximaram-se, ao ponto de haver uma maior conexão entre as mesmas, nas esferas cultural, social, económica e política.

Deste modo, a globalização permitiu a integração e interconexão dos diferentes mercados, nomeadamente do mercado imobiliário, no sentido em que permitiu aos investidores alargar a sua carteira de investimentos a nível internacional.

Em regra, a maioria das operações está sujeita a normas fiscais, salvo determinadas exceções. O estrito cumprimento das normas estabelecidas nos Tratados pelos Estados-Membros assume uma importância crucial na análise do Direito da UE no que concerne as operações imobiliárias, uma vez que estas estão sujeitas às disposições legislativas de cada Estado-Membro.

Como tal, a análise do Direito da UE é imprescindível, no sentido em que assegura a estabilidade e a eficiência fiscal nas transações imobiliárias em toda a União, como será averiguado de seguida.

3.1. Princípios do Direito da UE eminentes na Tributação Direta

Várias são as matérias de Direito da UE que se regem por princípios e, neste âmbito, os princípios da atribuição de competências, proporcionalidade, prevalência do Direito da UE, e da proibição da discriminação, destacam-se, no presente estudo, pela sua importância no domínio da tributação direta.

A legislação da UE assume algumas formas, nomeadamente a de Tratados, Regulamentos, Diretivas, Decisões, Pareceres e Recomendações, sendo os Tratados as principais fontes do direito primário, onde estabelecem a repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros e estabelecem os poderes das instituições da UE.

A tributação direta não é regulamentada pelos Tratados, porém os Estados da União são obrigados a cumprir com as suas competências, de modo a respeitar o Direito da UE.

A União não dispõe de competência geral, apenas goza das competências atribuídas pelos Tratados, ou seja, é titular de uma competência de atribuição. Este é o princípio da especialidade de competências ou da atribuição de poderes limitadas, um dos princípios fundamentais de Direito da UE com relevo no domínio da tributação direta, que rege a delimitação das

competências da UE, ficando as competências não atribuídas à União encarregues dos Estados-Membros, como previsto no artigo (art.) 5.º, n.ºs 1 e 2 e no art. 13.º, n.º 2, ambos do TUE.

Não obstante, o art. 352.º, n.º 1, do TFUE esclarece que na eventualidade de uma ação da UE ser «[...] considerada necessária para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados [...], o Conselho, deliberando por unanimidade, [...] adotará as disposições adequadas», o que nos remete para o princípio das competências implícitas.

Nos termos do art. 115.º TFUE, caso uma disposição legislativa de um Estado-Membro impeça o estabelecimento ou o bom funcionamento do respetivo mercado, «[...] o Conselho, deliberando por unanimidade, [...] adota diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros».

Ambas as normas, com relevo na regulação da tributação direta, exigem a deliberação por unanimidade e, de acordo com Costa (2014, p.329), «[a] falta de mandato explícito e o poder de veto de que os Estados-membros dispõem são as razões que justificam o facto de a competência político-legislativa em matéria de fiscalidade direta continuar a pertencer aos Estados-membros».

A este respeito, as competências assumem três formas: competências exclusivas da UE, competências concorrentes e as competências exclusivas dos Estados.

As atribuições exclusivas da União encontram-se tipificadas no art. 3.º TFUE, o qual faz referência às matérias onde a UE apenas pode regular e onde os Estados-Membros não podem, indevidamente, prever. Já as competências complementares subdividem-se em competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros (art. 4.º TFUE), na medida em que «[...] ambas as entidades têm o poder de legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nessa matéria» (Soares, 2004, p.62), porém os Estados somente podem atuar caso a UE opte por não o fazer; e em competências de apoio (arts. 5.º e 6.º TFUE), segundo o qual a UE unicamente pode apoiar, coordenar ou completar as ações dos Estados. Por fim, o art. 4.º TUE enuncia as competências exclusivas dos Estados, isto é, as competências não atribuídas pelos Tratados à UE permanecem na posse dos Estados-Membros.

Vale enfatizar que, em concordância com Silva (2015, p. 85), a matéria fiscal está fora do alcance das competências da UE, «[...] nem faz parte dos domínios que são identificados como competências partilhadas entre a União e os Estados-membros, ou sequer aquele em que a União dispõe de competências para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-membros [...]».

Por conseguinte, o desempenho das competências da União está sujeito aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, como o disposto no n.º 1 do art. 5.º TUE.

Nos termos do princípio da subsidiariedade, a UE apenas pode intervir caso cumpra, cumulativamente, com os dois requisitos previstos no art. 5.º, n.º 3 TUE: insuficiência da ação do Estado e maior eficácia da ação da União, no âmbito das suas competências não exclusivas.

Previsto e regulado no art. 5.º, n.º 4, TUE, o princípio da proporcionalidade é importante na Fiscalidade da UE bem como no Direito Interno. Este princípio relaciona-se com a forma de exercício das competências não exclusivas da União e há a necessidade de satisfazer o critério da adequação, na qual a ação da UE deverá ser adequada de modo a prosseguir com o fim pretendido; o critério da necessidade, onde a ação deverá ser necessária para aquele fim, ou seja, entre todos os caminhos disponíveis, de maneira a alcançar o objetivo, dever-se-á optar pela ação menos onerosa; assim como o critério da proporcionalidade em sentido estrito, em que a ação deverá limitar-se ao estritamente necessário para atingir o fim, o qual está implícito a proibição do excesso.

Consagrado no art. 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), o princípio do primado atua na resolução de casos de colisão entre uma norma de Direito Nacional com uma norma de Direito da UE.

Nos termos deste princípio, os juízes nacionais devem priorizar a aplicação das normas europeias em vez das normas nacionais e o legislador deve inibir-se de aprovar novos atos legislativos incompatíveis com o Direito da UE, ou seja, as aplicações das normas nacionais conflituantes deverão ser afastadas (Farinhas, 2018). Na eventualidade de suceder uma norma nacional incompatível com o Direito da UE, cabe ao legislador proceder à sua revogação, caso contrário é aplicada a sanção prevista nos arts. 258.º a 260.º TFUE.

O tratamento fiscal dos residentes e dos não-residentes tem incentivado a União a agir em matéria de tributação direta, em virtude do respeito pelo princípio da não discriminação.

Consagrado no art. 18.º TFUE, o respetivo princípio, estreitamente ligado ao princípio da igualdade, proíbe todas as formas de discriminação com base na nacionalidade, impondo um limite aos Estados-Membros em exercer qualquer autoridade que tenha por efeito a discriminação com base na nacionalidade, bem como formas disfarçadas de discriminação.

Em todo o caso, os princípios da não discriminação e da proporcionalidade, supramencionados, serão desenvolvidos adiante, concretamente no ponto n.º 3.4 da presente dissertação.

Apesar de aos Estados-Membros competir a legislação em matéria de tributação direta, em virtude do princípio da atribuição de competências, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem reconhecido que as normas de direito interno não podem restringir as liberdades fundamentais, exceto quando respeitem os critérios da adequação e da necessidade, definidos pelo princípio da proporcionalidade, bem como o princípio da não discriminação (infra n.º 4.4).

Os princípios abordados têm implicações diretas e relevantes em matéria de tributação de mais-valias imobiliárias, como se verá mais adiante, na medida em que importa analisar, por exemplo, se um residente num outro Estado-Membro da UE obter uma mais-valia gerada pela alienação de um imóvel, de que é proprietário, em território português, pode beneficiar do regime geral de tributação aplicado aos residentes. Este exemplo de questão, assim como outras serão abordadas mais adiante, conferir infra (n.º 5).

3.2. O Mercado Interno: as Liberdades de Circulação de Pessoas e de Capitais, em especial

A criação da UE, composta atualmente por vinte e sete Estados-Membros, «[...] implica simultaneamente uma série de liberdades que vão além das fronteiras nacionais [...]» (Borchardt, 2018, p. 29).

A liberdade económica prediz que os operadores económicos ou agentes do mercado interno usufruem do direito reconhecido de circular livremente no interior da União, de exercer trabalho, de se estabelecer e prestar livremente serviços correspondentes aos seus ramos de atividade, em virtude, segundo Fontaine (2018, p. 47), da abolição das restrições ao comércio e à livre concorrência entre os Estados-Membros, impulsionando a qualidade de vida dos cidadãos.

Apesar de os Estados-Membros manterem a soberania na definição das regras de tributação direta, a verdade é que a globalização do mercado imobiliário põe em causa o bom funcionamento do mercado interno, na medida em que suscita inúmeras questões relacionadas com as liberdades económicas fundamentais, neste âmbito, com a livre circulação de pessoas e de capitais, estabelecido no art. 26.º TFUE.

No respeitante à livre circulação de pessoas, definido nos arts. 45.º a 48.º TFUE, os cidadãos da UE dispõem do direito de deslocar, residir e permanecer livremente nos países membros da União e de responder a ofertas de emprego, salvo empregos na administração pública.

Consequentemente, o art. 3.º, n.º 2 TUE articulado com o art. 21.º TFUE confere à UE a responsabilidade de garantir aos seus cidadãos um espaço sem fronteiras internas, de modo a assegurar aos seus cidadãos o direito de circular e permanecer livremente no território da União. No acórdão *Schumacker*², conhecido pelo seu relevo na jurisprudência do TJUE em matéria de tributação direta, estava em evidência o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, relativa à livre circulação de pessoas, no qual o TJUE esclarece que

[o] artigo 48.º do Tratado CEE [...] não autoriza um Estado-membro a tratar os nacionais de outros Estados-membros que, no uso do direito de livre circulação, exercem no seu território actividades assalariadas, de forma menos favorável que os seus nacionais que se encontrem na mesma situação.

A publicação da Diretiva 88/361/CEE³ assim como a introdução da União Económica e Monetária pelo Tratado de *Maastricht*⁴, permitiu a abolição à restrição de capitais e de pagamentos, ou seja, permitiu a livre circulação de capitais estabelecida nos arts. 63.º a 66.º do TFUE.

Fruto da globalização, o resultado do desenvolvimento tecnológico bem como do pensamento económico, levou os Estados-Membros a demolirem as barreiras legais que restringiam a movimentação dos capitais (Morais, 2014).

O conceito de liberdade de circulação de capitais não consta no Tratado, porém tem vindo a ser desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência do TJUE, no sentido de, em conformidade com Caldas e Maurício (2020, p. 212), «[...] cobrir a transferência de ativos e a realização de investimentos, incluindo em instrumentos financeiros, ações ou até [...] imóveis, entre Estados, incluindo Estados Membros da União e entre estes e Países terceiros».

Nos termos do art. 63.º TFUE, são proibidas quaisquer restrições às transações de capitais, o qual abrange o investimento estrangeiro direto, compra ou investimentos imobiliários, investimentos no mercado de capitais, concessão de empréstimos e créditos, bem como outras operações financeiras, no interior da União e entre Estados-Membros e países terceiros.

Não obstante, art. 64.º TFUE acolhe uma cláusula de salvaguarda na medida em que estabelece limites específicos relativamente às restrições face a Estados terceiros (Ferreira, 2019), bem como, em concordância com o art. 65.º, n.º 3 TFUE, os Estados-Membros beneficiam de livre-

² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 1995, C-279/93, *Schumacker*.

³ Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de junho de 1988.

⁴ Oficialmente conhecido como TUE, introduziu os três pilares da UE: Comunidade Europeia, Política Externa e de Segurança Comum e a Cooperação em assuntos de Justiça e Assuntos Internos.

arbítrio para adotarem as disposições que considerarem pertinentes, desde que não constituam «[...] um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos [...]».

Neste sentido, resulta da jurisprudência, concretamente do processo C-156/17⁵, que as medidas proibidas pela respetiva norma «[...] incluem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados».

Por conseguinte, é possível averiguar que tanto a livre circulação de pessoas como a livre circulação de capitais são duas consequências da evolução e da globalização do mercado imobiliário.

A abolição das barreiras às liberdades fundamentais em causa, permitiu os sujeitos de circular livremente e de aplicar o seu capital por toda a União, permitindo assim a possibilidade de um sujeito ser proprietário de um ou vários imóveis localizados ou não no seu Estado-Membro de residência.

Nada obstante, a liberdade garantida pelo Tratado concedida aos sujeitos suscitou questões relativamente à proteção das mesmas, na medida em que os Estados-Membros, com pleno poder para legislar, no âmbito de matéria de tributação direta, incorriam no risco de aprovar medidas que comprometessem ambas as liberdades, através, por exemplo, de medidas discriminatórias ou de medidas suscetíveis de demover os não residentes de investirem num Estado ou os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (processo C-156/17).

De modo a contornar litígios desta natureza, assente na legislação da UE e na jurisprudência do TJUE, entendeu-se que as medidas suscetíveis de restringir as liberdades fundamentais do mercado interno não se classificam admissíveis, salvo quando reunidas determinados requisitos. Para um melhor entendimento, abordamos este assunto no ponto seguinte (infra n.º 3.3).

3.3. Restrições às Liberdades Fundamentais do Mercado Interno

A proteção das liberdades fundamentais, imprescindível para o desenvolvimento do mercado interno, não beneficiam de cariz absoluto, daí serem impostas restrições.

⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção), de 30 de janeiro de 2020, C-156/17.

De carácter excecional, expresso na legislação europeia e na jurisprudência do TJUE, como no acórdão *Gebhard*⁶,

[a]s medidas nacionais susceptíveis de afectar ou tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.

Deste modo, é imprescindível a aplicação de uma medida nacional de modo discriminatório, em respeito a um dos princípios que norteia o Direito da UE, o princípio da não discriminação (infra n.º 3.4).

Às razões de ordem, segurança e de saúde pública, previstas nos arts. 45.º, n.º 3, 52.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1, al. b), do TFUE, juntou-se o dever de justificação por razões imperativas de interesse geral, reconhecida pela primeira vez na jurisprudência do TJUE no acórdão *Cassis de Dijon*⁷, como requisito a cumprir pela medida nacional suscetível de restringir os direitos fundamentais estabelecidos no Tratado, a qual é passível de uma interpretação restritiva, na medida em que a interpretação da mesma não pode ser utilizada para demais peripécias.

Sem embargo, são várias as justificações invocadas pelas partes no âmbito de um processo no TJUE, por exemplo a invocação, por parte dos Estados da UE, das dificuldades na verificação de informações sobre situações com relevância fiscal, ocorridas noutros Estados membros (Fraga, 2010), porém nem todas são consideradas válidas ou aptas a justificar uma limitação às liberdades fundamentais.

Nessa condição, conforme Nogueira (2010, p.243), o TJUE tem tido em consideração algumas justificações classificando-as como admissíveis, nomeadamente a coerência do sistema fiscal, o combate à fraude e evasão fiscais, a eficácia dos controlos fiscais, a repartição equilibrada do poder tributário e a simplificação e transparência do sistema fiscal. Por outro lado, todas as restantes justificações foram rejeitadas pelo TJUE, particularmente a perda ou redução de receitas fiscais, a compensação por outras medidas, a ausência de harmonização da fiscalidade direta, a reciprocidade resultante da convenção bilateral para evitar a dupla tributação, bem como as dificuldades de ordem prática (p.239).

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 1995, C-55/94, *Gebhard*.

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 1979, C-120/78, *Dijon*.

Com recurso ao princípio da proporcionalidade, o Tribunal de Justiça analisa se determinadas medidas são justificáveis e não evasivas, ou seja, se as medidas restringem ou não os direitos fundamentais do mercado interno.

Consequentemente, para uma medida restringir uma das liberdades garantidas pelo Tratado, esta tem de passar nos testes da proporcionalidade. O teste da adequação, onde a medida tem de ser adequada e apta para seguir o objetivo legítimo, bem como o teste da necessidade, na qual a medida adotada não deve ultrapassar o necessário para atingir o respetivo objetivo, ou seja, de entre as várias medidas possíveis dever-se-á optar pela medida menos restritiva.

Neste contexto, a jurisprudência do TJUE assume um papel importante, no sentido em que o tribunal vela pela aplicação e interpretação uniforme do direito europeu em toda a União e a garantia pelo respeito do direito europeu.

As condições a respeitar pelas normas de direito interno, de modo a impedir entraves às liberdades fundamentais, assumem relevo em matéria de tributação direta, tributação de mais-valias imobiliárias inclusive, no sentido de que um Estado-Membro ao estabelecer medidas nacionais, respeitantes à tributação de ganhos idênticos ou similares, deve sempre ter em consideração os requisitos a cumprir, de outro modo, incorre numa afetação à integridade do mercado interno. Ou seja, estes pormenores requerem uma especial atenção por parte do Estado, a fim de garantir uma tributação justa e equilibrada dos rendimentos obtidos pelos sujeitos, gerados pela alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis.

Por conseguinte, tudo isto tem impacto na tributação de mais-valias imobiliárias como iremos ver (infra n.º 5.4), pelo que há a necessidade de averiguar, por exemplo, se as normas previstas no direito nacional tratam de forma mais favorável um residente em relação a um residente de outro Estado-Membro, mediante o não cumprimento dos requisitos mencionados, relativamente ao regime de tributação aplicado às mais-valias imobiliárias geradas pela alienação de um imóvel em território português.

3.4. O Princípio da Não Discriminação e o Princípio da Proporcionalidade na Restrição das Liberdades Fundamentais

O princípio da não discriminação encontra-se elencado em várias disposições do Direito Comunitário Europeu, nomeadamente no TFUE, no Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

O Tratado, mais concretamente o art. 18.º TFUE, não admite qualquer discriminação com base na nacionalidade, tornando-se indispensável no tratamento fiscal dos residentes e dos não residentes. É fundamental sublinhar que esta cláusula é de aplicação automática, exceto quando aplicável uma norma mais específica prevista no Tratado.

Como supramencionado, a fiscalidade direta é da competência dos Estados-Membros, no entanto estes são coagidos a respeitar o Direito da UE, o que implica a revogação de todas as disposições discriminatórias.

A discriminação consiste num tratamento desigual entre os nacionais de um Estado e os nacionais de outro Estado da UE, pelo que, de acordo com Azevedo (2021, p. 439) o princípio da não discriminação assenta «[...] no princípio da igualdade no ponto de vista formal, isto é, na igualdade perante a lei».

Nesta conjuntura, os cidadãos europeus que se encontrem em situações comparáveis não devem ser tratados de forma menos favorável em razão da nacionalidade. Isto significa que devem beneficiar de um tratamento similar, independentemente do seu Estado de residência, sendo que uma disposição discriminatória aplicada a um não residente em relação a um residente, equivale a uma desigualdade.

Desde os primórdios, a jurisprudência do TJUE é imperativa na interpretação e aplicação do princípio da não discriminação, o qual, como pilar fundamental da Direito da UE e protetor dos direitos dos cidadãos e das liberdades fundamentais do mercado interno, exige a igualdade de tratamento em função da nacionalidade, na medida em que pune a discriminação por via direta e indireta, salvo determinadas exceções.

Este preceito tem sido consumado com frequência pela jurisprudência do TJUE, no âmbito da tributação direta, o qual analisa o ponto de discriminação das disposições fiscais dos Estados-Membros sujeitas a produzir entraves injustificados à prossecução dos fins da UE, no contexto das liberdades fundamentais do mercado interno.

De modo a apurar a existência de uma discriminação é necessário estarmos perante duas situações comparáveis, pois, consoante o TJUE, a discriminação verifica-se através da aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a situações diferentes (Casos *Asscher*⁸, *Wielockx*⁹ e *Schumacker*).

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 27 de junho de 1996, C-107/94, *Asscher*.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de agosto de 1995, C-80/94, *Wielockx*.

De acordo com a jurisprudência e Matos (2019, p.10), os Estados-Membros podem licitamente «[...] estabelecer normas diferenciadoras, consubstanciadas em fundamentos objectivos – i.e. provando que se tratam de situações não comparáveis; e, excepcionalmente, estabelecer normas discriminatórias, se fundadas em razões imperiosas de interesse geral». Porém, no que respeita ao segundo fundamento, este não se desvanece à sujeição do princípio da proporcionalidade.

O TJUE tem vindo a estabelecer o dever de exercício dos Estados-Membros a nível das suas competências, com o devido respeito pelo Direito da UE, pois a prossecução da não discriminação das liberdades fundamentais assenta essencialmente na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

O caso *Avoir Fiscal*¹⁰ tal como o caso *Schumacker*, são dois acórdãos históricos em matéria de tributação direta e em causa estavam medidas contrárias às disposições do Tratado, nomeadamente a aplicação de medidas discriminatórias que restringiam a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de trabalhadores, respetivamente.

