



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Alojamento Local

A questão das mais-valias

Ana Rita Ferreira Ribeiro Almeida

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

Ana Rita Ferreira Ribeiro Almeida
Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal
Sob a orientação do Senhor Professor Doutor Rui Duarte Morais

Alojamento Local
A questão das mais-valias

PORTO
Maio de 2019

Ao meu orientador, Dr. Rui Morais, pelo conhecimento que tem e pela experiência que partilha.

À professora Mónica Duque pela forma como expôs o tema e me motivou a querer saber mais.

Aos meus pais e ao meu irmão, por tudo.

À minha avó, pelo carinho.

Ao Tiago.

À minha avó do coração, à Lúcia e à minha grande companheira Sara.

A todos os meus amigos, por estarem sempre presentes.

Resumo

O alojamento local não apresenta per si uma realidade tão transparente quanto os sujeitos passivos que o exploram gostariam. Trata-se de uma realidade multifacetada, que ao nível tributário apresenta peculiaridades tais que obriga ao seu conhecimento antes do início da atividade. Assim, previamente, o sujeito passivo que explore a atividade de alojamento local deverá conhecer os seus contornos legais para que possa avaliar de forma conveniente qual o enquadramento jurídico que se define como mais vantajoso para si.

O regime do alojamento local difere em alguma medida do regime aplicável aos rendimentos prediais, mas tem características que do mesmo modo o podem aproximar dele. Falamos de uma atividade diversificada que abarca uma multiplicidade de locais para exercício da atividade, uma rede de utilizadores também eles não comparáveis entre si, e formas de exercício distintas consoante quem o explora e entende que deve explorar.

A atividade de que falamos comporta cada vez mais conflitos de coexistência, motivo pelo qual nos debruçamos sobre ela na nossa abordagem. Não descuidaremos de tratamento as três categorias de tributação do CIRS que se avizinham como relevantes ao tema. O tema mais questionável referente às mais-valias geradas será o grande enfoque do nosso texto.

Palavras-chave: Alojamento Local, Mais-Valias, Categoria B, Categoria G, Categoria F, Princípio da Realização.

Abstract

The local accommodation does not present a reality as transparent as the taxable persons, who exploit it, would like. It is a multifaceted reality, which at the tax level presents peculiarities such that it obliges knowledge before the beginning of the activity. Thus, in advance, the taxable person who explores the local accommodation activity should know the legal contours so that it can conveniently assess which legal framework is defined as more advantageous to them.

The local accommodation regime differs to a certain extent from the regime applicable to income from immovable property, but has characteristics that can also approximate it. We speak of a diversified activity that encompasses a multitude of work places, a network of users that are not comparable to each other, and different forms of exercise, depending on who explores it and understands that it should be explored.

The activity that we speak of involves more and more conflicts of coexistence, which is the main reason why we learn about it on our approach. We will be taking care of the three categories of CIRS taxation that are relevant to the topic. The most questionable issue regarding the capital gains generated will be the biggest focus of our text.

Keywords: Local Accommodation; Predictive Income; Capital gains; Category B; Category G; Category F; Principle of Realization; Tax Planning

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - OS RENDIMENTOS PREDIAIS COMO PONTO DE PARTIDA	13
I. Tributação dos rendimentos prediais – pequeno comentário	13
1. A categoria F.....	15
2. A categoria B	17
2.1 Regime Simplificado	17
2.2 Regime da Contabilidade Organizada	18
2.3 Dedução de perdas e taxa aplicável	18
II. Alojamento local – enquadramento no CIRS	19
1. A atividade de alojamento local e a categoria F	21
2. A tributação dos rendimentos da atividade de Alojamento Local.....	24
CAPÍTULO II: O TEMA DA TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS	26
I. Enquadramento no âmbito da atividade de Alojamento Local	26
II. A mais-valia da Categoria G	29
1. Noção	29
2. Princípio da realização da mais-valia.....	31
1.1 Equiparação do conceito de afetação/desafetação com o conceito de alienação	33
3. Regras de quantificação da mais-valia para efeitos tributários.....	34
III. A mais-valia da categoria B	36
1. Quantificação da mais-valia gerada na categoria B.....	37
1.1 A mais-valia no regime da contabilidade organizada	38
1.2 A mais-valia no regime simplificado.....	39
CAPÍTULO III – MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA FISCAL	41
1. Planeamento Fiscal em Alojamento Local	41
1.1 A prática corrente	41
2. A desigualdade do regime.....	44
3. A atualidade do tema	45
CONCLUSÕES	47
BIBLIOGRAFIA	49
LISTA JURISPRUDENCIAL	51

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AL – Alojamento Local

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

CAE – Classificação da Atividade Económica

CGAA – Clausula Geral Anti Abuso

CIRC – Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

CIRS – Código do Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

CRP – Constituição da Republica Portuguesa

DL – Decreto-lei

EBF – Estatuto dos benefícios fiscais

IMI – Imposto Municipal Sobre Imóveis

IRC – Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

IRS – Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

IVA – Imposto Sobre o Valor Acrescentado

LGT – Lei Geral Tributária

LOE – Lei Orçamento de Estado

MV – Mais-valia

RJIEFET - Regime Jurídico da Instalação, Exploração e Funcionamento dos Empreendimentos Turísticos

SP – Sujeito passivo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

VPT – Valor patrimonial Tributário

INTRODUÇÃO

A cidadania surge antes de mais pela constituição de direitos e deveres aos que dela querem fazer parte. Esta conceção é também válida para o mundo dos impostos¹. Como refere Vítor Faveiro “a consideração do homem como um ser naturalmente social, isto é, de um ser que não pode viver e realizar-se como tal senão em sociedade, implica o reconhecimento (...) da condição de dever inato de cada um dos homens, afetar aos fins da coletividade uma parte dos elementos, bens ou valores de que dispõe”². É deste pressuposto colaborativo que devemos partir antes de nos debruçarmos em concreto sobre uma vertente fiscalmente relevante, tendo sempre presente que não raras vezes a incidência do imposto sobre o rendimento resulta de uma colaboração recíproca entre o Estado e os contribuintes.

Com o aumento no nosso país do turismo e a progressiva diversificação do tipo de oferta para pernoitar, a questão da tributação dos rendimentos decorrentes da atividade de alojamento local revela-se como um tema chave da atualidade. O alojamento local, um misto entre arrendamento do imóvel e prestação de serviços, tem, em termos fiscais, contornos sensíveis que nos permitem afirmar a necessidade de aconselhamento prévio ao início da atividade. Se é verdade que, tal como as demais instalações hoteleiras, este tipo de alojamento implica a tributação do lucro obtido (sem descuidar a dedutibilidade dos respetivos gastos), não menos verdade é que os imóveis afetos à atividade de alojamento local geram rendimento potencialmente tributável nas categorias F e G do IRS, quando detidos por pessoas singulares.

A razão de ser da tributação dos rendimentos decorrentes de tal atividade em tais categorias do IRS foram o mote para a escolha deste tema. Em particular, o tema das mais-valias, que suscita questões que nos reconduzem à base do sistema fiscal, ao princípio da capacidade contributiva. Por este motivo, será esse o tema de maior enfoque ao longo desta dissertação.

No capítulo I debruçamo-nos sobre os rendimentos prediais, a forma como tem vindo a evoluir a sua tributação, que hoje não se reconduz a uma categoria. Desenvolve-se o tratamento fiscal dos rendimentos prediais nas categorias F ou B, que agora nos surge

¹ Nesta linha devemos sempre recordar o artigo 103º da CRP que refere o dever de pagar impostos.

² Cfr. FAVEIRO, Vítor, *O Estatuto do Contribuinte – A Pessoa do Contribuinte no estado Social de Direito*, 2002, Coimbra editora, p.225.

como opção dos sujeitos passivos. Merecerem particular atenção os rendimentos provenientes da atividade de alojamento local, pois, ainda que equiparáveis aos rendimentos prediais, têm um tratamento fiscal diferenciado.

No capítulo II, focamo-nos na temática das mais-valias, enfatizando a sua noção e realçando a razão de ser da sua tributação. Os imóveis afetados ao alojamento local são (ou podem ser) geradores de mais-valias. A afetação/desafetação do imóvel à atividade de AL conduz à existência de mais-valias da categoria B e G, explicadas no capítulo em questão. As questões suscitadas por estes incrementos patrimoniais, em concreto, envolvem o estudo da questão da realização das MV, bem como das situações de alinação e legalmente equiparadas.

No capítulo III, fazendo jus aos tempos atuais, é abordada a possibilidade de planeamento fiscal para redução da tributação de alguns rendimentos gerados na atividade de alojamento local. O que poderá estar em causa são formas de planeamento fiscal legítimo.

CAPÍTULO I - OS RENDIMENTOS PREDIAIS COMO PONTO DE PARTIDA

I. Tributação dos rendimentos prediais – pequeno comentário

O nosso estudo terá apenas por base o Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

O Código do IRS foi criado pela reforma de 1988 e entrou em vigor em 1 de janeiro de 1989 (DL n.º442-A/88 de 30 de novembro), alterando o paradigma de tributação dos rendimentos prediais. A anterior Contribuição Predial deu lugar a uma divisão, tributando-se, por um lado, a propriedade ou usufruto de um imóvel e, por outro, os rendimentos que este gera. O valor patrimonial tributário do imóvel dá azo à tributação em sede de Imposto Municipal sobre Imóveis (o conhecido IMI), que funciona como uma fonte de financiamento próprio dos municípios; os rendimentos gerados pelo imóvel (rendimentos prediais) têm um tratamento fiscal distinto.

Os rendimentos prediais estão intimamente associados à noção de renda. Segundo o número 1 do artigo 8.º do CIRS – *consideram-se rendimentos prediais as rendas dos prédios rústicos, urbanos ou mistos, pagas ou colocadas à disposição dos respetivos titulares*. De acordo com o princípio da disponibilidade do rendimento, releva o momento em que as rendas são pagas ou colocadas à disposição. Na base está também o princípio da adoção do rendimento real, pelo que apenas os prédios arrendados são considerados, no CIRS, para efeitos de tributação³.

No IRS encontramos uma noção bastante ampla de renda, sendo a mesma definida como tudo o que é devido ao proprietário do prédio, mesmo que inclua prestação de serviços ou cedência de bens moveis⁴. O número 2 do artigo 8.º do CIRS tipifica taxativamente as situações que são havidas como rendas. A razão de ser desta abrangência parece clara quando nos debruçamos sobre o objetivo da tributação. O objetivo é abranger situações que, embora diversas, sejam reveladoras de uma mesma capacidade contributiva.

³ Cfr. BASTO, José Xavier de, *IRS Incidência Real e Determinação dos rendimentos líquidos*.

⁴ Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, 2014, Almedina, p.111.

A reforma do IRS de 2015 trouxe novidades significativas no que toca à tributação dos rendimentos prediais que, antes, apenas eram tributados pelas regras próprias da categoria F. Atualmente, os rendimentos prediais podem ser tributados na categoria F (rendimentos prediais) ou na categoria B (opção pela empresarialização). Esta opção altera a forma de apuramento do rendimento líquido e, portanto, permite aos sujeitos passivos, de acordo com as despesas incorridas, optar pela mais vantajosa, como adiante veremos em concreto.

