



Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

**DA COMPATIBILIDADE DO REGIME DO ARTIGO 51.º-C, N.º 4,
DO CÓDIGO DO IRC E DO ARTIGO 27.º, N.º 2, ALÍNEA C), DO
EBF COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

Francisca Esquível

*Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Fiscal sob a orientação do
Exmo. Senhor Professor Doutor Tomás Cantista Tavares*

2025

Índice

1. Introdução.....	6
2. O conceito de mais-valia em Direito Fiscal.....	8
3. Análise do regime dos artigos	10
3.1. O artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC.....	10
3.2. O artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF.....	14
3.2.1. A alínea d) do artigo 27.º n.º 2 do EBF.....	17
3.3. Comparação dos regimes.....	19
3.4. As cláusulas antiabuso.....	21
3.4.1. A existência de cláusulas antiabuso quando há imóveis.....	26
4. As convenções internacionais.....	28
5. Breves considerações sobre o princípio da igualdade.....	31
6. A liberdade de circulação de capitais.....	33
7. Análise jurisprudencial.....	38
7.1. Jurisprudência do TJUE.....	38
7.1.1. O Acórdão Comissão v. Espanha.....	38
7.1.2. O Acórdão Hollman.....	42
7.1.3. O Acórdão Miljoen.....	42
7.1.4. O Acórdão MK v. Autoridade Tributária e Aduaneira.....	43
7.2. Jurisprudência do CAAD.....	44
7.2.1. Processo n.º 153/2024-T.....	44
8. A metodologia seguida pelo TJUE na análise da compatibilidade das normas internas com o Direito da UE.....	46
9. Breve referência a semelhante problemática no Código do IRS.....	49
9.1. A discriminação das mais-valias imobiliárias.....	49
9.2. A discriminação das mais-valias sobre a transmissão de participações sociais em pequenas empresas não residentes.....	49
10. Conclusão	51
11. Bibliografia.....	53

Lista de siglas e abreviaturas

Art.	Artigo
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CDT	Convenção sobre Dupla Tributação
Cfr.	Confronte / Conforme
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CRP	Constituição da República Portuguesa
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
LGT	Lei Geral Tributária
MLI	<i>Multilateral Instrument</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p.	página
Proc.	Processo
SGPS	Sociedade Gestora de Participações Sociais
TC	Tribunal Constitucional
TCA Sul	Tribunal Central Administrativo Sul
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Resumo

A presente dissertação tem por objeto a análise da compatibilidade de duas disposições internas com o Direito da União, relativamente a um concreto tipo de mais-valias mobiliárias obtidas por não residentes em Portugal.

Afigura-se necessária a articulação das normas domésticas dos Estados-membros com as disposições fiscais comunitárias, bem como com a jurisprudência do TJUE, de modo a garantir a harmonia exigida pela pertença à União Europeia.

Assim sendo, procuramos explicitar os regimes previstos no Código do IRC e no Estatuto dos Benefícios Fiscais, a sua relação com o Direito da União Europeia e daí retirar algumas conclusões.

Palavras-chave: IRC; EBF; mais-valias decorrentes da transmissão de participações sociais; ativo imóvel; não residentes; liberdade de circulação de capitais; discriminação.

Abstract

The purpose of this dissertation is to analyse the compatibility of two domestic provisions with EU law regarding a specific type of capital gains obtained by non-residents in Portugal.

It is necessary to coordinate the domestic rules of Member States with EU tax provisions and with the case law of the CJEU in order to ensure the harmony required by membership of the European Union.

Therefore, we aim to explain the regimes provided for in the IRC Code and the Tax Benefits Statute, their relationship with European Union law, and draw some conclusions from this.

Keywords: IRC; EBF; capital gains arising from the transfer of shares; immovable property; non-residents; free movement of capital; discrimination.

1. Introdução

Estabelecido o mercado interno no seio da União Europeia, vivemos numa época em que se pretende uma integração cada vez maior entre os Estados-membros, pautada pela prossecução de um objetivo económico e pela aproximação progressiva dos regimes jurídico-tributários, impondo limites à soberania fiscal dos Estados.

No presente estudo, a questão que nos propomos a responder é a seguinte: “Será o regime previsto no artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC e no artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF compatível com a livre circulação de capitais imposta pelo Direito da União Europeia?”.

Partimos, então, da análise destes artigos. Procuramos identificar o âmbito de incidência de cada um dos artigos, as motivações de tal regime e ainda explicitar as razões para a existência de cláusulas antiabuso quando as transações incidem ou se relacionam com bens imóveis.

Destes artigos resulta uma exclusão de tributação da mais-valia que uma sociedade obtém pela transmissão de participações sociais numa outra sociedade residente em Portugal. Sucede que, se o ativo desta sociedade alienada for composto maioritariamente por imóveis localizados em território português, tal mais-valia deixa de estar isenta. No entanto, se a sociedade transmitida for detida por uma outra residente, há um mecanismo que permite repor a isenção, enquanto se por sua vez for detida por uma não residente, tal possibilidade não existe.

O benefício fiscal que se traduz numa isenção de tributação da mais-valia mobiliária acaba por apenas ter aplicação para os residentes, não se estendendo assim aos residentes noutro Estado-membro da UE por força do seu carácter transnacional. Sendo um benefício, cria um desvio à normal aplicação dos impostos criados pelos Estados, pelo que a sua não aplicação por igual aos sujeitos passivos em causa gera uma situação potencialmente violadora de uma liberdade fundamental.

Em seguida, incidimos sobre a liberdade de circulação de capitais, mencionando os seus traços essenciais, bem como as limitações que lhe podem ser impostas ao abrigo do mesmo diploma. Analisamos aqui também a compatibilidade do artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF com a livre circulação de capitais. No final deste capítulo, seguimos o

raciocínio tipicamente utilizado pelo TJUE para aferir a compatibilidade de normas tributárias domésticas com o Direito da UE.

Posteriormente, tendo em consideração o importante papel do TJUE, examinamos, com pensamento crítico, acórdãos nos quais o Tribunal concluiu que determinadas normas fiscais de alguns Estados-membros violavam a livre circulação de capitais e eram, por isso, incompatíveis com o Direito da União Europeia.

Por último, apresentamos as conclusões, bem como uma proposta de alteração legislativa que, em nosso entender, será apta a sanar o identificado problema de compatibilidade com esta liberdade fundamental, de modo a garantir o respeito pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

2. O conceito de mais-valia em Direito Fiscal

Não há uma definição universal de mais-valia, na verdade, a mesma revela-se bastante complexa pela multiplicidade de situações que aí se encaixam. No dia a dia, referimo-nos a mais-valias de forma ampla, ou seja, como qualquer tipo de benefício ou valorização de alguma coisa. No Direito Fiscal, este conceito é mais técnico e restrito e, de modo simples, refere-se ao aumento de valor de um bem ou de um direito entre o momento da aquisição e o momento da alienação, não constituindo um rendimento regular e, por isso, é inexistente a vocação tendencial para a repetição. A conceção de mais-valia tem evoluído ao longo do tempo para abranger novas formas de rendimento que, há uma década, não o eram, pelo que se conclui que não é um conceito fechado.

O artigo 46.º, n.º 1, do Código do IRC define as mais e menos-valias como “os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afetação permanente a fins alheios à atividade exercida” e enumera, de seguida, os ativos que podem gerar este tipo de rendimento – ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis, ativos biológicos não consumíveis e propriedades de investimento.

Rocha Mendes, na mesma linha da definição de “mais-valias” supra referida, afirma que “mais-valias e menos-valias são os termos utilizados na legislação fiscal para designar os ganhos e as perdas auferidos na transmissão onerosa, em sinistros ou na afetação permanente a fins não empresariais, de bens reconhecidos nalgumas classes do ativo não corrente da empresa”¹.

Na definição clássica de Vogel, há uma mais-valia “quando temos um ganho resultante da alienação de um bem económico, na medida em que esta alienação não constitui o objeto específico de uma atividade empresarial”².

Para efeitos de tributação, podemos distinguir duas classes de rendimentos: as mais-valias e os restantes rendimentos empresariais, estes últimos constituídos pelos rendimentos correntes e outros que não sejam designados por mais-valias. Note-se que o legislador referencia os eventos de realização, os quais podem ser voluntários ou

¹ Cfr. MENDES (2016), p. 83.

² Cfr. SANCHES (2007), p. 220.

involuntários. No apuramento do valor da mais-valia, deduz-se o valor de aquisição ao valor de realização³, ou seja, a base fiscal ao montante da contrapartida recebida na transmissão dos ativos.

O nosso legislador fiscal optou por não tributar as mais-valias potenciais ou latentes, como tal somente os ganhos decorrentes de transações já realizadas são tributáveis, em respeito pelo princípio da realização, manifestando a adoção do conceito de “rendimento-acrécimo”.

Para Saldanha Sanches as mais-valias têm sempre como pressuposto a alienação de um determinado bem, sem que se possa considerar tal alienação como estando integrada numa atividade comercial ou empresarial⁴.

Concluimos, pois, que as mais-valias correspondem aos ganhos ou rendimentos de carácter ocasional ou fortuito, que não decorrem de uma atividade do sujeito passivo especificamente destinada à sua obtenção e, por regra, as mais-valias realizadas concorrem para a formação do lucro tributável⁵.

³ Cfr. Artigo 46.º, n.º 2 e n.º 3, do Código do IRC.

⁴ Cfr. SANCHES (2007), p. 316.

⁵ Cfr. Artigo 20.º, n.º 1, al. h), do Código do IRC.

3. Análise do regime dos artigos

3.1. O artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC

Antes de abordarmos o artigo 51.º-C, é relevante referir que este se insere no amplo contexto do regime de *Participation Exemption*, o qual visa eliminar a dupla tributação económica, ou seja, a tributação sucessiva do mesmo rendimento, ainda que na esfera de dois sujeitos passivos distintos, uma vez que esta traduz uma saturação tributária da mesma manifestação de riqueza. A eliminação da dupla tributação económica é um elemento essencial de qualquer sistema fiscal que se pretenda minimamente atrativo para o investimento⁶, pelo que os regimes que a atenuam ou eliminam visam dar resposta às consequências negativas para a economia de um Estado decorrentes da tributação sucessiva de um mesmo rendimento.

Nos termos do artigo 51.º do Código do IRC, os lucros e reservas distribuídos por sociedades participadas, bem como as mais-valias obtidas com a alienação de participações sociais, não concorrem para a formação do lucro tributável da sociedade participante, desde que se verifiquem os seguintes requisitos: a participação direta, ou direta e indireta, não seja inferior a 10 % do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas; a participação tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar esse período; o beneficiário dos rendimentos não esteja abrangido pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º, do Código do IRC; a entidade que distribui esteja sujeita e não isenta de IRC, do imposto referido no artigo 7.º, de um imposto referido no artigo 2.º, da Diretiva Mães-Filhas⁷, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC; a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa do IRC (isto é, a taxa nominal da subsidiária não pode ser inferior a 12%); e a sociedade distribuidora não tenha residência ou domicílio numa jurisdição *blacklisted* (constante da lista aprovada pela Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro). Com esta isenção, pretende-se evitar que o mesmo rendimento seja tributado, em primeiro lugar, na sociedade que o gera, e, em segundo lugar, na sociedade que o recebe, o que constituiria um desincentivo ao investimento e à

⁶ Cfr. COURINHA (2023), p. 119 e 120.

⁷ Cfr. Diretiva 2011/96/UE, de 30 de novembro de 2011.

estruturação empresarial em grupo. O legislador adotou o método da isenção, expressão do princípio da territorialidade, permitindo que os rendimentos obtidos no estrangeiro não sejam novamente tributados em Portugal, quando já tenham sido tributados no Estado da fonte e respeitem determinados critérios de sujeição e efetividade, e vice-versa.

O artigo 51.º-C trata das mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão de instrumentos de capital próprio⁸, o que, na verdade, se traduz num generoso benefício fiscal⁹.

Com a introdução do regime de *Participation Exemption*, o legislador passou a isentar as mais-valias mobiliárias realizadas por sujeitos passivos de IRC residentes em Portugal, excetuando aquelas que decorram da alienação de sociedades (residentes ou não em território português) cujo ativo seja representado, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis situados em Portugal. Para efeitos desta exclusão, são tidas em consideração não apenas as mais-valias efetivamente realizadas, mas também as mais-valias latentes associadas às participações dos sócios, que podem resultar do valor da empresa no seu conjunto, dos lucros obtidos pela sociedade participada e que aí se encontrem retidos, e as mais-valias latentes dos ativos detidos pela sociedade participada¹⁰. No entanto, estabelece-se uma exceção à exceção: assim não é, se os imóveis estiverem afetos a uma atividade comercial, industrial ou agrícola que não consista na compra e venda de imóveis – permitindo-se, assim, que estes sujeitos passivos voltem a beneficiar do regime de *Participation Exemption*. Nota para o facto de também as menos-valias de partes sociais onerosamente transmitidas não possuírem efeito fiscal.