O acórdão *Avoir Fiscal*, resultou do litígio entre a Comissão Europeia e a França, onde a legislação francesa previa um crédito de imposto somente a destinatários de dividendos com domicílio efetivo ou sede social em França, de modo a evitar a dupla tributação económica.

Com a lei do orçamento para 1978 da República Francesa, «[...] as sociedades de seguros, de resseguros e de capitalização podem deduzir do imposto sobre as sociedades de que são devedoras a totalidade do crédito de imposto que, de acordo com o artigo 158.º A do *Code général des impôts*, é aplicado aos dividendos por elas recebidos». Todavia, a norma não abrangia as sucursais e agências em França das sociedades de seguros sediadas em outro Estado-membro, o que por si só «[...] limita o benefício do crédito fiscal às pessoas que têm o seu domicílio efectivo ou a sua sede social em França».

No decorrer do processo, em sua defesa, o Governo francês usou o fundamento de risco de evasão fiscal, o qual, no entendimento do TJUE, não pode ser invocado neste contexto, uma vez que «[o] artigo 52.º do Tratado CEE não permite uma derrogação ao princípio fundamental da liberdade de estabelecimento por motivos como este».

Neste seguimento, o TJUE invocou o princípio da não discriminação. Entendeu estar em causa um tratamento discriminatório, «[...] em relação às sociedades de seguros com sede em outro Estado-membro [...]», contrário ao Direito da UE, na medida em que restringe a liberdade de estabelecimento.

¹⁰ Acórdão do Tribunal, de 28 de janeiro de 1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*.

No que tange ao acórdão *Schumacker*, estava em questão a legislação da República Federal da Alemanha que discriminava indevidamente os não residentes, no âmbito dos rendimentos auferidos em território alemão, em relação aos residentes.

O caso envolvia um cidadão casado, com nacionalidade e residência na Bélgica, o qual exercia atividades assalariadas na Alemanha. Este viu-se confrontado com o seu pedido, por razões de equidade, recusado pelas autoridades fiscais alemãs, cujo consistia em calcular o montante do seu salário com base na classe tributária III «[...] (normalmente aplicável aos trabalhadores casados residentes na Alemanha e que dá direito ao «*splitting*»), e o reembolso da diferença entre o que foi mensalmente retido sobre o seu salário, com base na classe tributária I, e o que deveria ter sido nos termos da classe tributária III».

Submetidas as questões prejudiciais ao TJUE, este clarificou que o art. 48.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que:

- um Estado Membro, no âmbito da cobrança de impostos diretos, não pode tratar os nacionais de outros Estados-membros, que «[...] exercem no seu território actividades assalariadas, de forma menos favorável que os seus nacionais que se encontrem na mesma situação»;

- obsta a aplicação da legislação de um EM que tributa mais gravosamente um trabalhador que exerce atividades profissionais no seu território e é residente de outro Estado quando

[...] os rendimentos do nacional do segundo Estado provêm total ou quase totalmente do trabalho exercido no primeiro Estado, não dispondo no Estado da residência de rendimentos suficientes para aí serem submetidos a tributação que permita tomar em consideração a sua situação pessoal e familiar.

- assim como, obsta a legislação de um Estado Membro que apenas

[...] conceda aos seus residentes a possibilidade de beneficiar de procedimentos como a regularização anual dos rendimentos retidos na fonte [...] não concedendo tal benefício a pessoas singulares que não têm domicílio ou residência habitual no seu território mas aí auferem rendimentos de origem salarial.

A decisão estabeleceu um precedente significativo no tratamento fiscal dos não residentes num Estado-Membro em relação a nacionais de um outro Estado, o que aprimorou o princípio da não discriminação, na esfera da fiscalidade da UE.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade, este destaca-se pela sua importância na fiscalidade da UE bem como no Direito Interno, pelo que a sua concretização está sujeita às

condições definidas no “Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade”¹¹.

Como referido anteriormente, este somente relaciona-se com a forma de exercício das competências não exclusivas da UE e está previsto e regulado no art. 5.º, n.º 4 TUE, art. 296.º TFUE, bem como no art. 52.º Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

No âmbito do Direito Interno, o princípio da proporcionalidade está figurado no art. 266.º CRP, art. 55.º Lei Geral Tributária (LGT), art. 46.º Código de Procedimento e Processo Tributário e nos arts. 5.º e 7.º Regime Complementar de Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira.

No entendimento do Tribunal Constitucional, o princípio da proporcionalidade assemelha-se ao princípio da proibição do excesso, o qual, identificado pela doutrina e jurisprudência, subdivide-se em três subprincípios.

O princípio da adequação ou da conformidade, estabelece que a «[...] medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes» (Canotilho, 1999, p. 264), ou seja, a medida deve ser adequada e apta a seguir o objetivo pretendido. O princípio da necessidade ou da exigibilidade, na qual a medida adotada não deve ultrapassar o necessário para atingir o objetivo, ou seja, de entre as várias medidas possíveis dever-se-á optar pela medida menos restritiva, o que implica a atribuição da menor desvantagem à qual o indivíduo tem direito (p. 264). O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como princípio da justa medida, reitera a ponderação entre os custos esperados e os benefícios esperados, no sentido em que a medida só será merecida se o benefício que se merece alcançar for igual ou superior aos custos esperados (p. 265).

Frequentemente o Tribunal de Justiça recorre a este princípio com a finalidade de analisar se as medidas restringem ou não as liberdades fundamentais do mercado interno com base no critério da adequação e da necessidade, isto é, de acordo com o acórdão *Marks & Spencer*¹², é necessário que a aplicação da medida «[...] seja adequada a garantir a realização do objetivo assim prosseguido e que não ultrapasse o que é necessário para o atingir».

Como visto anteriormente, tanto a evasão fiscal como a fraude fiscal são justificações passíveis de restringir as liberdades fundamentais do mercado interno, pelo que há aspetos a considerar.

¹¹ Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, de 16 de dezembro de 2004, C 310/207.

¹² Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 13 de dezembro de 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*.

No entender da Comissão Europeia, as disposições fiscais nacionais dos Estados da UE são legítimas caso sejam proporcionais, ou seja, quando defronte de uma situação de abuso. Para tal é necessários estarmos perante a existência de um expediente abusivo (expediente puramente artificial), com a finalidade de obter uma vantagem fiscal.

Na sua comunicação (COM (2007) 785), a Comissão concluiu que a verificação da existência de um expediente puramente artificial equipara-se a uma análise que privilegia a substância em relação à forma. Por conseguinte, é fundamental proceder à análise de fatores objetivos, designadamente «[...] provas de existência física em termos de instalações, pessoal e equipamento [...] ou seja, um estabelecimento real que realize actividades económicas genuínas e não uma mera «caixa de correio» ou uma subsidiária «de fachada»».

Na presunção de existência de um expediente puramente artificial, segundo a Comissão, o contribuinte tem o direito de apresentar provas de modo a justificar a substância comercial das operações. Similarmente, à administração fiscal também cabe o ónus da prova, pelo que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, o resultado da avaliação realizada por esta deve ser submetida a um controlo jurisdicional independente.

Com o propósito de evitar o abuso, os Estados-Membros devem construir sistemas fiscais habilitados a obstruir o abuso e, de forma a assegurar uma proporcional atuação dos Estados, com o «[...] objectivo de limitar o abuso e de garantir a segurança jurídica [...]», estes devem disponibilizar condições «[...]de forma a que os contribuintes tenham a oportunidade de apresentar elementos de prova de quaisquer justificações comerciais que possam existir [...]».

Assente na jurisprudência do TJUE, este preceito foi invocado pela primeira vez no acórdão *Futura*¹³, segundo o qual a lei luxemburguesa permitia a transferência de perdas dos não residentes, desde que tenha efetuado «[...] uma contabilidade regular durante o exercício em que a perda se verificou [...]» e desde que tenha «[...] uma relação económica com rendimentos locais e a contabilidade seja feita no interior do país».

Nestes termos, mesmo justificada pela necessidade dos controlos fiscais (razão imperativa de interesse geral), o TJUE classificou a medida como incompatível com os objetivos elencados no Tratado, por violar a liberdade de estabelecimento, uma vez que obrigava a sociedade a ter, «[...] para além da sua própria contabilidade, [...] uma contabilidade distinta para as actividades da sua sucursal de acordo com as regras fiscais aplicáveis [...]» no Estado onde se encontra estabelecida. Somente não se materializaria, se a «[...] medida prosseguisse um objectivo

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de maio de 1997, C-250/95, *Futura Participations*.

legítimo compatível com o Tratado e se justificasse por razões imperativas de interesse geral [...]», na qual ainda seria necessário «[...] que fosse adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassasse o que é necessário para atingir esse objectivo».

Posto isto, a diferença de tratamento entre nacionais de um Estado-Membro e nacionais de outro, somente é compatível com o Direito da UE quando respeitante a situações não objetivamente comparáveis ou quando justificada por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo direito da União.

Não obstante o exposto, a respetiva norma deve ainda respeitar o critério da adequação, de modo a garantir a realização do objetivo em causa, bem como o critério da necessidade, na medida em que não pode ultrapassar o necessário para atingir o respetivo objetivo (acórdão *National Grid Indus*¹⁴).

No tocante às restantes situações, estas classificam-se como inconcebíveis, à luz do Direito da UE, dado que nos encontramos na presença de medidas totalmente ou parcialmente protecionistas.

A análise pormenorizada bem como o respeito pelo princípio da não discriminação, essencial no tratamento fiscal dos residentes e dos não residentes, e do princípio da proporcionalidade são relevantes, pois um tratamento discriminatório ou a adoção de medidas fiscais desproporcionais relativas à tributação de mais-valias imobiliárias, para além de originar distorções no mercado imobiliário, são suscetíveis de restringir a aplicação do capital em determinados Estados da União, por parte dos sujeitos, colocando assim um entrave à livre circulação de capitais.

3.5. Harmonização da Tributação Direta e suas Implicações

Os impostos sempre estiveram presentes na vida dos contribuintes, seja por via tributação direta ou da tributação indireta, tendo como base de incidência o rendimento, património e o capital ou os bens e serviços transacionados no mercado, respetivamente.

A harmonização da tributação direta e indireta, apesar de não elencar os principais objetivos da UE, visa modificar as estruturas dos sistemas fiscais dos Estados-Membros da União (Cunha, 2006), ou seja, aproximar as legislações dos demais Estados, a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado interno.

¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 29 de novembro de 2011, C-371/10, *National Grid Indus*.

Aquando da implementação dos Tratados de Constituição da Comunidade Europeia houve a necessidade de se proceder à harmonização fiscal, pois somente com a entrada em vigor dos Tratados foi possível averiguar a existência de discrepâncias em cada legislação fiscal dos Estados que podiam falsear ou ameaçar falsear a concorrência no mercado comum.

Como refere Anjos (2022, p. 85) «[...] as diferenças de tributação entre os diferentes Estados membros, a utilização de benefícios fiscais e regimes especiais de tributação mais favorável, têm sido utilizadas como instrumento de concorrência desleal entre os Estados membros», sendo que a solução está intrinsecamente ligada à implementação de regimes comuns de tributação ou à harmonização das normas fiscais divergentes entre os demais Estados.

A primeira solução, neste contexto, foi apresentada em 1962. Trata-se da introdução de um importante documento proclamador, designado de Relatório *Neumark*, onde recomendava aos Estados-Membros a adoção de medidas propensas à aproximação das legislações, no âmbito da retenção na fonte sobre dividendos e juros, assim como a constituição de um tribunal apto a resolver litígios de natureza fiscal.

O preâmbulo do processo de harmonização da tributação direta deu-se numa fase posterior, onde a integração económica já se encontrava num nível de desenvolvimento superior, daí, e não só, a complexidade de implementação de normas harmonizadoras (Nabais, 2005).

No fundo, dadas as circunstâncias e uma vez que a política fiscal da UE visa o bom funcionamento do mercado único, está explicada a razão pela qual procedeu-se, primeiramente e em maior profundidade, à harmonização fiscal no domínio da tributação indireta ao invés da tributação direta.

De acordo com Costa (2014, p.323), os Estados-Membros devem sempre respeitar o Direito originário da União, sendo que as disposições reguladas nos Tratados «[...] revelam-se como verdadeiras normas constitucionais em sentido material [...]».

Respeitante aos impostos indiretos, os arts. 110.º a 113.º TFUE asseguram a sua harmonização. Conforme Silva (2015, p. 86), a harmonização fiscal europeia neste domínio «[...] não constitui um fim em si, mas antes uma medida necessária à implementação do projeto económico europeu do mercado interno», o qual prende-se com a livre circulação das mercadorias e a livre prestação de serviços no mercado único, sendo diretamente regulamentado pela legislação europeia, designadamente diretrizes e regulamentos.

Nesta linha de raciocínio, a necessidade de estabelecer esforços, de modo a promover a harmonização fiscal nos impostos sobre o consumo, deriva do projeto de aprofundamento da integração económica no espaço europeu e de construção de um mercado único (Costa, 2014).

Contraposto com a tributação indireta, o reconhecimento da harmonização dos impostos diretos patenteia-se escasso, sendo que a ameaça aos objetivos proclamados pelo Tratado desencadeou o início deste processo de harmonização. Este processo realiza-se indiretamente, por meio de Diretivas comunitárias, com base nos princípios consagrados no Tratado, que através da exigência de aplicabilidade direta pelos Estados da UE, visam remover os entraves às liberdades fundamentais.

A ausência de normas específicas no TFUE, sob esta ótica, relaciona-se com a limitação de competências da UE, ou seja, o poder de tributar cabe única e exclusivamente aos Estados-Membros. Ainda assim, dispomos de diversos atos normativos e de jurisprudência do TJUE com normas harmonizadoras no campo dos impostos diretos, nomeadamente de normas para o IRS.

Num eventual veto fiscal e na falta de mandato explícito, em virtude do princípio da especialidade de competências, previsto no art. 5.º TUE, o poder de legislar no domínio da tributação direta perdura na posse dos Estados da União, visto que o respetivo princípio possui de um fundamento expresso para a atuação da UE.

Porém, o art.115.º TFUE juntamente com o art. 352.º TFUE, preveem a adoção de diretivas para a aproximação das disposições legislativas, caso uma norma nacional impeça o estabelecimento ou o bom funcionamento do mercado interno, e de disposições adequadas, caso uma ação da UE seja considerada necessária, desde que deliberando por unanimidade, respetivamente.

Noutros termos, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, articulados no art. 5.º TUE, aliados à regra da unanimidade, ou o poder de veto no consentimento de normas fiscais, e a consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, estabelecida no art. 115.º TFUE, representam os principais obstáculos no processo de desenvolvimento, especificamente no que diz respeito à consecução da harmonização da tributação direta.

O facto de a competência nesta matéria pertencer aos Estados-Membros faz com que estes recusem abdicar do seu poder de tributar, em parte ou na sua totalidade, em determinadas questões, por estar em causa a perda de receita fiscal e uma maior pressão relativa à carga fiscal exercida.

A despeito de a tributação direta não dispor de normas específicas na legislação europeia, o mesmo não significa que os Estados-Membros não estejam sujeitos ao controlo comunitário.

O TFUE consagra regras específicas, designadamente nos arts. 18.º, 45.º, 49.º, 54.º, 56.º, 63.º, 65.º e 107.º, bem como dispomos de políticas comuns de forma a supervisionar a atuação dos

Estados (Pinheiro, 1998). Pode-se afirmar que controlo comunitário é realizado, particularmente, por meio da verificação do cumprimento dos princípios da não discriminação e da proporcionalidade, na medida em que os Estados da União, na implementação de normas fiscais, devem respeitar o exercício das liberdades fundamentais do mercado interno, ou seja, os objetivos garantidos pelo Tratado.

As diferenças entre a tributação direta e a tributação indireta no TFUE prendem-se com a inexistência de harmonização da primeira, enquanto que, no que tange à segunda, os arts. 28.º e 30.º (União Aduaneira), art. 110.º (proibição de discriminação na tributação de produtos) e o art. 113.º (harmonização das legislações relativas aos impostos sobre o volume de negócios, aos impostos especiais de consumo e a outros impostos indiretos) espelham a aproximação das diferentes regras fiscais em vigor nos Estados- Membros, neste campo.

A atuação da UE regesse como uma plataforma para a coordenação e cooperação entre os Estados-membros, o qual se alude à supressão das discrepâncias fiscais prejudiciais e à ascensão de uma concorrência justa no mercado interno.

Atendendo às atuações da UE, é notória a harmonização significativa no respeitante à matéria de tributação indireta, por respeito aos objetivos proclamados pelos Tratados (livre circulação de mercadorias e a livre prestação de serviços), em comparação com a tributação direta (infra n.º 3.6).

No tocante ao processo de aproximação das legislações fiscais no domínio dos impostos diretos, atualmente, é evidente a existência de alguns progressos, no entanto a sua ascensão conduz-se de forma moderada, verificada, aliás, desde o início do processo de harmonização (Comité Económico e Social, 1996), priorizando a harmonização da tributação das sociedades.

A tributação indireta figura-se como substancialmente harmonizada, porém, a totalidade da harmonização fiscal, em geral, entre os Estados da União ainda não foi alcançada, uma vez que a tributação direta continua a ser amplamente regulada nas legislações fiscais nacionais.

O facto de estarmos perante uma situação de tributação direta, ligada à ausência da harmonização das disposições dos Estados-Membros nesta matéria, devido à falta de competência da UE neste domínio, dificulta a aplicação uniforme do Direito da UE, notadamente na aplicação de normas respeitantes à tributação de incrementos patrimoniais, que por sua vez poderia atenuar as disparidades fiscais e os obstáculos ao investimento transfronteiriço no mercado imobiliário.

Neste seguimento, os diferentes regimes fiscais adotados pelos Estados-Membros, na área da tributação das mais-valias imobiliárias, orientam o tratamento diferencial entre residentes e não residentes, aquando da respetiva tributação, por vezes discriminatório e desproporcional.

Com vista à promoção da transparência e à eliminação do tratamento diferencial entre residentes na UE, a harmonização da tributação direta, neste contexto, desempenha um papel elementar, o qual é visível mediante a implementação de Diretivas por parte da UE e das adaptações da lei nacional, conferir infra n.ºs 3.6 e 3.7, respetivamente.

3.6. Atuações da UE em Matéria de Tributação Direta

O domínio da tributação direta engloba várias questões, desde a tributação das pessoas singulares à tributação das pessoas coletivas.

Apesar das normas, anteriormente anunciadas, previstas nos Tratados dizerem respeito à tributação direta, a verdade é que a maioria das disposições vai para além do campo do Direito da UE.

O facto de esta matéria pertencer às competências dos Estados-Membros obriga a UE a intervir através da implementação de diretivas e de jurisprudência do TJUE, na qual estabelecem normas harmonizadas com o propósito de aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados da União, à qual, ao abrigo do art. 115.º TFUE, estão sujeitas à condição da unanimidade.

No que tange à tributação das pessoas singulares, os residentes, dispondo ou não de situação familiar num Estado-Membro, onde exercem atividades assalariadas num outro Estado-Membro, ou dele usufruem uma pensão, é a base dos inúmeros litígios submetidos ao TJUE.

A fim de aproximar as legislações dos Estados-Membros, com o objetivo de atenuar as diferenças de tratamento fiscal entre residentes e não residentes, foi proposta pela Comissão uma Diretiva relativa à tributação no país de residência, porém somente foi publicado uma recomendação onde constavam os princípios a introduzir no tratamento dos rendimentos auferidos por não residentes, no âmbito fiscal, devido à rejeição da proposta de Diretiva pelo Conselho (Angerer, 2023).

Ainda assim, a notória evolução da harmonização das disposições dos Estados da UE não está relacionada com as propostas legislativas, mas sim com o papel ativo do TJUE na resolução de litígios, relativamente a esta matéria. A esse respeito, ficou assente na jurisprudência,

nomeadamente nos acórdãos *Werner*¹⁵ e *Schumacker*, a proibição de um Estado-Membro tratar os nacionais de outro Estado de forma menos favorável que os seus nacionais.