A sujeição à tributação na categoria B não deve ser feita sem que haja uma efetiva ponderação das suas consequências fiscais⁵. O SP opta pela categoria B quando na sua declaração de início de atividade ou declaração de alterações indica o código CAE 55201 (relativo a alojamento mobilado para turistas) ou o código CAE 55204 (referente aos demais locais destinados ao alojamento de curta duração), juntamente com a referência ao regime de tributação ao qual se sujeita havendo lugar a essa escolha.

O legislador optou por conferir este direito de opção ao contribuinte porque, sendo a categoria B associada essencialmente a rendimentos de natureza empresarial e podendo a gestão de imóveis ser ela mesma uma atividade desse tipo, colocava-se a questão de saber o porquê da impossibilidade de sujeição à categoria B. Perante uma questão com importância significativa, o legislador atribui o ónus da escolha ao contribuinte.

A razão de ser desta dualidade de regimes, em sede de tributação dos rendimentos prediais, reconduz-nos à razão de ser da existência da categoria F. A tributação do imobiliário assume grande relevo na economia, quer do país, quer das famílias. Falamos da tributação quer do imóvel, quer do rendimento por ele gerado, sendo que esta, por vezes, onera os seus proprietários com impostos de equivalente ao que pagariam por uma renda.

A categoria F existe e foi mantida porque, em geral, os particulares, quando dão de arrendamento não estão a exercer uma atividade empresarial, mas a efetuar um investimento que, no essencial, é passivo. Os titulares de rendimentos prediais limitam-se a colher os frutos (rendas) dos prédios. Na base estaria a ideia do legislador de segregar os vários tipos de rendimento para ter uma maior perceção da situação pessoal do contribuinte e inclusive da sua capacidade contributiva.

⁵ A opção pela categoria B deve ser exercida na declaração de início de atividade ou na declaração de alterações, podendo ambas ser apresentadas por via eletrónica, de acordo com o artigo 112º do CIRS.

Recentemente as rendas passaram a poder ser sujeitas a uma taxa especial (proporcional), numa opção que pode ser economicamente correta, mas que fere a unicidade do imposto. A categoria F, que abrange a renda dos prédios, fica sujeita a uma taxa especial/proporcional, que em muitos casos se considera injusta face ao que seria o rendimento real do sujeito passivo calculado pelas regras gerais. A opção resulta de uma contraposição entre a maior possibilidade de deduções e a aplicação de uma taxa progressiva. A análise deve ser feita caso a caso, sendo as razões da opção pragmáticas: há senhorios empresários e senhorios passivos.

1. A categoria F

O rendimento tributável na categoria F é obtido pela subtração ao rendimento bruto (as rendas recebidas) das despesas (deduções específicas) previstas no artigo 41º do CIRS.

Com a Reforma Fiscal, a forma de apuramento do rendimento líquido da categoria F passou a assentar na existência de um nexo causal entre a realização das despesas e a obtenção do rendimento para que aquela seja dedutível. De acordo com o número 1 do artigo 41º do CIRS, a existência de despesas dedutíveis está dependente da observância cumulativa de uma dupla condição: gastos efetivamente suportados e pagos; realizados para obter ou garantir os rendimentos prediais⁶. O legislador não refere qual a natureza dos gastos a incluir, apenas excepcionando na parte final do número 1 do artigo 41º do CIRS algumas despesas. Não são dedutíveis os gastos financeiros, depreciações, mobiliário, eletrodomésticos, artigos de conforto e decoração. A dedutibilidade dos demais gastos que não se mostrem necessários para a obtenção de rendimentos prediais fica excluída, com exceção do AIMI que constitui uma dedução à coleta.

Com a reforma fiscal de 2015 também as deduções passam a ser feitas apenas relativamente a cada prédio ou parcela de prédio arrendado, o que significa que o proprietário dos imóveis deverá ter uma espécie de registo separado em relação às despesas que tem face a cada imóvel. Apesar da evidente intenção do legislador de segregar as despesas relativas a cada imóvel, não há nenhuma norma legal que imponha esta segregação, pelo que existem casos em que se torna difícil avaliar se a despesa é

⁶ Vide FAUSTINO, Manuel, *Sobre a Reforma do IRS*.

indissociável à obtenção do rendimento. Como refere Manuel Faustino, “os documentos comprovativos dos gastos realizados com os prédios e que tenham com os rendimentos o nexo de causalidade exigido na lei devem, genericamente, obedecer ao disposto no Código do IVA sobre a emissão de faturas e documentos equivalentes (cf. art. 36.º do IVA)”⁷, quer por identificação da respetiva localização, quer por indicação da identificação matricial.

A referência às despesas de manutenção e conservação manteve-se, sendo estas dedutíveis no tempo do arrendamento e nos 24 meses que o antecedem, desde que ainda não tenham sido declaradas e o imóvel não tenha sido utilizado para outro fim que não o arrendamento⁸. Uma vez que a regra geral de dedutibilidade da categoria F parece indiciar uma certa proximidade temporal na obtenção de despesas dedutíveis, a norma constante do número 7 do artigo 41º do CIRS assume particular relevo. Importa salientar que é esta norma permite que se considerem os gastos suportados com o prédio tendo em vista o arrendamento futuro, não realizável no próprio ano em que se incorre na despesa.

A categoria F permite a obtenção de um rendimento negativo comunicável a períodos de tributação seguintes dentro da mesma categoria. Quando as deduções ao rendimento predial bruto geram um rendimento líquido negativo, este só é comunicável aos seis anos seguintes àquele a que respeita. Porém, o SP perde o direito ao reporte nos casos em que os prédios a que os gastos digam respeito não gerem rendimentos da categoria F em pelo menos 36 meses, seguidos ou interpolados, dos cinco anos subsequentes ao ano em que os gastos foram incorridos. Este reporte de perdas fica condicionado à obtenção de rendimentos líquidos positivos da categoria F pelo mesmo titular de rendimentos que obteve um resultado líquido negativo no período de tributação anterior⁹. Apesar do prazo considerado ser razoável, o legislador consagrou uma norma anti abuso que visa evitar que se realizem despesas com a conservação e manutenção do imóvel sem que estas sejam direcionadas para o mercado de arrendamento.

⁷ Cfr. FAUSTINO, Manuel, *Sobre a Reforma do IRS*, p.182-183.

⁸ Cfr. número 7 do artigo 41º do CIRS.

⁹ Com a reforma fiscal, a dedução de perdas é feita individualmente por cada titular de rendimentos, o que significa que os resultados líquidos negativos obtidos numa categoria de rendimentos só são reportáveis rendimentos líquidos positivos obtidos na mesma categoria pelo mesmo sujeito passivo. A opção pela tributação conjunta não afasta esta individualidade na dedutibilidade de perdas.

Desde 2013 que a tributação é feita pela aplicação de uma taxa especial de 28%, não ficando este tipo de rendimento sujeito a englobamento, salvo por opção do seu titular, de acordo com o número 8 do artigo 72º do Código do IRS.

2. A categoria B

Se a atividade de arrendamento for exercida como atividade empresarial, a tributação do rendimento pode ser feita segundo as regras da categoria B, como vimos. Neste caso, os sujeitos passivos assumem a qualidade de empresários em nome individual, o que obriga à declaração de início de atividade, a ser apresentada via eletrónica. O senhorio fica também obrigado a emitir recibos eletrónicos.

Havendo opção pela empresarialização (categoria B) o sujeito passivo pode optar, quer pelo regime simplificado nos casos tal seja legalmente possível, quer pelo regime da contabilidade organizada (obrigatório para quem tem um volume de faturação superior a 200 mil euros), que adiante explicitaremos. Com a LOE de 2018 a possibilidade de opção sofreu uma mutação, sendo o critério atual quantitativo. Os SP cujo volume de faturação seja superior ao legalmente previsto estão obrigados a optar pelo regime da contabilidade organizada, ao passo que todos os demais sujeitos passivos podem optar pelo regime da contabilidade organizada ou pelo regime simplificado de acordo com as vantagens/desvantagens que possam antever em cada um deles. A opção deverá ser comunicada antecipadamente, através do portal das finanças¹⁰.

2.1 Regime Simplificado

A opção pelo regime simplificado deverá ser feita na declaração de início de atividade. Relativamente ao regime simplificado valem as regras constantes do artigo 31º do CIRS¹¹.

Neste regime, os SP ficam sujeitos a um rendimento presumido que é obtido através da aplicação de coeficientes previstos na lei e que pode implicar algum

¹⁰ Sem esquecer que a opção pela tributação dos rendimentos prediais na categoria B conduz à afetação do imóvel nos termos da alínea a) do número 1 do artigo 10º do CIRS.

¹¹ Como refere Manuel Faustino o regime simplificado consiste num método de determinação do rendimento líquido da categoria B. FAUSTINO, Manuel, *Os regimes simplificados de tributação em IRS, IRC e IVA*, 2004.

desfasamento face ao princípio da capacidade contributiva¹². Estes coeficientes têm por base uma previsão legal de custos imputável a cada atividade. Trata-se de uma percentagem de gastos estimada como resultante da atividade – gastos fiscalmente relevantes- que obrigam a possuir apenas alguns registos de natureza contabilística.

No regime simplificado da categoria B existem especificidades. Apenas ficam sujeitos a englobamento 95% do resultado positivo dos rendimentos prediais, determinados nos termos do artigo 41º, ou seja, do rendimento líquido da categoria F. Significa isto que os sujeitos passivos que optem pela tributação na categoria B no regime simplificado conseguem reunir na sua opção vantagens da categoria F e da categoria B.

2.2 Regime da Contabilidade Organizada

Por sua vez, o rendimento tributável dos SP integrados no regime da contabilidade organizada é determinado nos termos do Código do IRC, com as devidas adaptações.

2.3 Dedução de perdas e taxa aplicável

Apesar de na base do Código do IRS subsistir a ideia de tributação unitária do rendimento, o regime de reporte configura-se de forma inversa. O resultado líquido negativo obtido numa categoria só é reportável aos resultados líquidos positivos obtidos na mesma categoria. Este retrocesso não nos parece ter qualquer sentido. Como refere Xavier de Basto, “a admissão da comunicabilidade das perdas desta categoria, eventualmente com alguns limites quantitativos, além de estar na linha da própria natureza do IRS, constituiria uma boa contribuição do sistema fiscal para neutralizar obstáculos económicos à conservação do parque imobiliário nacional”¹³.

Quando há perdas na categoria B, em regra, o regime de reporte é mais vantajoso que na categoria F, uma vez que o prazo legalmente considerado é mais alargado. O prazo de reporte da categoria B permite aos SP reportar o eventual resultado líquido negativo aos doze anos seguintes à sua verificação. Acresce que, ao contrário do que acontece na

¹² Cfr. SANCHES, José Luis Saldanha, *Fiscalidade 7/8*, julho/outubro 2001, Coimbra Editora, p. 48.