Para que o regime do artigo 51.º-C seja aplicável, o legislador exige que, à data da transmissão, se encontrem verificados alguns dos requisitos estabelecidos no artigo 51.º: o sujeito passivo deve deter, direta ou indiretamente, uma participação igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui lucros ou reservas; não pode estar abrangido pelo regime da transparência fiscal; a sociedade que vai ser objeto da alienação tem de estar sujeita e não isenta de IRC, ou de um imposto de idêntica natureza com taxa não inferior a 12%; e não pode estar domiciliado num

⁸ Cfr. MARQUES (2020), p. 508.

⁹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO (2019), p. 92.

¹⁰ Cfr. MENDES (2016), p. 105 e 106.

paraíso fiscal¹¹. E, para efeitos de cálculo dos 50%, apenas se consideram os imóveis adquiridos em ou após 1 de janeiro de 2014¹².

O legislador afasta, portanto, a exclusão de tributação prevista no n.º 1 nos casos de mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais detidas por um período não inferior a um ano, quando o valor dos bens imóveis ou dos direitos reais sobre imóveis situados em território português represente, direta ou indiretamente, mais de 50% do ativo. A letra da lei é taxativa quanto aos bens imóveis objeto de exclusão, devendo-se considerar para este efeito: os bens imóveis do sujeito passivo e/ou das suas participadas afetos a uma atividade comercial que consista na compra e venda de imóveis, quer outros bens imóveis de que as entidades sejam proprietárias e que não estejam afetos a qualquer atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial. Esta percentagem deve ser aferida quando ocorre a transmissão das participações sociais – regra geral, será este o momento da prática do ato que dá origem ao ganho – sendo “o valor do ativo determinado com base na contabilidade e sem recurso a demonstrações financeiras consolidadas, através da soma aritmética dos ativos do sujeito passivo e das diversas entidades por ele detidas, direta e indiretamente, considerando as respetivas proporções de participação”¹³.

Exige-se a aferição da situação dos imóveis, isto é, se estão ou não “afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis”. No entanto, a lei não refere expressamente qual o critério a utilizar para tal verificação. Considerar-se que os imóveis que constam do inventário estão para venda e que os registados como ativos fixos tangíveis estão afetos a exploração económica, é um critério falível. A prova de que os bens imobiliários estão afetos a alguma das atividades referidas cabe a quem pretende beneficiar da exclusão e, neste caso, tem de provar que o imóvel é efetivamente utilizado na atividade prosseguida pela sociedade e, de seguida, que essa atividade não consiste na compra e venda de imóveis¹⁴. Uma última nota para o CAAD já ter exposto que a atividade comercial de locação de

¹¹ A Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, aprova a lista de países, territórios e regiões com regimes de tributação mais favorável. A existência de elementos de conexão com jurisdições de baixa ou nula tributação impede o acesso a quaisquer regimes vantajosos.

¹² Cfr. Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, artigo 12.º, n.º 12 - Disposições finais e transitórias.

¹³ Cfr. Informação Vinculativa, com Despacho de 30 de setembro de 2019, da Subdiretora-Geral da Área de Gestão Tributária - IR (Proc. n.º 1011/2019).

¹⁴ Cfr. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 314/2023-T.

bens imóveis ser, na substância, distinta da atividade comercial de compra e venda de imóveis e que, nesse caso, não se aplica a limitação do n.º 4 do artigo 51.º-C¹⁵.

Relativamente à percentagem de 50% do ativo ser constituído, direta ou indiretamente por bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis, o tribunal validou o método da consolidação proporcional¹⁶, de modo a inferir a efetiva percentagem de detenção e o peso que os imóveis detidos têm.

Trata-se de uma norma antiabuso, como veremos adiante, que procura impedir que a alienação de participações em sociedades predominantemente imobiliárias seja utilizada como forma de evitar a tributação que ocorreria numa transmissão direta desses imóveis. Ainda assim, quando a entidade que realiza a mais-valia com a transmissão das participações sociais detenha um ativo composto maioritariamente por imobiliário situado em Portugal, a isenção volta a aplicar-se caso se demonstre que os referidos imóveis estão afetos a uma atividade agrícola, industrial ou comercial (com exceção da compra e venda de imóveis). Esta parte final visa uma tributação mais proporcional e justa.

Entende-se que, quando temos uma mais-valia com a venda de ações, com a respetiva alienação transmite-se também o rendimento que essa sociedade gera, rendimento esse que já foi objeto de tributação, pelo que estar-se-ia a tributar a mesma parcela por duas vezes, o que configurava uma situação de dupla tributação económica. Por outro lado, nos casos em que a sociedade tem por objeto a compra e venda de imóveis – em que, apesar de se transmitirem ações, o que está verdadeiramente em causa é uma alienação indireta de imóveis – a mais-valia assume uma natureza simultaneamente mobiliária e imobiliária, não havendo lugar à isenção porque não há um acréscimo de valor decorrente do exercício de uma atividade económica produtiva. Esta norma visa prevenir comportamentos abusivos de substituição, suscetíveis de transformar mais-valias imobiliárias em mobiliárias.

¹⁵ Cfr. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 623/2024-T e Informação Vinculativa, com Despacho de 8 de maio de 2017, da Subdiretora-Geral (Processo n.º 910/2017-T).

¹⁶ Cfr. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 583/2022-T.

3.2. O artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF

Os benefícios fiscais justificam-se por haver um interesse público extrafiscal que se sobrepõe àquele que justifica a própria tributação (artigo 1.º, n.º 1, do EBF), pelo que constituem exceções às normas de incidência e se concretizam em desagrvamentos fiscais¹⁷, designadamente em isenções, reduções de taxas, deduções à matéria coletável ou noutras medidas fiscais que cumpram os mesmos princípios (artigo 2.º, n.º 1, do EBF). Estes benefícios respeitam aos preceitos que favorecem o contribuinte, preterindo os princípios da igualdade e da capacidade tributária¹⁸, contudo, pelo Estado são assumidos como uma despesa fiscal já que levam a uma redução de receita, verificando-se uma derrogação deliberada ao sistema normal de tributação¹⁹. Deste modo, têm de se justificar por outros princípios que, no caso concreto, se sobrepõem, como o do bem-estar social, o da proporcionalidade ou o do mérito²⁰. A CRP sujeita os benefícios fiscais à reserva de lei²¹.

O artigo 27.º do EBF estabelece um conjunto de isenções, ou seja, situações cuja verificação impede a produção de efeitos de factos constitutivos da obrigação de imposto, estabelecendo assim uma exceção às regras de incidência, o que, importa referir, não se confunde com a exclusão tributária.

O n.º 1 do artigo 27.º do EBF prevê, entre outras, a isenção das mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais por entidades ou pessoas singulares que não tenham domicílio em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual as mesmas sejam imputáveis.

O regime geral de tributação dos não residentes decorre do artigo 4.º, n.º 2, do Código do IRC: “as pessoas coletivas e outras entidades que não tenham sede nem direção efetiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos obtidos em Portugal”. Com efeito, a tributação faz-se segundo o princípio da territorialidade, como tal Portugal tributa certos rendimentos enquanto Estado da fonte. Esta norma estabelece uma obrigação real, apelando a elementos de conexão com o território português que variam consoante o tipo de rendimentos, vejamos a fonte

¹⁷ Cfr. DOURADO (2025), p. 92.

¹⁸ Cfr. CAMPOS/CAMPOS (2000), p. 266.

¹⁹ Cfr. GRUPO DE TRABALHO (2019), p. 15.

²⁰ Cfr. DOURADO (2025), p. 92.

²¹ Cfr. Artigo 103.º, n.º 2, da CRP.

produtora, a fonte pagadora ou a localização dos bens. Seguidamente, o n.º 3, o n.º 4 e o n.º 5 densificam aquilo que se consideram como “rendimentos obtidos em Portugal”. Interessa-nos a alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º do CIRC, que refere que se consideram obtidos em território nacional os “ganhos resultantes da transmissão onerosa de partes representativas do capital de entidades com sede ou direção efetiva em território português, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital e, bem assim, o valor atribuído aos associados em resultado da partilha que, nos termos do artigo 81.º do Código do IRC, seja considerado como mais-valia, ou de outros valores mobiliários emitidos por entidades que aí tenham sede ou direção efetiva, ou ainda de partes de capital ou outros valores mobiliários quando, não se verificando essas condições, o pagamento dos respetivos rendimentos seja imputável a estabelecimento estável situado no mesmo território”. Contudo, o artigo 27.º do EBF vem estabelecer uma exceção à regra, permitindo que a transmissão onerosa de partes sociais não seja tributada quando verificadas duas condições: primeira, as mais-valias têm de ser realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais e por pessoas que não sejam residentes em território português e aqui não possuam estabelecimento estável a que possa imputar-se esses rendimentos e, segunda, exige-se que a alienação seja onerosa, portanto há uma transmissão de partes representativas do capital em troca de uma contraprestação por parte do adquirente.

No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo logo estabelece algumas exceções e, como tal, situações em que haverá tributação. No caso concreto, releva a alínea c) que sujeita a tributação as mais-valias realizadas por entidades não residentes com a transmissão onerosa de partes sociais em sociedades residentes em território português cujo ativo seja constituído, em mais de 50%, por bens imóveis aí situados ou que, sendo sociedades gestoras ou detentoras de participações sociais, se encontrem em relação de domínio com as dominadas, também residentes em território português, cujo ativo seja representado em mais de 50% por bens imóveis situados em Portugal. Temos aqui duas situações: uma primeira, em que não há exclusão de tributação quando uma sociedade não residente transmita onerosamente partes sociais de uma outra residente, desde que o ativo desta última seja constituído em pelo menos 50% por imóveis localizados em Portugal e, uma segunda, quando uma sociedade não residente transmita a título oneroso participações sociais numa sociedade residente em Portugal que atue como gestora ou detentora de participações sociais (a sociedade dominante), encontrando-se em relação de domínio

com outras sociedades (as dominadas) igualmente residentes, cujo ativo destas seja composto, em mais de 50%, por bens imóveis localizados em território nacional.

Esta alínea c) vem limitar automaticamente a isenção de tributação de mais-valias obtidas por não residentes, a fim de evitar que mais-valias sobre imóveis sítos em Portugal sobrevivam à tributação portuguesa, apenas porque o investimento foi realizado indiretamente através de uma sociedade. O fundamento jurídico-económico da tributação é a localização do ativo. Assim, pretende-se evitar o planeamento fiscal abusivo, designadamente que os benefícios fiscais sejam indevidamente utilizados por investidores estrangeiros, porquanto a norma garante que, mesmo que se trate de uma alienação de partes sociais, se o ativo subjacente for predominantemente imobiliário, há lugar a tributação, visto que a alienação indireta de imóveis não pode iludir a natureza real do rendimento (mais-valia imobiliária). Sem a alínea c), sociedades não residentes poderiam adquirir participações em sociedades portuguesas detentoras de imóveis em Portugal e, na venda dessas participações, beneficiar desta isenção. Há uma tentativa de preservar a soberania fiscal do Estado português sobre o património imobiliário situado no seu território, bem como de evitar que o regime de isenção promova distorções na escolha da forma de investimento.

O ónus da prova dos pressupostos do benefício fiscal recai sobre quem o invoca e concretiza-se através da sua revelação à Administração Tributária²², tal como sugere o artigo 14.º, n.º 2, da LGT, por conseguinte, na falta de cumprimento desse ónus, os benefícios ficam sem efeito. No caso em apreço, cabe ao sujeito passivo provar que os imóveis se encontram afetos a uma daquelas atividades²³.

A Convenção Modelo da OCDE prevê um conjunto de regras de tributação aplicáveis às situações plurilocalizadas, ou seja, que têm conexão com várias jurisdições. O seu artigo 13.º consagra a tributação partilhada entre Estado da fonte e Estado da residência sobre as mais-valias decorrentes da transmissão de partes de capital de uma entidade cujo ativo seja representado em mais de 50% por bens imóveis sítos no Estado da fonte. No entanto, o n.º 4 refere que, quando haja uma transmissão de participações sociais de sociedades cujo ativo seja em mais de metade composto por imóveis, a tributação da operação será feita no Estado onde o imóvel se encontra, já que, caso não

²² Cfr. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 194/2013-T.

²³ Tal como sugere o Acórdão do CAAD, Proc. n.º 314/2023-T.

seja, a regra é a tributação exclusiva no Estado do vendedor. Ora, Portugal parece estar alinhado com as normas internacionais que permitem ao Estado da fonte tributar as mais-valias quando o valor das participações sociais provém essencialmente de bens imóveis.

3.2.1. A introdução da alínea d) do artigo 27.º n.º 2 do EBF

É de notar ainda a alínea d) do n.º 2 do artigo 27.º que prevê o seguinte: “às mais-valias resultantes da transmissão onerosa de partes de capital ou de direitos similares em sociedades ou outras entidades que não tenham sede nem direção efetiva em território português, quando, em qualquer momento durante os 365 dias anteriores, o valor dessas partes de capital ou direitos resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50 % de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em território português, com exceção dos bens imóveis afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis”. Recordamos que, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, as mais-valias obtidas por não residentes com a transmissão onerosa de partes sociais gozam de isenção, razão pela qual mais uma vez temos uma exceção à aplicação da regra.