Contrariamente ao que aconteceu inicialmente, a Diretiva (UE) 2017/1852¹⁶ relativa aos mecanismos de resolução de litígios em matéria fiscal na UE, foi aceite e acolhida em outubro de 2017.

Em meados de 1989, no âmbito da tributação dos pagamentos transfronteiriços de juros bancários e outros juros, primeiramente a Comissão propôs sujeitar, à taxa de 15%, os rendimentos de juros, ou seja, um regime comum de retenção na fonte. Rapidamente, foi apresentada «[...] uma nova proposta destinada a assegurar um nível mínimo de tributação efetiva dos rendimentos da poupança (taxa de 20 %)» (Parlamento Europeu, 2022, p. 05).

No seguimento, foi publicada a Diretiva 2003/48/CE¹⁷, entretanto alterada pela Diretiva 2014/107/UE¹⁸, que, em conluio com a Diretiva 2011/16/UE¹⁹, passou a estabelecer a troca de informações entre as autoridades fiscais.

3.7. Adaptações da Lei Portuguesa ao Direito Fiscal da UE

No conjunto das competências da UE, esta deve supervisionar as disposições nacionais, com o intuito de aferir a existência de colisão entre uma disposição de Direito Nacional com uma norma de Direito Europeu, sendo que o legislador não deve autorizar atos legislativos contrários ao Direito da UE.

Até à presente data, a lei fiscal nacional sofreu algumas alterações em matéria de tributação direta, de modo a serem compatíveis com as liberdades fundamentais do mercado interno e estarem em conformidade com o Direito Fiscal Europeu.

Uma das principais adaptações da lei fiscal portuguesa ao princípio da não discriminação é relativa ao “Regime Opcional para os Residentes noutra Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu”, previsto atualmente no art. 17.º -A Código do IRS.

Tal peripécia concretizou-se devido à decisão proferida pelo TJUE no acórdão *Schumacker*. Aquando da respetiva decisão, a norma nacional tratava de forma menos favorável os nacionais de outros Estados que os seus nacionais, encontrando-se estes na mesma situação.

¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 1993, C-112/91, *Werner*.

¹⁶ Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017.

¹⁷ Diretiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003.

¹⁸ Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014.

¹⁹ Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011.

A alteração da norma foi aditada pela Lei n.º 64-A/2008²⁰ (Orçamento de Estado para 2009), tendo a Lei n.º 82-E/2014²¹ introduzido a seguinte e atual redação:

1 - Os sujeitos passivos residentes noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, quando sejam titulares de rendimentos obtidos em território português, que representem, pelo menos, 90 % da totalidade dos seus rendimentos relativos ao ano em causa, incluindo os obtidos fora deste território, podem optar pela respetiva tributação de acordo com as regras aplicáveis aos sujeitos passivos não casados residentes em território português com as adaptações previstas nos números seguintes.

No acórdão *Hollmann*²², o art. 43.º, n.º 2 CIRS foi alvo de análise por parte do TJUE.

A norma nacional estatuiu um tratamento fiscal desigual entre residentes e não residentes, ambos em situações idênticas, em virtude da admissão de 50% do saldo positivo das mais-valias decorrente da alienação de bens imóveis, realizadas em território nacional por residentes, enquanto que num cenário idêntico, os não residentes, ao abrigo do art. 72.º do CIRS, estavam sujeitos à taxa especial de 25% sobre a totalidade do saldo relativo às mais-valias imobiliárias. Isto significa que a legislação nacional sujeitava um residente «[...] noutro Estado-Membro, a uma carga fiscal superior à que incidiria, em relação a este mesmo tipo de operação, sobre as mais-valias realizadas por um residente do Estado onde está situado esse bem imóvel».

No acórdão “Comissão Europeia contra República Portuguesa apoiada por Reino de Espanha”²³, estava em causa o art. 130.º CIRS, pois imponha aos não residentes que auferiam rendimentos sujeitos ao imposto sobre o rendimento e aos residentes que se ausentavam do território nacional por um período superior a seis meses, a obrigação de nomearem um representante fiscal.

A condição imposta pelo legislador nacional, no entendimento do TJUE, foi classificada como uma medida discriminatória e desproporcional, bem como incompatível com as liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, nomeadamente a livre circulação de pessoas e de capitais. Dadas as circunstâncias, com a Lei do Orçamento de Estado para 2012²⁴, Portugal alterou a respetiva norma.

²⁰ Lei n.º 64-A/2008. *D.R. I Série*. 252 (31-12-2008) 02-389.

²¹ Lei n.º 82-E/2014. *D.R. I Série*. 252 (31-12-2014) 339-418.

²² Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 11 de outubro de 2007, C-443/06, *Hollmann*.

²³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 05 de maio de 2011, C-267/09.

²⁴ Lei n.º 64-B/2011, *D.R. I Série*. 250 (30-12-2011) 48-244.

Em referência à tributação à saída, ou seja, à tributação dos potenciais ganhos, derivado de elementos patrimoniais, detidos por um sujeito passivo aquando da substituição da sua residência para outro Estado-Membro, Portugal foi coagido a alterar uma norma em sede de IRS, por ser incompatível com a livre circulação de pessoas.

Estes são alguns exemplos ocorridos em território nacional. Factos contrários ao Direito da União e que Portugal viu-se forçado a alterar a legislação fiscal nacional, em respeito aos objetivos previstos no Tratado.

4. Coordenadas Fundamentais do IRS

4.1. Principais Características e Princípios do IRS

Aprovado pelo Decreto de Lei 442-A/88²⁵, o IRS entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1989, sendo este um tributo fiscal por se enquadrar no conceito de imposto.

A designação de tributo vai para além do conceito de imposto. Em conformidade com o art. 3.º LGT, os tributos podem ser fiscais e parafiscais ou estaduais, regionais e locais, entre os quais integram os «[...] impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas», sendo que os regimes gerais dos últimos dois constam de lei especial.

Os impostos resultam da obrigação jurídica tributária e enquadram-se nos tributos fiscais, cuja finalidade principal traduz-se na persecução de receitas, sendo-lhes aplicado os princípios constitucionais.

Através da doutrina, é seguro afirmar que estes classificam-se como uma prestação: *i)* unilateral; *ii)* estabelecida pela lei; *iii)* para satisfação de fins públicos.

A distinção entre imposto e demais espécies tributárias criadas por lei, assenta no princípio da unilateralidade dos impostos, o qual postula a inexistência de contrapartida direta por parte da entidade beneficiária, aquando do cumprimento da prestação pecuniária.

Consoante o princípio da legalidade tributária, os impostos somente são criados por lei através da Assembleia da República, ou Decreto-Lei pelo Governo, mediante autorização desta, por força do art. 165.º, n.º 1, al. i) CRP. Ainda no mesmo diploma, a satisfação das necessidades financeiras do Estado, integra uma das finalidades do imposto, de modo a fazer face às despesas públicas, assim como a repartição justa dos rendimentos e da riqueza, de acordo com o art. 103.º, n.º 1, também se enquadra na respetiva finalidade, sendo estes uns dos aspetos a desenvolver de forma mais detalha no ponto seguinte (*infra* n.º 4.2).

Para além do mais, quando falamos de IRS, com base no art. 104.º, n.º 1 CRP, referimo-nos a um imposto único e progressivo que tem em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.

O IRS ao respeitar o princípio da unilateralidade e por ser progressivo, varia em função do rendimento auferido, ou seja, a taxa de imposto a aplicar aumenta consoante o aumento do rendimento. Isso devesse ao princípio da capacidade contributiva, na qual os impostos assentam

²⁵ Decreto-Lei n.º 442-A/88. *D.R. I Série*. 277 (30-11-1988). 01-36.

(art. 4.º, n.º 1 LGT), que postula a repartição do imposto consoante a capacidade que cada contribuinte demonstre de modo a suportar o respetivo imposto.

Consequentemente, aos contribuintes que demonstrem uma maior força económica deve corresponder um imposto maior, enquanto que aos contribuintes que demonstrem menor força económica deve corresponder imposto mais pequeno (Vasques, 2005).

O IRS é definido como um imposto estadual de âmbito nacional, dado que o sujeito ativo é o Estado e é aplicado em todo o território nacional. Por decorrência, o IRS não é determinado nem liquidado pelo sujeito passivo, mas sim pelo sujeito ativo, ou seja, não se trata de um imposto autoliquidável.

Relativamente ao período de tempo em que ocorrem, devemos distinguir os impostos periódicos dos impostos de obrigação única. Os impostos periódicos e de formação sucessiva, tal como o IRS, beneficiam do caráter de continuidade, ou seja, ocorre e renova-se sucessivamente todos os anos, sendo o ano fiscal compatível com o ano civil, ao abrigo do art. 143.º CIRS.

Por fim, ao IRS está implícito a condição da obrigatoriedade. Os sujeitos passivos, por lei, são obrigados a declarar, anualmente, os seus rendimentos através do preenchimento da declaração de imposto, em conformidade com o art. 57.º CIRS.

4.2. Enquadramento Constitucional

4.2.1. A Reserva da Lei Fiscal no Âmbito da Criação do Imposto

Como lei hierarquicamente superior significativa e vinculativa, a CRP é importante no estudo do Direito Fiscal e no tema desenvolvido na presente dissertação.

Atendendo à limitação do poder político, as normas estabelecidas na Constituição vinculam o legislador, porquanto da função de limitar o legislador e o exercício do poder político, ou seja, restringir o órgão do poder político de alterar ou estabelecer normas contrárias à Constituição.

Nos termos do art. 103.º, n.º 2 CRP, os impostos são meramente criados por lei que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

Em articulação com o art. 165.º, n.º 1, al. i) CRP, a criação de imposto, no âmbito da reserva da lei fiscal, é da competência exclusiva da Assembleia da República, no entanto também incumbe ao Governo a competência legislativa na criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas, mediante autorização da Assembleia da República. Ainda assim, a Assembleia da República deve sempre intervir.

De acordo com o princípio da tipicidade de lei fiscal, o contribuinte somente é obrigado a cumprir com o pagamento de imposto relativamente a factos expressamente tipificados na lei. Na hipótese de um imposto não ter sido criado nos termos da Constituição e cuja liquidação e cobrança não se façam nos termos da lei, por força do art. 103.º, n.º 3 CRP, nenhum contribuinte deve proceder ao seu pagamento, nem os impostos de natureza retroativa autêntica, por conseguinte os impostos com efeitos retroativos e prospetivos.

No fundo, os órgãos do Estado com legitimidade para aprovar leis devem respeitar a Constituição, pois, em caso de incumprimento, incorrem numa inconstitucionalidade e, por conseguinte, de acordo com o art. 8.º, n.º 4. CRP, incorrem numa violação às disposições dos tratados que regem a UE, que por sua vez são aplicáveis na ordem interna.

4.2.2. As Finalidades do Sistema Fiscal e os Objetivos do IRS como Fatores Determinantes neste Contexto

Os princípios fundamentais da CRP funcionam para a própria Constituição, bem como para o ordenamento jurídico. Assim sendo, há a necessidade de interpretar os arts. 103.º e 104.º CRP e perceber que estão inseridos numa mensagem jurídico constitucional, o qual devem ser interpretados e compreendidos.

As finalidades do sistema fiscal previstas no art. 103.º, n.º 1 CRP, revelam que o sistema fiscal está estruturado de forma a realizar os fins públicos, ou seja, satisfazer as necessidades financeiras do Estado e a repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

Relativamente ao art. 104.º CRP, o mesmo compreende a classificação jurídico-constitucional dos impostos, assim como os objetivos respeitantes a cada área de tributação. O n.º 1 da respetiva norma faz referência à tributação do rendimento das pessoas singulares, com base no rendimento real efetivo²⁶, segundo o qual «[...] visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar».

²⁶ Rendimento apurado com base na declaração de rendimentos ou com base na contabilidade do contribuinte. Apesar de a norma não fazer referência ao facto da tributação das pessoas singulares incidir sobre o rendimento real, é de entendimento geral que a exigência é válida não só para a tributação das empresas, ao abrigo do n.º 2, como também é válida para a tributação do rendimento pessoal, visto que estamos perante o ponto de partida para discernir as manifestações de fortuna.

Neste seguimento, o art. 5.º, n.º 1 LGT reforça a ideia prevista em ambos os artigos a qual estabelece que a tributação tem como uma das finalidades as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento.

Posto isto, a questão da progressividade ligada ao objetivo da promoção da igualdade é particularmente relevante em matéria de tributação de mais-valias imobiliárias e de tributação de imóveis, em geral, na medida em que é importante questionarmos se o atual regime de tributação em vigor contribui para a promoção da igualdade, considerando a evolução do mercado imobiliário como referido anteriormente (supra n.º 2), bem como os atuais problemas relacionados com a temática, como por exemplo o acesso à habitação.

4.3. As Mais-Valias Imobiliárias como Rendimento Acréscimo

O conceito de rendimento é, por norma, um conceito amplo usado por muitos para se referir às diversas formas de rendimento específicos tributáveis, nas várias categorias de rendimento definidos por lei.

Não obstante, na doutrina temos presente duas conceções de rendimento, nomeadamente o rendimento produto e o rendimento acréscimo (Sanches, 2001) que, para um maior rigor de análise, importa proceder à distinção de ambos.

A primeira perspetiva doutrinária, também conhecida como rendimento fonte, tributa o fluxo periódico de rendimentos ligado às diversas categorias da distribuição funcional (Morais, 2014), ou seja, qualquer ganho resultante da participação na atividade económica produtiva, o qual tem presente fatores de produção: trabalho, capital e recursos naturais, porém a forma de remuneração equivale a um rendimento, juro ou lucro.

No que concerne ao rendimento acréscimo patrimonial, este diz respeito a uma tributação de qualquer tipo ou forma de rendimento, neste caso de qualquer acréscimo patrimonial líquido, o qual, de acordo com o n.º 5 do preâmbulo do CIRS, engloba todo o aumento do poder aquisitivo do contribuinte, incluindo as mais-valias e, de um modo geral, as receitas irregulares e ganhos fortuitos.

Em conformidade com o princípio da capacidade contributiva e Matos (1999, p. 169), «[...] a tributação das mais-valias surge na medida em que a alienação de um determinado bem por um valor superior àquele por que foi adquirido tem por resultado um acréscimo patrimonial na esfera do sujeito passivo alienante [...]».

Por conseguinte, no entendimento de Tribunal Central Administrativo, as mais-valias constituem os «[...] acréscimos patrimoniais que não provêm de uma actividade produtiva, mas

que têm algum significado económico [...]»²⁷, pelo que as mais-valias decorrentes da alienação de um bem imóvel, fora do âmbito da atividade profissional e empresarial, não são considerados ganhos decorrentes da participação na atividade produtiva.

Deste modo, temos presente um imposto sobre a realização das mais-valias geradas pela alienação de um imóvel, que decorre não só do aumento do valor dos ativos como também da «[...] respectiva alienação onerosa, ou operação equiparada [...]» (Basto, 2007, p. 397), como fonte ocasional ou não recorrente de rendimento, a qual não assenta no conceito de rendimento produto, contudo compreende o conceito de rendimento acréscimo.

A desenvolver mais adiante (infra n.º 4.5), as mais-valias imobiliárias ficam sujeita às regras de tributação previstas na categoria de rendimentos G (incrementos patrimoniais) que, ao compreenderem a noção de rendimento acréscimo, leva a que os vários ganhos ocasionais e esporádicos sejam passíveis de tributação, de acordo com as normas da categoria G.

Porventura, se o IRS assentasse num conceito de rendimento produto, os ganhos resultantes de uma valorização de bens, não seriam tributados com base nas regras previstas na categoria G.

4.4. Os Critérios Fundamentais da Residência e da Fonte

O IRS como imposto pessoal, no ato de liquidação, tem em consideração os elementos subjetivos, tais como a situação pessoal e familiar do sujeito, previstos atualmente nos arts. 13.º a 21.º CIRS.

Conforme o disposto no art.13.º, n.º 1. CIRS, o IRS abrange as pessoas singulares residentes dentro ou fora do território nacional, desde que aqui obtenham rendimentos, de acordo com os critérios da residência e da fonte, respetivamente, aos quais prosseguimos ao seu desenvolvimento.

Em concordância com Magno (2019, p. 35), «[a] residência, elemento de conexão subjetivo com o território português, é o conceito elegido pelo legislador fiscal interno para determinar a competência tributária de Portugal e o âmbito da sujeição de pessoas singulares em sede de IRS [...]».

Com base no critério da residência, dever-se-á proceder à tributação do rendimento independentemente do local da fonte deste. Neste sentido, nas palavras de Azevedo (2017, p. 97), «[...] um dado sujeito passivo será tributado no Estado no qual seja considerado como

²⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22 de fevereiro de 2018, 1455/10.0BELRS.

fiscalmente residente, por todos os rendimentos que aufera, independentemente de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território».

Consequentemente, com base na tributação universal e ilimitada dos rendimentos auferidos por residentes, o art. 15.º CIRS prevê a obrigatoriedade de os sujeitos passivos residentes em território nacional, incluindo os residentes parciais, procederem ao pagamento do imposto respeitante à totalidade dos rendimentos auferidos, integrando, de igual forma, os rendimentos de fonte estrangeira (n.º 1).

Por seu turno, o respetivo critério, adotado no art. 16.º, n.º 1. CIRS, considera como residente em território nacional as pessoas que: permaneçam mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, em qualquer período de 12 meses com início ou fim no ano em causa, estabelecido pelo critério da permanência em território nacional; aquelas que, tendo permanecido menos tempo, disponham de habitação em condições que façam supor intenção atual de a manter e ocupar como residência habitual, em concordância com o critério da habitação à disposição; sejam tripulantes de navios ou aeronaves, desde que aqueles estejam ao serviço de entidades com residência, sede ou direção efetiva em Portugal, em 31 de dezembro; ou desempenhem no estrangeiro funções ou comissões de carácter público, ao serviço do Estado Português.

Na hipótese de um residente de outro Estado-Membro obter, em território português, um rendimento, a respetiva tributação com base no critério da residência é afastada.

Para uma tributação adequada, recorreremos ao critério da fonte, que determina uma tributação limitada com base na origem do rendimento obtido. Ou seja, tem em consideração a fonte de produção ou pagamento do rendimento, o lugar do exercício da atividade, o lugar da obtenção dos lucros comerciais, bem como a localização dos bens (Azevedo, 2017), neste contexto o local do imóvel alienado pelo sujeito passivo do qual resultou um ganho ocasional.

Neste contexto, conforme o disposto no art.15.º, n.º 2. CIRS, relativamente aos rendimentos auferidos por não residentes, recai o IRS unicamente sobre os rendimentos obtidos em território nacional.

Para efeitos de IRS e do regime aplicável, os critérios da residência e da fonte assumem um papel relevante, no tocante ao regime aplicado aos residentes em território nacional e aos residentes de outro Estado-Membro que aqui obtenham mais-valias decorrentes da alienação de um bem imóvel, como iremos tratar mais adiante (infra n.º 5.2 a 5.5).

Como visto inicialmente (supra n.º 3.1), a tributação direta pertence às competências dos Estados-Membros que, ligado ao facto da tributação dos rendimentos obtidos, em território português, por não residentes seguir o critério da fonte, permite o aparecimento de obstáculos

às liberdades fundamentais do mercado interno, na medida em que um Estado-Membro ao não abdicar do poder de tributar pode, eventualmente, adotar uma disposição contrária às respetivas liberdades.

O Direito da UE como base jurisprudencial fundamental no Direito Nacional, impede tal situação e, para além do mais, o art. 65.º TFUE impede a aplicação de disposições que discriminem e restrinjam, com base em ambos os critérios, a livre circulação de capitais.

4.5. O Carácter Limitativo do IRS – Uma Abordagem à Incidência Objetiva da Categoria G

Tendo em conta as diversas fontes de rendimentos auferidos pelos contribuintes, houve a necessidade de os organizar e separar por diferentes categorias de rendimentos.

A tipificação dos rendimentos deve ser compreendida como um suporte para a compreensão dos sujeitos passivo, pelo que a respetiva estrutura deve ser entendida na medida em que permite a tributação dos rendimentos de forma adequada, bem como uma análise mais detalhada, no tocantes às regras a aplicar às diversas fontes de rendimentos.