¹³ De acordo com BASTOS, José Xavier de, *IRS Incidência real e determinação dos rendimentos líquidos*, 2007, Coimbra editora, p.355.

categoria F, não se exige a obtenção de rendimentos da categoria B em pelo menos 36 meses, seguidos ou interpolados, dos 5 anos seguintes aos que respeitam os gastos incorridos.

Os SP enquadrados no regime simplificado apenas podem deduzir os prejuízos fiscais apurados em períodos anteriores àquele em que se inicia a aplicação deste regime nos termos do número 4 do artigo 55º do CIRS.

O rendimento líquido obtido em qualquer dos regimes da categoria B é sempre sujeito a englobamento e tributado pela aplicação de uma taxa progressiva¹⁴.

II. Alojamento local – enquadramento no CIRS

A reforma sistemática do RJIEFET em março de 2008 trouxe uma redução da abrangência dos empreendimentos turísticos sujeitos ao regime. O legislador começa a considerar alarmante a existência no mercado nacional de um conjunto de atividades de alojamento a turistas sem qualquer formalismo e à margem da lei, implementando um novo conceito de alojamento para turistas – o alojamento local. Por esta altura a noção de AL era residual, sendo que estávamos perante AL quando a exploração de alojamento temporário associada à prestação de serviços não reunisse os requisitos para ser considerado empreendimento turístico.

O DL nº39/2008 de 7 de março, Regime Jurídico da Instalação, Exploração e Funcionamento dos Empreendimentos Turísticos (RJIEFET), na redação dada pelo DL nº228/2009 de 14 de setembro, esteve em vigor durante 5 anos, tendo sido alvo de alterações significativas no que toca ao seu enquadramento fiscal e legal com a aprovação do DL nº15/2014 de 23 de janeiro. Com estas alterações ocorreu uma significativa simplificação dos requisitos (e custos) necessários para a exploração dos empreendimentos turísticos em geral.

Em 2014, a atividade de AL passou a ser objeto de diploma próprio – o DL nº 128/2014 de 29 de agosto- dada a nova realidade económica, ainda hoje visível¹⁵. O

¹⁴ Nos termos do artigo 22º e do artigo 68º do CIRS.

¹⁵ Como denota o próprio preâmbulo do diploma *...,que a dinâmica do mercado da procura e oferta do alojamento fez surgir e proliferar um conjunto de novas realidades de alojamento que, sendo formalmente equiparáveis às previstas na Portaria n.º517/2008, 25 de Junho, determinam, pela sua importância*

legislador consagrou a atividade de AL como atividade de prestação de serviços turísticos¹⁶. Assim, a atividade de AL já não existe apenas quando não se encontrem reunidos os requisitos para que seja considerado empreendimento turístico.

Para que estejamos perante uma atividade de AL é necessário que se cumpram os requisitos que constam do DL enunciado sendo estes, no nosso entender, apresentados de forma bastante clara e perceptível. Esta nova regulamentação legal foi uma forma de combate à concorrência desleal, dado que alojamentos como pensões e albergarias, que estavam obrigados a licenciamento tinham deparavam com concorrentes, na mesma área de atividade, não obrigados à tal exigência.

O DL nº128/2014 foi alterado pelo DL nº63/2015 de 23 de abril, e pelo DL nº62/2018, de 22 de agosto. De acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº62/2018, de 22 de agosto, consideram-se *estabelecimentos de alojamento local aqueles que prestam serviços de alojamento temporário, nomeadamente a turistas¹⁷, mediante remuneração, e que reúnam os requisitos previstos no presente decreto-lei*. Trata-se de uma forma de alojamento que acarreta consigo a associação inevitável a outras prestações de serviços, mas que não deve ser entendida como uma “presunção da prestação de serviços, pois o serviço só pode ser prestado quando os clientes procuram o local e contratam o alojamento, mas de uma presunção do desenvolvimento da atividade de prestação de serviços correspondente”¹⁸.

Quando falamos em estabelecimentos de AL devemos ter presente que existem diversas modalidades. Temos: as *moradias*, quando o estabelecimento de AL está instalado num edifício autónomo; os *apartamentos*, quando o estabelecimento de AL está instalado em parte integrante ou fração autónoma de um prédio urbano, *quartos* quando a exploração é feita na própria residência do titular; *estabelecimentos de hospedagem*, quando o estabelecimento de AL é constituído por quartos integrados numa unidade autónoma, sendo que se o número de utilizadores for superior ao número utilizadores em quarto podemos estar perante um *hostel*. Com a Lei nº62/2018, de 22 de agosto, surgiu

turística, pela confirmação de que não se tratam de um fenómeno passageiro e pela evidente relevância fiscal, uma atualização do regime aplicável ao alojamento local.

¹⁶ Tal como refere o número 1 do artigo 43º do DL nº39/2008 o serviço de alojamento turístico só pode ser prestado nos empreendimentos turísticos ou nos estabelecimentos de alojamento local.

¹⁷ A atividade de alojamento local, como serviço destinado e prestado a turistas, pode também ser prestada ao público em geral, como esclarecem as alterações de 2018.

¹⁸ De acordo com ALMEIDA, Aristides Rodrigues de, *A atividade de exploração de estabelecimento de alojamento local*, p.9.

uma nova modalidade de AL denominada de quartos, que compreende as situações em que a exploração da atividade de AL é feita na residência do titular¹⁹ quando a unidade de estabelecimento seja o quarto e estes não sejam em número superior a três.

Depois da pequena abordagem que fizemos aos rendimentos prediais, parece simples entender que os rendimentos derivados da atividade de AL são também rendimentos prediais, mas excedem estes. Os rendimentos provenientes do AL são rendimentos oriundos de uma atividade predominantemente de prestação de serviços (implicando um imóvel, é certo) e que, portanto, se enquadra no âmbito dos rendimentos empresariais da categoria B do IRS. Este enquadramento resulta, desde logo, da alínea h) do número 1 do artigo 4º do CIRS que refere as atividades hoteleiras e similares como sendo comerciais ou industriais. Assim, a atividade de AL não se confunde com a unidade de alojamento em si, mas antes nos reconduz à organização dos meios afetos à atividade que tem em vista o lucro do estabelecimento.

O STJ refere que a atividade de alojamento local consubstancia objetivamente um ato de comércio²⁰, semelhante a um contrato de albergaria ou pousada em que também se pressupõem direitos e obrigações atinentes a vários outros contratos, não significando que se exerçam todos eles.

Para o início da atividade de AL é necessária a mera comunicação prévia ao Presidente da Câmara Municipal do território onde está inserido o estabelecimento, sendo esta comunicação gratuita.

1. A atividade de alojamento local e a categoria F

A questão que se coloca desde logo é a de saber se os rendimentos provenientes de AL podem ser enquadrados na categoria F, tal como o arrendamento-tipo (chamemos-lhe assim para efeitos de simplificação).

O AL, na sua base, reporta-se ao arrendamento-tipo, diferenciando-se pela diversidade de modalidades a que o associamos e pela multiplicidade de serviços

¹⁹ Correspondente ao seu domicílio fiscal.

²⁰ No seguimento do Acórdão do STJ de 28 de março de 2017 (alojamento local), - Ac. Do STJ de 28/03/2017, Proc. 12579.16.0T8LSB.L1.S1-, de recurso interposto do Acórdão do TRL de 20 de outubro de 2016.

prestados no âmbito da atividade. Se formos um pouco mais longe nesta análise, temos que o próprio arrendamento-tipo pode ser enquadrado na categoria B por se considerar que pode ser decorrente de uma atividade empresarial, o que tem alguns traços comuns com a atividade de AL. Tendo o legislador previsto esta opção para os rendimentos prediais pelo motivo referido, não se entende que não fosse possível a opção inversa para os rendimentos provenientes do AL. Não colocamos questão na existência de diferenças entre o arrendamento-tipo e a atividade de AL, mas acreditamos também na existência muitas características que os aproximam. Se o legislador teve o cuidado de prever uma categoria específica para os rendimentos prediais parece-nos que, sendo o AL também, no essencial, uma forma de arrendamento, nada deve obstar à sua tributação na categoria F.

O Ofício-circulado nº20180/2015, de 19 de agosto, visou uniformizar a prática administrativa quanto à tributação dos rendimentos provenientes da atividade de AL. De acordo com o Ofício-circulado, *a exploração da atividade de AL corresponde ao exercício de uma atividade de prestação de serviços de alojamento, sendo geradora de rendimentos empresariais da categoria B*. Quando o proprietário do imóvel seja o mesmo SP que explora a atividade de AL fica sujeito a tributação na categoria B. Por seu turno, nos casos em que o proprietário do imóvel e o titular da exploração de AL sejam SP distintos, o primeiro é tributado na categoria F (salvo opção pela empresarialização) e o segundo é tributado na categoria B. Por último, se o proprietário do imóvel afeto à atividade de AL inicia ele própria a atividade (sendo o titular da exploração) e, subsequentemente, cede essa exploração a outrem ambos são tributados na categoria B. Neste contexto, o referido Ofício-circulado refere que se o titular da exploração for também o proprietário do imóvel onde exerce a atividade de AL, deve ter o mesmo afeto à atividade.

Em 2016 foi introduzido o número 14 do artigo 28º do CIRS, que refere que os titulares de rendimentos da atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento podem optar pela tributação na categoria F²¹. Esta importante alteração legislativa subsequente ao Ofício-circulado, denota não haver grande concordância do legislador e da AT.

²¹ Aditado pela Lei nº42/2016 de 28 de dezembro.

A possibilidade de opção não significa que estejamos perante rendimentos prediais da categoria F, mas antes que os rendimentos provenientes da atividade de AL, enquanto rendimentos provenientes do exercício de uma atividade empresarial, podem ser tributados na categoria B ou, por opção do seu titular, na categoria F. A inserção desta norma no artigo 28º (formas de determinação dos rendimentos da categoria B) indicia que os “rendimentos da atividade de alojamento local *não mudam de natureza* em consequência do exercício da opção prevista (...), mantêm o seu enquadramento na categoria B (mantendo-se a afetação dos imóveis à atividade empresarial)²²”.

Pelas suas características os rendimentos obtidos na atividade de AL deveriam ser passíveis de enquadramento na categoria F, mas a lei apenas passou a permitir a sujeição a esta categoria dos rendimentos da atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento²³. Compreendemos que seja mais fácil a equiparação.

A atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento assemelha-se em grande medida ao arrendamento-tipo, desde logo porque não pressupõe a existência de um conjunto de prestação de serviços facilmente associadas às atividades hoteleiras, ao contrário do que sucede com a atividade de AL na modalidade de *hostel*. A atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento pressupõe um edifício ou fração autónoma de carácter familiar e suscetível de utilização independente.

O DL nº63/2015, de 23 de abril, que veio alterar o DL nº128/2014, de 29 de agosto, diferenciou claramente o *hostel*, definindo requisitos específicos para esta categoria. A lei exige que os dormitórios sejam constituídos por um mínimo de 4 camas, sendo que cada utente terá direito a um compartimento individual por forma a guardar os seus pertences. Deverão existir espaços sociais comuns, sendo que o *hostel* pode ter estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços²⁴. Com a Lei nº62/2018, de 22 de agosto, os requisitos da atividade de AL na modalidade de *hostel* sofreram algumas alterações. A nova lei, no número 5 do artigo 12º, remete para Portaria a regulamentação das condições e requisitos para o funcionamento do *hostel*. Alguns dos requisitos subjacentes à atividade de AL na modalidade de *hostel* não são de conhecimento geral, uma vez que a referida Portaria não se encontra publicada.