Esta norma é muito semelhante à alínea c) do n.º 2 do artigo 27.º, mas tem algumas particularidades que importa destacar. Em primeiro lugar, o artigo 27.º, n.º 2, alínea d), do EBF encontra-se no âmbito do artigo 4.º, n.º 3, alínea f), do Código do IRC, que estende a obrigação de imposto aos sujeitos passivos que não têm sede nem direção efetiva em território português. Para mais, aplica-se às mais-valias que resultam da transmissão onerosa de partes de capital ou direitos similares em sociedades que não tenham sede nem direção efetiva em português, o que constitui logo uma primeira diferença relevante – a alínea c) aplica-se à transmissão de partes sociais de sociedades residentes ou que sejam detidas por SGPS igualmente residentes, enquanto a alínea d) terá aplicação na transmissão de sociedades não residentes. Têm em comum o facto de ambas as sociedades cujas partes sociais são alienadas terem o seu ativo constituído, em mais de 50%, por imóveis localizados em Portugal, simplesmente a segunda respeita a um “esquema indireto”, ou seja, o investimento imobiliário em Portugal é detido indiretamente através de uma sociedade não residente. Além disso, a alínea d) faz uma exigência temporal, uma vez que o valor do ativo ser constituído maioritariamente por imóveis é aferido face ao ano anterior. Por fim, a diferença mais relevante prende-se com a exceção prevista na última parte do artigo – estão isentas as mais-valias obtidas nestas

circunstâncias quando os “bens imóveis estão afetos a uma atividade agrícola, industrial ou comercial que não consista na compra e venda de bens imóveis”. Ora, a parte final da norma é igual à do artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC, que se aplica aos residentes – prevê a exclusão de tributação caso a sociedade cujas partes de capital são alienadas desenvolver uma atividade económica que não seja a compra e venda de imóveis. Assim, mais uma vez, pretende-se evitar que a transmissão de participações em sociedades predominantemente imobiliárias constitua uma forma de evitar a tributação que ocorreria sobre a transmissão direta desses imóveis.

De facto, a alínea d) foi introduzida *a posteriori*²⁴ e veio preencher um espaço vazio que permitiria o gozo da isenção prevista no n.º 1 do artigo 27.º caso uma sociedade, cujo ativo seja composto maioritariamente por imóveis, fosse detida por uma *holding* não residente.

Parece que, além de uma discriminação vertical, entre residentes e não residentes, estamos perante uma discriminação horizontal, entre os não residentes, na medida em que, pela interposição de uma sociedade não residente em Portugal, passa a ser possível beneficiar da isenção da mais-valia resultante da transmissão onerosa quando se demonstre que há um propósito económico – a prossecução de uma atividade agrícola, comercial ou industrial. É evidente que a alínea d) dissuade os sujeitos passivos não residentes de investirem em ativos imobiliários em Portugal através de sociedades residentes, porquanto uma vez que pretendam vender as suas partes sociais não terão acesso ao benefício fiscal objeto deste estudo, o que torna evidentemente tal investimento menos atrativo.

É questionável a introdução desta última alínea, visto que acaba por retirar alguma utilidade à alínea c), já que, quando haja uma transmissão onerosa das participações sociais de sociedades não residentes que detêm ativo imobiliário em Portugal, detidas por sua vez por outras entidades não residentes, será possível beneficiar da isenção da tributação da mais-valia, desde que se prove a afetação real dos imóveis no sentido de estarem alocados a uma atividade comercial, industrial ou agrícola que não consista na compra e venda de imóveis. Ou seja, há um incentivo para que as sociedades com esta condição do seu ativo não sejam residentes em Portugal, para que possam gozar do

²⁴ Pelo artigo 291.º da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

benefício prescrito no n.º 1 do artigo 27.º fazendo prova da sua realidade económica. Isto porque, se a sociedade transmitida detida por uma outra não residente for, por sua vez, residente em território português, fica automaticamente sujeita a tributação da mais-valia, sem haver previsão legal de algum espaço para fazer prova de que os ativos estão afetos a alguma das atividades já referidas.

3.3. Comparação dos Regimes

Apesar da aparente simplicidade do legislador, urge assinalar a evidente desigualdade no tratamento dos sujeitos passivos residentes face aos não residentes. É sabido que os não residentes não gozam do mesmo nível de proteção constitucional e, embora existam algumas exigências de tratamento não discriminatório, essas decorrem do Direito Europeu, mas não da nossa Lei Fundamental²⁵. No caso em apreço, a discrepância resulta do facto de o artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC prever um mecanismo que permite repor a aplicação da isenção, enquanto o artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF se aplica indiscriminadamente, seja qual for a afetação dos imóveis da sociedade alienada. Na verdade, a exceção que repõe a isenção apenas aparece na alínea d), quando a sociedade objeto de alienação não é residente em Portugal, o que salienta a inconsistência.

Além disso, é de notar uma segunda diferença que reside no facto de o regime de *Participation Exemption* se aplicar aos ganhos resultantes de todas as transmissões de sociedades cujo ativo seja representado maioritariamente por imóveis adquiridos a partir de 1 de janeiro de 2014, enquanto o artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF tributa as mais-valias auferidas por não residentes com veículos imobiliários portugueses independentemente da data em que os imóveis tenham sido adquiridos. Assim, o detentor de uma sociedade residente que detenha ativo imobiliário em Portugal adquirido antes de 2014, independentemente da afetação do imóvel em causa, beneficia da não concorrência das mais-valias apuradas para o lucro tributável, visto que os imóveis não são considerados para o cômputo²⁶, o que revela a disparidade.

A letra da lei do artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC enuncia o seguinte: “a transmissão onerosa de partes sociais, (...), quando o valor dos bens imóveis ou dos

²⁵ Cf. COURINHA (2023), p. 39.

²⁶ Cf. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 314/2023-T.

direitos reais sobre imóveis situados em território português, (...), represente, direta ou indiretamente, mais de 50% do ativo”. Já a do artigo 27.º, n.º 2, alínea c) postula “a transmissão onerosa de partes sociais em sociedades (...) cujo ativo seja constituído, em mais de 50% por imóveis aí situados”. Apesar da evidente diferença na forma como está escrito, o legislador fiscal reporta-se à mesma realidade. Diz-se que os imóveis representam ou constituem uma percentagem do ativo, ativo esse que nos dois casos atribui valor às partes sociais e cujas flutuações de valor terão repercussões. Releva o peso dos imóveis no ativo. No que toca à detenção indireta no artigo 27.º, a mesma também está incluída porquanto a norma se refere às relações de domínio.

Constata-se, portanto, que existe uma assimetria no tratamento dos sujeitos passivos que não caem sob a alçada da soberania fiscal portuguesa, por comparação com os sujeitos passivos residentes, no que diz respeito ao regime de tributação das mais-valias decorrentes da transmissão de partes sociais, na medida em que os sujeitos passivos não residentes ficam sempre sujeitos a carga fiscal ao passo que os sujeitos passivos residentes têm possibilidade de a afastar. Esta tributação adicional dificulta o investimento de sociedades não residentes no imobiliário nacional, quando comparada com a tributação aplicável, face ao mesmo tipo de investimento, às sociedades residentes ou mesmo às não residentes (devido à alínea d)).

Assim sendo, e salvo melhor interpretação, o regime positivado no artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, ao afastar em definitivo a isenção deste tipo de mais-valia, traduz-se num tratamento discriminatório das sociedades não residentes, sobre as quais recai um tratamento tributário mais gravoso, incompatível com a livre circulação de capitais e, por conseguinte, com o primado do Direito da União Europeia sobre o Direito Interno.

Como referido, esta diferenciação poderá ter repercussões ao nível do Direito Comunitário primário, desde logo por colocar em causa a liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. De seguida, faremos uma apreciação destas disposições à luz do Direito da União Europeia, a fim de aferirmos se estamos perante duas situações objetivamente comparáveis e, por isso, merecedoras de igual tratamento.

No acórdão n.º 275/2016, processo n.º 815/15, o Tribunal Constitucional referiu, após aludir ao princípio da capacidade contributiva como concretizador do princípio da

igualdade tributária, que “qualquer discriminação que não encontre na lei justificação, e que estabeleça uma discriminação arbitrária ou desprovida de justificação noutro princípio fundamental, sempre se há de reputar como arbitrária, e por isso materialmente inconstitucional por contrária ao princípio da capacidade contributiva”.

Por último, e pese embora não seja o objeto da nossa dissertação, é de referir a assimetria interna no tratamento dos sujeitos passivos não residentes resultante da comparação da alínea c) com a alínea d) do artigo 27.º, n.º 2, do EBF, visto que os não residentes que detenham uma sociedade não residente com imóveis em Portugal têm um regime mais favorável, uma vez que se o ativo imobiliário estiver afeto a uma atividade comercial, industrial ou agrícola que não consista na compra e venda de imóveis, beneficiam da isenção na tributação das mais-valias na transmissão das participações sociais detidas por um período não inferior a um ano.

3.4. As cláusulas antiabuso

A luta adequada e eficaz contra as muitas formas de evasão e fraude fiscal é incontornável em qualquer Estado democrático, revelando-se verdadeiramente difícil face aos múltiplos mecanismos engendrados pelos sujeitos passivos no sentido de afastar a devida tributação²⁷.

Neste contexto, surgem as cláusulas antiabuso introduzidas em vários diplomas, como, por exemplo, no Código do IRC. Estas cláusulas podem ser específicas, quando preveem casuisticamente uma certa e determinada situação como abusiva, ou gerais, aplicáveis quando o intuito de uma certa operação se revelar fraudulento ou artificial.

No nosso ordenamento jurídico foi introduzida uma cláusula geral antiabuso positivada no artigo 38.º, n.º 2, da LGT²⁸ nos seguintes termos: “As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as

²⁷ Cfr. NABAIS (2023), p. 216.

²⁸ Pela Lei n.º 100/99, de 26 de julho.

normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”. A redação deste preceito é semelhante à do artigo 6.º da Diretiva Antiabuso²⁹, resultando pois de uma transposição do mesmo para o ordenamento jurídico português.

Foi grande a evolução legislativa desta disposição, uma vez que a sua primeira redação era ampla ao prever a ineficácia dos atos ou negócios jurídicos em que se demonstrasse que o único ou principal objetivo era a “redução ou eliminação dos impostos devidos em virtude de atos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente”³⁰. Com efeito, esta previsão deixava uma grande margem de atuação para a administração tributária, visto que qualquer forma de planeamento fiscal que visasse, ainda que dentro dos limites da lei, reduzir o imposto devido, seria considerado abusivo, o que colocava em causa a liberdade de as empresas, em conformidade com a lei e sem recurso a instrumentos fraudulentos, escolherem a sua conformação fiscal, bem como a forma de atuação menos onerosa.

As cláusulas gerais, denominadas de antiabuso, são um meio de combate à evasão fiscal. O Direito Fiscal, não raras vezes, permite aos sujeitos passivos fazerem escolhas e optarem pela via legislativa que lhes oferece a solução mais vantajosa no sentido de reduzir ou eliminar a carga fiscal, o que por si só não constitui um ilícito, sendo algumas destas escolhas sujeitas a apreciação pela administração tributária e outras não. Na verdade, estas situações não levantam, em regra, dificuldades: há uma aplicação da lei que, no caso concreto, mais favorável é ao contribuinte, tratando-se assim de um resultado *secundum legem*. O artigo 38.º, n.º 2, da LGT define a margem de atuação do sujeito passivo na gestão corrente dos seus negócios³¹. O problema surge quando há evasão fiscal, definida por Leite de Campos como uma “ação voluntária, extra legal, de um contribuinte que, através da utilização da técnica jurídica se coloca numa certa situação fiscal, obtendo um resultado equivalente àquele que procura, mas fiscalmente mais favorável³²”. A fronteira entre o planeamento fiscal juridicamente lícito e evasão fiscal é difícil de traçar, exigindo uma análise pormenorizada.

²⁹ Cfr. Diretiva n.º 2016/1164/UE, de 12 de julho.

³⁰ Pela Lei n.º 100/99, de 26 de julho.

³¹ Cfr. SANCHES (2007), p. 161.

³² Cfr. CAMPOS/CAMPOS (2000), p. 164.

A lei fiscal é, como todas as outras, incompleta, vários são os temas em que ficam aspetos por legislar e, por conseguinte, há espaços abertos na lei que não autorizam nem proíbem³³ e que, por vezes, são abusivamente utilizados pelo contribuinte com um claro objetivo de poupança tributária. Desta forma, estas cláusulas gerais surgem como “mecanismos gerais de reação”³⁴ que contrariam resultados indesejados ou proibidos, sem que esses estejam expressamente definidos numa norma. São, assim, uma forma de os Estados fiscais modernos contornarem esta tendência de aproveitamento de espaços dentro do sistema fiscal, face à impossibilidade de se enumerarem taxativamente todos os comportamentos inadmissíveis dos sujeitos passivos.

Será sempre imprescindível uma avaliação casuística a efetuar sobre o caso concreto, para perceber se estamos perante uma situação artificial, tal como afirmou o TCA Sul no acórdão de 15 de fevereiro de 2011, processo n.º 04255/10, “a questão de se determinar se algum expediente em particular é puramente artificial deve ser resolvida nos tribunais domésticos caso a caso”.