Atendendo ao carácter limitativo do CIRS, no sentido em que aloca os rendimentos auferidos pelos sujeitos passivos em território português às respetivas categorias de rendimentos tributáveis, consoante a fonte dos mesmos, temos presente rendimentos distribuídos desde a categoria A à categoria H.

A este respeito, o art. 2.º CIRS tipifica os rendimentos auferidos no âmbito do trabalho dependente enquadrados na categoria A. O art. 12.º do presente código estabelece uma delimitação negativa de incidência, de âmbito geral, no entanto houve a necessidade, por parte do legislador, de criar uma norma específica para as delimitações negativas dos rendimentos da categoria A, previstas no art. 2.º-A, cujo estabelece os rendimentos, que para os efeitos desta norma, não são considerados como fruto do trabalho dependente.

Os rendimentos empresariais e profissionais, previstos no art. 3.º CIRS, seguem as regras previstas na categoria B, enquanto que as categorias E, F, G e H, dizem respeito aos rendimentos de capitais (art. 5.º), prediais (art. 8.º), incrementos patrimoniais (art. 9.º) e às pensões (art. 11.º), todos do CIRS, respetivamente.

No fundo, todas as categorias de IRS beneficiam de carácter permanente e continuado de rendimentos, exceto a categoria G a qual carece de carácter ocasional ou não recorrente de rendimento. Ou seja, como rendimentos recorrentes temos os rendimentos do trabalho, incluindo pensões, do capital e de atividades económicas, por outro lado os rendimentos

classificados de incrementos patrimoniais respeitam a rendimentos instantâneos ou não recorrentes, que se esgotam num facto quando alienado o bem que gera o respetivo rendimento (Faustino, 1993).

Posto isto, no presente estudo, de entre as diversas categorias de rendimentos destacamos a categoria G, relativa a ganhos ocasionais de bens mobiliários e imobiliários, incluindo mais-valias imobiliária, à qual fazemos, de seguida, uma alusão à sua incidência objetiva ou real.

O elemento objetivo de incidência, refere-se aos critérios que determinam quais os rendimentos passíveis de tributação em sede IRS, bem como as categorias a que respeitam.

A categoria G, à qual se refere o art. 9.º CIRS, abrange as mais-valias estabelecidas no art. 10.º do respetivo diploma, as indemnizações de reparação de danos não patrimoniais (exceto as fixadas), de danos emergentes não comprovados e de lucros cessantes, as importâncias atribuídas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência, assim como os acréscimos patrimoniais não justificados, determinados nos termos dos arts. 87.º, 88.º ou 89.º A da LGT.

As mais-valias geradas pela alienação de um bem imóvel correspondem à qualificação consagrada no art. 10.º, n.º 1 CIRS, pois trata-se de um ganho obtido em virtude da alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis. Todavia, as mais-valias estão subordinadas ao princípio da realização, segundo o qual estão excluídas da tributação as mais-valias potenciais ou latentes (Brígido, 2009), ou seja, «[...] as valorizações dos activos que não [...] tenham sido objecto de alienação onerosa-pelo respectivo titular» (Basto, 2007, p.385), pelo que somente há tributação aquando da sua realização (Pereira, 2019).

Por seu turno, regra geral, a mais-valia considera-se obtida aquando da alienação, contudo, de acordo com o n.º 3, al. a) do mesmo normativo, caso seja realizado um contrato promessa de compra e venda ou troca, o ganho considera-se obtido logo que verificada a tradição ou posse dos bens ou direitos objeto do contrato.

Importa ressaltar que as respetivas mais-valias imobiliárias, ao respeitarem a ganhos esporádicos e ocasionais, são tributadas com base nas regras definidas pela categoria G, salvo quando obtidas no exercício de uma atividade empresarial, na qual passam a ser tributadas consoante as regras da categoria B.

A razão pela qual estes rendimentos estão sujeitos às regras da presente categoria, deve-se ao facto da sua essência residir no carácter residual, onde se concentram realidades heterogéneas quanto à sua natureza e fonte, mas unidas pela sua característica de rendimento acréscimo (*idem*) (supra n.º 4.3), pelo que, o vasto leque de rendimentos aqui presentes, não são, por exclusão, submetidos às normas de outras categorias, o que torna a categoria G uma categoria dependente.

As delimitações negativas para além de elencadas no art. 12.º CIRS, encontram-se também consagradas no art. 10.º, n.ºs. 5 e 7 do mesmo diploma relativamente às mais-valias, integradas na categoria G, apuradas na alienação da habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, desde que verificadas, cumulativamente, as condições estabelecidas nas alíneas das respetivas normas, respetivamente (infra n.º 5.3).

5. A tributação das Mais-Valias Imobiliárias em Sede de IRS

5.1. Determinação da Mais-Valia e Deduções Específicas

A mais-valia, como rendimento não recorrente, consiste no ganho obtido da alienação onerosa do imóvel ou ato equiparado, ou seja, resulta do ato voluntário ou involuntário, a perda ou a afetação do ativo (Faustino, 1993), tributável na categoria G, exceto quando considerado um rendimento empresarial e profissional, de capitais ou prediais (supra n.º 4.5).

Após o enquadramento feito e de intitular o ganho proveniente da alienação onerosa de direitos reais sobre o bem imóvel como mais-valia imobiliária na categoria G, importa passar à determinação da mesma a qual é regulada pelas normas jurídicas do IRS.

Os elementos básicos para o apuramento das mais-valias compreendem o valor de realização e de aquisição do imóvel. Com recurso à fórmula prevista no art. 10.º, n.º 4, al. a) CIRS, a diferença entre o valor de realização do bem e o valor de aquisição, constitui um ganho sujeito a tributação em sede de IRS.

No que concerne ao valor de realização, o mesmo diz respeito ao valor de alienação do bem imóvel. Contudo, em concordância com o art. 44.º, n.º 1, al. f) e n.º 2 CIRS, ao estarem em causa direitos reais sobre bens imóveis, é considerado o valor, quando superior, por que o bem houve sido considerado para efeito de liquidação de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) ou, não havendo lugar a esta liquidação, os que devessem ser, caso fosse devida. Assim sendo, no entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), ao valor a reinvestir para efeitos da isenção atribuída pelo regime especial de reinvestimento (infra n.º 5.3), considera-se o valor de realização ou o valor patrimonial definitivo que serviu para efeitos de liquidação de IMT, se superior.

Relativamente ao «[...] valor considerado reinvestido, existindo recurso ao crédito para aquisição do novo imóvel, será a diferença entre o valor patrimonial definitivo, quando superior ao valor efetivo de aquisição, e o valor do empréstimo bancário contraído para o efeito»²⁸.

Em contrapartida, o valor de aquisição a considerar está sujeito à averiguação da modalidade de aquisição do bem transmitido, ou seja, se o imóvel alienado houve sido adquirido a título gratuito ou oneroso.

Na hipótese de estarmos perante a alienação de um imóvel adquirido a título oneroso, previsto no art. 46.º, n.ºs 1 e 2 CIRS, o valor de aquisição equivale ao valor que serviu de base para efeitos

²⁸ Informação Vinculativa ao Processo n.º 5310/2008, Despacho de 27-04-2009.

de liquidação do IMT, salvo quando não há lugar à liquidação deste imposto, pelo que considera-se o valor que lhe serviria de base.

Por outro lado, se se tratar de um imóvel construído pelo próprio sujeito passivo, o valor de aquisição corresponde ao valor patrimonial inscrito na matriz ou ao valor do terreno acrescido dos custos de construção devidamente comprovados (se superior àquele), sendo que «[...] o valor do terreno será determinado pelas regras constantes dos n.ºs 1 e 2 deste artigo», com base no n.ºs 3 e 4 do respetivo normativo, respetivamente.

Todavia, de acordo com o n.º 5, o somatório do capital incluído nas rendas pagas durante a vigência do contrato e o valor pago para efeitos de exercício do direito de opção, com exclusão de quaisquer encargos, compreende o valor de aquisição, no respeitante aos imóveis adquiridos através do exercício do direito de opção de compra no termo da vigência do contrato de locação financeira.

Para efeitos de cálculo da mais-valia imobiliária gerada pela alienação de um imóvel adquirido a título gratuito, o valor de aquisição corresponde, de acordo com o art. 45.º n.º 1 CIRS, ao valor que serviu de base à liquidação do imposto do selo, ou que seria liquidado se fosse devido. Ainda assim, o valor de aquisição corresponde ao valor patrimonial tributário constante da matriz até aos dois anos anteriores à doação, no caso de doações isentas nos termos do art. 6.º, n.º 6, al. e) do Código do Imposto do Selo (n.º 3, al. a).

Nada obstante, no momento de determinação da mais-valia, é imperativo adotar uma abordagem mais precisa no cálculo, no qual há dois parâmetros a considerar: a aplicação do coeficiente de desvalorização da moeda bem como as deduções específicas.

À luz do art. 50.º, n.º 1 CIRS, decorrido mais de vinte e quatro meses entre a data da aquisição e a data da alienação ou afetação do imóvel, é necessário proceder ao ajustamento do valor de aquisição, de modo a que seja atualizado a valores atuais, mediante aplicação do coeficiente de desvalorização da moeda consagrado, atualmente, na Portaria n.º 253/2022²⁹.

Por norma, por outro lado, o sujeito passivo suporta despesas com a aquisição e alienação do imóvel, de modo a obter um ganho ocasional, sendo que na determinação do rendimento líquido, ao rendimento bruto obtido são deduzidas as denominadas despesas específicas, necessárias na obtenção do ganho esporádico com o respetivo imóvel (Faustino, 1993).

Ao abrigo do art. 51.º, n.ºs 1, al. a) e 3 CIRS, ao valor de aquisição acrescem os «[...] encargos com a valorização dos bens, comprovadamente realizados nos últimos 12 anos [...]», as despesas

²⁹ Portaria n.º 253/2022. D.R. *Série I*. 203 (20-10-2022). 02-03.

inerentes à aquisição e alienação, e a «[...] indemnização comprovadamente paga pela renúncia onerosa a posições contratuais ou outros direitos inerentes a contratos relativos a esses bens [...]», desde que devidamente comprovadas por faturas, exceto as despesas com a valorização do imóvel concretizadas «[...] durante o período em que permaneceram afetos à atividade empresarial e profissional».

Sem prejuízo do disposto no n.º 1, al. a), as despesas incorridas com imóveis que tenham beneficiado de apoio não reembolsável, concedido por entidades públicas para a aquisição, construção, reconstrução ou realização de obras de conservação, em determinadas circunstâncias, apenas são considerados na parte que exceda o valor do apoio não reembolsável recebido (n.º 2).

Tal dedução justifica-se pelo facto de, e no entendimento da Administração Fiscal, estas classificarem-se como despesas necessárias e inerentes à aquisição e alienação do bem imóvel, por exemplo o IMT³⁰, imposto do selo, encargos notariais e de registo predial, despesas de mediação imobiliária³¹, certificado energético³² e as despesas com as obras de manutenção e valorização do imóvel (realizadas nos últimos 12 anos), pois, ao contrário do que acontece com outros rendimentos, sem incorrer com estas despesas a operação não se concretizaria.

Deste modo, resulta do exposto, para determinação da mais-valia imobiliária, a seguinte fórmula:

$$MV = VR - (VA \times Coef) - EAA - DV$$

Entenda-se por MV - mais-valia, VR - valor de realização, VA - valor de aquisição, Coef - coeficiente de desvalorização da moeda, EAA - encargos com aquisição e alienação e DV - despesas com valorização do imóvel.

Posterior ao rendimento bruto obtido deduzido dos encargos suportados e necessários para a obtenção da mais-valia, de acordo com as normas estabelecidas pela categoria G, o regime de tributação a aplicar difere consoante o beneficiário da mais-valia imobiliária.

Por outras palavras, à mais-valia obtida por um residente gerada pela alienação de um bem imóvel situado em território nacional, é aplicado um regime de tributação diferente ao que seria aplicado a um não residente, pelo que, importa analisar com rigor os diferentes regimes de tributação, atualmente em vigor, aplicados aos sujeitos passivos.

³⁰ Informação Vinculativa ao Processo n.º 2483/2004, Despacho de 04-03-2005.

³¹ Informação Vinculativa no Processo n.º 12/2008, Despacho de 12-08-2008.

³² Informação Vinculativa ao Processo n.º 3089/10, Despacho de 08-07-2010 e Decreto-Lei n.º 78/2006. D.R. I Série-A. 67 (04-04-2006) 2411-2415.

5.2. Regime Geral de Tributação das Mais-Valias Imobiliárias

Seguida das deduções específicas aquando da determinação da mais-valia vista no ponto anterior, verifica-se o englobamento que, por sua vez, resulta no rendimento global líquido.

Estruturado no art. 22.º, n.º 1 CIRS, a determinação do rendimento coletável resulta do «[...] englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidos em cada ano, depois de feitas as deduções e os abatimentos previstos nas secções seguintes».

Nesta linha de raciocínio, atualmente vigora o regime geral de tributação das mais-valias, previsto no art. 43.º CIRS, respeitante às transmissões efetuadas por residentes em território português, ou seja, por pessoas que, no ano a que respeitam os rendimentos, cumpram com as condições estabelecidas no art. 16.º, n.º 1 CIRS, como supramencionado (n.º 4.4).

Ao abrigo do n.º 2 da mesma norma, o saldo (positivo ou negativo) apurado entre as mais-valias e as menos-valias, apenas é considerado em 50%, ou seja, somente metade do valor é tido em conta para efeitos de tributação em IRS (al. b)), sem prejuízo do saldo obtido pela alienação de um bem imóvel que tenha beneficiado de apoio não reembolsável concedido pelas entidades públicas, para aquisição, construção, reconstrução ou realização de obras de conservação, nas condições definidas pela al. a) da respetiva norma, o qual é integralmente tributado.

Ainda que de forma geral, é de ressaltar que os imóveis adquiridos por usucapião usufruem do caráter originário e, por isso, «[...] nunca são verdadeiras transmissões, pois o usucapiente não sucede nos direitos dum qualquer anterior titular do direito de propriedade [...]»³³

Nada obstante, na eventualidade do apuramento de um saldo negativo entre as mais-valias e menos-valias, o art. 55.º, n.º 1, al. c) CIRS prevê a possibilidade de reporte da percentagem do saldo negativo aos cinco anos seguintes àquele a que respeita.

Subsequentemente à determinação da matéria coletável, por via do englobamento dos rendimentos auferidos, 50% do saldo apurado é passível de tributação mediante aplicação das taxas gerais progressivas, previstas no art. 68.º CIRS, às quais podem acrescer a taxa adicional de solidariedade, ao quantitativo do rendimento coletável superior a 80.000€, na ordem dos 2,5% ou 5% consoante o rendimento coletável (art. 68.º-A CIRS).

A aplicação deste normativo está estritamente ligado ao princípio da unilateralidade e à característica da progressividade (art. 104.º, n.º 1 CRP) bem como ao princípio da capacidade contributiva (supra n.º 4.1), no sentido de que a aplicação da taxa progressiva é efetuada de

³³ Processo n.º: 383/2020-T do CAAD, de 22 de fevereiro de 2021 e Circular n.º 19/2009, de 21 de julho de 2009.

acordo com rendimento auferido, cujo aumento da taxa está relacionado com o aumento do rendimento obtido, pois há uma maior força económica por parte do sujeito passivo. Deste modo, e em conformidade com o exposto no n.º 4.2, é evidente que, por meio da utilização de impostos progressivos, se procede à repartição justa dos rendimentos e da riqueza (Carlos, 2006), contribuindo assim para a diminuição das desigualdades (art. 103.º, n.º 1 CRP).

Atendendo à evolução do mercado imobiliário e em resposta aos atuais desafios e problemas relacionados com a habitação, o governo aprovou no presente ano o programa “Mais Habitação”, do qual consta um conjunto de medidas que visam, particularmente, a alteração do regime de tributação das mais-valias imobiliárias, através da Lei n.º 56/2023, de 06 de outubro³⁴.

O mesmo contempla uma redução da carga fiscal em 100% sobre as mais-valias constituídas pela alienação de imóveis ao Estado, Regiões Autónomas e aos municípios, com vista a incentivar a aquisição de imóveis prontos a habitar. Porém, este regime de isenção exclui as mais-valias auferidas por residentes com domicílio fiscal em país, território ou região sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, bem como os ganhos decorrentes do exercício do direito de preferência.

Para efeitos de determinação da taxa a aplicar, os rendimentos isentos são obrigatoriamente englobados.

Para além do mais, de modo a auxiliar as famílias no cumprimento do crédito, o programa prevê ainda a isenção de mais-valias na venda para amortização de crédito, ou seja, os ganhos obtidos com a alienação de terrenos para construção ou imóveis habitacionais estão isentos de tributação desde que: o bem imóvel não seja habitação própria e permanente do sujeito passivo ou agregado familiar; a alienação ocorra desde 1 de janeiro de 2022 a 31 de dezembro de 2024; e o valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para aquisição do imóvel, seja aplicado na amortização de capital em dívida em crédito à habitação destinada a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou dos seus descendentes, num prazo de três meses contados da data de realização, sendo que nas transmissões efetuadas até à entrada em vigor da presente lei, a amortização tem de ser concretizada até três meses após a entrada em vigor da presente lei.

Eventualmente, se o valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para aquisição do imóvel transmitido, for superior ao capital em dívida no crédito à habitação contraído para a aquisição do imóvel destinado a habitação própria e permanente do

³⁴ Lei n.º 56/2023. *D.R I Série*. 194 (06-10-2023) 02-50.

sujeito passivo ou do seu agregado familiar, o valor remanescente é passível de tributação, nos termos gerais, dado que a finalidade do benefício é a utilização da mais-valia para a amortização do empréstimo contraído.

As mais-valias imobiliárias são, dos poucos rendimentos da categoria G, favorecidas pela dedução específica de 50% do art. 43.º, n.º 2, al. b) CIRS, ou seja, através do englobamento, apenas 50% das mais-valias são passíveis de tributação. Há, portanto, uma atenuação na tributação das mais-valias, pelo que estamos perante um benefício atribuído ao sujeito passivo, visto que a aplicação de uma taxa sobre a totalidade das mais-valias prejudicaria o sujeito passivo.

Nesta linha de raciocínio, surge a questão relativa ao presente tratamento particularmente favorável concedida pelo atual regime geral, na medida em que, para além da possibilidade atribuída ao sujeito passivo, aquando da determinação da mais-valia, em considerar os encargos suportados com a aquisição e alienação do bem imóvel (despesas essas necessárias para a obtenção da mais-valia), o que nas restantes categorias de rendimentos seriam classificadas como despesas com a atividade, ou seja, despesas dispensáveis para a obtenção do rendimento, e, por isso, excluídas da dedução, ainda é possível beneficiar da dedução específica de 50%, elencada no art. 43.º, n.º 2, al. b) CIRS, para efeitos de tributação em IRS. Por isso, sem margem de dúvida que estamos perante um regime de tributação especialmente favorável.

De igual forma, o regime geral aplicado às mais-valias imobiliárias abrange os ganhos especulativos, ou seja, ganhos com base nas variações do preço de mercado. Por exemplo, um sujeito passivo adquire um imóvel por um determinado preço e, decorridos alguns meses, decide aliená-lo por um valor superior, fruto das flutuações do mercado imobiliário. Neste caso, para além de deduzir as despesas incorridas com a aquisição do imóvel alienado, à mais-valia obtida ainda é aplicada, a 50% da mesma, a taxa geral do art. 68.º CIRS, beneficiando assim do regime geral de tributação.

De notar que a Lei do Orçamento de Estado para 2023³⁵, veio alterar o regime jurídico de tributação aplicável às mais-valias de ativos mobiliários. Anterior à atual redação, ao saldo entre as mais-valias e menos-valias geradas pela alienação de valores mobiliários era aplicado a taxa especial de 28%, prevista no art. 72.º CIRS, por outro lado ao sujeito passivo era atribuída a possibilidade do optar pelo englobamento da respetiva mais-valia e, obrigatoriamente, de todos os rendimentos da categoria G, ficando estes sujeitos às taxas gerais do art. 68.º CIRS.

³⁵ Decreto-Lei n.º 10/2023. *D.R. I Série*. 28 (08-02-2023) 02-86.