²² Cfr. DUQUE, Mónica, *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária, nº20, p.13.

²³ Facilmente prevemos que ambas as modalidades cabem na alínea a) do número 2 do artigo 8º do CIRS.

²⁴ Incluindo restauração e bebidas.

Ainda nos termos da Lei nº62/2018 de 22 de agosto, não pode haver lugar à instalação e exploração de *hostel* em edifícios em propriedade horizontal nos prédios em que coexista habitação sem autorização dos condóminos para o efeito. A própria lei parece indicar que apenas se exige a referida autorização na modalidade de *hostel*. Existem neste momento dois acórdãos a propósito das necessárias autorizações dos condóminos para o exercício da atividade de AL. O acórdão do Tribunal da Relação do Porto considera que o AL não é uma prestação de serviços, mas tão só um subarrendamento²⁵. Por seu turno, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa considera que o exercício da atividade de AL é uma verdadeira prestação de serviços²⁶. Uma vez que não há concordância nesta matéria, a exclusão da opção pela categoria F dos rendimentos provenientes da atividade de AL na modalidade de *hostel*, permitiu ao legislador fiscal não assumir uma posição sobre a verdadeira natureza da atividade de AL nesta modalidade.

2. A tributação dos rendimentos da atividade de Alojamento Local

Os rendimentos provenientes da atividade de alojamento local são, em regra, tributados na categoria B como rendimentos empresariais.

Tal como no âmbito dos rendimentos prediais, os sujeitos passivos no regime da contabilidade organizada são tributados por remissão para o CIRC.

No regime simplificado os coeficientes previstos na lei para os rendimentos provenientes da atividade de AL diferem nas suas diversas modalidades. No caso do AL na modalidade de *hostel* aplica-se o coeficiente previsto na alínea a) do número 1 do artigo 31º do CIRS, o que significa que há uma presunção de 85% de gastos com a atividade. Já no caso de AL na modalidade de moradia ou apartamento a presunção de custos é de 65% tal como resulta da alínea c) do mesmo artigo.

²⁵ De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de setembro de 2016 (alojamento local) – Ac. Do TRP de 15/09/2016, Proc. 4910/16.5T8PRT-A.P1.

²⁶ O Tribunal da Relação de Lisboa entendeu no Acórdão de 20 de outubro de 2016 (alojamento local), - Ac. Do TRL de 20/10/2016, Proc. 4910/16.5T8PRT-A.P1-, que o alojamento local é uma atividade comercial “em tudo semelhante a um hotel, a uma pensão, a um *hostel*” e que destinando-se a fração “única e exclusivamente a habitação” e não ao exercício da atividade comercial, aquela atividade representa um uso para fim diverso.

A diferença nos coeficientes aplicáveis em cada uma das modalidades não é a única novidade introduzida pelas alterações legislativas. A LOE 2018 vem dizer que, a partir de determinado montante²⁷, os SP que optem pelo regime simplificado terão que comprovar despesas suficientes para usufruir das deduções automáticas que a lei lhe confere. Curioso é que a comprovação de despesas é apenas aplicável aos rendimentos de atividades profissionais e às demais situações de prestações de serviços²⁸. Significa que no caso de AL na modalidade de moradia ou apartamento os sujeitos passivos não estão sujeitos a esta comprovação, ao contrário do que sucede nos demais casos de AL.

Os SP que exerçam a atividade de AL na modalidade de hostel tem de comprovar que realizaram efetivamente despesas num valor percentual calculado sobre o próprio valor que resultaria sem a aplicação do coeficiente. A ideia do legislador é quebrar a vantagem que acredita existir na escolha do regime simplificado por alguns profissionais liberais.

Com as alterações legislativas introduzidas pela LOE 2018 o regime simplificado tende a aproximar-se do regime da contabilidade organizada. As alterações de que foi alvo no último ano tornaram este regime tendencialmente mais litigioso.

²⁷ Tendo por referencia a LOE 2018 falamos da dedução automática de 4104,00€, valor a partir do qual é necessário comprovar as despesas realizadas.

²⁸ Cfr. número 13 do artigo 31º do CIRS.

CAPÍTULO II: O TEMA DA TRIBUTAÇÃO DAS MAIS-VALIAS

I. Enquadramento no âmbito da atividade de Alojamento Local

O início da exploração da atividade de AL por um SP, proprietário de um imóvel, implica um destaque desse imóvel da sua esfera pessoal para a sua esfera empresarial. Com o início da atividade ocorre uma afetação do imóvel do SP à atividade por este desenvolvida. Nos termos da norma constante do número 1 do artigo 10º a afetação de um bem imóvel da esfera pessoal do SP para a sua esfera empresarial é qualificável como geradora de uma mais-valia tributável (categoria G).

Neste contexto, temos um imóvel que mantém a mesma titularidade, mas que passa a estar afeto à atividade desenvolvida pelo seu proprietário. Referimo-nos a um caso específico que não cabe no conceito de alienação, sendo expressamente consagrado na alínea a) do número 1 do artigo 10º do CIRS. A questão que se impõe é a de saber porque é que a afetação/desafetação do imóvel está tipificada como realização²⁹.

Apesar do princípio da realização da MV não ser universal, o legislador consagrou, no número 3 do artigo 10º CIRS, que o ganho só é tributável quando houver ulterior alíneação do imóvel ou regresso do mesmo à esfera pessoal do seu titular (desafetação). Concede-se um diferimento da tributação, que determina a existência de resultados em condições idênticas. A liquidação dos impostos assenta na efetiva capacidade contributiva do SP, pelo que a simples afetação dos bens do património pessoal a uma atividade empresarial não revela essa capacidade. Distingue-se, portanto, o momento da sujeição e o momento da exigibilidade do imposto: sendo a MV calculada pelos valores de ambos os momentos.

Nestes casos, a mais-valia resulta da diferença entre o valor de mercado à data da afetação e o seu valor de aquisição. A tributação só ocorre quando o bem for alienado, destruído (sinistro) ou regresse à esfera particular do seu proprietário. No ano em que ocorra qualquer um dos factos indicados, o SP deve indicar no anexo G os elementos necessários para o apuramento da mais-valia.

²⁹ Nos termos da alínea a) do número 1 do art.10º do CIRS, conjugado com a alínea b) do número 3 do mesmo artigo.

Na afetação e desafetação do imóvel à atividade de AL desenvolvida pelo SP, para além da mais-valia gerada na categoria G, que já vimos, há uma outra que se gera. Referimo-nos à mais-valia resultante da alienação do bem já afeto à atividade empresarial ou profissional desenvolvida pelo SP – a mais-valia da categoria B. Em rigor, há lugar ao apuramento de duas mais-valias com contornos distintos.

A lei, no número 9 do artigo 3º do CIRS, veio consagrar uma exceção: não há lugar a tributação quando a desafetação do imóvel da atividade empresarial (categoria B) é seguida da arrendamento habitacional (categoria F). Esta exceção aplica-se também no caso do alojamento local³⁰.

Temos, assim, três questões. Primeiro, e uma vez que por força desta exceção não há tributação da MV no momento da desafetação, há que saber até quando se mantém esta situação de não tributação. O acréscimo adiado pela Lei 114/2017 à alínea b) do número 3 do artigo 10º do CIRS determina que o diferimento da tributação deverá manter-se enquanto o SP esteja afeto à obtenção de rendimentos da categoria F. Assim, este regime difere a tributação para data indeterminada, sendo que fica suspensa a liquidação do imposto que condiciona a cessação da atividade. A previsão legal da cessação da atividade constante do artigo 114º do CIRS denota a incoerência das alterações legais, pois este artigo não se encontra em conformidade com as disposições introduzidas pela Lei 114/2017.

Uma vez que na afetação/desafetação do imóvel se geram duas MV – uma tributada na categoria G e outra tributada na categoria B-, questiona-se se a não tributação da MV gerada no âmbito da categoria G arrasta consigo a também exclusão de tributação da MV da categoria B. Entendemos ser razoável que sim.

Por último, questiona-se qual o valor a ter em consideração para o cálculo das mais-valias. No apuramento da mais-valia da categoria G, o valor de realização é o valor do imóvel à data da afetação à atividade empresarial desenvolvida pelo seu proprietário, sendo que há um diferimento de tributação que se mantém até cessar a obtenção de rendimentos da categoria F.

O apuramento da mais-valia da categoria B terá em conta todo o tempo decorrido desde a afetação à atividade até à cessação, para que se possam considerar as quotas de

³⁰ Como vimos, o legislador previu também no número 14 do artigo 28º do CIRS a possibilidade de um SP que exerça a atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento optar pela categoria F.

amortização. Uma vez que a cessação da atividade só ocorre aquando da liquidação do imposto³¹, o valor de realização para o cálculo da mais-valia da categoria B resulta do valor da alienação ou regresso ao património pessoal do sujeito passivo à data da desafetação do imóvel à obtenção de rendimentos da categoria F.

A exceção a que nos referimos aplica-se apenas a imóveis habitacionais. Como refere Mónica Duque, “não se compreende a razão de ser da restrição aos imóveis habitacionais (...), deixando de fora os imóveis arrendados ao comércio, indústria ou serviços.”³²

O legislador visou mitigar problemas relativos à possibilidade de, em cada ano, os proprietários de imóveis puderem decidir se a tributação das rendas se realiza no âmbito da categoria F ou da categoria G. No nosso entender, o legislador é indiferente à modalidade em que os rendimentos se enquadram, tentando reduzir a incoerência da lei através de um diferimento da tributação das mais-valias. O problema surge pelo número 1 do artigo 10º, uma vez que a afetação continua a constituir um facto gerador de mais-valia. Significa que esta solução legal, no limite, poderá gerar um ciclo de afetações à categoria B e posteriores desafetações com a manutenção de rendimentos na categoria F que, aquando da efetiva desafetação por alienação ou regresso à esfera pessoal do mesmo titular, originam um valor tributável de mais-valia irrisório.

Analisando a exceção questionamo-nos se não é ela própria uma forma de desvalorização da categoria F. Se a tributação não ocorre porque os rendimentos se mantem em tributação na categoria F, significa que o legislador ficciona que esses rendimentos ainda se mantenham na categoria B. Desta forma, cremos ser a categoria F uma válvula de escape do legislador, que permite a manutenção da existência de rendimentos tributáveis quando estes denotam já não caber na categoria B muito embora possam ser tributados nela.

Como último ponto, cabe referir que a opção pela tributação dos rendimentos da atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento (abordados no capítulo anterior) não tem qualquer interferência no que toca às MV, uma vez que se considera igualmente que ocorreu afetação, muito embora a forma de apuramento do rendimento

³¹ No mesmo sentido, vide Circular 21/2018, de 29 de março de 2018, *Da tributação em imposto sobre o rendimento de alojamento local (AL) II*.