Da conjugação de dois princípios constitucionais fundamentais – o princípio da autonomia privada ou da liberdade contratual, que decorre do artigo 2.º da CRP (princípio do Estado de Direito), com o direito à iniciativa económica privada, resultante do artigo 61.º da CRP – conclui-se que os indivíduos podem orientar a sua atuação no sentido de diminuir despesas e maximizar os lucros, tendo como limite a violação da lei fiscal e, como tal, podemos inferir um direito do contribuinte ao planeamento fiscal legítimo³⁵. Importa então perceber como se deve articular esta possibilidade de os sujeitos passivos optarem pelas opções legais que lhes sejam fiscalmente mais favoráveis com os preceitos que desconsideram as atuações que têm como finalidade a obtenção de vantagens fiscais. Na verdade, tudo depende daquilo que se considerar planeamento fiscal legítimo e admissível e, assim é, quando a atuação do sujeito passivo está abrangida pelas vias legalmente previstas, sendo que há uma vontade consciente do legislador em que sejam atribuídas certas vantagens. O mesmo não acontece quando os benefícios resultam de abuso das formas jurídicas ainda que a atuação seja lícita, ou seja, pese embora não haja uma violação direta da lei, há uma violação do seu espírito.

³³ Cf. CAMPOS/CAMPOS (2000), p. 163.

³⁴ Cf. NETO (2023), p. 422.

³⁵ Cf. NETO (2023), p. 429.

Saldanha Sanches afirma que os sujeitos passivos e, em especial, as empresas “têm direito ao planeamento fiscal”³⁶, o que resulta e espelha uma falta de neutralidade do sistema fiscal e, conquanto não esteja nem possa estar em causa o exercício da autonomia privada, não deixa de haver a possibilidade por parte do legislador de limitar a vontade do contribuinte no que toca ao grau da sua oneração fiscal.

Feitas estas singelas considerações, impõe-se averiguar se o artigo 51.º-C, n.º 4, alínea c), do Código do IRC constitui uma cláusula antiabuso especial, que previne a fraude à lei fiscal. Nesta senda, importa, por fim, densificar o conceito de “fraude à lei fiscal”, também conhecido por evasão fiscal ou planeamento fiscal abusivo, que “corresponde aos comportamentos do sujeito passivo que pretendem contornar a lei fiscal, sem infringir diretamente, no entanto, qualquer dever fiscal”³⁷. Por outras palavras, trata-se de ações que têm em vista a atenuar ou eliminar a carga tributária devida, através da formação artificial dos pressupostos de facto que levam à aplicação de benefícios fiscais, de isenções ou de outros tipos de vantagens fiscais.

Sérgio Vasques defende que as normas antiabuso são compostas por três elementos: (i) a prática de ato ou negócio artificioso ou fraudulento que manifeste abuso das formas jurídicas; (ii) o principal objetivo da utilização destes esquemas é obter uma vantagem fiscal; e (iii) deve resultar claramente da lei a intenção de tributar os bens económicos em causa. Pretende-se, assim, que a lei fiscal não seja “defraudada através da manipulação das formas jurídicas pelos contribuintes”³⁸.

Faremos então este triplo teste para aferir se estamos verdadeiramente perante uma cláusula deste tipo. Relativamente ao primeiro pressuposto, a transmissão onerosa de partes sociais de sociedades residentes cujo ativo seja predominante imobiliário gera mais-valias e, se não houver esta alínea c), Portugal perde a tributação desse rendimento. Em segundo lugar, exige-se que o objetivo primordial seja a obtenção de um proveito fiscal e, na realidade, estamos perante uma transmissão de partes sociais, mas subjacente há uma transmissão de ativos imobiliários, por regra, sujeita a tributação no Estado onde os imóveis têm lugar. Por último, é claro que este preceito pretende evitar que as mais-

³⁶ Cfr. SANCHES (2007), p. 155 e 157.

³⁷ Cfr. NETO (2023), p. 423.

³⁸ Cfr. VASQUES (2018), p. 374.

-valias imobiliárias deixem de ser tributadas se a sua transmissão for feita por meio da alienação de partes sociais.

Em nosso entender, trata-se uma cláusula antiabuso de aplicação localizada, na medida em que desqualifica, para efeitos de aplicação da isenção, as operações que visem a transmissão indireta de imóveis por meio da alienação de partes sociais, sem que se faça prova do desenvolvimento de uma atividade económica, pretendendo-se portanto uma tributação justa e normal. Para mais, a Autoridade Tributária já se pronunciou no sentido de o artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC consagrar efetivamente uma norma antiabuso³⁹. Ainda, é imprescindível referir que a parte final da alínea c) atenua a tributação das mais-valias e, conseqüentemente, a aplicação da parte antiabuso da norma, ao permitir que se demonstre a prossecução de uma atividade de carácter económico que não consista na compra e venda de bens imóveis.

Quando a detenção de imóveis através de uma sociedade e a sua posterior transmissão é uma montagem para beneficiar da não concorrência para o lucro tributável previsto no n.º 1 do artigo 51.º-C do Código do IRC, temos um comportamento abusivo. A comparação do montante do imposto devido pelo sujeito passivo à luz dessa montagem com o que deveria ser pago em análogas circunstâncias torna-o evidente⁴⁰.

Na mesma linha, também o artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF constitui uma norma antiabuso, visto que o seu objetivo é exatamente o mesmo, mas aplicando-se a sociedades não residentes que detêm sociedades residentes em Portugal.

Embora alguns autores, como Ana Paula Dourado, considerem que as cláusulas antiabuso específicas não exigem a verificação dos requisitos supra referidos, visto que pretendem controlar comportamentos evasivos que visam a diminuição da receita fiscal⁴¹, não nos deixa de parecer que a análise dos três elementos que perfazem uma norma antiabuso é útil.

³⁹ Cfr. Informação Vinculativa, com Despacho de 23 de julho de 2024, do Subdiretor-Geral da Área de Gestão Tributária - IR (Proc. n.º 26511/2024).

⁴⁰ Cfr. DOURADO (2025), p. 352.

⁴¹ Cfr. DOURADO (2025), p. 323.

3.4.1. A existência de cláusulas antiabuso quando há imóveis

A existência de normas antiabuso, no sentido de privilegiar Portugal com o poder de tributar, quando há imóveis dever-se-á, primeiramente, ao facto de o bem imóvel estar fisicamente ligado ao território, pelo que se reconhece a esse Estado a possibilidade de tributar em primeira linha os ganhos daí decorrentes. Portugal é o Estado da fonte, é o Estado onde a mais-valia se realiza, e a “fonte” é o elemento que revela a conexão mais forte de um determinado território ao rendimento⁴².

A situação em território nacional dos imóveis é elemento de conexão decisivo para sujeitar também as mais-valias auferidas por não residentes, em iguais circunstâncias, pretendendo assim o legislador prevenir o abuso decorrente da substituição das transações de imóveis das quais resultem mais-valias imobiliárias sujeitas a tributação, pela transação de participações em sociedades proprietárias dos mesmos imóveis, igualmente geradoras de mais-valias, só que excluídas de tributação.

Saldanha Sanches qualifica estas normas como “regras solitárias contra o abuso de direito”⁴³ e, na realidade, a alienação de imóveis através da transmissão onerosa de partes sociais (o que inclui quotas e ações), sem a existência destas normas, poderia evitar o pagamento de mais-valias no país onde os imóveis se situam. Ora, esta transferência indireta não pode ser admitida, desde logo porque se estaria a criar uma vantagem artificial para quem conseguisse interpor uma sociedade. O Direito Fiscal não tem natureza sancionatória, como tal a reação ao abuso concretiza-se pela reposição da tributação no caso concreto.

A arrecadação de receita fiscal pelo Estado é uma das suas fontes de financiamento, pelo que esta carga fiscal não pode ser deixada para outras jurisdições. A tributação em Portugal, enquanto Estado da fonte, permite criar benefícios fiscais a fim de atrair investimentos no território e estimular a competição internacional⁴⁴.

As normas obstam a que, evitando cair no plano de incidência da tributação das mais-valias imobiliárias, os sujeitos passivos substituam a transação dos imóveis pela transação de ações da sociedade detentora dos imóveis. Efetivamente, visa-se o combate

⁴² Cfr. PEREIRA (2025), p. 91.

⁴³ Cfr. SANCHES (2000), p. 166.

⁴⁴ Cfr. PEREIRA (2025), p. 91.

à criação de sociedades proprietárias de imóveis, muitas vezes, de elevado valor, como veículos de evasão, total ou parcial, ao imposto sobre as mais-valias imobiliárias⁴⁵.

É evidente que as normas têm como intuito evitar o abuso e a fraude dos sujeitos passivos pela interposição de sociedades cujo único objetivo é afastar a tributação sobre as mais-valias imobiliárias. Para o legislador, o limiar de 50% do ativo ser composto por bens imóveis é um indício de que a atividade prosseguida pela sociedade, cujas participações são alienadas, tem por objeto principal a compra e venda do seu património imobiliário, o que significa que uma eventual valorização dos ativos ir-se-á repercutir na valorização das participações sociais da própria sociedade, e esta presunção não é desrazoável.

Além disso, quando se geram rendimentos num outro Estado diferente daquele que é o da residência há um aproveitamento das infraestruturas e serviços públicos disponibilizados pelo primeiro Estado, devendo os investidores comparticipar o respetivo financiamento a nível fiscal.

Em suma, embora a letra da lei não contenha referências expressas a meios artificiosos ou que a finalidade principal seja a evasão fiscal, depreende-se do espírito destas normas o seu carácter antiabuso, visando a tributação do rendimento decorrente da mais-valia mobiliária, e indiretamente imobiliária, no Estado onde o imóvel tem lugar, a fim de reforçar a eficiência fiscal. Assim, ser proprietário dos imóveis ou “proprietário” da sociedade detentora dos imóveis é, funcional e economicamente, equivalente⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do TC n.º 275/2016, Proc. n.º 815/15.

⁴⁶ Cfr. Acórdão do TC n.º 275/2016, Proc. n.º 815/15.

4. Convenções internacionais

O desenvolvimento das relações económicas internacionais provocou um aumento da ocorrência de situações que têm contacto com mais do que um ordenamento jurídico, pelo que o problema da dupla tributação dos rendimentos assumiu crescente importância e levou à necessidade de se celebrarem acordos no sentido de a suprimir⁴⁷. Hoje, a globalização económica e o desenvolvimento tecnológico, que provoca a desmaterialização das atividades económicas e a intangibilidade dos processos, tornam a existência destes tratados preponderante, apesar da mais difícil ligação aos tradicionais elementos de conexão (fonte e residência).

Desta forma, as convenções internacionais são fundamentais em Direito Fiscal desde logo por determinarem a aplicação espacial das normas tributárias nacionais, com o intuito de evitar a dupla tributação dos rendimentos⁴⁸. Para tal, determinam os elementos de conexão relevantes em cada situação jurídico-tributária de modo a determinar-se qual a jurisdição competente para tributar. Além disso, deve-se notar o seu papel no sentido de prevenir e combater a fraude e a evasão fiscal internacional, tal como no desenvolvimento de mecanismos antiabuso que resguardam a erosão da base tributária.

Portugal segue uma solução monista relativamente à vigência interna do Direito Internacional⁴⁹, vigorando, assim, na ordem interna portuguesa por força da cláusula de receção prevista no artigo 8.º, n.º 2, da CRP. De notar a exigência de que as convenções de dupla tributação estejam de acordo com o Direito da União Europeia, desde logo porque os Estados-membros têm de exercer os seus poderes tributários no respeito pelo mesmo e porque podem ser sujeitos ao escrutínio do TJUE. Sublinha-se a necessária compatibilidade com as normas relativas à livre circulação e à não discriminação.

Para a nossa análise releva o artigo 13.º da Convenção Modelo relativo às mais-valias, concretamente o n.º 4, o qual prevê que os ganhos decorrentes da alienação de ações que retiram, direta ou indiretamente, o seu valor em mais de 50% de imóveis

⁴⁷ Cf. PEREIRA (2025), p. 23.

⁴⁸ Cf. CAMPOS/CAMPOS (2000), p. 8.

⁴⁹ Cf. PEREIRA (2025), p. 144/ RIBEIRO (2024), p. 22.

situados no outro Estado contratante, podem ser tributados no Estado onde os bens imobiliários se encontram, mas também no Estado da residência do alienante.

É evidente que um dos elementos de conexão relevante é a fonte, por isso, o poder tributário de um Estado justifica-se pelo local de origem do rendimento. Neste caso, releva um elemento de conexão real (*lex rei sitae*)⁵⁰ – a localização do bem imóvel detido pela sociedade cujas participações são alienadas. Além disso, apresenta-se a residência como outro possível elemento de conexão. Na verdade, a tributação no Estado da fonte só ocorre quando a convenção expressamente o conceda e, neste caso, cumulativamente com a tributação na residência⁵¹. Assim, os países podem livremente definir no seu tratado a quem atribuem competência para tributar este rendimento.