Entretanto, por conta das alterações efetuadas pela respeitada lei, conforme o disposto no art. 72.º, n.º 14 CIRS, o saldo apurado está sujeito ao englobamento na sua totalidade, quando, cumulativamente, os ativos sejam detidos por um período inferior a 365 dias e o sujeito passivo tenha um rendimento coletável enquadrável no último escalão de rendimentos, pelo que o sujeito passivo deixa de beneficiar, nestes casos, da tributação à taxa especial de 28%.

Face ao exposto, o facto de o legislador ter procedido a alterações no regime de tributação aplicável às mais-valias mobiliárias, a aprovação do programa “Mais Habitação”, mas ter dado continuidade ao regime geral de tributação das mais-valias imobiliárias, conexo com os atuais problemas evidentes no mercado imobiliário, não é concebível.

Claramente há uma diferença entre um ganho decorrido da alienação de um imóvel destinado à habitação própria e permanente e um ganho especulativo, pelo que, na primeira situação é lógico beneficiar do tratamento favorável atribuído pelo regime geral, porém o mesmo não se justifica nos ganhos especulativos com a alienação de um bem imóvel.

Nesta perspetiva, é incompreensível a alteração das regras de tributação relativo aos ganhos com a alienação onerosa de valores mobiliários, aditada pela Lei do Orçamento de Estado para 2023, bem como o apoio do programa “Mais Habitação” em comparação com a inadaptação do regime geral aplicado às mais-valias imobiliárias decorridas da especulação do mercado imobiliário, pois o atual regime geral aplicado aos ganhos especulativos não se justifica, à luz dos atuais problemas no mercado imobiliário.

5.3. Regime Especial do Reinvestimento

Conforme mencionado, regra geral, à tributação das mais-valias imobiliárias obtidas por residentes incide o regime geral de tributação, no entanto é possível o sujeito passivo usufruir da isenção do ganho obtido com a alienação do imóvel, atribuída pelo regime especial de reinvestimento, por meio de duas modalidades de reinvestimento, previstas no art. 10.º CIRS.

Nas palavras de Morais (2014), a origem do regime de reinvestimento prende-se com o propósito de extinguir as barreiras fiscais à mudança de habitação, em casa própria, por parte das famílias.

Dessarte, à luz do art. 10.º, n.º 5 CIRS, as mais-valias apuradas na transmissão onerosa de imóveis destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, não estão sujeitas a tributação desde que verificadas, cumulativamente, as seguintes condições:

- valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, seja reinvestido na aquisição da propriedade de outro imóvel, de terreno para construção de imóvel e, ou, respetiva construção, ou na ampliação ou melhoramento de outro imóvel exclusivamente para habitação própria e permanente, situado em território português, outro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal (al. a);
- reinvestimento seja efetuado entre os 24 meses anteriores e os 36 meses posteriores contados da data da realização (al. b), no entanto a contagem do respetivo prazo encontra-se suspenso durante dois anos, com efeitos a 1 de janeiro de 2020, de acordo com a Lei n.º 56/2023, de 06 de outubro;
- sujeito passivo manifesta a intenção de proceder ao reinvestimento total ou parcial (al. c);
- imóvel transmitido tenha sido destinado a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, comprovada através do respetivo domicílio fiscal, nos 24 meses anteriores à data da transmissão (al. e); e
- os sujeitos passivos não tenham beneficiado, no ano da obtenção dos ganhos e nos três anos anteriores, do presente regime de exclusão, sem prejuízo da comprovação pelo sujeito passivo, efetuada em procedimento de liquidação, de que a não observância da presente condição se deveu a circunstâncias excecionais (al. f).

O período estabelecido na alínea b) para executar o reinvestimento do produto de uma alienação ainda não realizada, levanta algumas questões na medida em que pressupõe que a aquisição ou seus atos preparatórios foram realizados antes daquela.

Dadas as circunstâncias, considera-se que há reinvestimento quando o sujeito passivo repõe, no momento da alienação, os recursos próprios utilizados ou quando pago, com o valor da realização, o empréstimo contraído, nos casos de recurso ao crédito (Faustino, 1993).

Todavia, o respetivo normativo não abrange os «[...] arrumos, despensas ou garagens constituindo fracções autónomas ou integrados em prédio distinto do da habitação, mesmo quando desempenhem funções complementares da habitação»³⁶.

Deste modo, ao abrigo do n.º 6 do mesmo normativo, fica excluído da isenção:

- o reinvestimento na aquisição de um imóvel não afeto, dentro de 12 meses, à habitação do sujeito passivo ou do seu agregado familiar (al. a);

³⁶ Informação Vinculativa ao Processo n.º 6833/2010, Despacho de 06-12-2010.

- o adquirente não requeira a inscrição na matriz do imóvel ou das alterações decorridos 48 meses desde a data da realização, devendo afetar o imóvel à sua habitação ou do seu agregado até ao fim do quinto ano seguinte ao da realização (al. b);
- os imóveis que tenham beneficiado de apoio não reembolsável concedido por entidades públicas para a aquisição, construção, reconstrução ou realização de obras de conservação, em determinadas condições (al. d); ou
- o sujeito passivo ou o seu agregado familiar não tenham fixado no imóvel o seu domicílio fiscal (al. e).

Aprovada pela Lei do Orçamento de Estado para 2019³⁷, manifesta-se no n.º 7 da mesma norma, a extensão da isenção de mais-valias imobiliárias, caso haja reinvestimento do valor de realização, deduzido da amortização do eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, na aquisição de contrato de seguro financeiro do ramo vida, adesão individual a um fundo de pensões aberto ou contribuição para o regime público de capitalização (al. a)).

A aquisição de um ou mais de um destes produtos, de modo a que a mais-valia obtida não seja tributada, está conexo com outros requisitos, consagrados nas restantes alíneas da mesma norma, a cumprir pelo sujeito passivo.

Esta nova forma de reinvestimento restringe-se a sujeitos passivos com pelo menos 65 anos de idade ou a sujeitos passivos, cônjuge ou unido de facto que se encontre em situação de reforma, aquando da transmissão do imóvel, desde que efetuado o reinvestimento seis meses posteriores contados da data de realização (als. b) e c)).

O investimento num dos dois primeiros produtos, devem proporcionar, exclusivamente, ao sujeito passivo «[...] uma prestação regular periódica durante um período igual ou superior a 10 anos, de montante máximo anual igual a 7,5 % do valor investido» (al. d)).

Por fim, deve o sujeito passivo ainda manifestar a intenção de proceder ao reinvestimento, bem como mencionar o respetivo montante na declaração de rendimentos respeitante ao ano da alienação.

O cumprimento de todas as condições mencionadas é essencial para a obtenção da isenção da mais-valia obtida, pelo que, com base no n.º 8, se o reinvestimento não for efetuado no prazo de 6 meses posteriores contados da data de realização; se o valor das prestações recebidas ultrapassar o montante anual igual a 7,5 % do valor investido; se for «[...] interrompido o

³⁷ Lei n.º 71/2018. *D.R. I Série*. 251 (31-12-2018) 6039-6260.

pagamento regular das prestações, sendo esse ganho objeto de tributação no ano em que se conclua o prazo para reinvestimento ou que seja ultrapassado o referido limite ou no ano em que seja interrompido o pagamento regular das prestações, respetivamente», não há lugar à isenção prevista no regime especial.

Importa salientar que, para efeitos da respetiva isenção, os ganhos obtidos pelo sujeito passivo com a alienação onerosa do direito de superfície detido sobre imóvel afeto à sua habitação própria e permanente ou do seu agregado familiar poderão ser considerados reinvestidos na aquisição da propriedade de um outro imóvel com o mesmo destino, desde que verificados os demais requisitos estabelecidos para o efeito³⁸.

Nada obstante ao mencionado, pode o sujeito passivo não reinvestir a totalidade do valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, e ainda assim beneficiar da isenção deste regime especial. Quer isto dizer que, o sujeito passivo pode reinvestir, totalmente ou parcialmente, o respetivo valor e mesmo assim usufruir da isenção, total ou parcial, aplicada à mais-valia obtida, desde que verificadas as condições previstas na lei, sendo que, de acordo com o n.º 9, no caso do reinvestimento parcial do valor de realização, a isenção apenas respeitará à parte proporcional dos ganhos correspondentes ao valor reinvestido.

Posto isto, a quantia da mais-valia a tributar resulta da seguinte expressão:

$$MV \times 50\% \times \frac{\textit{Quantia não Reinvestida}}{\textit{Quantia a Reinvestir}}$$

Entenda-se por MV a mais-valia determinada nos termos do art. 43.º CIRS (supra n.º 5.1).

Face ao exposto, o regime especial de reinvestimento aplicado aos sujeitos passivos residentes em território português não limita o reinvestimento num bem imóvel situado fora do território nacional.

Por força do art. 10º, n.º 5, al. a) CIRS, como referido inicialmente, os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar estão isentos de tributação (total ou parcial) desde que o sujeito passivo proceda ao reinvestimento (total ou parcial) do valor de realização, deduzido da amortização de eventual empréstimo contraído para a aquisição do imóvel, em determinadas condições, num imóvel situado noutra Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico

³⁸ Informação Vinculativa ao Processo n.º 3919/2008, Despacho de 27-05-2010.

Europeu com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, e desde que o faça entre os 24 meses anteriores e os 36 meses posteriores contados da data da realização.

Esta circunstância é alcançável devido à livre circulação de pessoas e de capitais, estabelecida pelo Tratado, conforme o n.º 3.2 do presente estudo.

Em virtude dos arts. 45.º a 48.º TFUE, aos cidadãos da UE é concedido o direito de circular e permanecer livremente por todos os Estados da União, e, segundo o art. 63.º TFUE, são proibidas quaisquer restrições às transações de capitais, inclusive a compra ou investimentos imobiliários, no interior da União e entre Estados-Membros e países terceiros.

No fundo, sem prejuízo da admissão de medidas nacionais restritivas supramencionadas (n.º 3.3), quando reunidas as condições obrigatórias (acórdão *Gebhard*), as liberdades permitiram, deste modo, a hipótese de um sujeito passivo obter fora do território nacional um ou mais bens imóveis e ainda assim beneficiar da isenção permitida pelo art. 10.º, n.º 5 CIRS.

5.4. A Tributação das Mais-Valias Imobiliárias Obtidas por Não Residentes

Dada a liberdade de circulação de pessoas e de capitais, tornou-se possível um sujeito passivo residente num Estado-Membro da UE obter mais-valias resultantes da alienação de um bem imóvel situado num Estado-Membro diferente do seu Estado de residência.

Nas palavras de Azevedo (2017, p.102), «[a] possibilidade da obtenção de rendimentos fora do país da residência afasta a teoria absoluta de que deverá ser exclusivamente o país da residência a tributar, uma vez que nem sempre é este o critério adequado para aferir a efetiva situação do contribuinte em face da UE [...]».

Em referência ao exposto no n.º 4.4, considera-se não residente em território português o sujeito passivo que não reúne uma das condições previstas no art. 16.º CIRS, no entanto nada obsta este de obter rendimentos em território nacional.

Os rendimentos aqui obtidos por um não residente, incluindo os ganhos gerados com a alienação onerosa de bens imóveis (art. 18.º, n.º 1 CIRS), em conformidade com o critério da fonte, estão sujeitos a tributação em sede de IRS, de acordo com o disposto no art. 15.º, n.º 2 CIRS.

Até 31 de dezembro de 2022 vigoravam dois regimes de tributação, relativamente às mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes, em território nacional.

O regime geral, consagrado no art. 72.º, n.º 1, al. a) CIRS, estabelecia a tributação, na totalidade, das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes em território nacional à taxa autónoma de 28%.

Em contrapartida, estes podiam optar pelo regime opcional aplicável a residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal), sendo que poderiam optar pela tributação, segundo o art. 72.º CIRS, mediante a aplicação das taxas gerais elencadas no art. 68.º CIRS, ou pelo regime opcional estabelecido no art. 17.º-A CIRS.

Sob orientação do n.º 1 do último normativo, atualmente em vigor, são condições necessárias: os sujeitos passivos serem residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu, bem como serem «[...] titulares de rendimentos obtidos em território português, que representem, pelo menos, 90 % da totalidade dos seus rendimentos relativos ao ano em causa, incluindo os obtidos fora deste território [...]», de modo a optar pela tributação «[...] de acordo com as regras aplicáveis aos sujeitos passivos não casados residentes em território português com as adaptações previstas nos números seguintes».

De igual forma, segundo o n.º 2, os sujeitos passivos não residentes casados podem beneficiar deste regime ao optar pela «[...] tributação conjunta dos rendimentos auferidos pelos membros do agregado familiar, aplicável aos sujeitos passivos residentes em território português casados e não separados judicialmente de pessoas e bens [...]». Para tal, ambos os sujeitos passivos devem ser «[...] residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu, com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal»; «[o]s rendimentos obtidos em território português pelos membros do agregado familiar correspondam a, pelo menos, 90 % da totalidade dos rendimentos do agregado familiar»; assim como a «[...] opção seja formulada por ambos os sujeitos passivos ou pelos respetivos representantes legais».

De acordo com o n.º 3, ao eleger este regime o sujeito passivo concordava com a tributação de acordo com as taxas progressivas aplicáveis aos sujeitos passivos residentes em território português, acrescidas de uma taxa adicional de solidariedade para rendimentos coletáveis superiores a 80.000 (na parte excedente), em concordância com os arts. 68.º e 68.º-A CIRS, respetivamente. Isto significa que na eventualidade de uma das condições previstas pelo regime falhar, o sujeito passivo ficava, obrigatoriamente, sujeito à tributação de 28% sobre a totalidade da mais-valia imobiliária obtida.

A opção por uma destas duas últimas modalidades implicava, no entanto, a obrigatoriedade de declarar todos os rendimentos obtidos, nesse ano, inclusive os obtidos fora do território nacional, de forma a determinar a taxa geral a aplicar.

Apesar de ambas as modalidades opcionais permitirem a tributação de acordo com as taxas progressivas, as mesmas incidiam sobre a totalidade da mais-valia obtida, ou seja, nenhuma das modalidades considerava apenas 50% do saldo positivo da mais-valia, como aplicado, por norma, aos residentes.

Em virtude de uma situação ocorrida em data anterior às das alterações introduzidas no art. 72.º do CIRS, pela Lei n.º 67-A/2007³⁹, o TJUE pronunciou-se no acórdão *Hollmann*, relativamente ao regime diferenciado da tributação das mais-valias imobiliárias realizadas por sujeitos passivos residentes e por sujeitos passivos não residentes em território nacional, ao decidir que o art. 63.º TFUE deveria ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional

que sujeita as mais valias resultantes da alienação de um bem imóvel situado num Estado Membro, no caso vertente em Portugal, quando essa alienação é efetuada por um residente noutro Estado Membro, a uma carga fiscal superior à que incidiria, em relação a este mesmo tipo de operação, sobre as mais valias realizadas por um residente do Estado onde está situado esse bem imóvel.

É evidente que o legislador procurou atenuar o tratamento discriminatório dos residentes comunitários e do Espaço Económico Europeu, através da opção de tributação das mais-valias imobiliárias em condições similares às aplicáveis aos residentes em território nacional, pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de dezembro. Todavia, a discriminação negativa em relação aos não residentes não foi ultrapassada pelo regime opcional introduzido no art. 72.º do CIRS, previsto apenas para os residentes noutro Estado-Membro da UE ou Espaço Económico Europeu e não para os residentes em países terceiros (Pereira, 2021).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Administrativo uniformizou a jurisprudência, no processo 075/20.6BALS⁴⁰, no sentido de que «[...] o n.º 2 do art. 43.º do CIRS, na redacção aplicável, ao prever uma limitação da tributação a 50% das mais-valias realizadas apenas para os residentes em Portugal, e não para os não residentes, constitui uma restrição aos movimentos de capitais, incompatível com o art. 63.º do TFUE [...]».

³⁹ Lei n.º 67-A/2007. *D.R. I Série*. 251 (31-12-2007) 02-453.

⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de dezembro de 2020, 075/20.6BALS.

Entretanto, por meio de Informação Vinculativa, a AT esclareceu que «[...] desde que o sujeito passivo faça a opção estabelecida no n.º 9 do artigo 72.º do CIRS ou do artigo 17.º-A do Código do IRS, aplicar-se-á o disposto no n.º 2 do artigo 43.º do CIRS [...]»⁴¹, ou seja, a mais-valia obtida por residentes noutra Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu (com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal), é considerada em apenas 50%, para efeitos de tributação, independentemente do regime escolhido.

No entanto, na sequência de vários processos contra o Estado Português, nos quais os tribunais decidiram contra o Estado relativamente à tributação, na sua totalidade, das mais-valias imobiliárias auferidas por não residentes em território nacional, à taxa autónoma de 28%, nos termos do disposto no art. 72.º, n.º 1, al. a) CIRS, sem prejuízo dos referidos regimes opcionais, o TJUE tem vindo a considerar que o quadro legal em vigor se configura contrário ao disposto nos arts. 63.º e 65.º do TFUE, dado que constitui uma discriminação negativa suscetível de restringir a circulação de capitais na União (Processo n.º 162/2021-T)⁴².

No seguimento, salienta ainda no acórdão *MK*⁴³ a necessidade de distinguir «[...] os tratamentos desiguais permitidos ao abrigo do art. 65.º, n.º 1, al. a) TFUE das discriminações arbitrárias proibidas pelo n.º 3 do mesmo artigo».

Como refere Azevedo (2017), a garantia de um tratamento não discriminatório entre cidadãos «[...] sobrepõe-se ao critério tradicional que distingue entre residentes e não residentes, já que o tratamento diferenciado dos contribuintes com base na residência resultará num tratamento fiscal diferenciado» se compararmos dois sujeitos passivos em situações similares, porém um destes residente num outro Estado-Membro da UE.

Como referido supra (n.ºs 3.2 e 3.3) e em concordância com a jurisprudência, para que as disposições fiscais nacionais, no presente caso os arts. 43.º, n.º 2, e 72.º, n.º 1 CIRS, sejam consideradas compatíveis com a livre circulação de capitais, é «[...] necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações não comparáveis objetivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral [...]». Logo, a diferença de tratamento evidente na legislação nacional entre residentes e não residentes refere-se a situações objetivamente comparáveis, bem como não é passível de justificação com base numa razão imperiosa de interesse geral.

⁴¹ Informação Vinculativa ao Processo n.º 4216/2017, Despacho de 07-01-2019.

⁴² Processo n.º 162/2021-T do CAAD, de 21 de julho de 2021.

⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 18 de março de 2021, C-388/19, *MK*.

Como ato atenuador da continuidade dos sucessivos problemas entre os sujeitos passivos não residentes e a AT e na sequência das decisões do TJUE desfavoráveis relativamente ao regime de tributação diferencial das mais-valias imobiliárias, obtidas em Portugal, entre residentes e não residentes, a AT emitiu o Ofício Circular n.º 20255⁴⁴.

No âmbito do regime geral, as mais-valias imobiliárias auferidos por sujeitos passivos não residentes, até 31 de dezembro de 2022, obedecem o disposto no art. 43.º, n.º 2 CIRS, considerando-se o saldo das mais-valias imobiliárias em apenas 50% do seu valor, como aplicado aos residentes, porém sujeito a tributação autónoma à taxa especial de 28%, consagrada no anterior art. 72.º, n.º 1, al. a) CIRS.

Ainda no âmbito do Ofício Circular e com a promulgação da Lei do Orçamento de Estado para 2023⁴⁵, o respetivo normativo foi revogado assim como estabeleceu um novo regime de tributação para as mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes em território nacional.

Como tal, o apuramento do valor dos rendimentos qualificados como mais-valias imobiliárias, estão sujeitos às disposições previstas no art. 43.º, n.º 2 CIRS, pelo que, nos termos do art. 22.º, n.º 3, al. a) CIRS, fixou-se a condição obrigatória do englobamento de 50% das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes, às quais, atualmente, são aplicadas as taxas progressivas do art. 68.º, n.º 1 CIRS.

Consequentemente, ao abrigo do art. 22.º, n.º 10 CIRS, sempre que a lei imponha o englobamento de rendimentos auferidos por sujeitos passivos não residentes em território português, para efeitos de determinação da taxa de imposto a aplicar ao saldo positivo das mais-valias imobiliárias, a AT exige o acesso a todos os rendimentos, inclusive os obtidos fora do território português, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes.