³² Cfr. *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária, nº20, p.13.

tributável seja distinta. Assim, as MV sujeitas a imposto são nas diversas modalidades de AL.

II. A mais-valia da Categoria G

1. Noção

Historicamente os rendimentos obtidos sem intervenção ativa do seu titular, não eram considerados para efeitos de tributação. Atualmente não vigora a mesma ideia. Os incrementos patrimoniais que constam do artigo 9º e 10º do CIRS correspondem a vantagens económicas que independentemente da sua natureza, excepcionando quando se enquadram noutra categoria de tributação, devem ser tributados na categoria G e considerados como rendimento do ano em que são colocados à disposição³³. De salientar que, até à lei nº30-G/2000, de 29 de dezembro, a categoria G dos incrementos patrimoniais apenas correspondia a MV. Atualmente, os incrementos patrimoniais podem ser outros que não as mais-valias, mas as MV sendo um tipo de incrementos patrimoniais, estão autonomizadas e é apenas a elas que nos vamos referir.

Tendencialmente a definição de mais-valia surge pela negativa, uma vez se revela de extrema complexidade. No ordenamento jurídico português, a mais-valia é definida como um ganho ocasional, fortuito e inesperado, não decorrente da atividade do seu titular. Trata-se de um ganho que surge sem que o seu titular seja proativo para o receber e que resulta num acréscimo patrimonial indiciador de uma certa capacidade contributiva, que conduz à sujeição a imposto. Esta noção prende-se com dois vetores muito importantes: o valor de aquisição do bem e o valor de venda desse mesmo bem. Assim, a mais-valia não resulta de uma contrapartida de um esforço de trabalho como na teoria de Karl Marx³⁴, mas antes consubstancia um rendimento que não é constante.

³³ Segundo Paula Rosado Pereira, “os frutos e demais vantagens económicas, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, sejam pecuniários ou em espécie, procedentes, direta ou indiretamente, de elementos patrimoniais, bens, direitos ou situações jurídicas, de natureza mobiliária, bem como da respetiva modificação, transmissão ou cessação, com exceção dos ganhos e outros rendimentos que sejam tributados noutras categorias de rendimentos.”, cfr. PEREIRA, Paula Rosado, *Estudos Sobre IRS: rendimentos de capitais e mais-valias*, 2007, Almedina, p.17.

³⁴ Economicamente, a noção de mais-valia nasceu com a teoria de Karl Marx. Karl Marx assumiu como base a teoria do valor-trabalho e elaborou a teoria da mais-valia. O elemento mais importante seria o lucro que se sobrepõe aos custos de produção dos produtos. O valor de toda a mercadoria deve ser determinado por todo o trabalho socialmente necessário e todos os trabalhadores recebem uma remuneração fixa pela exploração da força de trabalho – o salário. Esse trabalho produz um valor fixo nos bens e serviços, porém

Na ótica de Teixeira Ribeiro, que já data de 1989, a mais-valia constitui um aumento inesperado no valor dos bens que não foram produzidos, comprados ou conservados para vender. Trata-se de um ganho “deveras irregular”³⁵.

Nas palavras de Rui Morais, as mais-valias “são ganhos que resultam de uma valorização de bens devido a circunstâncias externas, e por isso, independente de uma atividade produtiva do seu titular. São ganhos “trazidos pelo vento” (windfall gains). O que por si só parece justificar a tributação”³⁶. Por seu turno, Saldanha Sanches define mais-valia como “diferença positiva entre dois valores, o de aquisição e o de realização (normalmente, a alienação)”³⁷.

A categoria G do CIRS detém um cariz residual, uma vez que só há tributação nesta categoria se os rendimentos não forem classificáveis como rendimentos de outras categorias³⁸. A título de exemplo, a alienação de bens imóveis afetos a uma atividade empresarial inclui-se no lucro da atividade e constitui um rendimento da categoria B para efeitos de tributação (e não rendimento da categoria G, como seria expectável). Como decorre do artigo 9º do CIRS, constituem um incremento patrimonial as mais-valias tal como definidas no artigo seguinte do mesmo diploma.

O artigo 10º encerra uma enumeração taxativa das mais-valias consideradas para efeitos de tributação, pois convém que as situações sujeitas a imposto sejam controláveis facilmente. Determina este artigo que são mais-valias os ganhos obtidos, que não sendo rendimentos de outra categoria, resultem da afetação de bens imóveis do património particular à atividade empresarial e profissional exercida pelo seu proprietário em nome individual. Como facilmente observamos o legislador optou por não esgotar todas as

existe sempre um excedente de produção. O trabalhador contratado paga o seu salário com uma parte da sua força de trabalho, sendo que o que resta dos frutos desse trabalho é apropriado pelo capitalista. É a este excedente que Karl Marx denomina de mais-valia. Vide SANCHES, Saldanha, *O conceito de mais-valia depois da reforma*, revista fisco nº20/21, maio/junho 1990, p.59.

³⁵ De acordo com RIBEIRO, J. J. Teixeira, *A tributação das mais-valias na reforma fiscal*, p.110.

³⁶ Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, 2014, 3ª edição, Almedina, p.130.

³⁷ Cfr. SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, p.315.

³⁸ De acordo com André Salgado de Matos “a categoria G é, portanto, aquilo que a doutrina já tem chamado uma categoria não preponderante, uma vez que, ao invés de exercer um efeito de atração sobre rendimentos prima facie também subsumíveis noutras categorias, são estas que exercem esse efeito sobre rendimentos prima facie integráveis na categoria G.”, MATOS, André Salgado de, *Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares Anotado*, 1999, Instituto Superior de Gestão, p.164.

situações potencialmente geradoras de MV, contribuindo para uma menor desigualdade na tributação³⁹.

2. Princípio da realização da mais-valia

A MV não é mais do que um ganho que se realiza em regra com a alienação de um bem⁴⁰, desde que esta alienação não se prenda com a atividade empresarial ou profissional desenvolvida pelo SP⁴¹.

Nas palavras de Saldanha Sanches, “as mais-valias, como uma espécie real do conceito mais vasto de acréscimos patrimoniais que se podem definir com a totalidade das mais-valias e de outros rendimentos que podem ser imputados a uma certa pessoa (centro de imputação de um património) têm sempre como pressuposto a alienação de um determinado bem sem que se possa considerar tal alienação como estando integrada numa atividade comercial ou empresarial”⁴².

Muito embora pelo conceito de rendimento-acréscimo pudéssemos considerar todas as valorizações ocorridas para efeitos de tributação, o nosso Código do IRS adotou o modelo tradicional de tributação de MV. A solução plasmada na lei estabelece uma impossibilidade legal de tributação de MV potenciais ou latentes. A tributação desta última situação poderia conduzir a problemas de liquidez do SP que é tributado sobre um rendimento presumido que não tem nem auferiu, logo sobre o qual não há ganho ou valor de realização.

A regra geral é que os ganhos se consideram obtidos no momento da prática dos atos, salvo nos casos previstos no número 3 do artigo 10º do CIRS. O princípio da realização não é levado às suas últimas consequências, motivo pelo qual temos tributação de MV que, segundo o que dissemos, não estariam sujeitas a imposto. Segundo um acórdão do STA de 14 de março de 2012 do Juiz Relator Valente Torrão, é “irrelevante

³⁹ “até porque as mais-valias, por implicarem a existência de um património, tendem a concentrar-se nos estratos de contribuintes economicamente mais favorecidos”, MORAIS, Rui Duarte, Sobre o IRS, 2014, 3º edição, Almedina, p.130.

⁴⁰ A lei consagra no artigo 10º do CIRS a alinação e situações equiparadas, como a afetação de bens do património pessoal do sujeito passivo ao seu património empresarial.

⁴¹ Caso estejamos perante uma MV obtida no exercício da atividade empresarial e profissional, a sujeição a imposto dá-se pela sua inclusão no lucro, sendo como tal tributada na categoria B.

⁴² Cfr. SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 2002, 2º edição, Coimbra Editora, p.220.

que a parte com a qual o contribuinte contratou não cumpra o contrato ou venha a exigir devolução de parte do preço” para que tenhamos uma MV tributável. Assim, o momento realmente relevante para efeitos de realização da MV é o momento da prática do ato independentemente da sua consumação.

No caso da alínea a) do número 1 do artigo 10º do CIRS, a tributação do ganho é diferida para *o momento em que ocorra a ulterior alienação onerosa dos bens ou outro facto equivalente que determine o apuramento em condições análogas*⁴³, pois apenas neste momento se considera que está cumprido o princípio da realização e ocorre a exigibilidade do imposto. Essencialmente a norma da alínea b) do número 3 do artigo 10º, visa garantir “que se possa materializar a realização efetiva do ganho⁴⁴”. Se não há dúvidas quanto à formulação da norma no respeitante à *ulterior alienação do imóvel*, o mesmo não podemos afirmar relativamente ao disposto na parte final da mesma alínea.

O conceito indeterminado que subjaz ao *apuramento de resultados em condições análogas* diferentes respostas. Paula Rosado Pereira refere a ocorrência de sinistros, pela perda ou destruição do bem afeto à atividade⁴⁵. Xavier de Basto refere casos em que, bens que estejam afetos a uma atividade desenvolvida pelo seu titular, sejam posteriormente objeto de uma transferência global com os demais bens que integrem o estabelecimento⁴⁶.

Coloca-se ainda a questão de saber se a desafetação e regresso à esfera pessoal do mesmo titular também se enquadra na norma. Alguns autores, como Rui Morais⁴⁷ e Paula Rosado Pereira⁴⁸, entendem que a desafetação e simultâneo regresso à esfera pessoal de bens imóveis afetos à atividade do mesmo titular devem constituir um facto que determina o apuramento de resultados em *condições análogas*, ficcionando-se a transmissão do bem. Considerar que o regresso à esfera particular do mesmo SP determina a exigibilidade do imposto, com todas as consequências fiscais que desta conceção advêm⁴⁹, causou

⁴³ Nos termos da alínea b) do número 3 do artigo 10º do CIRS.

⁴⁴ Cfr. DUQUE, Mónica, *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária, nº20, p.11.

⁴⁵ Cfr. *Estudos Sobre o IRS: rendimentos de capitais e mais-valias*, p.92.

⁴⁶ Cfr. - BASTO, José Xavier de, *IRS Incidência Real e Determinação dos rendimentos líquidos*.

⁴⁷ Cfr. *Sobre o IRS*, p.141-142.

⁴⁸ Cfr. *Estudos Sobre o IRS: rendimentos de capitais e mais-valias*, p.92.

⁴⁹ A ulterior alienação a que nos referimos implica a desafetação do bem imóvel da atividade desenvolvida pelo seu proprietário, pelo que, torna exigível quer a mais-valia gerada na categoria G, quer a mais-valia da categoria B (que analisaremos de seguida).

alguma perplexidade na doutrina, o que determinou algumas alterações legais na tentativa de mitigar o regime.