O artigo 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC e o 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF estão em sintonia com este preceito, ao preverem a tributação em Portugal das mais-valias mobiliárias de sociedades cujo ativo é predominantemente constituído por imobiliário em Portugal.

A Convenção Multilateral (*Multilateral Instrument*) surgiu na sequência do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shipping*) e visa a implementação, ao nível da rede de acordos de dupla tributação, de medidas contra a erosão tributária, a transferência de lucros e as práticas abusivas com recurso às CDT⁵², atualizando de forma célere e coordenada todas as CDT em vigor. Desta forma, manteve todo o conteúdo das CDT que não foi objeto de modificação, alterou algumas das regras e introduziu novas. Uma nota para o facto de alguns países terem feito reservas que afastam total ou parcialmente algumas regras. Portugal tem 80 CDT e indicou 79 para serem atualizadas pela Convenção Multilateral, no entanto, nem todas o serão, pelo facto de alguns dos outros Estados contratantes não serem signatários desta Convenção e outros não terem indicado a CDT com Portugal como uma das que deve ser abarcada pela Convenção Multilateral⁵³.

Portugal optou pela aplicação do artigo 9.º, n.º 4, da Convenção que permite a tributação no Estado da fonte das mais-valias resultantes da alienação de partes de capital ou direitos similares, quando, durante os 365 dias anteriores à alienação em causa, o valor

⁵⁰ Cfr. PEREIRA (2025), p. 86.

⁵¹ Cfr. PEREIRA (2025), p. 203.

⁵² Cfr. PEREIRA (2025), p. 260.

⁵³ Cfr. PEREIRA (2025), p. 280 e 281.

dessas partes de capital ou direitos similares resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% de bens imobiliários aí situados. Significa isto que, para outros países na mesma situação que Portugal face ao descrito pelos artigos 51.º-C, n.º 4, do CIRC e 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, Portugal permite a tributação no outro Estado contratante.

A título ilustrativo, consideremos uma CDT, concretamente, entre Portugal e a Alemanha, que no artigo 13.º relativo às mais-valias nada previa quanto à possibilidade de estas mais-valias objeto do nosso estudo serem tributadas no Estado onde os imóveis se encontram. Todavia, essa opção foi introduzida com a Convenção Multilateral, visto que ambos os Estados optaram pelo artigo 9.º, n.º 4.

Serviu este capítulo para analisarmos o tratamento destas mais-valias mobiliárias, com uma natureza imobiliária subjacente, no plano internacional. A análise conjugada do artigo 13.º, n.º 4, da Convenção Modelo com o artigo 9.º, n.º 4, do MLI revela um paradigma estabilizado: quando as ações alienadas retiram mais de 50% do seu valor, direta ou indiretamente, de imóveis localizados em Portugal nos 365 anteriores à transmissão, a competência tributária é do Estado onde os imóveis se situam. Do exposto, conclui-se que as normas portuguesas do CIRC e do EBF, que determinam que a tributação seja feita em Portugal é sólida e razoável, acompanhando a tendência internacional. Uma última nota para o facto de, apesar de os diplomas internacionais apenas se referirem a “ações”, enquanto os nacionais falam em “partes sociais”, não nos parece que nada deva mudar nesta interpretação, simplesmente as disposições nacionais são apenas um pouco mais abrangentes e podem sê-lo. Privilegia-se, assim, a neutralidade fiscal e a prevenção de evasão.

5. O princípio da igualdade tributária

A CRP é a fonte de Direito mais elevada e prevê um conjunto de princípios orientadores e estruturantes dos vários ramos do Direito, entre os quais, o Fiscal. Surge então, no artigo 13.º da CRP, um princípio fundamental e de aplicação direta – o princípio da igualdade – do qual decorre que todos os indivíduos são iguais perante a lei e daí se deduzem vários subprincípios, entre eles, o da igualdade tributária. Há, assim, uma vertente da justiça que se consegue pela igualdade, não sendo este um mero critério orientador do legislador⁵⁴.

O princípio da igualdade tributária traduz-se “numa exigência de tratamento igual, obrigando à igualdade de tratamento de contribuintes no mesmo escalão de rendimento, e de tratamento diferenciado, postulando a diferenciação de contribuintes colocados em diferentes escalões de rendimento no espectro socioeconómico”⁵⁵. Esta igualdade impõe-se simultaneamente ao legislador e a quem aplique a lei. Exige-se a sua análise em termos formais, mas também materiais, na medida em que a igualdade se revela no princípio da capacidade contributiva, pelo que se aplica igual imposto aos que dispõem de igual capacidade contributiva e diferente carga tributária aos que têm diferente capacidade contributiva. Pretende-se igualdade perante a lei e igualdade na lei⁵⁶.

Do n.º 2 do artigo 13.º constam um conjunto de critérios discriminatórios (como a ascendência, o território de origem ou a raça), mas na apreciação do respeito por este princípio, devem-se ter em conta as distinções e subdistinções criadas pela lei. Na verdade, o tratamento diferenciado não é, por si só, inadmissível; contudo, tem de ser constitucionalmente legítimo e, como tal, adequado, necessário e proporcional ao objetivo prosseguido. A diferença de tratamento exige adequação e proporcionalidade, bem como fundamentação, entre a discriminação e o fim pretendido pela norma.

Para mais, é de referir que a determinação de privilégios e de discriminações fiscais exige a comparação entre sujeitos passivos e objetos de tributação, podendo o juízo de comparabilidade ser difícil⁵⁷.

⁵⁴ Cf. CAMPOS (2000), p. 121.

⁵⁵ Cf. MACHADO (2023), p. 62.

⁵⁶ Cf. NABAIS (2023), p. 154.

⁵⁷ Cf. DOURADO (2025), p. 227.

Fazemos alusão a este princípio dada a sua importância no contexto da análise dos artigos 51.º-C, n.º 4, do CIRC e 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF. Do previamente exposto, decorre que um não residente deve ser tratado do mesmo modo que um residente. Com efeito, exige-se que não haja discriminação, princípio muito relevante no âmbito da UE, pelo que não pode haver distinção entre dois sujeitos passivos que se encontrem em situações comparáveis.

O direito tributário de um residente não pode ser diferente face ao de um não residente⁵⁸, e, no caso concreto, é, por não relevarem as circunstâncias do caso concreto, não conferindo a possibilidade de demonstrar o carácter não elisivo da operação, porquanto não é possível provar que os imóveis que constituem o ativo da mais-valia que decorre da transmissão das participações sociais de uma sociedade residente em Portugal, detida por uma outra não residente, têm afetação real e que essa não consiste na atividade de compra e venda de imóveis. Desta forma, verifica-se que há um obstáculo à livre circulação de capitais, privilegiada como uma das liberdades fundamentais do Direito da União Europeia.

A Autoridade Tributária já referiu que “o alcance dos princípios da igualdade e da proporcionalidade em matéria de delimitação negativa do âmbito de incidência dos benefícios fiscais é francamente limitado, uma vez que estes são, por natureza, medidas de exceção ao princípio da capacidade contributiva, justificadas por razões de interesse público e informadas por considerações de praticabilidade administrativa. [...] Neste domínio, pois, o legislador goza de uma *liberdade de conformação* especialmente alargada.”⁵⁹ Esta afirmação, no seu essencial, não nos confrange, visto que a mais-valia mobiliária em causa é sujeita ao mesmo tratamento – há isenção de tributação. Todavia, já não nos parece correta quando a parte final da norma que se aplica aos não residentes põe em causa uma liberdade fundamental da União Europeia que tem de ser respeitada pelas normas internas.

⁵⁸ Cfr. Acórdão do CAAD, Proc. n.º 688/2020-T.

⁵⁹ Cfr. Acórdão do TC n.º 896/2021, Proc. n.º 436/2021.

6. A liberdade de circulação de capitais

O Direito da União Europeia aplica-se às situações transfronteiriças, isto é, quando uma situação tem contacto com mais do que uma jurisdição da União Europeia e estabelece um mercado interno⁶⁰ caracterizado pela livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais entre os Estados-membros, bem como pela liberdade de estabelecimento. Pretende-se a promoção da integração europeia, alicerçada na abolição de fronteiras jurídicas, políticas e económicas ao mercado interno, pelo que a importância das liberdades fundamentais foi desde cedo reconhecida. Em termos de impacto a nível tributário, destas liberdades decorre uma “proibição de discriminação fiscal no seio do mercado interno”⁶¹ e, por conseguinte, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade.

De acordo com o artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Direito da União Europeia é aplicável na ordem interna nos termos definidos pelo mesmo, o que significa que vale o princípio do primado que se traduz na prevalência do Direito da União sobre as normas internas infraconstitucionais⁶².

O artigo 63.º do TFUE institui a “quarta” liberdade que proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos entre Estados-membros e entre estes países e terceiros, pese embora esta última parte relativa às relações com Estados além do território da União não seja relevante para esta exposição.

Não resulta expressamente do TFUE aquilo que se entende por “movimentos de capitais” ou por “pagamentos”, por isso, adotamos a noção dada por Ana Paula Dourado que defende que o movimento de capitais “cobre qualquer transação legal necessária para atingir a transferência de ativos, incluindo investimentos de carteira entre Estados e diferentes tipos de investimento direto e estabelecimento, transferências relativas a

⁶⁰ Cfr. Artigo 26.º, n.º 2, do TFUE: “O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.”

⁶¹ Cfr. MACHADO (2023), p. 126.

⁶² Cfr. HENRIQUES (2020), p. 385.

Neste sentido, Sofia Oliveira Pais *in* Princípios Fundamentais da União Europeia: “A maioria dos autores tende a considerar que a CRP reconhece o princípio do primado sobre todas as normas e atos nacionais, com a ressalva daqueles que constituem o chamado “núcleo essencial” da ordem constitucional portuguesa, reconduzido aos ditos “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático”, p. 59.

contratos de seguros, constituição de sucursais e de filiais”. O Anexo I da Diretiva n.º 88/361/CEE, ainda que esta Diretiva já tenha sido revogada aquando da entrada em vigor do Tratado de *Maastricht*, tem sido utilizado pelo Tribunal como elemento indicativo do que são operações que cabem neste espetro, estabelecendo uma lista exemplificativa, na qual se inclui a aquisição ou alienação de participações numa sociedade, bem como as operações relacionadas estão incluídas neste conceito. Ora, temos um movimento de capital quando ocorra uma transferência de capital, dotada ou não de onerosidade, num contexto transfronteiriço⁶³.

O artigo 63.º, n.º 1 também não especifica em que consistem as “restrições” aos movimentos de capitais, ao contrário do que acontece com outras liberdades, mas considera-se que abrange situações diretamente discriminatórias, bem como todas as que impeçam, limitem ou dissuadam os movimentos de capitais⁶⁴. A noção de restrição é, portanto, muito ampla.

Com efeito, pretende-se impedir medidas que dificultem a aquisição de participações de controlo nas sociedades de outros Estados-membros, o que pode ser facilmente posto em causa através de regras fiscais. É de sublinhar que a jurisprudência do TJUE já afirmou o efeito direto das normas sobre livre circulação de capitais⁶⁵, pelo que um particular pode invocar esta disposição legal contra um Estado.

É certo que os Estados-membros querem proteger a sua soberania tributária, no entanto, os sujeitos passivos também tencionam autonomizar a sua situação tributária tendo em conta as possibilidades que o mercado interno facilita.

O TFUE prevê a plena realização da livre circulação de capitais, no entanto, perduram alguns domínios em que os Estados podem excluí-la ou restringi-la. Devem-se distinguir as exceções aplicáveis a todos os movimentos de capitais transfronteiriços, independentemente da sua origem ou destino, daquelas exclusivamente aplicáveis aos movimentos de capitais com países terceiros, às quais não deixamos de fazer referência embora não relevem para o caso concreto. As primeiras constam do artigo 65.º, n.º 1, alínea a), do TFUE que admite que haja um tratamento distinto entre residentes e não residentes ao nível do Direito Fiscal, desde que essa diferenciação não seja arbitrária (n.º

⁶³ Cfr. FERREIRA (2019), p. 16.

⁶⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, Comissão/França, 04.06.2002 e OLIVEIRA (2020), p. 390.

⁶⁵ Cfr. Acórdão do TJUE, *Sanz de Lera*, 14.12.1995.

3 do mesmo artigo), porquanto se exigem razões objetivas e válidas para tal. Exige-se, pois, que a diferença de tratamento respeite a situações objetivamente não comparáveis ou que se justifique por razões imperiosas de interesse geral⁶⁶. A alínea b) do mesmo artigo refere que se permitem medidas indispensáveis para impedir infrações às leis dos Estados-membros, nomeadamente em matéria fiscal, justificadas por razões de ordem ou segurança pública. No n.º 3, o TFUE proíbe discriminações arbitrárias. Já as segundas decorrem do artigo 64.º n.º 1 do TFUE, referindo que os Estados podem manter restrições a países terceiros que vigorassem internamente em 31 de dezembro de 1993, desde que o objetivo seja a liberalização da circulação de capitais. No caso em apreço, não há nenhum elemento suscetível de se incluir no âmbito de aplicação do artigo 64.º, razão pela qual nos ficamos por esta breve menção.