A exigência imposta pelo legislador tem em vista a determinação da taxa progressiva a aplicar pela AT, de modo a tributar o rendimento obtido em do território nacional e não a tributação dos rendimentos obtidos fora deste.

A partir do momento em que um sujeito passivo não residente beneficia da tributação da mais-valia imobiliária a 50%, sendo condição obrigatória o englobamento de 50% da mesma, são aplicadas as taxas gerais do art. 68.º CIRS, cujas possuem de caráter progressivo e dependem do escalão de rendimento para determinação das mesmas.

⁴⁴ Ofício Circular n.º 20255, de 14 de abril de 2023.

⁴⁵ Lei n.º 24-D/2022. *D.R. I Série*. 251 (30-12-2023) 74-377.

Assim sendo é necessário ter acesso ao conjunto dos rendimentos auferidos pelo sujeito passivo não residente, inclusive os obtidos fora de Portugal, para efeitos de determinação da taxa geral a aplicar.

De um modo geral, as constantes alterações à legislação nacional, notáveis através da implementação dos diversos regimes, assim como a revogação do normativo por parte do legislador, deve-se à extensiva relação litigiosa entre a AT e os sujeitos passivos não residentes, mas deve-se essencialmente à jurisprudência, pelo facto da revogação da disposição normativa, relativa à tributação das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes, constituir uma restrição à livre circulação de capitais proibida pelo art. 63.º TFUE, elencada ao longo da jurisprudência mencionada.

Relativamente à aplicação do regime do reinvestimento a sujeitos passivos não residentes, importa ter em atenção determinados detalhes, de modo a apurar se estes podem ou não beneficiar o regime especial.

À primeira vista, seria de esperar a não aplicabilidade do regime do reinvestimento a um sujeito passivo não residente, em território nacional, pela simples razão de o imóvel alienado não constituir habitação própria e permanente do sujeito, e desse modo ser impossível a verificação de um dos requisitos obrigatórios impostos pelo regime.

Como mencionado anteriormente (n.º 5.3), de entre os requisitos previstos no art. 10.º, n.º 5 CIRS, estabelece-se que para a mais-valia imobiliária estar excluída de tributação é necessário que o ganho provenha da transmissão onerosa de imóveis destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, contudo a lei não nos fornece um conceito de habitação própria e permanente para efeitos do presente normativo.

À luz do art. 13.º, n.º 12 CIRS, o domicílio fiscal faz presumir a habitação própria e permanente do sujeito passivo, porém, resulta do processo n.º 225/2020-T⁴⁶, que o conceito de domicílio fiscal, plasmado no art. 19.º LGT, «[...] não pode ser entendido como sinónimo, sem mais, de residência habitual», sendo que o sujeito passivo pode fazer prova de que a sua habitação própria e permanente localiza-se noutra imóvel, segundo o art. 13.º, n.º 13, al. a).

A classificação do imóvel como habitação própria e permanente passa pela identificação do local onde o sujeito passivo ou seu agregado familiar «[...] vive habitualmente, com carácter de estabilidade, regularidade, permanência, onde, se se quiser, seja possível afirmar que se centra a

⁴⁶ Processo n.º 225/2020-T do CAAD, de 20 de abril de 2021.

vida pessoal/doméstica dos indivíduos e/ou seus agregados familiares», aquando da alienação do imóvel.

Adicionalmente, importa ter assente o conceito de agregado familiar, definido no art. 13.º, n.º 4 CIRS, o qual é constituído, segundo o legislados, por:

- a) [o]s cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, ou os unidos de facto, e os respetivos dependentes;
- b) [c]ada um dos cônjuges ou ex-cônjuges, respetivamente, nos casos de separação judicial de pessoas e bens ou de declaração de nulidade, anulação ou dissolução do casamento, e os dependentes a seu cargo;
- c) [o] pai ou a mãe solteiros e os dependentes a seu cargo;
- d) [o] adotante solteiro e os dependentes a seu cargo.

Ora, com base na análise destas particularidades, não é pelo facto de o sujeito passivo ser não residente que lhe é recusado beneficiar da isenção atribuída pelo regime de reinvestimento, previsto no art. 10.º, n.º 5, podendo, deste modo, afirmar com base na jurisprudência que os sujeitos passivos não residentes podem beneficiar do regime especial do reinvestimento, desde que reunidos todos os pressupostos previstos por lei.

5.5. Regime aplicado aos Residentes Não Habituais

Implementado em 2009 pelo Decreto-Lei n.º 249/2009⁴⁷, o regime dos residentes não habituais concede determinadas vantagens fiscais aos sujeitos que requerem a residência fiscal em Portugal.

Este visa atrair profissionais não residentes qualificados em atividades de elevado valor acrescentado, com carácter científico, artístico ou técnico, definidas em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças⁴⁸, de modo a contribuírem «[...] para o processo de desenvolvimento e modernização da economia portuguesa [...]» (Pereira, 2019), bem como beneficiários de pensões obtidas no estrangeiro. Isto significa que o regime não depende da nacionalidade do sujeito passivo, o qual até pode ser atribuído a um sujeito com nacionalidade portuguesa.

O sujeito passivo apenas pode beneficiar deste regime, desde que reúna duas condições previstas no art. 16.º CIRS.

⁴⁷ Decreto-lei n.º 249/2009. *D.R. I Série*. 185 (23-09-2009) 6774-6783.

⁴⁸ Portaria n.º 12/2010. *D.R. I Série*. 4 (07-01-2010) 40.

Em primeiro lugar, para ser considerado residente não habitual em Portugal, o sujeito passivo, de acordo com o n.º 8, não pode ter sido considerado residente em território português nos cinco anos anteriores, mediante comprovativo de residência fiscal fora do território português, tornando-se fiscalmente residentes nos termos dos n.º 1 ou 2.

Em seguida, deve o sujeito passivo proceder à alteração da sua residência fiscal para Portugal e até 31 de março, inclusive, do ano seguinte àquele em que se torne residente nesse território, seguida da solicitação de inscrição como residente não habitual por via eletrónica, no Portal das Finanças, nos termos do n.º 10.

Verificados os requisitos mencionados, o sujeito passivo considerado residente não habitual está apto a beneficiar do presente estatuto, adquirindo, desta forma, o direito de ser tributado «[...] pelo período de 10 anos consecutivos a partir do ano, inclusive, da sua inscrição como residente em território português», como exposto no n.º 9 do respetivo normativo, sendo que a tributação em cada ano do respetivo período depende de o sujeito passivo ser considerado residente em território português, em qualquer momento desse ano (n.º 11).

Na hipótese de o sujeito passivo não ter beneficiado do «[...] direito referido no número anterior em um ou mais anos do período referido no n.º 9 pode retomar o gozo do mesmo em qualquer dos anos remanescentes daquele período, a partir do ano, inclusive, em que volte a ser considerado residente em território português», segundo n.º 12.

Com isto, constatamos que a obtenção do estatuto de residente não habitual ao implicar o sujeito passivo ser residente de forma habitual e permanente em território nacional, «[...] constitui um dos requisitos obrigatórios, e nesse sentido, a aquisição ou o arrendamento imobiliário representa uma das etapas do procedimento», o qual, como instrumento estatal, promove o investimento externo no mercado imobiliário, atraindo deste modo outro tipo de investimento e de investidores (Araújo, 2017, p. 41).

No que concerne à tributação dos ganhos obtidos por sujeitos passivos que usufruem do presente estatuto, o mesmo baseia-se no critério da residência (supra n.º 4.4).

As regras de tributação aplicáveis aos rendimentos auferidos pelos residentes não habituais variam de acordo com a origem dos mesmos, sendo possível classifica-los como provenientes de fonte interna ou de fonte internacional.

Os rendimentos auferidos por estes em território nacional estão sujeitos a tributação em sede de IRS. Os ganhos gerados pela alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis encontram-se sujeitos ao mesmo regime de tributação que é aplicável aos demais residentes em território português, ou seja, a tributação é realizada com base no regime geral (supra n.º 5.2),

cujos rendimentos são englobados e tributados de acordo as taxas gerais e progressivas previstas no art. 68.º CIRS, a que acrescerá, em determinadas circunstâncias, a taxa adicional de solidariedade para rendimentos coletáveis superiores a 80.000 (na parte excedente), ao abrigo do art.º 68.º-A CIRS.

Para tal, todavia, os rendimentos auferidos não podem dizer respeito a rendimentos da categoria A e B, bem como, na presença desses rendimentos desde que não auferidos em atividades de elevado valor acrescentado, ou, seja, que não constem da Portaria n.º 12/2010.

Importa ressaltar que um sujeito passivo ao possuir de estatuto de residente não habitual automaticamente é considerado um residente em território nacional, dado que, em primeira instância, reúne um dos requisitos elencados no art. 16.º, n.º 1 ou 2 CIRS.

Ora, em referência ao supramencionado no n.º 5.3, o regime especial de reinvestimento permite aos sujeitos passivos residentes usufruir de um tratamento fiscal mais favorável atribuído pelo mesmo. Logo, face ao exposto, a partir do momento em que o sujeito passivo é considerado residente em Portugal, e dado que a tributação das mais-valias imobiliárias obtidas por estes encontram-se sujeitos às mesmas regras aplicáveis aos demais residentes em território português, subentende-se que o sujeito passivo não habitual pode, de igual forma, beneficiar do regime especial de reinvestimento.

No que concerne aos rendimentos de fonte estrangeira obtidos por sujeitos passivos que beneficiem do estatuto de residente não habitual, os mesmos são passíveis de tributação.

No âmbito da categoria G, às mais-valias imobiliárias obtidas por estes fora do território nacional aplica-se o método da isenção, sendo suficiente a verificação de uma das condições previstas no art. 81.º, n.º 5 CIRS, designadamente: possam ser tributados no outro Estado contratante, em conformidade com convenção para eliminar a dupla tributação celebrada por Portugal com esse Estado; ou possam ser tributados no outro país, em conformidade com o modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património da OCDE, nos casos em que não exista convenção para eliminar a dupla tributação celebrada por Portugal, desde que aqueles não constem da lista de “paraísos fiscais” da portaria n.º 150/2004 ⁴⁹, alterada pela portaria n.º 292/2011⁵⁰, e desde que os rendimentos não sejam considerados obtidos em território português.

⁴⁹ Portaria n.º 150/2004. D.R. I Série-B. 37 (13-02-2004) 860.

⁵⁰ Portaria n.º 292/2011. D.R. I Série. (8-11-2011).

Uma vez isento, à luz do art. 81.º, n.º 7 CIRS, torna-se obrigatório o englobamento dos rendimentos obtidos de modo possibilitar a determinação da taxa a aplicar aos restantes rendimentos, salvo quando respeitante aos rendimentos previstos nos n.ºs 1, al. c) a e), 2 a 5 e 10 do art. 72.º CIRS.

Para além do mais, em conformidade com o art. 81.º, n.º 8 CIRS, aos titulares dos rendimentos isentos é dada a oportunidade de optarem pela aplicação do método do crédito de imposto referido no n.º 1, sendo, uma vez mais, obrigatório englobar os mesmos para efeitos de tributação, com exceção dos rendimentos previstos no n.ºs 1, al. c) a e), 2 a 5, 7 e 10 do art. 72.º do mesmo diploma.

Como refere Morais (2014), a isenção dos rendimentos de origem estrangeira prevista na legislação nacional, enquanto país de residência, é condicionada ao facto de os mesmos serem objeto de tributação no país da fonte ou, nos demais casos, estarem aí sujeitos a imposto.

5.6. Abordagem a Casos Especiais

a) Alienação de imóveis adquiridos antes de 1 janeiro de 1989

Sem prejuízo do regime geral de tributação, o mesmo não se aplica às mais-valias obtidas com a alienação de um imóvel adquirido antes de 1 janeiro de 1989, dado que este está isento de tributação, desde que as mais-valias não estejam sujeitas ao antigo Imposto de Mais-Valias.

A operação está isenta de tributação, pois o CIRS apenas entrou em vigor no ano de 1989, o qual alargou a base de tributação das mais-valias sujeitas a imposto, no entanto o sujeito passivo deve proceder à declaração do rendimento.

Ainda neste âmbito, a isenção abrange, de igual forma, as mais-valias geradas pela alienação de um terreno para construção adquirido antes de 09 de junho de 1965.

b) Afetação de bens imóveis entre o património particular e a atividade empresarial e profissional

A Lei do Orçamento de Estado para 2021⁵¹ veio alterar o regime fiscal da afetação de bens imóveis do património particular para a atividade empresarial e profissional e à transferência de bens imóveis da atividade empresarial e profissional para o património particular do sujeito passivo.

⁵¹ Lei n.º 75-B/2020, D.R. *I Série*. 253 (31-12-2020) 171-288.

De acordo com o Ofício Circular n.º 20241⁵², a verificação do facto tributário passou a ocorrer aquando da alienação do bem imóvel, havendo uma alteração na titularidade da sua propriedade, pelo que as operações de afetação e/ou transferência de bens imóveis da esfera do particular do sujeito passivo para a esfera empresarial e profissional e vice-versa, deixam de constituir factos tributários, ao abrigo dos arts. 3.º, n.º 2, al. c) e 10.º, n.º 1 CIRS.

Após verificação do facto tributário, a tributação realiza-se «[...] de acordo com a natureza do âmbito, particular ou empresarial/profissional, em que o bem imóvel se insere no momento da alienação, logo, categoria G ou categoria B, respetivamente [...]».

Todavia, no que concerne à alienação de um bem imóvel que tenham estado afeto à atividade empresarial e profissional do sujeito passivo que regressaram à sua esfera privada antes de decorridos três anos após a transferência para o património particular, apesar da operação se enquadrar nos rendimentos de categoria G, em concordância com o art. 10.º, n.º 16 CIRS, a mais-valia obtida é tributada na íntegra conforme as regras da categoria B. Ou seja, a introdução da respetiva norma pelo legislador, com vista a dissuadir práticas abusivas, impede a tributação de apenas 50% do saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias elencada no art.43.º, n.º 2, al. b) CIRS.

Ainda relacionado com estes bens imóveis cuja determinação dos rendimentos tenha sido efetuada com base no regime da contabilidade organizada e que sobre os mesmos tenham sido «[...] praticadas depreciações ou imparidades, os correspondentes gastos fiscalmente aceites durante o período em que o imóvel esteve afeto à atividade devem ser acrescidos, em frações iguais, ao rendimento do ano em que ocorra a transferência e em cada um dos três anos seguintes», sendo que ao valor de aquisição, para efeitos de determinação da mais-valia, acresce o respetivo montante total apurado, segundo o disposto no art. 3.º, n.ºs 10 e 11 CIRS. Esta redação tem em vista eliminar distorções na tributação relativamente ao novo regime instituído.

Na eventualidade de a alienação ocorrer depois de três anos após a transferência para o património particular, a mais-valia é tributada de acordo com as regras da categoria G.

O procedimento a adotar, para efeitos de determinação da mais-valia, é o mencionado no n.º 5.1, contudo com duas particularidades distintas.

Com base no art. 47.º CIRS, o valor de aquisição a considerar é «[...] o valor do bem à data em que este foi adquirido pelo sujeito passivo, de acordo com as regras previstas nos artigos 45.º

⁵² Ofício Circular n.º 20241, de 01 de abril de 2022.

ou 46.º, consoante o caso», pelo que o valor de realização a considerar é o referido no art. 44.º CIRS.

Além do mais, consagrado no art. 51.º, n.º 3 CIRS, «[...] os encargos com a valorização de bens imóveis que tenham sido realizados durante o período em que permaneceram afetos à atividade empresarial e profissional» não são considerados.

Posteriormente ao apuramento do saldo entre as mais-valias e as menos-valias obtidas, para efeitos de tributação, este somente é considerado em 50% do seu valor (art. 43.º, n.º 2, al. b) CIRS).

Nada obstante ao mencionado, o regime transitório, introduzido no art. 369.º, n.ºs 1 e 2 pela Lei do Orçamento de Estado para 2021, estabelece que o novo regime de tributação se aplica às mais-valias que se encontrem suspensas de tributação, por força da aplicação dos arts. 10.º, n.º 3, al. b) e 3.º, n.º 9 CIRS, exceto quando os «[...] sujeito passivos que, à data de 1 de janeiro de 2021, tenham bens imóveis afetos a atividade empresarial e profissional, optem pelo regime anterior de apuramento de mais-valias e menos-valias decorrentes da afetação de bens imóveis [...]».

c) Detentores de *Visto Gold*

Implementado no ano de 2012 pela Lei n.º 29/2012⁵³, o programa de “Autorização de Residência para as Atividades de Investimento”, designado *Vistos Gold*, com o propósito de captar investimento estrangeiro para Portugal, permite somente a cidadãos nacionais de Estados Terceiros a possibilidade de obter uma autorização de residência temporária para a realização de atividades de investimento com a dispensa de visto de residência para entrar em Portugal.

De modo a ser elegível para o *Visto Gold*, o cidadão que exerça uma atividade de investimento por um período mínimo de cinco anos contados desde a data da concessão do visto, pessoalmente ou através de sociedade constituída em Portugal ou noutro Estado-Membro e com estabelecimento estável em Portugal, deve realizar uma das opções de investimento, reguladas no art. 3.º da presente lei, o qual engloba a aquisição de bens imóveis de valor igual ou superior a 500 mil euros, ou a aquisição de bens imóveis, cuja construção tenha sido concluída há, pelo menos, 30 anos ou localizados em área de reabilitação urbana e realização de obras de reabilitação dos bens imóveis adquiridos, no montante global igual ou superior a 350 mil euros.

⁵³ Lei n.º 29/2012. D.R. I Série. 154 (09-08-2012) 4191-4256.

O cidadão de um Estado Terceiro ao adquirir um *visto gold*, podia também adquirir o direito de beneficiar do regime fiscal aplicado aos residentes não habituais (supra n.º 5.5).

O programa foi o epicentro de diversas discussões por, por um lado, haver a possibilidade de inflacionar o mercado imobiliário e, por outro, impulsionar o investimento que, por conseguinte, gerava emprego e contribuía para o crescimento do mercado imobiliário e da economia nacional.

Contudo, dada a evolução do mercado imobiliário no presente ano, a aprovação do programa “Mais Habitação” pela Lei n.º 56/2023, de 06 de outubro, supramencionado no n.º 5.2, abrange a revogação das autorizações de residência para investimento, pelo que não serão admitidos novos pedidos de concessão de *Vistos Gold*. A revogação tem como base o combate à especulação imobiliária, o qual visa evitar a aderência em massa das autorizações de residência por parte dos residentes em países terceiros, através do investimento no imobiliário.

d) Alienação de bens imóveis localizados em zonas de reabilitação urbana

Na linha dos benefícios existentes relativa a esta matéria, importa frisar que o Estatuto dos Benefícios Fiscais previa uma vantagem ao sujeito passivo de IRS, residente em território português.

Todavia a Lei n.º 56/2023, de 06 de outubro revogou a aplicação da taxa autónoma de 5% sobre as mais-valias com a alienação de imóveis intervencionados e localizados em áreas de reabilitação urbana.

6. Análise Jurisprudencial

A fim de ilustrar a relevância e as implicações práticas do exposto, segue-se a análise do acórdão *MK*, proferido na sequência de um pedido de decisão prejudicial pelo Tribunal Arbitral Tributário - Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). Este acórdão aborda a tributação das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes, em território português, com o foco na interpretação dos arts. 18.º e 63.º a 65.º TFUE.

O presente processo decorre entre a AT e o sujeito passivo com residência fiscal em França, designado *MK*, no contexto de um litígio que opõe as partes relativamente à nota de liquidação emitida pela AT sobre os rendimentos obtidos por *MK* referentes ao ano de 2017.

Enquanto não residente, *MK* adquiriu um imóvel localizado em Portugal, a 17 de janeiro de 2002, ao qual procedeu à sua alienação a 17 de julho de 2017.

Para efeitos de IRS e de acordo com a lei, *MK* apresentou a declaração periódica de rendimentos, na qual declarou a alienação do referido imóvel, bem como as despesas com a aquisição e alienação do mesmo.