1.1 Equiparação do conceito de afetação/desafetação com o conceito de alienação

A versão originária do CIRS pela alínea d) do número 1 do artigo 10º considerava como mais-valia “os ganhos obtidos que não sendo considerados rendimentos comerciais, industriais ou agrícolas” resultassem da “cessão onerosa de arrendamento e outros direitos e bens afetos, de modo duradouro, ao exercício de atividades profissionais independentes, incluindo a afetação permanente daqueles bens a fins alheios à atividade exercida”. Significa que a versão originária do CIRS pressupõe a cessão onerosa de modo duradouro, que configura verdadeiramente um elemento de realização.

A realização das mais-valias opera, em regra, pela alienação dos bens, presumida na indemnização por sinistro, mas pode também operar pela simples verificação em contabilidade, como no caso da afetação e desafetação de bens do sujeito passivo ao exercício da atividade de AL⁵⁰. A afetação dos bens do património particular do sujeito passivo ao exercício da sua atividade empresarial é uma situação equiparada pelo legislador à alínea a) do número 1 do artigo 10º. Este facto gerador de imposto foi introduzido no CIRS pelo DL nº141/92 de 17 de julho e pela Lei n.º 30G/2000 de 29 de dezembro (com alterações recentes introduzidas pela Lei nº42/2016, de 28 de dezembro, e pela Lei nº114/2017, de 29 de dezembro).

A agressividade deste regime no que respeita à afetação de um bem imóvel à atividade desenvolvida pelo seu titular e posterior desafetação e regresso à sua esfera pessoal levanta sérias dúvidas e questões. Assim, no que respeita ao paralelismo estabelecido entre as duas noções deve ser ponderado o parâmetro da realização, que é verificado regra geral pela alienação.

O nosso Código do IRS adota o modelo do rendimento-acrécimo na construção do rendimento tributário, o que significa que a base de incidência deste imposto abarca todo o aumento do poder contributivo do contribuinte, incluindo as mais-valias⁵¹. O

⁵⁰ Cfr. RIBEIRO, J. J. Teixeira, *A tributação das mais-valias na reforma fiscal*.

⁵¹ Cfr. Preâmbulo do CIRS, nº5

conceito de transmissão de bens fiscalmente relevante remete para um equilíbrio entre aspetos económicos e substanciais, desconsiderando em grande medida a titularidade dos bens. Se, por um lado, perfilhamos do entendimento de que a alínea b) do número 3 do artigo 10º do CIRS visa que a tributação seja diferida para o momento da ulterior alienação dos bens imóveis⁵², por outro não compreendemos a conceção (aceite pacificamente pela doutrina) no sentido da desafetação e regresso à esfera particular do mesmo titular constituir uma forma de exigibilidade do imposto.

Como refere Mónica Duque, “a questão não é fácil de resolver porque exige a articulação entre a filosofia imanente à tributação das mais-valias na categoria G (...) e a filosofia que subjaz ao apuramento e à tributação do lucro perspetivado como resultado global da atividade da categoria B⁵³”.

Na lógica da categoria B, a afetação do bem imóvel à atividade desenvolvida pelo SP coloca esse mesmo bem no ativo imobilizado da empresa pelo que é necessário atribuir-lhe valor. Do mesmo modo, se o mesmo bem deixar de estar afeto à atividade é necessário atribuir-lhe valor para que se possa espelhar essa desafetação na contabilidade.

Quanto à categoria G, a existência de uma mais-valia tributável faz sentido nos casos em que estejamos perante a alienação do bem imóvel, já nos demais parece-nos não haver lugar ao cumprimento de qualquer acréscimo patrimonial.

Como refere Mónica Duque, “a mesma construção conduz a resultados questionáveis à luz dos princípios estruturantes da tributação das mais-valias no âmbito da categoria G, bem como dos próprios princípios basilares e opções legislativas em matéria de tributação das pessoas singulares no IRS.⁵⁴”

3. Regras de quantificação da mais-valia para efeitos tributários

O que se tributa é o saldo anual entre as mais e menos-valias. Falamos da diferença positiva sobre o valor da venda deduzido do valor da aquisição e das despesas com o

⁵² Como refere Rui Morais, “a tributação é adiada para o momento da efetiva alienação do bem”. MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, p.142.

⁵³ Cfr. *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária, nº20, p.15.

⁵⁴ Cfr. *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária, nº20, p.17.

processo. Tributa-se como MV o ganho efetivamente obtido, o que significa que a MV difere do produto da alienação.

No cálculo da MV imobiliária considera-se o valor de venda ou realização deduzido do valor de aquisição, atualizado pelo coeficiente de desvalorização da moeda quando a esta atualização haja lugar.

Regra geral, o valor de realização é considerado o valor da respetiva contraprestação. Quando o valor de realização seja inferior ao valor patrimonial do imóvel, este último prevalecerá. Porém, se o SP fizer prova de que o valor de realização é de facto inferior a presunção é ilidida nos termos do artigo 139º do CIRS.

Por seu turno, o valor de aquisição está dependente da forma de aquisição do bem. Numa aquisição a título gratuito o valor de aquisição é aquele que tenha servido de base à liquidação do imposto de selo ou que serviria se o imposto fosse devido. Numa aquisição a título oneroso o valor de aquisição será o que tiver sido levado em conta para liquidação do IMT ou, se a liquidação não ocorrer, o que se deveria considerar. Mais uma vez, neste último caso, o valor considerado será sempre o maior de entre o valor da escritura e o VPT.

O coeficiente de desvalorização da moeda apenas se aplica quando entre a data de alienação de um imóvel e a data da sua aquisição decorrerem mais de 24 meses, nos termos do artigo 50º do CIRS. Apenas o valor de aquisição será objeto de correção, sem que se considerem as despesas e encargos.

Os ganhos enquadráveis na categoria G não conhecem de qualquer dedução específica. Porém, de acordo com o artigo 51º do CIRS, pode haver a possibilidade de deduzir algumas despesas com a alienação ou aquisição em que o SP tenha incorrido nos últimos 12 anos.

A tributação de mais-valias realizadas também tem os seus aspetos negativos. Se a tributação ocorre apenas no momento da realização, significa que nessa data são tributados os ganhos gerados ao longo de vários anos a uma taxa progressiva com um efeito penalizador para o SP. Esta é a razão pela qual o legislador optou por tributar as mais-valias realizadas em apenas 50%, nos termos do número 2 do artigo 43º do CIRS. As mais-valias imobiliárias são sujeitas a uma taxa progressiva.

Exclui-se desta tributação a primeira alienação dos imóveis que tenham sido adquiridos antes de 1 de janeiro de 1989. Esta situação acarreta ainda mais questões quando nos deparamos com a tributação por via da afetação/desafetação dos imóveis, uma vez que no caso de um imóvel adquirido antes dessa data que seja afeto à atividade de AL, mantendo-se na esfera do mesmo titular, e posteriormente seja desafetado fica sujeito a uma tributação que de outra forma não teria.

De acordo com o regime de reinvestimento excluem-se também de tributação os rendimentos da categoria G decorrentes de transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação própria e permanente do SP ou do seu agregado familiar desde que o valor de realização seja utilizado na aquisição de outro imóvel, de terreno para construção de imóvel ou na construção/melhoramento de outro imóvel situado em território português – art. 10º/5.

III. A mais-valia da categoria B

A categoria B do IRS, enquanto “super” categoria⁵⁵, reclama para si rendimentos provenientes de varias outras categorias do CIRS (nomeadamente, rendimentos prediais e mais-valias). No contexto do AL pode gerar-se uma MV, que ocorre no exercício de uma atividade empresarial ou profissional⁵⁶. Estão em causa ganhos resultantes da alienação de bens do ativo fixo tangível ou intangível da empresa que se encontram afetos à sua atividade. Estes rendimentos serão obtidos no exercício corrente e comum de atividades de natureza comercial, industrial, agrícola ou de prestação de serviços, mas também em atos isolados como na compra para revenda. Daí a sua sujeição à categoria B.

A MV gerada na categoria B é tida como um ganho/lucro decorrente da atividade profissional ou empresarial que resulta da venda de bens do ativo fixo da empresa. Assim, a noção de mais valia tributável é mais abrangente quando nos referimos à categoria B,

⁵⁵ Uma vez que resultou da fusão da categoria C, relativa aos rendimentos comerciais e industriais, e da categoria D, correspondente aos rendimentos agrícolas.

⁵⁶ Cfr. Alínea c) do número 2 do artigo 3º do Código do IRS.

uma vez que na categoria G se restringe às obtidas em decorrência dos factos constantes do artigo 10º do CIRS.⁵⁷

A título de consideração lateral, referir que a denominação como “mais-valia” de um rendimento tributado na categoria B não nos parece ser a mais correta. Muito embora a própria alínea c) do número 2 do artigo 3º do CIRS refira que estamos perante MV apuradas no âmbito de atividades geradoras de rendimentos profissionais e empresariais, no somatório temos lucro da atividade que em regra não é rendimento ocasional e fortuito. Assim, a verdadeira noção de mais-valia reporta-nos à categoria G⁵⁸.

A MV gerada na categoria G é a dita mais-valia privada, ao passo que a MV gerada na categoria B pode denominar-se de mais-valia empresarial⁵⁹. Devemos ter sempre presente que as duas MV referidas têm características diferentes na sua génese.

A mais-valia imobiliária tributada na categoria B é sujeita a imposto quando, para efeitos de IVA, seja obrigatória a emissão de fatura ou documento equivalente ou, quando esta não seja obrigatória, desde o momento do pagamento ou colocação à disposição dos respetivos titulares⁶⁰.

1. Quantificação da mais-valia gerada na categoria B

As mais-valias, em regra, não pressupõem custos. No âmbito da atividade empresarial a aquisição de um bem imóvel não implica um custo para o adquirente, mas

⁵⁷ De acordo com MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, p.135.

⁵⁸ Imaginemos que o SP proprietário de um imóvel onde reside com a sua família. Com o nascimento do seu terceiro filho, entende ser esse apartamento pequeno para toda a família e opta pela venda e compra de um imóvel mais espaçoso. Estamos perante uma mais-valia enquadrável na categoria G. Realmente há um ganho fortuito e ocasional gerado na esfera do SP que segundo a nossa lei é tributável (muito embora por força do regime do reinvestimento possa não ser tributado). Agora imaginemos que o mesmo SP, que é advogado de profissão, compra um imóvel antigo e o revende. Neste caso sabe-se que o SP é juiz e na sua atividade não se dedica a revenda de imóveis, porém não estamos perante uma MV da categoria G. Neste caso falamos de um ato isolado como tal tributado na categoria B. Se estabelecermos o paralelismo entre ambas as situações, facilmente compreendemos o porquê de crermos não ser a mais adequada denominação. Se é verdade que no primeiro caso o ganho é ocasional, também é verdade que no segundo o ganho é consciente e imputável a uma situação intencionalmente criada pelo SP. Assim, no nosso entender para efeitos de IRS a definição da verdadeira mais-valia (tal como surgiu no CIRS de 1988) reporta-se à categoria G, sendo no âmbito da categoria B corretamente definido este rendimento como lucro.

⁵⁹ Nos mesmos termos do parecer técnico nº20596 sobre o Regime Simplificado de AL, de 01 de Abril de 2018 da Ordem dos Contabilistas Certificados.