Desta forma, não são contrárias à lei medidas que visem garantir a eficácia dos controlos fiscais, preservar a coerência do sistema fiscal, a luta contra a fraude fiscal e o direito de o Estado exercer a sua competência fiscal relativamente às atividades prosseguidas no seu território⁶⁷, respeitando os princípios da proporcionalidade, necessidade e não discriminação⁶⁸.

O TJUE analisa a substância económica das transações envolvidas, admitindo a previsão de restrições para as situações que recorram a expedientes puramente artificiais, sem justificação económica genuína⁶⁹. Este Tribunal considerou que a luta contra a fraude e evasão fiscal é causa de justificação legítima, por isso, é possível discriminar/restringir com esta motivação; no entanto, não se pode exceder o necessário para lutar contra essa fraude e evasão fiscal, pelo que a medida irá para além do necessário se não se circunscrever aos expedientes puramente artificiais. Na verdade, o Tribunal tem adotado um controlo de proporcionalidade exigente que, na prática, reduz o seu campo de aplicação, o que significa que para ser admitida tal justificação, a norma tem de ser desenhada com o objetivo de impedir situações desprovidas de realidade económica que pretendiam apenas afastar o imposto devido por uma transação realizada no território do Estado-membro⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, *Verkoijen*, 06.06.2000.

⁶⁷ Cfr. C Acórdão do TJUE, *Manninem*, 07.09.2004; Acórdão do TJUE, *ELISA*, 11.10.2007 e Acórdão do TJUE, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, 14.09.2006.

⁶⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, *Bachmann*, 28.01.1992 e HENRIQUES (2020), p. 611.

⁶⁹ Cfr. Acórdão do TJUE, *Cadbury Schweppes*, 12.09.2006.

⁷⁰ Cfr. FERREIRA (2019), p. 31 e 32.

O princípio da proporcionalidade está consagrado no artigo 5.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia, assumindo por isso grande relevância junto do Tribunal de Justiça. A proporcionalidade resulta da conjugação de três fatores: proibição do excesso, necessidade e adequação, conseqüentemente, exige que as medidas adotadas sejam adequadas ao fim prosseguido e que não vão para além do que é necessário para o atingir. No fundo, este princípio serve de crivo para aferir se uma determinada norma ou ação é legítima e adequada à prossecução ou realização de um certo objetivo⁷¹, sendo um limite para as intervenções dos Estados que restrinjam as liberdades económicas. Por diversas vezes, o Tribunal já mencionou esta necessidade de adequação⁷².

Uma breve nota para as justificações tradicionalmente recusadas pelo TJUE, vejamos a perda ou a redução de receita fiscal⁷³, a compensação através de outra vantagem ou privilégio fiscal⁷⁴ ou a ausência de medidas de harmonização a nível fiscal⁷⁵.

Todavia, ao nível da tributação direta, ao contrário do que aconteceu, por exemplo, com os impostos indiretos (veja-se o IVA), não há uma tão desenvolvida harmonização fiscal pela positiva, pelo que a jurisprudência do TJUE veio assumir especial relevância numa harmonização pela negativa⁷⁶. O poder de os Estados construírem o seu sistema fiscal e de conformarem os impostos, especialmente sobre o rendimento e o património, é visto como uma das últimas parcelas de soberania fiscal dos Estado, pelo que a ideia de abdicar deste poder não é muito sedutora para os seus governos, embora seja assente que os Estados têm de exercer as suas competências tributárias em respeito pelos Tratados, designadamente, pelas liberdades fundamentais⁷⁷. As decisões do Tribunal são por isso muito relevantes, na medida em que orientam as atuações dos Estados no que toca à tributação direta.

Um breve apontamento relativo ao artigo 18.º do TFUE que proíbe toda e qualquer discriminação por força da nacionalidade. Este preceito só se aplica autonomamente às

⁷¹ Cfr. HENRIQUES (2020), p. 346.

⁷² Cfr. Acórdão do TJUE, *Comissão/França*, 04.06.2002; Acórdão do TJUE, *Comissão/Portugal*, 04.06.2002.

⁷³ Cfr. Acórdão do TJUE, *ICI*, 16.07.1998.

⁷⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, *Verkooijen*, 06.06.2000.

⁷⁵ Cfr. Acórdão do TJUE, *Avoir Fiscal*, 28.01.1986.

⁷⁶ Cfr. NABAIS (2005), p. 168, 169.

⁷⁷ No acórdão do TJUE, *Avoir Fiscal*, 28.01.1986, o TJUE afirmou, pela primeira vez, que as matérias de tributação direta estão também sujeitas às liberdades fundamentais.

situações de Direito da UE que não são abrangidas por outras disposições específicas de não discriminação previstas no TFUE⁷⁸.

No capítulo seguinte, faremos a análise de alguns acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que se revelam pertinentes para esta exposição.

⁷⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, *Hollman*, 11.10.2007.

7. Análise Jurisprudencial

7.1. Jurisprudência do TJUE

Em primeiro lugar, citamos o acórdão *Schumacker*, no parágrafo 21, que ilustra a necessária compatibilidade nas normas internas com o Direito da União Europeia: “Embora, no estado atual do direito comunitário, a matéria dos impostos diretos não se encontre enquanto tal incluída na esfera de competências da Comunidade, não é menos certo que os Estados-Membros devem exercer as competências que detêm respeitando o direito comunitário”⁷⁹.

Pese embora, a alienação de partes sociais não conste expressamente do Anexo I da Diretiva n.º 88/361/CEE, é certo que a sua enumeração não é taxativa e que a transmissão de partes sociais de sociedades residentes por sociedades não residentes constitui um movimento de capitais. Vejamos o acórdão *Glaxo GmbH & Co. KG*⁸⁰, no qual o Tribunal afirmou que “a aquisição de por um residente de participações numa sociedade residente a um sócio não residente (...) constitui um movimento de capitais”. Por maioria de razão, se conclui que a transação objeto da nossa análise integra os movimentos de capitais.

7.1.1. O Acórdão Comissão v. Espanha

O acórdão C-562/07, Comissão v. Espanha, de 06.10.2009, respeita à tributação de mais-valias resultantes da cessão de bens detidos há mais de um ano, sendo que a lei espanhola tributava de forma diferente as mais-valias realizadas em Espanha por residentes e as mais-valias realizadas em Espanha por não residentes, pois às primeiras aplicava-se uma taxa de 15% e às segundas uma taxa de 35%. A Comissão alertou Espanha para esta situação, identificando-a como uma possível violação da livre circulação de capitais (antigamente prevista no artigo 56.º do Tratado da Comunidade Europeia), caso não existisse uma diferença objetiva que justificasse a diferença de tratamento.

⁷⁹ Cfr. Acórdão do TJUE, *Schumacker*, 14.02.1995.

⁸⁰ Cfr. Acórdão do TJUE, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG*, 17.09.2009.

Tendo o litígio chegado ao Tribunal, a Comissão alegou que a carga fiscal suportada pelos não residentes era sempre superior e que não havia diferença objetiva entre os residentes e os não residentes, por conseguinte, qualquer diferença de tratamento que se traduzisse numa tributação superior aos não residentes constituía uma discriminação. Espanha defendeu-se dizendo que tal diferença se baseava na prossecução de um objetivo de coerência fiscal, mas a Comissão contrapôs que tal justificação era inválida, visto que “a carga fiscal mais pesada suportada pelos não residentes não [era] associada a qualquer benefício fiscal atribuído a estes últimos”. Ou seja, para ser aceite, teria de haver uma relação direta entre a concessão de um benefício fiscal e a sua compensação através de uma imposição fiscal. Espanha contestou dizendo que a situação não é comparável, em primeiro lugar, porque as mais-valias dos não residentes representavam apenas parte do seu rendimento global e que a verdadeira capacidade contributiva se avaliava no Estado de residência, pelo que, não sendo as situações objetivamente comparáveis, a diferença de tratamento não punha em causa a livre circulação de capitais. Além disso, alegou que, admitindo-se que as disposições constituíam uma violação desta liberdade, a mesma era justificada pela salvaguarda da coerência interna do regime fiscal espanhol.

O Tribunal veio dizer que era certo que a legislação espanhola estabelecia uma diferença de tratamento entre residentes e não residentes no tocante às mais-valias da cessão de bens, imóveis e outros, detidos em Espanha, mas que anteriormente já tinha decidido que, na tributação direta, a situação dos residentes e a dos não residentes não era, em regra, comparável e que o facto de um Estado não conceder aos não residentes certos benefícios que previa para os residentes não era também, por via de regra, discriminatório, tendo em conta as diferenças objetivas entre a situação dos residentes e a dos não residentes relativamente à fonte dos rendimentos ou da capacidade contributiva⁸¹. Deste modo, cumpria analisar se havia uma diferença objetiva entre a situação dos residentes e a dos não residentes que eliminasse o carácter discriminatório das normas internas espanholas e, como tal, que essas gozassem da exceção prevista no artigo 58.º, n.º 1, do TCE (atual 65.º, n.º 1, alínea a), do TFUE). O Tribunal referiu que a taxa aplicável aos não residentes era fixa e determinada exclusivamente por força da qualidade de residente ou não residente do contribuinte, além de que não se demonstrou

⁸¹ Cfr. Acórdão do TJUE, *Schumacker*, 14.02.1995.

que se pretendia atribuir um tratamento mais favorável aos residentes nem qualquer finalidade social. O TJUE afirmou que as duas categorias de contribuintes se encontravam numa situação comparável e, de seguida, analisou o argumento avançado por Espanha relativo à coerência do sistema fiscal. O Tribunal recordou que, para tal justificação ser válida, tem de se mostrar que há uma direta relação entre a concessão do benefício fiscal aos residentes e a compensação desse benefício através de uma certa imposição fiscal⁸², o que o TJUE não considerou acontecer, por isso, não aceitou tal argumentação e julgou procedente a ação da Comissão. Deste modo, concluiu que a diferença de tratamento em análise constituía uma violação da livre circulação de capitais.

Este acórdão é extremamente relevante para a nossa análise dos artigos 51.º-C, n.º 4, do CIRC e 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, uma vez que aprecia uma situação em que há um tratamento distinto dos não residentes face aos residentes, também na tributação de mais-valias. Importa, desde já, salvaguardar que o facto de o referido acórdão respeitar a mais-valias obtidas em sede de IRS, não impede que a solução aí adotada seja transposta para as disposições em análise nesta dissertação, tal como a Comissão defendeu neste acórdão da Comissão v. Espanha.

Relativamente à comparabilidade das situações, a mesma afere-se à luz do objeto e da finalidade da norma doméstica. Ambos os artigos tratam das mais-valias que resultam da alienação onerosa de sociedades residentes, cujo ativo é constituído em mais de 50% por imóveis, prevendo-se a tributação destes ganhos. A diferença reside no facto de, no artigo 51.º-C, n.º 4, do CIRC, as sociedades objeto de venda serem detidas por outras sociedades residentes, enquanto no artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF as sociedades alienadas são residentes mas pertencem a outras não residentes. Ou seja, a distinção faz-se pelo titular da sociedade transmitida. A mais-valia apurada nesta alienação diz respeito a uma sociedade residente que desenvolve uma atividade económica em Portugal, pelo que as mesmas serem detidas por um residente ou não, não é relevante no apuramento da mais-valia. Desta feita, concluímos que as situações são comparáveis: as duas disposições incidem sobre um ganho com a transmissão de partes sociais de uma sociedade predominantemente imobiliária em Portugal e, nas duas,

⁸² Cfr. Acórdão do TJUE, *Manninen*, 07.09.2004.

pretende-se assegurar a tributação no Estado onde o bem imóvel se encontra, sendo neste contexto insignificante a residência da sociedade que transmite as participações.

O tratamento desigual decorre da parte final do n.º 4 do artigo 51.º-C ao repor a isenção da mais-valia caso a atividade desenvolvida pela sociedade residentes tenha natureza comercial, industrial ou agrícola e não consista na compra e venda de imóveis. Já o artigo 27.º, n.º 2, alínea c) nada refere nesse sentido, por isso, independentemente da atividade prosseguida pela sociedade residente, a mais-valia apurada será sempre alvo de tributação. É indubitável a diferença de regime, bem como o tratamento privilegiado que assiste às sociedades residentes que alienam as suas partes sociais noutras sociedades neste âmbito.

É certo que o artigo 65.º do TFUE admite restrições à livre circulação de capitais, mas essas não são ilimitadas, há regras a observar. Desde logo, exige-se proporcionalidade e, por conseguinte, qualquer discriminação baseada nessa justificação não será admissível quando ultrapasse o que é necessário para evitar os casos abusivos. Os meios prosseguidos para atingir o objetivo devem ser os menos restritivos.

O distinto tratamento fiscal conferido pelas disposições domésticas em análise tem exclusivamente como base o Estado no qual os sujeitos passivos são considerados residentes e não o singular objetivo de evitar esquemas artificiais sem racionalidade económica intrínseca. Como tivemos oportunidade de constatar, a exclusão de tributação da mais-valia resultante da alienação das partes sociais da sociedade residente detida por uma não residente, cujo ativo seja predominantemente constituído por imóveis em Portugal, está condicionada à verificação, quase automática, da condição de residência dos sujeitos passivos, sem margem para aferir a existência de realidade económica das entidades envolvidas.