Importa ressaltar que aquando da alienação do respetivo imóvel, vigorava o seguinte quadro jurídico:

- o saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias «[...] respeitante às transmissões efetuadas por residentes previstas nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 10.º, positivo ou negativo, é apenas considerado em 50 % do seu valor», de acordo com o art. 43.º n.º 2 CIRS, e sujeito às taxas gerais previstas no art. 68.º, n.º 1 do mesmo diploma, sendo a taxa máxima do imposto, de 48 %, aplicável aos rendimentos coletáveis superiores a 80.640 euros, pelo que, em conformidade com o artigo 68.º-A do referido código, aos rendimentos coletáveis de 80.000 euros a 250.000 euros «[...] aplicava-se uma taxa adicional de solidariedade de 2,5 % e, acima desse valor, a referida taxa ascendia a 5 %».

- segundo o disposto no art. 72.º CIRS, as «[...] mais-valias previstas nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 10.º auferidas por não residentes em território português que não sejam imputáveis a estabelecimento estável nele situado» eram passíveis de tributação à taxa autónoma de 28 % (n.º 1, al. a))

- por outro lado, à luz dos n.ºs 9 e 10 do respetivo normativo, os residentes noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu, com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar pela tributação que seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português, ou seja, pela tributação de acordo com as taxas

gerais prevista no art. 68.º, n.º 1 CIRS, pelo que, para efeitos de determinação da taxa, «[...] são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes».

Em conformidade com o quadro jurídico em vigor à data da alienação do bem imóvel, MK optou, na declaração de rendimentos, pela tributação autónoma à taxa especial de 28% prevista no art. 72.º CIRS aplicável aos não residentes, ficando excluído de imediato da tributação de acordo com as taxas gerais do art. 68.º CIRS bem como da opção pelas regras dos residentes, ao abrigo do art. 68.º, n.ºs 1, al. a) e 9 CIRS, respetivamente.

De acordo com a opção selecionada por MK, a AT, nos termos do art. 72.º CIRS, tributou o saldo positivo da mais-valia imobiliária, na sua totalidade, à taxa especial de 28%, a qual resultou de uma nota de liquidação a título de imposto sobre o rendimento relativo ao ano de 2017, posteriormente contestada por MK no CAAD.

No entendimento de MK estávamos perante uma nota de liquidação ilegal, o qual alegou que esta assentava numa regulamentação que discriminava os sujeitos passivos não residentes em território nacional em relação aos sujeitos passivos que aqui residiam. Além do mais, com base na decisão proferida no acórdão *Hollmann*, referiu que o quadro jurídico constituía uma restrição à livre circulação de capitais consagrada no art. 63.º, n.º 1 TFUE.

Por outro lado, a AT contra-argumentou ao referir que o enquadramento jurídico aplicável aos factos no processo principal difere do aplicável aos factos que originaram o acórdão *Hollmann*, o qual salienta que, em conformidade com o declarado nesse acórdão - art. 43.º, n.º 2 CIRS «[...] institui um tratamento fiscal desigual para os não residentes, na medida em que permite, no caso de realização de mais-valias, uma tributação mais gravosa e, por isso, uma carga fiscal superior à que é suportada pelos residentes numa situação objectivamente comparável» - o legislador alterou o quadro jurídico aplicável, mediante implementação da possibilidade prevista no art. 72.º, n.ºs 9 e 10 CIRS, onde estabelece que os não residentes podem optar «[...] por um regime de tributação análogo ao aplicável aos residentes portugueses [...]» podendo beneficiar do englobamento de 50% do art. 43.º, n.º 2 CIRS sujeito às taxas progressivas. Todavia, MK optou pelo regime de tributação previsto no artigo 72.º, n.º 1 CIRS.

Neste seguimento, MK invocou o acórdão *Gielen*⁵⁴ cujo Tribunal de Justiça decidiu que «[...] escolher entre um regime fiscal discriminatório e um outro regime fiscal que não seja

⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 18 de março de 2010, C-440/08, *Gielen*.

discriminatório não é suscetível de excluir os efeitos discriminatórios do primeiro desses dois regimes fiscais».

Deste modo, o CAAD, ao questionar-se da inclusão, de natureza opcional, do art. 72.º, n.ºs 9 e 10 CIRS é suficiente para «[...] obviar à restrição aos movimentos de capitais assinalada pelo Tribunal de Justiça [...]» no acórdão *Hollmann*, submeteu a seguinte questão ao TJUE:

«As disposições conjugadas dos artigos [18.º e 63.º a 65.º TFUE] devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no presente processo (n.º 2 do artigo 43.º do [CIRS]), com as alterações introduzidas [...] [com aditamento dos n.os 9 e 10 ao artigo 72.º do referido Código], por forma a permitir que as mais-valias resultantes da alienação de imóveis situados num Estado-Membro (Portugal), por um residente de um outro Estado-Membro da União [...] (França) não fiquem sujeitos, por opção, a uma carga fiscal superior à que incidiria, em relação a este mesmo tipo de operação, sobre as mais-valias realizadas por um residente do Estado onde estão situados os imóveis?»

De modo a responder à questão submetida, importa analisar os seguintes pontos:

a) *«Quanto aos princípios e às liberdades aplicáveis»*

Assente na jurisprudência, a discriminação no domínio da livre circulação de capitais é expressamente proibida pelo art. 63.º TFUE, assim como a «[...] operação de liquidação de um investimento imobiliário, como a que está em causa no processo principal, constitui um movimento de capitais [...]», pelo que a aplicação autónoma do art. 18.º TFUE somente seria possível caso se se trata-se de uma situação regida pelo direito da União para a qual o TFUE não prevê-se regras específicas de não discriminação (acórdão *Hollmann* n.º 28, 29 e 31).

Ora, a alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis situado no território de um Estado-Membro, realizada por sujeitos passivos não residentes, está sujeita à proibição de todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros, consagrada no art. 63.º TFUE, sem prejuízo das justificações previstas no art. 65.º TFUE.

b) *«Quanto à livre circulação de capitais»*

Atendendo ao quadro jurídico aplicável aquando do presente litígio, constata-se que a tributação das mais-valias decorrentes da alienação onerosa de um bem imóvel situado em território português, prevista nos arts. 43.º, n.º 2 e 72.º, n.º 1 CIRS, varia consoante o Estado de residência do sujeito passivo em questão, dado que o primeiro normativo apenas considerava, para efeitos de tributação, 50 % do valor da mais-valia obtida por residentes e sujeito à taxa geral, enquanto

que o segundo, para os não residentes, «[...] previa a tributação dessas mesmas mais-valias sobre a totalidade do seu montante à taxa autónoma de 28 %».

A legislação nacional ao considerar diferentes matérias coletáveis para os residentes e os não residentes, desencadeou um tratamento fiscal claramente mais favorável para os residentes em relação aos residentes noutro Estado-Membro, pois independentemente da taxa aplicada à totalidade dos rendimentos auferidos pelos residentes, estes beneficiavam de uma carga fiscal inferior, o qual, proferido pelo TJUE, é contrário à livre circulação de capitais, em virtude da proibição imposta pelo art. 63.º TFUE.

Assim sendo, a tributação de 50% das mais-valias imobiliárias obtidas por residentes em Portugal e não para não residentes que optaram pelo regime de tributação previsto no art. 72.º, n.º 1 CIRS, constitui uma restrição aos movimentos de capitais, proibida pelo artigo 63.º, n.º 1 TFUE.

- c) *«Quanto à existência de uma justificação para as restrições à livre circulação de capitais à luz do artigo 65.º, n.º 1 e 3, TFUE»*

Nada obstante, o art. 65.º, n.ºs 1 e 3 TFUE permite a diferença de tratamento entre residentes e não residentes na regulamentação nacional dos respetivos Estados-Membros, desde que «[...] não constitua um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais».

Deste modo, para que o disposto nos arts 43.º, n. 2 e 72.º, n.º 1 CIRS sejam compatíveis com o Direito da UE é condição necessária que a diferença de tratamento entre residentes e não residentes diga respeito a «[...] situações não comparáveis objetivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral», pelo que nenhuma destas condições se verificam no caso em apreço.

Primeiramente, a comparação entre duas situações de modo a averiguar se são objetivamente comparáveis é esclarecida pela jurisprudência do TJUE da seguinte maneira:

- em primeiro lugar, a tributação das mais-valias imobiliárias incide, nos termos dos arts. 43.º, n.º 2 e 72.º, n.º 1 CIRS, sobre uma única categoria de rendimentos obtidos por residentes ou não residentes;
- em segundo lugar, a respetiva tributação diz respeito a essas duas categorias de contribuintes;
- e
- em terceiro lugar, o rendimento coletável provém sempre da República Portuguesa.

Em resultado, constata-se que a situação de MK é objetivamente comparável à de um sujeito passivo residente, dada a inexistência de uma diferenciação objetiva entre o sujeito passivo residente e não residente, o qual não é passível de «[...] justificar uma desigualdade de tratamento fiscal entre eles, nos termos do artigo 43.º, n.º 2, e do artigo 72.º, n.º 1, do CIRS, no que respeita à tributação [...]» das mais-valias realizadas na sequência de alienações de bens imóveis localizados em território português.

Ao não respeitar a situações objetivamente comparáveis, importar determinar se se justificam por razões imperiosas de interesse geral. Contudo, tal não se sucede, uma vez que o Governo português não refere a existência de tais razões, somente afirma que o art. 43.º, n.º 2 CIRS visa não prejudicar os residentes em território nacional ou os não residentes que escolham ser tributados como tais nos termos do art. 72.º, n.ºs 9 e 10 CIRS, devido ao facto de lhes ser aplicada uma taxa progressiva.

Neste seguimento, no acórdão *Hollmann*, o Tribunal de Justiça entendeu que a redução de metade da matéria coletável correspondente às mais-valias realizadas excede a «[...] contrapartida que consiste na aplicação de uma taxa progressiva à tributação dos seus rendimentos», o qual decidiu que não havia «[...] uma relação direta entre o benefício fiscal e a compensação desse benefício através de determinada imposição fiscal e que a restrição resultante da regulamentação nacional em causa não podia, portanto, ser justificada pela necessidade de garantir a coerência do regime fiscal».

d) «*Quanto à opção de tributação segundo as mesmas modalidades que os residentes*»

Conforme mencionado inicialmente, a escolha entre um regime fiscal discriminatório e um outro regime fiscal que não o seja, não é suscetível de excluir os efeitos discriminatórios do primeiro desses dois regimes fiscais, pelo que a confirmação desse efeito leva à validação do regime fiscal contrário ao art. 63.º TFUE por ser discriminatório, mesmo que a sua aplicação seja facultativa (acórdão *Gielen*).

Isto significa que, a opção de tributação segundo as mesmas modalidades que as aplicáveis aos sujeitos passivos residentes concedida aos sujeitos passivos não residentes, através de fixação da matéria coletável de 50 % das mais-valias imobiliárias sujeitas à taxa geral, não leva a que a opção escolhida por MK, regime de tributação da mais-valia imobiliária à taxa autónoma de 28%, na sua totalidade, previsto no art. 72.º, n.º 1 CIRS, seja compatível com o Tratado.

Face ao exposto, o Tribunal de Justiça, no âmbito da questão prejudicial submetida pelo CAAD, declarou que:

O artigo 63.º TFUE, lido em conjugação com o artigo 65.º TFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que, para permitir que as mais-valias provenientes da alienação de bens imóveis situados nesse Estado-Membro, por um sujeito passivo residente noutro Estado-Membro, não sejam sujeitas a uma carga fiscal superior à que seria aplicada, para esse mesmo tipo de operação, às mais-valias realizadas por um residente do primeiro Estado-Membro, faz depender da escolha do referido sujeito passivo o regime de tributação aplicável.

A seleção do acórdão em apreço para análise decorre da relevância da matéria em causa para a presente investigação.

A realização de mais-valias decorrente da alienação de bens imóveis situados em Portugal, compreendido na categoria de movimentos de capitais (n.º 3.2), são passíveis de tributação. No entanto as regras de tributação variam consoante a residência do sujeito passivo do imposto sobre o rendimento no território desse Estado-Membro, as quais devem, obrigatoriamente, respeitar o Direito da UE, nomeadamente a livre circulação de capitais permitida pelo Tratado, salvo determinadas exceções (n.º 3.3 e 4.4).

O presente processo respeita à mais-valia imobiliária obtida por um não residente, o qual estava sujeito a um regime de tributação menos favorável, por opção, devido à carga fiscal superior àquela que era aplicada aos residentes em território nacional.

Ora, como visto inicialmente (supra n.º 3.4), a aplicação de regras distintas a situações objetivamente comparáveis, como a que está em causa no presente processo, resulta numa discriminação (acórdãos *Asscher*, *Wielockx* e *Schumacker*).

Nada obstante, é atribuída, pelo art. 65.º TFUE, aos Estados da União a possibilidade de implementarem normas diferenciadoras, mediante demonstração de que são situações incomparáveis, bem como de estabelecerem normas discriminatórias, com fundamento em razões imperiosas de interesse geral (Matos, 2019).

Ao não estarmos perante uma restrição considerada objetivamente justificada, à luz do art. 65.º, n.ºs 1 e 3, TFUE, a diferença de tratamento fiscal entre sujeitos passivos residentes em Portugal e MK, prevista nos arts. 43.º, n.º 2, e 72.º, n.º 1 CIRS, respetivamente, relativamente às mais-valias imobiliárias obtidas no presente território, é incompatível com o Direito da UE, dado que constituía uma restrição aos movimentos de capitais, proibida pelo art. 63.º, n.º 1 TFUE.

Além do mais, a oportunidade concedida aos sujeitos passivos residentes na UE ou no Espaço Económico Europeu de optarem por um regime de tributação análogo ao aplicável aos residentes em território nacional, consagrado no art. 72.º, n.ºs 9 e 10 CIRS, permite aos não

residentes escolherem entre um regime fiscal discriminatório, previsto no art. 72.º, n.º 1 CIRS, e outro que não o é, o qual é proibido, uma vez mais, pelo Direito Europeu.

No nosso entendimento, a análise efetuada ao acórdão em apreço pelo TJUE, no que concerne ao regime fiscal consagrado na legislação nacional, revela uma interpretação adequada e justificada à luz das disposições do TFUE, ao considerar a oposição dos arts. 63.º e 65.º TFUE à regulamentação de um Estado-Membro que sujeita um sujeito passivo residente noutra Estado-Membro a uma carga fiscal superior à que seria aplicada às mais-valias imobiliárias obtidas com a alienação de um imóvel localizado no primeiro Estado, em comparação com um residente desse mesmo Estado, apenas com base na escolha feita pelo não residente em relação ao regime de tributação aplicável.

Caso contrário estávamos perante um tratamento discriminatório, o qual viola os princípios fundamentais da UE, as liberdades fundamentais do mercado interno, a saber o princípio da não discriminação e a livre circulação de capitais e, conseqüentemente, o Direito Fiscal Europeu.

Em virtude de diversas decisões desfavoráveis proferidas pelo TJUE, no âmbito da diferença de tratamento fiscal das mais-valias imobiliárias, obtidas em Portugal, entre sujeitos passivos residentes e não residentes, o legislador nacional procedeu à alteração do regime de tributação, como supramencionado no n.º 5.4.

Com a divulgação do Ofício Circular n.º 20255, o saldo das mais-valias imobiliárias auferidos por não residentes, até 31 de dezembro de 2022, passaram a ser consideradas em apenas 50% do seu valor, como aplicado aos residentes, por força do disposto no art. 43.º, n.º 2 CIRS, porém sujeito a tributação autónoma à taxa especial de 28%, consagrada no anterior art. 72.º, n.º 1, al. a) CIRS.

Tendo a mesma sido posteriormente revogada, a Lei do Orçamento de Estado para 2023 estabeleceu um novo regime de tributação, cujo saldo das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes passou a ser englobado, obrigatoriamente, em 50%, sendo atualmente aplicadas as taxas progressivas do art. 68.º, n.º 1 CIRS.

Considerando a jurisprudência analisada, bem como as alterações sofridas pela legislação portuguesa, com o propósito da sua conformidade com o Direito Europeu, o assunto em questão apresenta-se como significativo para o ordenamento jurídico português.

7. Conclusão

A evolução do mercado imobiliário em Portugal passou por várias fases ao longo das últimas décadas, sendo as mais marcantes a crise financeira global de 2008, a crise pandémica por covid-19 e, atualmente, o conflito entre a Federação Russa e a Ucrânia, devido aos seus impactos negativos no mercado imobiliário.

Não obstante, a vasta carteira de investimentos detida pelos investidores permitida pela globalização, assim como a implementação de regimes fiscais competitivos pelo legislador nacional, torna Portugal um destino de investimento atraente aos olhos destes, o que impulsionou o mercado imobiliário no presente território.

Deste modo, as operações realizadas por residentes e não residentes, no contexto do mercado imobiliário, ao estarem sujeitas a tributação torna a análise do Direito Europeu imprescindível, uma vez que o direito nacional deve estar em conformidade com as disposições estabelecidas nos Tratados, essencialmente com os princípios que regem a UE e os Estados-Membros, bem como as liberdades fundamentais do mercado interno.

A tributação das mais-valias imobiliárias, à luz dos arts. 5.º, n.ºs 1 e 2 e 13.º, n.º 2 TUE, enquanto matéria de tributação direta não regulamentada pelos Tratados, é da competência de cada Estado-Membro por força do princípio da especialidade de competências. No entanto, o Conselho pode adotar disposições adequadas caso uma ação da UE seja considerada necessária para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados, bem como pode adotar diretivas para a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membro caso uma disposição impeça o bom funcionamento do mercado interno, desde que, em ambas as situações, deliberando por unanimidade, em concordância com os arts. 352.º, n.º 1 e 115.º TFUE, respetivamente.

A livre circulação de pessoas como a livre circulação de capitais são duas consequências da globalização do mercado imobiliário, cuja abolição dos entraves a ambas as liberdades, permitiu a circulação dos sujeitos passivos e a aplicação dos seus recursos por toda a União, na medida em que possibilitou a compra e venda de bens imóveis situados no seu Estado de residência ou outro Estado da União.

Sem prejuízo das competências atribuídas aos Estados no domínio da tributação direta, é certo que o TJUE tem reconhecido, principalmente no acórdão *Gebhard*, que as normas de direito interno não podem restringir as liberdades fundamentais, exceto quando: aplicadas de modo não discriminatório, pelo que, segundo o princípio da não discriminação, deve dizer respeito a

situações objetivamente não comparáveis; se justificam por razões imperativas de interesse geral, sendo que o TJUE tem considerado como admissíveis as seguintes justificações: coerência do sistema fiscal, o combate à fraude e evasão fiscais, a eficácia dos controlos fiscais, a repartição equilibrada do poder tributário e a simplificação e transparência do sistema fiscal (Nogueira, 2010); são adequadas para garantir a realização do objetivo que prosseguem e não ultrapassam o que é necessário para atingir esse objetivo (acórdão *National Grid Indus*), sendo estes os critérios utilizados pelo TJUE, com base no princípio da proporcionalidade, de modo a averiguar se as medidas restringem ou não as liberdades fundamentais do mercado interno.

Em consequência da limitação de competências da UE e o poder de legislar dos Estados-Membros em matéria de tributação direta conexo com a tributação dos rendimentos obtidos no território nacional por não residentes, com base no critério da fonte, suscetível de introduzir regimes de tributação discriminatórios e desproporcionais pelos Estados da União, apesar da existência de atos normativos e de jurisprudência do TJUE, dificulta o processo de harmonização no domínio da tributação direta bem como a aplicação uniforme do Direito da UE.

Nesta sequência, para além do respeito pelo Direito Europeu, os órgãos do Estado Português com legitimidade para aprovar leis devem, de igual forma, respeitar a Constituição, em consequência da ligação de ambos os Direitos, no sentido em que as disposições dos tratados que regem a UE aplicam-se na ordem interna.

A tributação das mais-valias geradas pela alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis como um ganho ocasional ou esporádico, ao compreenderem a noção de rendimento acréscimo, são submetidas às regras de tributação previstas na categoria de rendimentos G, segundo o disposto no art. 10.º, n.º 1, al. a) CIRS, exceto quando obtidas no exercício de uma atividade empresarial. Contudo, com base no princípio da realização, somente há tributação quando as valorizações de ativos tenham sido objeto de alienação onerosa.