⁶⁰ Nos termos do número 3 do artigo 3º do CIRS, sem prejuízo do artigo 18º do CIRC nos casos em que o rendimento seja apurado numa base contabilística.

sim uma alteração qualitativa do respetivo património⁶¹. Em regra, esse bem imóvel terá uma desvalorização ao longo dos anos. Como refere Rui Morais, “se a empresa não assinalasse as perdas de valor dos bens que fazem parte do seu património no segmento ativo imobilizado, estaria a induzir em erro todos os que utilizassem o balanço para leitura da sua situação patrimonial⁶²”.

Inversamente ao que temos vindo a falar, no cálculo da mais-valia da categoria B existe a necessidade de considerar o valor das amortizações⁶³. A mais-valia corresponde à subtração do valor de aquisição ao valor de realização, abatido das amortizações sofridas pelo bem imóvel ao longo dos anos.

As amortizações têm em conta o período de vida útil mínimo e máximo do bem imóvel, o setor em que é utilizado e as condições da sua utilização para avaliar qual o custo imputável pelo desgaste desse bem a determinado período temporal. A amortização “consiste em repartir o custo da imobilização pelos exercícios que beneficiam do seu uso (...), por outras palavras, em imputar a cada um desses exercícios a parte que lhe cabe no gasto total (quota de amortização)⁶⁴”.

Nos termos do número 1 do artigo 28º do CIRS, a determinação dos rendimentos empresariais e profissionais faz-se de acordo com as regras do regime simplificado (artigo 31º do CIRS) ou da contabilidade organizada (artigo 32º do CIRS).

A tributação da mais-valia da categoria B considera as normas que o CIRS estabeleceu, tendo presente a consequência imediata de tributação da mais-valia na sua totalidade e não apenas em 50% do seu valor como decorre da categoria G.

1.1 A mais-valia no regime da contabilidade organizada

Nos casos que estamos a considerar de afetação de um imóvel à atividade empresarial do seu proprietário, para o cálculo da MV a ser incluída na categoria B, o valor de realização é o valor de mercado, nessa data. Por seu turno, o valor de aquisição é o correspondente ao valor de mercado à data afetação à atividade de AL (de acordo com

⁶¹ Cfr. MORAIS, Rui Duarte, Apontamentos ao IRC.

⁶² Cfr. MORAIS, Rui Duarte, Apontamentos ao IRC.

⁶³ As depreciações dos bens imóveis estão previstas no artigo 10º do Decreto-Regulamentar nº25/2009, de 14 de setembro.

⁶⁴ Silva, F.V. Gonçalves da, *Imobilizações e Amortizações*.

o número 2 do artigo 29º do CIRS). Ambos podem ser corrigidos pela AT nos casos em que se considerem fundamentalmente desajustados aos mercados.

Quando os SP dispõem de contabilidade organizada, as regras do apuramento do lucro empresarial e consequente das MV geradas na categoria B são as mesmas que resultam do Código do IRC⁶⁵. O que se compreende, pois, a tributação é (e deve ser) tendencialmente a mesma independentemente da forma jurídica escolhida para a empresa.

Nos termos do regime das mais e menos-valias realizadas para efeitos deste regime vale o disposto nos artigos 46º e 47º do CIRC. Durante o período em que o bem seja amortizável, as amortizações são feitas com base nas quotas praticadas.

O valor apurado da MV é sujeito a englobamento e consequentemente à aplicação de uma taxa progressiva.

1.2 A mais-valia no regime simplificado

Se considerássemos que não havia nenhum custo associado às mais-valias geradas no âmbito de uma atividade empresarial, não era possível enquadrá-las no regime simplificado. Porém, como vimos, no regime da determinação da mais-valia para efeitos de tributação na categoria B considera-se o valor de amortização do bem imóvel.

O artigo 46º do CIRC define as mais-valias da categoria B, mas no âmbito do regime simplificado estas são calculadas com base no número 9 do artigo 31º do CIRS (introduzido pelo DL nº287/2003, de 12 de novembro).

No cálculo da mais-valia do regime simplificado consideram-se as quotas mínimas de amortização calculadas sobre o valor definitivo considerado para efeitos de liquidação do IMT. A correção monetária não se encontra prevista para o cálculo da mais-valia neste regime.

Uma vez apuradas todas as mais-valias com base no número 9 do artigo 31º, apura-se o saldo das mais e menos-valias. O saldo positivo entre as mais e menos-valias obtidas na categoria B no regime simplificado é sujeito a um coeficiente de 0,95 previsto na alínea d) do número 1 do artigo 31º do CIRS. Na linha interpretativa de Manuel

⁶⁵ Cf., referimo-nos à alínea c) do número 2 do artigo 3º do CIRS.

Faustino, sendo as mais-valias proveitos e as menos-valias custos, o coeficiente aplicável deveria incidir apenas sobre as mais-valias⁶⁶. Incluem-se neste coeficiente as mais-valias e menos-valias geradas no âmbito da atividade de AL quando o SP tenha optado pelo regime simplificado.

⁶⁶ Vide FAUSTINO, Manuel, *Sobre a reforma do IRS*.

CAPÍTULO III – MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA FISCAL

1. Planeamento Fiscal em Alojamento Local

A atividade de AL também concede ao SP a possibilidade de, através de algum planeamento, reduzir a carga tributária. Neste ponto da nossa análise vamos debruçar-nos sobre um exemplo atual de uma forma de planeamento no exercício da atividade de AL (e logicamente suas vantagens). Não descuidaremos também de referir, de um ponto de vista prático, algumas das razões que o indiciam.

O planeamento fiscal é definido como um esquema ou atuação que determina uma vantagem fiscal, isto é um determinado comportamento direcionado unicamente a um fim de natureza fiscal que é a poupança de imposto. Nas palavras de Saldanha Sanches “num sistema fiscal onde cabe ao sujeito passivo a interpretação e aplicação da lei para determinação e quantificação das suas obrigações tributárias (...) o planeamento fiscal tem um papel indispensável⁶⁷”. Assim, a poupança fiscal é um direito dos contribuintes e uma condição necessária para a obtenção de segurança jurídica.

A linha que separa estes o planeamento fiscal legítimo e o planeamento fiscal abusivo é bastante ténue, pelo que temos toda uma zona cinzenta de difícil qualificação. Se é verdade que é um direito do contribuinte agilizar a lei no sentido mais favorável para si, não menos verdade é que as disposições legais visam o seu cumprimento no estrito plano programado pelo legislador. Assim, cada vez mais, deve o legislador dispor de uma forma clara e restrita. Não podemos esquecer que isso implica que as leis sejam proporcionais aos interesses de ambas as partes.

1.1 A prática corrente

Atualmente é comum os SP que pretendem iniciar a atividade de AL constituírem sociedades para desenvolver esse fim. Vejamos um exemplo prático do que tem ocorrido.

Um SP pretende começar a sua atividade de AL na modalidade de hostel, consciente das implicações da sua decisão. Esse SP é titular de um imóvel que não quer

⁶⁷ Cfr. SANCHES, J. J. Saldanha, *As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*, p.39.

ver afeto à sua atividade empresarial por saber que essa afetação é geradora de MV. Uma vez que este SP tem a consciência das implicações fiscais da sua decisão pondera como pode contornar a situação.

O SP opta por constituir uma sociedade dedicada exclusivamente à atividade de AL e arrenda o seu imóvel à sociedade da qual é único sócio. Se o proprietário do imóvel constitui uma sociedade e arrenda a esta o imóvel para a sua exploração, então temos proprietário e titular da exploração como sendo pessoas distintas. Quando o proprietário do imóvel sujeito a AL não é o titular da exploração, em regra, o primeiro é tributado na categoria F (salvo opção pela categoria B), e o segundo tributado na categoria B (rendimentos profissionais ou empresariais). Significa isto que o SP, colocando-se em duas posições distintas, consegue obter as vantagens de ambas as categorias de tributação sem afetar o imóvel.

O SP que arrenda o imóvel é tributado na categoria F e sujeito às deduções constantes do artigo 41º do CIRS. Nesta ótica, pode o SP deduzir todas as despesas necessárias para a obtenção das rendas desde que efetivamente pagas ou suportadas, bem como o IMI e os gastos realizados nos 24 meses anteriores ao arrendamento. Uma vez obtido o rendimento líquido da categoria, é aplicada uma taxa especial de 28% (salvo opção pelo englobamento). O arrendamento de que falamos não conduz à afetação do imóvel a uma atividade empresarial pelo que não preenche a alínea a) do número 1 do artigo 10º do CIRS.

Por seu turno, a sociedade que arrenda o imóvel para exploração da atividade de AL fica sujeita a tributação nos termos do CIRC. A tributação em regra ocorre pelo regime da contabilidade organizada, podendo por opção ocorrer pelo regime simplificado, nos casos que neste caibam⁶⁸. No regime da contabilidade organizada a sociedade constituída pelo SP A é tributada pelo lucro, através da diferença entre os valores do património líquido no princípio e no fim do período de tributação, com as devidas correções nos termos do CIRC⁶⁹. A taxa de IRC é de 17% até 15000€ de lucro e 21% para o excedente. Será neste regime que o SP A conseguirá obter o pleno das vantagens, pois

⁶⁸ Nos termos do número 1 do artigo 53º do CIRC.

⁶⁹ A conceção de lucro resulta da teoria do rendimento-acrécimo, que tende a concretizar a igualdade na tributação. Se todos os ganhos contribuem de forma similar para o aumento da capacidade contributiva do SP, então todos os ganhos ficam tendencialmente sujeitos a uma mesma tributação. Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, 2007, Almedina, p.34.

apenas por esta via consegue deduzir o valor correspondente ao gasto com o arrendamento.

Na tributação da sociedade não nos bastamos pelo IRC, pois acrescem outros impostos a pagamento. As empresas ficam sujeitas ao pagamento do IVA, muito embora este não se considere um verdadeiro pagamento⁷⁰. Cabe também à empresa pagar o Imposto de Selo sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, entre outros, que a realizar. Por último, caso a referida empresa contrate colaboradores terá de proceder ao pagamento de IRS, relativamente aos seus vencimentos, e de TSU, que incide sobre o salário mensal de cada colaborador. Estas tributações estão articuladas com o IRC, na medida em que os montantes pagos são dedutíveis como gastos.

O imóvel será utilizado para o desenvolvimento da atividade social. A constituição da sociedade implica custos, mas estes em nada se equiparam com o valor que o SP poderia ter que suportar de MV. Não se coloca a questão da tributação da distribuição de lucros ao sócio, porque o valor é pago a título de renda. Aquando do término da atividade de AL, cessa o arrendamento. A verdade é que se opta por uma tributação menos onerosa que a que existiria se o SP procedesse de outro modo. Assim, esta forma de gerir o exercício da atividade de AL prevê-se como vantajosa para o SP, resta saber se a AT a pode colocar em questão.