Apesar do argumento de combate à fraude e evasão fiscal que subjaz ao artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, a disposição revela-se desproporcional face à conduta abusiva que visa impedir, dado que outras soluções menos restritivas e adequadas seriam viáveis, permitindo a aplicação do regime semelhante ao dos residentes às situações de tal merecedoras e, por outro lado, que as situações verdadeiramente abusivas sejam, e bem, objeto de exclusão.

Por último, de referir que a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais dos sujeitos passivos não residentes⁸³, em nosso entender, não tem cabimento, visto que o Estado português consegue sem dificuldade verificar se os sujeitos passivos cumprem os requisitos legalmente exigidos para que o benefício fiscal se aplique.

7.1.2. O Acórdão *Hollman*⁸⁴

De forma sintética, o litígio envolvia uma residente na Alemanha, a Sra. *Hollman*, e a Autoridade Tributária Portuguesa, e prendia-se com uma liquidação de rendimentos da primeira relativa ao ano de 2003, no qual obteve uma mais-valia resultante da venda de um imóvel em Portugal no valor de 619 757,46€. Para os residentes, 50% da mais-valia era excluída nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do Código do IRS, enquanto os não residentes estavam sujeitos à sua tributação integral à taxa de 25% segundo o artigo 72.º, n.º 1, do mesmo Código. A mais-valia da Sra. *Hollman* foi tributada pela totalidade do seu valor, o que levou à impugnação da liquidação e, subsequentemente, a este processo.

O TJUE atestou que as regras fiscais previstas na lei portuguesa eram distintas consoante os sujeitos passivos residissem ou não em Portugal, pelo que os segundos ficavam numa situação menos vantajosa, constituindo por isso uma restrição aos movimentos de capitais. O Governo português afirmava que os sujeitos passivos se encontravam em situações diferentes, o que foi negado pelo TJUE, concluindo que não havia objetivamente nenhuma diferença de situação que justificasse o regime diferenciado. O Tribunal disse também que não havia justificação aceite, pois a dissemelhança era excessiva.

Ora, também as situações previstas nos artigos 51.º-C, n.º 4 e 27.º, n.º 2, alínea c) são comparáveis – a situação da sociedade que aliena as suas partes sociais numa sociedade residente é comparável à da sociedade não residente que transmite as suas participações numa outra residente.

7.1.3. O Acórdão *Miljoen*⁸⁵

Neste processo, o Tribunal veio dizer que se um Estado-membro sujeita ao imposto sobre o rendimento, tanto os não residentes como os residentes pelos dividendos

⁸³ Cfr. FERREIRA (2019), p. 57.

⁸⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, *Hollman*, 11.10.2007.

⁸⁵ Cfr. Acórdão do TJUE, *Miljoen*, 17.09.2015.

recebidos de uma sociedade residente, “a situação dos contribuintes não residentes assemelha-se à dos contribuintes residentes”. Subsequentemente, refere que se o direito interno prevê mecanismos para evitar ou atenuar a dupla tributação dos residentes, os mesmos devem também ser previstos para os não residentes.

Pois bem, Portugal optou por tributar os não residentes relativamente a este tipo de mais-valias, sendo essas também tributadas quando apuradas por residentes. Ou seja, a mesma espécie de rendimento é tributada na esfera de ambos. Face ao entendimento do Tribunal nos parágrafos 67 a 69 do acórdão *Miljoen*, uma vez exercida a competência pelo Estado da fonte sobre o mesmo rendimento (para os residentes, neste rendimento, Portugal é fonte e residência), os sujeitos passivos residentes e não residentes encontrar-se-ão numa situação comparável e, por conseguinte, torna-se exigível um tratamento equivalente.

7.1.4. O Acórdão *MK v. Autoridade Tributária e Aduaneira*⁸⁶

Esta decisão jurisprudencial levou o legislador português a alterar o regime nacional face às exigências europeias. O Tribunal de Justiça reafirmou que, quando se aplica uma tributação superior aos não residentes, a liberdade de circulação de capitais é posta em causa. No caso concreto, estavam em causa os artigos 43.º e 72.º, n.º 1, do Código do IRS⁸⁷, que previam a contabilização em apenas 50% da mais-valia sobre a venda de imóveis apurada pelos residentes, enquanto os não residentes eram tributados a 28% sobre a totalidade da mais-valia, resultando daqui uma sistemática carga fiscal superior para os não residentes. Concluiu o Tribunal que havia uma restrição aos movimentos de capitais. Mais uma vez, o Tribunal mencionou que resulta de jurisprudência assente que, para que as disposições domésticas sejam compatíveis com a livre circulação de capitais, a distinção de tratamento tem de dizer respeito a situações não comparáveis em termos objetivos. Rapidamente, o TJUE considerou que isso não acontecia, pois estavam em causa situações objetivamente comparáveis, além de a disparidade não se justificar por alguma razão imperiosa de interesse geral.

No nosso caso, vejamos que, e correndo o risco de repetição mas sendo a evidência certa, a disparidade decorre de os residentes poderem repor a exceção e não ser tributados

⁸⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, *MK v. AT*, 18.03.2021.

⁸⁷ Os mesmos artigos que no Acórdão *Hollman*.

face à mais-valia, se mostrarem que os imóveis estão afetos a uma atividade, já os não residentes simplesmente são tributados perdendo o benefício fiscal que isenta a mais-valia.

Também neste acórdão o Tribunal considerou que estávamos perante a mesma categoria de rendimento, quer sejam residentes ou não residentes, e que “o Estado-membro de onde o rendimento coletável provém é sempre a República Portuguesa”⁸⁸, como tal não existia nenhuma diferença objetiva de situação entre residentes e não residentes suscetível de justificar o díspar regime fiscal.

Um apontamento importante que se retira é o facto de, mesmo que a lei ofereça ao não residente uma opção para ser tributado como residente, isso não exclui o carácter discriminatório da outra possibilidade. No acórdão *Hollman*, a AT alegou que, com a introdução do n.º 9 e do n.º 10 no artigo 72.^o⁸⁹, passou-se a permitir que os não residentes optassem por serem tributados pela totalidade dos rendimentos em Portugal, sendo-lhes assim aplicáveis as taxas previstas para os residentes. O Tribunal afirmou que o mero facto de poder haver outra possibilidade que não encerre em si mesma um tratamento diferenciado, não faz com que o outro regime passe a ser admissível à luz do artigo 63.º do TFUE. Posto isto, atente-se na alínea d) que em 2019 foi introduzida no artigo 27.º, n.º 2, do EBF, a qual prevê a isenção das mais-valias obtidas por sociedades não residentes que detêm outras não residentes em Portugal, cujo ativo é constituído em mais de 50% por imóveis, podendo estas fazer a demonstração da afetação económica do ativo imobiliário e, assim, beneficiar da isenção prevista no n.º 1 do artigo 27.º do EBF. No fundo, trata-se exatamente da mesma mais-valia, aquilo que muda é o facto de ambas as sociedades não residirem em Portugal. Sucede que, não é por existir uma alternativa – a sociedade cujas partes sociais são alienadas ser não residente – que a solução normativa da alínea c) perde o seu pendor discriminatório.

7.2. Jurisprudência do CAAD

7.2.1. Processo n.º 153/2024-T

⁸⁸ Cfr. Acórdão do TJUE, *MK v. AT*, 18.03.2021.

⁸⁹ Alterações na sequência do Acórdão *Hollman*.

Neste processo, estava em causa uma mais-valia imobiliária, no valor de 1 149 121,46€, aferida por uma sociedade não residente em Portugal, a qual foi submetida a uma taxa de 25% por força do artigo 87.º, n.º 4, do Código do IRC. A mesma mais-valia, se fosse apurada por um residente, teria sido sujeita a 17% até aos 25 000€ e o excedente a 21% nos termos do artigo 87.º, n.º 1, do mesmo Código, pelo que a requerente invocou a violação do artigo 63.º do TFUE. A maioria dos juízes considerou que não havia qualquer discriminação injustificada pela aplicação de taxas diferentes aos residentes e não residentes, porque os primeiros eram tributados pela totalidade dos rendimentos enquanto os segundos não, pelo que a aplicação da mesma taxa de imposto seria discriminar os sujeitos passivos em território português; e, neste sentido, não havia também qualquer violação da livre circulação de capitais. No entanto, além de este entendimento não ir ao encontro da posição do TJUE em vários processos, devemos ter em atenção o voto de vencido de Rita Correia da Cunha. Esta árbitra citou o acórdão *Hollman* porque neste o TJUE rejeitou a possibilidade de os rendimentos (mais-valias no caso) serem tributados de modo diferente, consoante fossem realizadas por residentes ou por não residentes, visto que as situações eram objetivamente comparáveis, por se tratar, como já vimos, de uma “única categoria de rendimentos dos sujeitos passivos, quer sejam residentes ou não residentes”, além de o rendimento em causa ter origem em Portugal. Seguidamente, recorreu ao acórdão MK, também por nós já analisado, para sustentar a sua posição de que o artigo 87.º, n.º 4 devia ser desaplicado por violação daquela liberdade fundamental, ao sujeitar sistematicamente as sociedades não residentes a uma carga fiscal superior quando as mesmas se encontram numa situação factualmente comparável.

Em nosso entender, o teor material deste voto de vencido tem total aplicação às disposições dos artigos 51.º-C, n.º 4, do CIRC e 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, pelas razões já previamente enunciadas.

8. A metodologia seguida pelo TJUE na análise da compatibilidade das normas internas com o Direito da UE

Quando o TJUE é chamado a apreciar a compatibilidade de norma interna com alguma das liberdades da União Europeia e conclui pela incompatibilidade, ocorre a denominada integração fiscal negativa, que potencia uma aproximação entre os sistemas tributários.

Como aponta João Félix Nogueira, nesta análise, o Tribunal utiliza um raciocínio estruturado em quatro partes⁹⁰:

- (i) Esfera de proteção de uma liberdade fundamental;
- (ii) Ingerência;
- (iii) Justificação;
- (iv) Adequação, necessidade e proporcionalidade.

Façamos então uma apreciação casuística do artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, observando-o segundo este juízo.

Primeiramente, a liberdade fundamental em causa é a livre circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE já descrita previamente.

Em segundo lugar, quanto à ingerência exige-se um exercício comparativo, existindo um tratamento diferente de situações comparáveis, quando a situação em que é exercida uma liberdade fundamental é tratada de forma menos favorável. Acontece que, as sociedades não residentes que detenham uma sociedade residente em Portugal, cujo ativo seja composto em mais de 50% por bens imóveis no mesmo Estado, não beneficiam da isenção da mais-valia que decorre da alienação de partes sociais nessa sociedade residente, ao passo que os sujeitos passivos residentes que detenham uma sociedade em Portugal nas mesmas condições, desde que provem que o ativo imobiliário está afeto a uma atividade comercial, industrial ou agrícola que não consista na compra e venda de imóveis, beneficiam da exclusão da tributação desta mais-valia. Ora, as sociedades não residentes são portanto discriminadas, temos uma aplicação de regras distintas a situações comparáveis⁹¹ - face ao mesmo tipo de mais-valias, há uma diferença de tratamento pelo

⁹⁰ Cfr. PINTO (2010), p. 204.

⁹¹ Cfr. Acórdão do TJUE, *Schumacker*, 14.02.1995.

facto de as sociedades não serem residentes em Portugal, sendo este menos favorável. Trata-se de uma discriminação indireta⁹², visto que o fator relevante não é a nacionalidade, mas antes a residência (muitas vezes, os não residentes não são também nacionais, pelo que a distinção com base na residência equivale a uma distinção com base na nacionalidade), sendo o segundo critério suscetível de produzir os mesmos resultados que uma distinção com base no primeiro.

Em terceiro lugar, cumpre aferir se há alguma justificação para a discriminação, para que seja uma mera diferenciação justificada, e, dentro do conjunto de fundamentações comumente aceites pelo TJUE, a única que nos parece plausível é a luta contra a fraude e a evasão fiscal⁹³, sendo estas situações que são desprovidas de genuinidade. Ora, pretende-se evitar que uma mais-valia imobiliária seja disfarçada numa mais-valia mobiliária, no entanto, não há razão para não se atribuir aos não residentes a possibilidade de também eles demonstrarem que os imóveis estão afetos a alguma atividade económica, pelo que a medida se revela discriminatória e tendencialmente protecionista.

Por último, faz-se um controlo de necessidade, adequação e proporcionalidade, e, aqui, concretamente, consideramos que a medida vai para além do que é necessário, não se afigura como a solução mais adequada. Na realidade, bastava prever a mesma possibilidade para os não residentes, isto é, poderem mostrar que os imóveis estão afetos a uma atividade comercial, industrial ou agrícola e que, como tal, não prosseguem um objetivo de evasão fiscal, não se restringindo a expedientes puramente artificiais. Caso se conclua que os imóveis não têm afetação económica, a mais-valia é tributada, tal como acontece para os residentes. Recordemo-nos que o Tribunal, no acórdão *Comissão Europeia v. França*, no qual constituía fundamento para determinada diferenciação a necessidade de garantir o pagamento do imposto e a eficácia dos controlos fiscais anti-fraude/anti-evasão, considerou que “uma presunção geral de evasão ou de fraude fiscal não basta para justificar uma medida fiscal que afete os objetivos do Tratado”⁹⁴. Concluimos que a medida não é proporcional, acabam por cair no âmbito de incidência

⁹² O conceito de discriminação indireta a nível fiscal foi introduzido pelo acórdão do TJUE, *Biehl*, 08.05.1990.