A determinação da mais-valia, prevista no art. 10.º, n.º 4, al. a) CIRS, resulta da diferença entre o valor de realização do bem e o valor de aquisição, sendo este último sujeito à aplicação do coeficiente de desvalorização da moeda, quando decorrido mais de vinte e quatro meses entre a data da aquisição e a data da alienação ou afetação do imóvel, bem como é tido em consideração, para efeitos de dedução, as despesas necessárias e inerentes à aquisição e alienação do imóvel e as despesas com as obras de manutenção e valorização do mesmo, conforme os arts. 50.º, n.º 1 e 51.º, n.ºs 1, al. a) e 3 CIRS.

Os regimes de tributação das mais-valias imobiliárias em vigor, diferem consoante o beneficiário do ganho.

A mais-valia imobiliária obtida por um sujeito passivo que reúne as condições estabelecidas no art. 16.º, n.º 1 CIRS de modo a ser considerado residente em território nacional, é tributado de acordo com o regime geral previsto no art. 43.º, n.º 2 CIRS, segundo o qual o saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias apenas é considerado em 50% e aplicado as taxas gerais progressivas, previstas no art. 68.º CIRS, ao qual pode acrescer a taxa adicional de solidariedade, ao quantitativo do rendimento coletável superior a 80.000€, na ordem dos 2,5% ou 5% consoante o rendimento coletável (art. 68.º-A CIRS).

A dedução específica de 50% da mais-valia imobiliária prevista no art. 43.º, n.º 2, al. b) CIRS ligada à possibilidade de dedução das despesas indispensáveis para a obtenção do rendimento, traduz-se num benefício atribuído ao sujeito passivo, portanto estamos perante um regime de tributação particularmente favorável, o qual abrange os ganhos especulativos.

Não obstante, a introdução do programa “Mais Habitação”, as alterações efetuadas no regime de tributação aplicável às mais-valias de ativos mobiliários no presente ano, comparado com a continuidade da sujeição dos ganhos especulativos ao regime geral de tributação das mais-valias imobiliárias não se justifica à luz dos atuais problemas no mercado imobiliário.

A nosso ver, o legislador deveria ter excluído os ganhos especulativos com a alienação dos bens imóveis do benefício de englobamento de 50% sujeito às taxas progressivas, pelo que este seria instrumento adicional na atenuação dos presentes problemas no mercado imobiliário, contribuindo assim para uma melhor repartição justa dos rendimentos e da riqueza, e, conseqüentemente para a mitigação das desigualdades.

As mais-valias apuradas na transmissão onerosa de imóveis destinados à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, beneficiam da isenção na proporção do reinvestimento, prevista no art. 10.º, n.ºs 5 e 7 CIRS, desde que procedam ao reinvestimento do valor de realização na aquisição de outro imóvel com destino idêntico ao imóvel alienado ou na aquisição de contrato de seguro financeiro do ramo vida, adesão individual a um fundo de pensões aberto ou contribuição para o regime público de capitalização, desde que verificadas, cumulativamente, as condições previstas no presente normativo.

Devido à livre circulação de pessoas e de capitais, o regime especial de reinvestimento aplicado aos sujeitos passivos residentes em território português não limita o reinvestimento num bem imóvel situado fora do território nacional, dado que a norma prevê a possibilidade de reinvestir

num imóvel situado noutro Estado-Membro da UE ou do Espaço Económico Europeu com o qual exista intercâmbio de informações em matéria fiscal.

Atualmente, a Lei do Orçamento de Estado para 2023 estabeleceu um novo regime de tributação, no âmbito da realização de mais-valias por um sujeito passivo não residente em Portugal geradas pela alienação de um imóvel aqui situado. O saldo da mais-valia imobiliária é englobado em apenas 50% do seu valor, cujo está sujeito às taxas gerais do art. 68.º, n.º 1 CIRS, sendo necessário o sujeito passivo não residente declarar a totalidade dos rendimentos auferidos independentemente do Estado da fonte, exclusivamente para efeitos determinação da taxa a aplicar.

As alterações feitas ao regime de tributação aplicável aos não residentes deve-se essencialmente à jurisprudência, como a analisada no acórdão *MK*, dado que o anterior regime constituía uma restrição à livre circulação de capitais proibida pelos arts. 63.º e 65.º, n.ºs 1 e 3 TFUE, uma vez que: apenas considerava 50 % do valor da mais-valia obtida por residentes sujeito às taxas gerais do art. 68.º, n.º 1 CIRS, enquanto que quando realizadas por não residentes estavam sujeitas à taxa autónoma de 28% sobre a totalidade do seu montante, consagrada nos arts. 43.º, n.º 2 e 72.º, n.º 1 CIRS, respetivamente, o que desencadeou um tratamento fiscal claramente mais favorável para os residentes por sujeitar estes a uma carga fiscal inferior, em relação aos residentes noutro Estado-Membro; a diferença de tratamento entre residentes e não residentes não respeitava a situações não comparáveis objetivamente nem se justificavam por razões imperiosas de interesse geral; e a opção de tributação concedida aos sujeitos passivos residentes na UE ou no Espaço Económico Europeu por um regime de tributação análogo ao aplicável aos residentes em território nacional, de acordo com o art. 72.º, n.ºs 9 e 10 CIRS, permitia um não residente escolher entre um regime fiscal discriminatório, previsto no art. 72.º, n.º 1 CIRS, e outro que não era.

O regime de tributação aplicado aos sujeitos passivos que beneficiam do estatuto de residente não habitual, baseia-se no critério da residência, pelo que, como considerados residentes em território nacional, as mais-valias imobiliárias obtidas por estes no presente Estado são tributadas de acordo com o regime geral de tributação.

Porém, ao ganho obtido por estes com a alienação de um bem imóvel situado noutro Estado que não o Português é aplicado o método da isenção, desde que verificada um das condições previstas no art. 81.º, n.º 5 CIRS, salvo quando exercida a opção do n.º 8, segundo o qual podem optar pela aplicação do método do crédito de imposto referido no n.º 1. Regra geral, para ambos

os métodos os sujeitos passivos devem proceder ao englobamento dos rendimentos obtidos, para efeitos de determinação da taxa a aplicar aos restantes rendimentos.

Neste sentido, em resultado das alterações feitas ao regime de tributação aplicável aos sujeitos passivos não residentes em Portugal, assim como o regime de tributação previsto para os sujeitos passivos classificados como residentes não habituais, no âmbito das mais-valias geradas pela alienação onerosa de direitos reais sobre os bens imóveis, não consideramos necessária a alteração dos mesmos, visto que não constituem uma restrição às liberdades fundamentais do mercado interno, nomeadamente a livre circulação de pessoas e de capitais, bem como não violam os princípios da UE, sendo seguro afirmar que estes consideram-se compatíveis com o Direito da UE.

As apreciações críticas mantêm-se para o regime geral aplicado aos sujeitos passivos residentes na República Portuguesa, exceto quanto, à luz dos atuais desafios no mercado imobiliário, à não exclusão dos ganhos especulativos com a alienação dos bens imóveis do tratamento favorável, designadamente o englobamento de apenas 50% do saldo apurado ao qual é aplicado as taxas progressivas do art. 68.º, n.º 1 CIRS.

Face ao exposto, importa ter em atenção possíveis alterações na legislação nacional relativas à tributação das mais valias imobiliárias, uma vez que, desta forma, o legislador pode estabelecer disposições contrárias ao Direito da UE e, conseqüentemente, afetar de forma direta ou indireta os sujeitos passivos.

Numa eventual situação como a apresentada, justifica-se uma possível investigação futura, dada a importância da mesma, visto que um tratamento discriminatório ou a adoção de medidas fiscais desproporcionais relativas à tributação de mais-valias imobiliárias são incompatíveis com o Direito da UE, bem como são suscetíveis de originar distorções no mercado imobiliário.

Referências Bibliográficas

- Angerer, J. (2023). Fiscalidade Direta: Tributação das Pessoas Singulares e das Sociedades. *Fichas Temáticas sobre a União Europeia*, 01-07. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/pt/FTU_2.6.10.pdf
- Anjos, M. R. (2022). Concorrência Fiscal, Competitividade e Coesão Social na União Europeia. *ULP Law Review - Revista de Direito da ULP* (01), 85-103. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/8135-Texto%20do%20artigo-23508-1-10-20220206.pdf>
- Araújo, L. (2017). Globalização e o seu impacto no mercado residencial. *Revista de Geografia e Ordenamento do Território (GOT)*, n.º 11, 33-57. Disponível em <http://cegot.org/ojs/index.php/GOT/article/view/2017.11.002/pdf>
- Azevedo, P. A. (2017). A Determinação das Competências Tributárias entre os Estados: Análise do Critério da Residência. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, (28), 97-145. Disponível em https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/10277/1/Art_5_RECEJ_N%C2%BA28_2017.pdf
- Azevedo, P. A. (2017). O critério da fonte e o seu âmbito de aplicação. *Direito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 26 (1), 141-164. Disponível em <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/3921>
- Azevedo, P.M. (2021). Harmonização Fiscal da Tributação Direta. *JURISMAT*, n.º 13, 433-445. Disponível em <https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/13164/1/Harmoniza%C3%A7%C3%A3o%20Fiscal%20da%20Tributa%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf>
- Basto, J. G. (2007). *IRS - Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Brígido, S., & Martins, A. (2009). A tributação das mais-valias de acções em sede de IRS. *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal* (38), 01-66. Disponível em <https://www.isg.pt/revista-fiscalidade-no-38/>
- Caldas, A. C., & Maurício, R. (2020). A tributação agravada sobre o património imobiliário detido por entidades residentes em paraísos fiscais e a liberdade de circulação de capitais. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, 207-221.
- Carlos, A. B. (2006). *Impostos - Teoria Geral*. Coimbra: Almedina.
- Comissão Europeia. (2007). Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu - A aplicação de medidas antiabuso na área da tributação directa – na UE e em relação a países terceiros. *Comissão das Comunidades Europeias*, 01-10. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0785:FIN:PT:PDF>
- Borchardt, K. (2018). O ABC do Direito da União Europeia. *Serviço das Publicações da União Europeia* 07-154. Disponível em <https://op.europa.eu/webpub/com/abc-of-eu-law/pt/>
- Comité Económico e Social. (1996). Parecer sobre a Fiscalidade Directa e Indirecta. (96/C82/11). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. Disponível em

- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51995IE1457&qid=1689088090940>
- Costa, P.N. (2014). O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia. *JURISMAT*, (14), 321-338. Disponível em https://recil.ensinolusofona.pt/bitstream/10437/6394/1/jurismat4_321-338.pdf
- Cunha, P. N. (2006). *A Tributação Directa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Farinhas, C. (2018). O Princípio do Primado do Direito da União sobre o Direito Nacional e as suas Implicações para os Órgãos jurisdicionais Nacionais. *JULGAR*, N.º 35, 71-89. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/J35-04-C-Farinhas.pdf>
- Faustino, M. (1993). *IRS: Teoria e Prática*. Lisboa: Edifisco.
- Ferreira, A. C. (2019). A Compatibilidade de Normas Fiscais Nacionais com a Dimensão Externa da Liberdade de Circulação de Capitais. *Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP, I* (2), 01-64. Disponível em https://www.afp.pt/content/revista_fiscalidade/ano_1/2019/2/revafp_ano_i_n2_a_dimensao_externa_da_lcc_andre_c_ferreira.pdf
- Fraga, T. (2010). Controlos Fiscais e Liberdades Fundamentais na Tributação Directa. *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 43, 01-49. Disponível em https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/43_2_fraga_ecj_f43.pdf
- Fontaine, P. (2018). A Europa em 12 lições. *Serviço das Publicações da União Europeia*, 02-98. Disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2775/355031>
- INE. (2020). *Aquisição de imóveis por não residentes 2019*. Lisboa: INE, Instituto Nacional de Estatística. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquese&DESTAQUESdest_boui=415327218&DESTAQUESmodo=2
- INE. (2021). *Estatísticas da Construção e Habitação – 2020*. Lisboa: INE, Instituto Nacional de Estatística. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=437127876&PUBLICACOESmodo=2
- INE. (2022). *Estatísticas da Construção e Habitação – 2021*. Lisboa: INE, Instituto Nacional de Estatística. Disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=27968707&PUBLICACOESmodo=2
- INE. (2023). *Índice de Preços da Habitação – 1.º trimestre de 2023*. Lisboa: INE, Instituto Nacional de Estatística. Disponível em <file:///C:/Users/User/Downloads/22IndPre%C3%A7osHabita%C3%A7%C3%A3o1%C2%BA2023.pdf>
- Henriques, J. (2017). A bolha imobiliária de 2008: uma análise acerca da evolução do valor dos imóveis em Portugal. *Revista de Geografia e Ordenamento do Território (GOT)*, n.º 11. Centro de Estudos de Geografia e Ordenamento do Território, 215-239. Disponível em

<https://cegot.org/ojs/index.php/GOT/article/view/2017.11.006/pdf>

Canotilho, G. (1999). *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina.

Mais Habitação. (2023). *República Portuguesa*, 01-21. Disponível em

<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DBQAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDYztwQAe oAZVwUAAAA%3D>

Matos, A. S. (1999). *Código do Imposto do Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) - Anotado*. Lisboa: Instituto Superior de Gestão de Lisboa.

Matos, F. C. (2009). A Tributação de Não Residentes e o Direito Comunitário. *Instituto Superior de Economia e Gestão*, 01-13. Disponível em

https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigo_FCM-Fiscalidade-34--A_Tributacao_de_nao_Residentes_Direito_Comunitario.PDF

Magno, H. G. (2019). *A Residência Fiscal das Pessoas Singulares (em particular a residência parcial)*. Porto: Vida Económica.

Morais, R. D. (2014). *Sobre o IRS* (3ª ed.). Coimbra: Almedina.

Nabais, J. C. (2005). *Estudos de Direito Fiscal: Por Um Estado Fiscal Suportável*. Coimbra: Livraria Almedina

Nogueira, J. F. (2010). *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal; Coimbra Editora.

Nunes, Sérgio. (2008). Portugal e o mercado imobiliário europeu. *Janus Anuário*, 01-09. Disponível em

http://www.janusonline.pt/arquivo/2008/2008_1_17.html

Pereira, E. U. (2021). Tributação das mais-valias imobiliárias obtidas por não residentes. *Vida Económica*, 19. Disponível em

https://www.occ.pt/fotos/editor2/ve_eulaliapereira_3dez2021.pdf

Pereira, P. R. (2019). *Manual de IRS* (2ª ed.). Coimbra: Almedina.

Pereira, P. R. (2019). A tributação dos residentes não habituais. In P. R. Pereira, & C. C. Palma (Eds.). *Temas de Direito Tributário – IRS e IVA – 2019* (pp. 9-18). Lisboa.

Pinheiro, G. (1998). *A Fiscalidade Directa na União Europeia*. Porto: Coimbra Editora.

Sanches, J. L. (2001). Conceito de rendimento do IRS. *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, (7/8), 34-61. Disponível em

<https://www.isg.pt/revista-fiscalidade-n-7-8/>

Santos, A. C., & Costa, V. (2013). Regular o consumidor? Novas tendências de política no setor financeiro. *Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, XLVIII (209), 756-791. Disponível em

https://www.ces.uc.pt/projectos/behave/media/AS_209_a01.pdf

Silva, S. T. (2015). *Direito Fiscal: Teoria Geral* (2ª ed.). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Soares, A. G. (2004). A divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. *Relações Internacionais*, 1, 55-68. Disponível em

https://ipri.unl.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/r1/RI01_Artg08_AGS.pdf

Vasques, S. (2005). Capacidade Contributiva, Rendimento e Património. *Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal*, (23), 01-26. Disponível em <https://www.isg.pt/revista-fiscalidade-no-23/>

Anexos

Legislação

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de junho de 2006, C 202/02, Jornal Oficial da União Europeia.

Circular n.º 19/2009, de 21 de julho de 2009.

Código de Procedimento e Processo Tributário

Código do Imposto do Selo

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

Constituição da República Portuguesa

Declarações – Anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, C 326/337. Jornal Oficial da União Europeia.

Decreto-Lei n.º 10/2023. *D.R. I Série.* 28 (08-02-2023) 02-86.

Decreto-lei n.º 249/2009. *D.R. I Série.* 185 (23-09-2009) 6774-6783.

Decreto-Lei n.º 442-A/88. *D.R. I Série.* 277 (30-11-1988). 01-36.

Decreto-Lei n.º 78/2006. *D.R. I Série-A.* 67 (04-04-2006) 2411-2415.

Diretiva (UE) 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017.

Diretiva 2003/48/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003.

Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011.

Diretiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de dezembro de 2014.

Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de junho de 1988.

Estatuto dos Benefícios Fiscais

Informação Vinculativa ao Processo n.º 2483/2004, Despacho de 04-03-2005.

Informação Vinculativa ao Processo n.º 3089/10, Despacho de 08-07-2010.

Informação Vinculativa ao Processo n.º 3919/2008, Despacho de 27-05-2010.

Informação Vinculativa ao Processo n.º 4216/2017, Despacho de 07-01-2019.

Informação Vinculativa ao Processo n.º 5310/2008, Despacho de 27-04-2009, de 27-04-2009.

Informação Vinculativa ao Processo n.º 6833/2010, Despacho de 06-12-2010.

Informação Vinculativa no Processo n.º 12/2008, Despacho de 12-08-2008.

Lei Geral Tributária

Lei n.º 24-D/2022. *D.R. I Série.* 251 (30-12-2023) 74-377.

Lei n.º 29/2012. *D.R. I Série.* 154 (09-08-2012) 4191-4256.

Lei n.º 56/2023. *D.R. I Série.* 194 (06-10-2023) 02-50.

Lei n.º 64-A/2008. *D.R. I Série.* 252 (31-12-2008) 02-389.

Lei n.º 64-B/2011, *D.R. I Série.* 250 (30-12-2011) 48-244.

Lei n.º 67-A/2007. *D.R. I Série.* 251 (31-12-2007) 02-453.

Lei n.º 71/2018. *D.R. I Série*. 251 (31-12-2018) 6039-6260.
Lei n.º 71/2018. *D.R. I Série*. 251 (31-12-2018) 6039-6260.
Lei n.º 75-B/2020, *D.R. I Série*. 253 (31-12-2020) 171-288.
Lei n.º 82-E/2014. *D.R. I Série*. 252 (31-12-2014) 339-418.
Memorando de Políticas Económicas e Financeiras
Modelo de Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Ofício Circular n.º 20241, de 01 de abril de 2022.
Ofício Circular n.º 20255, de 14 de abril de 2023.
Portaria n.º 12/2010. *D.R. I Série*. 4 (07-01-2010) 40.
Portaria n.º 150/2004. *D.R. I Série-B*. 37 (13-02-2004) 860.
Portaria n.º 253/2022. *D.R. I Série*. 203 (20-10-2022). 02-03.
Portaria n.º 292/2011. *D.R. I Série*. (8-11-2011).
Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, de 16 de dezembro de 2004, C 310/207.
Regime Complementar de Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira
Relatório Neumark.
Tratado da União Europeia
Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de dezembro de 2020, 075/20.6BALS.B.
Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22 de fevereiro de 2018, 1455/10.0BELRS.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 13 de dezembro de 2005, C-446/03, *Marka & Spencer*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 29 de novembro de 2011, C-371/10, *National Grid Indus*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 18 de março de 2021, C-388/19, *MK*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), de 18 de março de 2010, C-440/08, *Gielen*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 05 de maio de 2011, C-267/09.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 11 de outubro de 2007, C-443/06, *Hollmann*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 27 de junho de 1996, C-107/94, *Asscher*.
Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção), de 30 de janeiro de 2020, C-156/17.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de agosto de 1995, C-80/94, *Wielockx*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 1995, C-279/93, *Schumacker*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de maio de 1997, C-250/95, *Futura Participations*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 1979, C-120/78, *Dijon*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de janeiro de 1993, C-112/91, *Werner*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 1995, C-55/94, *Gebhard*.

Acórdão do Tribunal, de 28 de janeiro de 1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*.

Processo n.º 225/2020-T do CAAD, de 20 de abril de 2021.

Processo n.º: 383/2020-T do CAAD, de 22 de fevereiro de 2021.

Processo n.º 162/2021-T do CAAD, de 21 de julho de 2021.