Não existe nenhuma norma legal que proíba a constituição de uma sociedade para a exploração da atividade de AL. Estamos perante um ato ou negócio jurídico em que, para fugir a uma operação que tem uma fasquia de tributação elevada, se optou por outra para conseguir um efeito económico semelhante, mas com menor tributação⁷¹. O que sucede é que, ao invés de praticar um ato jurídico direto, se praticam vários atos legais. A prática deste comportamento tem como objetivo principal ou essencial pagar menos imposto numa visão a longo prazo. Facilmente qualquer esquema de planeamento se identifica com as características que já identificamos, sendo que a linha diferenciadora entre as práticas enquadradas na CGAA e as demais será o elemento normativo: os atos praticados têm de envolver meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso de normas

⁷⁰ A empresa não é um consumidor final, liquidando e deduzindo IVA nas suas transações, pelo que não é verdadeiramente onerada com este imposto.

⁷¹ Segundo a doutrina está cumprido o elemento meio.

jurídicas. Verifica-se o elemento normativo se houver frustração da razão de ser da criação da norma que tributa⁷².

A lei fiscal criou uma dualidade tributária, havendo a possibilidade de escolha pelo SP da forma de exercício da sua atividade. Assim, é legítimo criar uma sociedade para titular uma atividade em vez de a prosseguir em nome individual. Nesta ótica não há abuso, o SP comportou-se de acordo com as opções previstas na lei, pelo que estamos perante um esquema de planeamento fiscal legítimo.

No fundo a aplicação da CGAA depende sempre da argumentação envolvida, pelo que temos na generalidade dos casos jurisprudência que argumenta no sentido da existência de abuso e jurisprudência que argumenta no sentido inverso.

2. A desigualdade do regime

Imaginemos uma situação em que dois SP distintos afetam um imóvel seu à atividade de AL, na qual o mantêm durante alguns anos. Os imóveis de que falamos estão avaliados no mesmo valor. No mesmo ano ambos decidem desafetar o imóvel: o SP A aliena o imóvel e o SP B desafeta o imóvel e passa a utilizá-lo como habitação própria permanente. Segundo a lei em ambos os casos se geram MV tributáveis, quer na categoria B, quer na categoria G. A questão que se coloca é a de saber se será esta situação equiparável e adequada. Logicamente que, apesar do pagamento do imposto associado, o SP A tem a vantagem de ter recebido o preço correspondente à venda do imóvel, ao passo que o SP B é tributado por um rendimento presumido que não tem nem nunca auferiu.

Um outro exemplo prende-se com dois SP que iniciem a atividade de AL em modalidades distintas. O SP C inicia a atividade de AL na modalidade de moradia ou apartamento e opta por ser tributado pela categoria F do CIRS, não ficando sujeito à constituição de MV. O SP D inicia a atividade de AL na modalidade de hostel, com tributação na categoria B, e constituição de MV na categoria G por afetação do imóvel. Com a desafetação do imóvel, o SP D fica sujeito a tributação de MV na categoria G e na categoria B, ao passo que o SP C com o encerramento da atividade não tem qualquer

⁷² Cfr. COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, 2009, Almedina.

valor a pagar a título de MV. A questão que se coloca é a de saber se a capacidade contributiva manifestada pelos dois SP difere de tal forma que justifica a disparidade de tributação.

O princípio da capacidade contributiva, base e pressuposto da tributação, enuncia que aos impostos deve ser atribuído carácter pessoal de forma a graduá-los. A base deste princípio refere que deve haver uma tributação por referência aos rendimentos auferidos. No caso não nos parece estar verificada a pessoalidade da tributação a que a CRP faz jus.

Como decorre da CRP, outro dos grandes pilares do sistema fiscal é a sua neutralidade, o que significa que nenhum contribuinte deve ser penalizado de forma desigual⁷³. Em função da riqueza ou despesa de cada contribuinte, podemos afirmar que o imposto ideal é aquele que retira de cada um uma quantia que altere ao mínimo o seu padrão de comportamento. Se atentarmos no exemplo que acabamos de referir rapidamente compreendemos que a satisfação deste princípio que agora referimos é também questionável.

Assim, o exemplo que acabámos de dar é uma forma simples de prever que SP que se encontrem em situações idênticas terão tendência a fugir ao imposto, implementando esquemas de planeamento fiscal. No limite, SP que atentem no tratamento legal dado a ambas as situações optam por não declarar rendimentos.

3. A atualidade do tema

Este é o fenómeno a que temos vindo a assistir nos últimos tempos: um aumento estonteante da tributação de rendimentos provenientes da atividade de AL e consequentemente um aumento das tentativas de fuga à carga tributária. Muito embora o Governo tenha anunciado no final do ano anterior a possibilidade de na LOE 2019 estar consagrado um pedido de autorização legislativa para a não tributação das MV geradas com afetação/desafetação de imóveis, a proposta apresentada é pouco ampla. A ideia seria, na senda do que temos afirmado, tributar apenas as MV originadas pela alienação.

⁷³ Vide MACHADO, Jónatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, *Manual de Direito Fiscal*, 2016, Almedina, p.43 e ss.

Acreditamos que a atual conjuntura legislativa é uma barreira ao desenvolvimento da atividade (pelo menos da forma desejada). Se, por um lado, a ótica da receita pretende arrecadar mais imposto, por outro, o SP pretende pagar o mínimo de imposto possível. Parece claro compreender que não havendo um equilíbrio entre as duas realidades a tendência será para a fuga de alguma delas.

CONCLUSÕES

Da análise que fizemos aos rendimentos provenientes da atividade de AL conseguimos retirar as seguintes relações:

- I. No que concerne aos rendimentos prediais, o legislador, muito embora quisesse descartar o ônus da opção, pretende que estes continuem a ser tributados na sua categoria por excelência: a categoria F. Da mesma forma, e uma vez que não há alteração quanto à existência de mais-valias, também no caso dos rendimentos provenientes da atividade de AL o legislador pretende que se mantenham a ser tributados na categoria B.
- II. A tributação dos rendimentos na categoria B será mais favorável se na base houver um volume de faturação tão elevado que justifique uma organização empresarial. No regime da contabilidade organizada permite-se um maior número de deduções, nomeadamente no que concerne aos juros pagos pela aquisição do imóvel e todas as despesas conexas com a obtenção dos rendimentos. A tributação no regime simplificado parece ser pouco vantajosa quando o SP tenha uma atividade com um nível de despesas que se afigurem como tendencialmente altas. Esta conceção vale também para as mais-valias.
- III. Justifica-se a disparidade na presunção de custos das modalidades de AL, mas a exigência de comprovação de despesas complica excessivamente uma das modalidades da atividade de AL. No nosso entender a solução mais correta seria aumentar os coeficientes, considerando uma menor percentagem de despesas. Infelizmente, para os casos abrangidos, quebra-se a lógica do regime simplificado (e quebra-se o sentido da sua denominação).
- IV. A simples afetação do imóvel à atividade desenvolvida pelo seu proprietário não é per si uma garantia de acréscimo patrimonial (garantia esta que caracteriza as MV). A afetação pressupõe o uso do bem no desenvolvimento da atividade ou que o mesmo bem conste do ativo imobilizado de uma atividade desenvolvida pelo seu proprietário, sem que isso pressuponha a obtenção direta de qualquer vantagem.

- V. Na afetação de um bem imóvel ao patrimônio empresarial e posterior desafetação e regresso à esfera particular do mesmo SP, efetivamente existe uma mais-valia na categoria B, mas não se justifica a agressividade do regime ao considerar uma mais-valia na categoria G nos casos em que não ocorra alienação do imóvel aquando da desafetação.
- VI. Uma forma de reduzir o impacto do atual regime seria a restrição da noção de afetação. A afetação deveria pressupor a existência de um período temporal de manutenção como condição de existência. Assim, não verificada a obtenção de rendimentos da categoria B durante esse período temporal considerava-se a existência de uma afetação meramente aparente não enquadrável para efeito de realização da MV da categoria G. No mesmo sentido, também consideramos importante que, para uma situação como a referida, se estabeleça uma cláusula anti abuso para evitar sucessivas afetações e desafetações do mesmo imóvel com vista à não tributação.
- VII. Uma outra solução passaria por introduzir no cálculo das MV a possibilidade de dedução das rendas obtidas (e já tributadas) na afetação do imóvel à atividade empresarial.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Aristides Rodrigues de, *A atividade de exploração de estabelecimento de alojamento local*, setembro de 2017, Revista Eletrónica de Direito.
- BASTO, José Xavier de, *IRS Incidência Real e Determinação dos rendimentos líquidos*, 2007, Coimbra Editora.
- Circular 21/2018, de 29 de março de 2018, *Da tributação em imposto sobre o rendimento de alojamento local (AL) II*, Confederação do Comércio e Serviços de Portugal.
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão*, 2009, Almedina.
- DUQUE, Mónica, *Mais-valias, afetação e desafetação de bens imóveis e princípio da realização: alguns problemas*, Cadernos de Justiça Tributária nº20, 2018, CEJUR
- FAUSTINO, Manuel, *Sobre a Reforma do IRS*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 7, Número 4, Almedina.
- FAUSTINO, Manuel, *Os regimes simplificados de tributação em IRS, IRC e IVA*, 2004, Gabinete de Estudos da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas.
- FAVEIRO, Vítor, *O Estatuto do Contribuinte – A Pessoa do Contribuinte no estado Social de Direito*, 2002, Coimbra Editora.
- MACHADO, Jónatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da, *Manual de Direito Fiscal*, 2016, Almedina.
- MATOS, Andre Salgado de, *Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares Anotado*, 1999, Instituto Superior de Gestão.

- MORAIS, Rui Duarte, *Revista de Finanças Publicas e Direito Fiscal*, ano 9 número 3, janeiro de 2017.

- MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, 2014, Almedina.

- MORAIS, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, 2007, Almedina.

- Ofício-Circulado n°20180/2015, de 19 de agosto.

- Parecer Técnico n°20596 - Regime Simplificado de AL, de 01 de Abril de 2018, Ordem dos Contabilistas Certificados.

- PEREIRA, Paula Rosado, *Estudos Sobre IRS: rendimentos de capitais e mais-valias*, 2007, Almedina.

- RIBEIRO, J. J. Teixeira, *A tributação das mais-valias na Reforma Fiscal*, maio de 2019, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- SANCHES, J. J. Saldanha, *As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*

- SANCHES, J. J. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª edição, 2002, Porto Editora.

- SANCHES, J. J. Saldanha, *Fiscalidade 7/8*, julho/outubro de 2001, Coimbra Editora.

- SANCHES, J. J. Saldanha, *Sobre o Conceito de Mais-valia*, Fisco n° 38/39, Jan/Fev 1992.

- Silva, F.V. Gonçalves da, *Imobilizações e Amortizações*, 1ª Edição, 1972, Lisboa, Livraria Sá da Costa Editora.

LISTA JURISPRUDENCIAL

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de março de 2012 – Ac. do STA de 14/03/2012, Proc. 0882/12.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de outubro de 2016 (Alojamento Local) – Ac. do TRL de 20/10/2016, Proc. 4910/16.5T8PRT-A.P.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de setembro de 2016 (Alojamento Local) – Ac. do TRP de 15/09/2016, Proc. 4910/16.5T8PRT-A.P1.

- Acórdão do STJ de 28 de março de 2017 (Alojamento Local) – Ac. Do TRL de 25/01/2017, Proc. 12579/16.0T8LSB.L1.