⁹³ O tribunal reconheceu esta justificação no Acórdão do TJUE, *Cadbury Schweppes*, 12.09.2006.

⁹⁴ Cfr. Acórdão do TJUE, *Comissão/França*, 04.03.2004.

da norma situações legítimas em que o ativo imobiliário serve a prossecução de uma atividade comercial, industrial ou agrícola.

9. Breve referência a semelhante problemática no Código do IRS

9.1. A discriminação das mais-valias imobiliárias

Até 2022, as mais-valias imobiliárias obtidas em Portugal por não residentes eram tributadas à taxa especial de 28%, prevista no artigo 72.º, n.º 1, alínea a), do Código do IRS, a menos que os sujeitos passivos fossem residentes na UE e optassem pela aplicação das taxas progressivas aplicáveis aos residentes (o que não eliminava a discriminação). Já os residentes, face à mesma mais-valia, eram tributados nos termos do artigo 43.º, n.º 2, alínea b), do Código do IRS que previa a exclusão de 50% do valor apurado. É evidente que o critério adotado era diferente, porque a lei sujeitava a mais-valia dos não residentes a tributação pela sua totalidade, enquanto a de um residente era excluída em metade.

Esta situação era incongruente com a liberdade de circulação de capitais, o que foi afirmado pelo STA no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 09 de dezembro de 2020⁹⁵. O artigo 43.º, n.º 2, alínea b)⁹⁶ foi então alterado e deixou de conter a referência aos residentes, deixando margem para se aplicar a ambos.

9.2. A discriminação das mais-valias sobre a transmissão de participações sociais em pequenas empresas não residentes

No acórdão do TJUE n.º C-472/22, o Tribunal apreciou se o artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, nos termos do qual o saldo das mais e menos-valias relativas a micro e pequenas empresas não cotadas nos mercados regulamentados da bolsa de valores devia ser tributado a 50%, podia ser aplicado à venda de ações de uma sociedade não residente em Portugal.

O TJUE referiu que a norma doméstica se aplicava “indistintamente a qualquer pessoa singular com residência fiscal em Portugal e implica[va] um tratamento diferenciado baseado exclusivamente no lugar de estabelecimento das sociedades nas quais os capitais são investidos (...)”, considerando haver uma restrição da livre circulação de capitais não justificada por uma razão imperiosa de interesse geral quando assim não fosse. Mais, concluiu que esta prática administrativa implicava um benefício aplicável

⁹⁵ Cfr. Acórdão do STA de 09.12.2020, Proc. n.º 075/20.6BALS.B.

⁹⁶ Alteração introduzida pela Lei do Orçamento do Estado de 2023 (Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro).

apenas às transmissões de participações sociais em sociedades em Portugal estabelecidas, deixando de parte as transmissões em sociedades estabelecidas noutros Estados-membros. Aqui, o problema era a interpretação e consequente aplicação que a AT fazia da norma, a qual foi considerada contrária à livre circulação de capitais pelo Tribunal.

Fazemos uma breve alusão a estas duas situações do Código do IRS por ilustrarem o facto de tratamentos fiscais menos atrativos e diferentes para os não residentes, quando não legitimamente justificados, consistirem em restrições à livre circulação de capitais protegida pelo TFUE, tendo já assim sido reconhecidos.

10. Conclusão

Ao longo da dissertação fomos deixando transparecer a posição por nós adotada. Assim sendo, consideramos que as disposições dos artigos 51.º-C, n.º 4, do CIRC e 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF tratam de forma fiscalmente mais favorável os residentes em Portugal do que os não residentes, o que se traduz numa violação da livre circulação de capitais, uma das liberdades fundamentais protegida e potenciada pelo Direito da União Europeia.

Por via de regra, uma medida que não se possa aplicar aos não residentes por esse mesmo motivo, a não residência, configura uma situação potencialmente discriminatória. É sabido que as duas disposições têm subjacente uma natureza antiabuso, na medida em que pretendem afastar situações em que a transmissão das partes sociais é utilizada para ilidir mais-valias imobiliárias, constituindo, desta forma, veículos privilegiados para a realização deste tipo de mais-valias, são por isso regras solitárias contra o abuso de direito. Efetivamente, a verificação da existência de uma prática abusiva exige que a operação em causa tenha por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essa disposição. Se houver alguma justificação para a atuação, que vá além da obtenção de uma vantagem fiscal, a prática abusiva não é relevante.

Os Estados-membros podem alegar justificações para tal diferenciação no tratamento, a fim de tornar “legítima” a norma doméstica, neste caso, alegando o combate à fraude e evasão fiscal. Na realidade, a disposição do artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF revela-se excessiva, ao impedir de forma absoluta a possibilidade de os não residentes acederem à isenção da tributação da mais-valia, visto que não se admite que estes sujeitos passivos façam prova de que os imóveis têm afetação económica e que os mesmo não servem apenas para efeitos de gestão e valorização com o intuito de gerar ganhos com a respetiva alienação.

Medidas que dissuadam o investimento estrangeiro não nos parecem favoráveis ao crescimento económico que se pretende para o país. Haver a opção de o investimento ser realizado via sociedades não residentes, num esquema indireto, tão pouco. A competitividade fiscal é, em nosso entendimento, um fator de atração de investimento

estrangeiro e um sinal positivo aos agentes económicos investidores, que devem ter um sentimento de tratamento não discriminatório em matéria fiscal.

Em face da análise do princípio da igualdade que estabelece a necessidade de um tratamento igualitário entre os cidadãos (sendo certo que se admitirão algumas exceções) e do princípio de livre circulação de capitais, do qual decorre a proibição de restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-membros, consideramos que a norma do artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF está ferida de um vício material. Apesar da aparente simetria estrutural deste artigo com o 51.º-C, n.º 4, do Código do IRC, ao nível da substância somos confrontados com uma significativa diferença, para a qual, após análise de várias decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia quando questionado sobre situações idênticas, não encontramos justificação plausível.

À luz do exposto, considera-se que o legislador devia promover a alteração da redação do artigo 27.º, n.º 2, alínea c), do EBF, de modo que a solução legislativa preveja a abertura da exceção de afetação dos imóveis a uma atividade económica de natureza comercial, industrial ou agrícola aos sujeitos passivos não residentes. Desta forma, além de eliminar a desigualdade na forma como os não residentes são tratados, consegue também garantir que as situações em que há utilização de sociedades para transacionar imóveis e assim ilidir a devida tributação são sempre devidamente tributadas.

11. Bibliografia

CAMPOS, Diogo Leite/ CAMPOS, 2000, Mónica Horta Neves Leite de, *Direito Tributário*, 2.^a Edição, Reimpressão de 2003, Coimbra, Almedina.

COURINHA, Gustavo Lopes, 2023, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Coimbra, Almedina.

DOURADO, Ana Paula, 2025, *Direito Fiscal*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, 2020, *Direito da União*, 9.^a Edição, Coimbra, Almedina.

MACHADO, Jónatas/COSTA, 2023, Paulo Nogueira, *Manual de Direito Fiscal – Perspetiva Multinível*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina.

MARQUES, Rui, 2020, *Código do IRC – Anotado e Comentado*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

MENDES, António Rocha, 2016, *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

NABAIS, José Casalta, 2005, *Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina..

NOGUEIRA, 2010, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora.

PEREIRA, Paula Rosado, 2025, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

PRETO, António/VIEIRA, Nuno Santos, 2019, *Estatuto dos Benefícios Fiscais*, Nova Veja.

RIBEIRO, João Sérgio, 2024, *Introdução à Convenção-modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património*, Coimbra, Almedina.

SANCHES, José Luís Saldanha, 2007, *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

VASQUES, 2018, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina.

FERREIRA, André Caetano, 2019, “A compatibilidade normas fiscais nacionais com a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais”, *Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP*, Ano I – Número 2, p. 1-64, in

https://www.afp.pt/content/revista_fiscalidade/ano_1/2019/2/https://www.afp.pt/content/revista_fiscalidade/ano_1/2019/2/revafp_ano_i_n2_a_dimensao_externa_da_lcc_andre_c.ferreira.pdf

CALDAS, António Castro/TEIXEIRA, Martim, 2019, “Da tributação em Portugal das mais-valias obtidas por não residentes com a venda de veículos imobiliários não residentes”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, p.137-142, in

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6543/documento/foro-por-03.pdf?id=8731&forceDownload=true>

SANTOS, António Carlos, 2009, “Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 38, p. 61-100, in

https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/38_2_acsantos_abuso_f38.pdf

GARCIA, Nuno de Oliveira, 2007, “Prejuízos, menos e mais-valias – Casos de aplicação de normas antiabuso específicas do Código do IRC”, *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 29, p. 105-125, in

https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/03/29_5_ngarcia_menosvalias_f29.pdf

Autoridade Tributária e Aduaneira, 2019, “Ficha doutrinária – Código do IRC, art. 51.º-C: *Mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão de instrumentos de capital próprio – cálculo da percentagem de 50% constante do n.º 4 do art. 51.º-C* (Proc. 2019001011), in

https://www.apeca.pt/docs/informacaoapeca/80_PIV_15207_1011_2019.pdf

Autoridade Tributária e Aduaneira, 2017, “Ficha doutrinária – Código do IRC, art. 51.º-C: *Aplicação do regime do art. 51.º-C às mais-valias apuradas na transmissão da totalidade do capital social de uma participada com imóvel el locação financeira*, (Proc. 910/2007), in

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/rendimento/circ/Documents/FD_CIRC_910_2017.pdf

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 275/2016, de 04.05.2016 (Pedro Machete), Proc. n.º 815/15.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 896/2021, de 07.12.2021 (Gonçalo de Almeida Ribeiro), Proc. n.º 436/2021.

Acórdão do STA (Pleno da Secção do Contencioso Tributário) de 09.12.2020 (Francisco Rothes), Proc. n.º 075/20.6BALS.B.

Decisão arbitral do CAAD de 24.01.2014 (Jorge Manuel Lopes de Sousa; Manuel Pires; Nuno Azevedo Neves), Proc. n.º 194/2013-T.

Decisão arbitral do CAAD de 13.07.2021 (Diogo Leite de Campos), Proc. n.º 688/2020-T.

Decisão arbitral do CAAD de 12.08.2023 (Rita Correia da Cunha; Cristina Aragão Seia; António Cipriano da Silva), Proc. n.º 583/2022-T.

Decisão arbitral do CAAD de 08.01.2024 (Regina de Almeida Monteiro; Jorge Belchior de Campos Laires; Júlio Tormenta), Proc. n.º 314/2023-T.

Decisão arbitral do CAAD de 15.01.2025 (Carla Castelo Trindade; Cláudia Rodrigues; Adelaide Moura), Proc. n.º 623/2024-T.

Acórdão do TJUE de 06.10.2009, *Comissão/Reino de Espanha*, Proc. n.º 562/07.

Acórdão do TJUE de 04.03.2004, *Comissão/República Francesa*, Proc. n.º 334/02.

Acórdão do TJUE de 28.01.1986, *Avoir Fiscal*, Proc. n.º 270/83.

Acórdão do TJUE de 08.05.1990, *Biehl*, Proc. C-175/88.

Acórdão do TJUE de 28.01.1992, *Bachmann*, Proc. C-204/90.

Acórdão do TJUE de 14.02.1995, *Schumacker*, Proc. C-279/93.

Acórdão do TJUE de 14.12.1995, *Sanz de Lera*, Proc. C-163/94, C-165/94 e C-250/94.

Acórdão do TJUE de 16.07.1998, *Imperial Chemical Industries (ICI)/Colmer*, Proc. C-264/96.

Acórdão do TJUE de 06.06.2000, *Verkooijen*, Proc. C-35/98.

Acórdão do TJUE de 04.06.2002, *Comissão/Portugal*, Proc. C-367/98.

Acórdão do TJUE de 04.06.2002, *Comissão/França*, Proc. C-483/99.

Acórdão do TJUE de 07.09.2004, *Manninen*, Proc. C-319/02.

Acórdão do TJUE de 14.09.2006, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Proc. C-386/04.

Acórdão do TJUE de 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, Proc. C-196/04.

Acórdão do TJUE de 11.10.2007, *ELISA*, Proc. C-451/05.

Acórdão do TJUE de 11.10.2007, *Hollman*, Proc. C-443/06

Acórdão do TJUE de 17.09.2009, *Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG*, Proc. C-182/08.

Acórdão do TJUE de 17.09.2015, *Miljoen*, Proc. C-10/14, C-14/14 e C-17/14.

Acórdão do TJUE de 18.03.2021, *MK/Autoridade Tributária e Aduaneira*, Proc. C-388/19.