



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tributação das mais valias dos não residentes

Joana Jorge da Silva Ferreira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tributação das mais valias dos não residentes

Joana Jorge da Silva Ferreira

Orientador: Professora Doutora Marta Vicente

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão;

AT Autoridade Tributária

CAAD – Centro de Arbitragem administrativa

CE – Tratado das Comunidades Europeias

Cfr. - Conforme

CIRS - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

DL - Decreto-Lei

IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

LGT - Lei Geral Tributária

n.º - Número

OE – Orçamento de Estado

p. - Página

pp. - Páginas

ss. - Seguintes

STA - Supremo Tribunal Administrativo

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal De Justiça Da União Europeia

UE – União Europeia

Resumo

O presente estudo debruça-se sobre a questão de aferir se há discriminação na tributação das mais valias auferidas pelos não residentes tendo por comparação a tributação dos residentes nesta categoria de rendimentos (Categoria G).

Para analisar esta questão, iremos, em primeiro lugar, proceder ao enquadramento legal do regime de tributação das mais valias no ordenamento jurídico português, quer dos residentes, quer dos não residentes.

Observada a dualidade de regimes, propomo-nos fazer uma análise da jurisprudência, quer do TJ, quer do STA, onde se encontra retratada esta questão.

Essencialmente interessa-nos perceber se o regime fiscal português, quanto à tributação das mais valias dos não residentes, está conforme a Jurisprudência mais recente, conformidade esta apreciada à luz dos artigos 63.º e 65.º do TFUE.

Aqui chegados, e perante a constatação de desconformidades legislativas entre o Direito interno e o Direito da União, apreciar-se-á se, em primeiro lugar, se existe ou não discriminação dos não residentes face aos residentes e, em segundo lugar, se as alterações legislativas introduzidas pelo OE de 2023, são capazes de sanar a referida discriminação.

Palavras-Chave: Não-residentes; Mais-Valias; Livre circulação de Capitais; Discriminação negativa;

Abstract

This study addresses the issue of whether there is discrimination in the taxation of capital gains earned by non-residents when compared with the taxation of residents in this income category (Category G).

In order to analyse this issue, we will first proceed to the legal framework of the capital gains taxation regime in the portuguese legal system, both for residents and non-residents.

Having observed the duality of the regimes, we propose to make an analysis of the case law of both the Court of Justice and the Supreme Administrative Court, where this issue is addressed.

Essentially, we are interested in understanding whether the Portuguese tax regime, as regards the taxation of capital gains of non-residents, is in accordance with the most recent case-law, which is assessed in the light of Articles 63 and 65 of the TFEU.

Having arrived at this point, and in view of the finding of legislative inconsistencies between domestic law and EU law, we will assess, firstly, whether or not there is discrimination between non-residents and residents and, secondly, whether the legislative changes introduced by the 2023 State Budget are able to remedy this discrimination.

Key-words: Non-Residents; Capital Gains; Free Movement of Capital; Negative Discrimination;

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	5
Resumo	6
1. Introdução	1
2. O regime português de tributação das mais-valias – Breves notas;	2
2.1. Do regime de tributação das mais valias imobiliárias realizadas por não residentes em Portugal;.....	4
2.2. Alterações legislativas no CIRS em 2023;.....	7
3. Evolução Jurisprudencial	13
3.1. Do Tribunal de Justiça da União Europeia;.....	13
3.1.1. O Acórdão <i>Hollmann</i> c. Fazenda Pública (C-443/06).....	13
3.1.2. Acórdão <i>MK</i> c. Autoridade Tributária e Aduaneira (C-388/19)	17
3.2. Do Supremo Tribunal Administrativo.....	20
3.2.1. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 09 de dezembro de 2020	20
3.2.2. O Acórdão do STA de 12 de Maio de 2021	22
4. Da ilegalidade das liquidações de IRS por incompatibilidade com o DUE do regime de tributação das mais valias auferidas por não residentes	23
4.1. Do primado do DUE sobre o Direito Interno consagrado no artigo 8.º, n.º 4 da CRP – Breve nota;.....	23
4.2. Da violação da Liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE, pelo artigo 43.º, n.º 2 do C.IRS	25
4.3. Da persistência da discriminação não obstante a introdução de um regime opcional de equiparação aos residentes em matéria de mais valias imobiliárias;.....	30
4.4. Da ausência de razões imperiosas de interesse geral aptas a Justificar a discriminação em causa;.....	32
6. Conclusão	42

1. Introdução

Propomo-nos, no âmbito deste trabalho, analisar a articulação do Direito fiscal tributário com o Direito da União Europeia, discutindo a natureza do direito fiscal como o último reduto da soberania dos Estados membros da União Europeia.

A inexistência de uma Política Fiscal Comum no quadro da UE determina, do mesmo passo, a inexistência de articulação dos Estados ao nível do sistema de impostos de cada um, seja ao nível da respetiva incidência objetiva e subjetiva, seja ao nível das correspondentes taxas de tributação. Neste quadro, tem sido pela via das suas decisões judiciais, colocando o foco nas liberdades fundamentais que lhe compete tutelar e garantir que o Tribunal de Justiça tem ensaiado uma harmonização negativa, testando o regime de Direito interno de cada Estado membro, à luz daquelas liberdades fundamentais.

O nosso propósito é, assim, o de fazer um breve ponto de situação do estado na questão no direito português, tentando essencialmente responder a algumas questões fundamentais.

Compreender qual o motivo pelo qual o TJ entende haver em Portugal casos de discriminação para com os não residentes e quais os elementos de distinção entre os residentes e os não residentes no ordenamento jurídico português e que o TJ não aceita é uma parte essencial da nossa análise e reflexão.

Haverá ainda que abordar porque é que é potencialmente discriminatório para os não residentes, o facto de as mais valias só serem tributadas por metade do valor e, havendo uma dualidade de regimes, porque é que o TJ a considera discriminatória.

Por fim, iremos debruçar a nossa análise na razão pela qual o TJ considera que os não residentes em território português se encontram discriminados.

Para o efeito, propomo-nos visitar e comentar algumas decisões de particular relevância nesta temática, sempre sem perder de vista o enquadramento do ordenamento nacional.

2. O regime português de tributação das mais-valias – Breves notas;

Diz-nos a nossa Constituição, no artigo 104.º, n.º 1 que “O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”.

Com especial atenção ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, que é o imposto que vamos abordar no presente estudo, o nosso comando constitucional diz-nos que ele deverá ser um imposto (tendencialmente) único. Dir-se-á que a intenção do legislador constitucional era a de que, atendendo ao princípio da capacidade contributiva, os sujeitos passivos fossem tributados a uma única taxa, englobando todos os seus rendimentos, variável em função do montante apurado da correspondente soma.

A variação ocorreria de acordo com a tabela de taxas de IRS, onde a taxa é maior quanto maior for o rendimento, naquilo que se denomina de progressividade do imposto.

Assim, podemos afirmar com segurança que o nosso sistema fiscal assenta em dois pilares: um é o princípio da progressividade e o outro é o princípio da unicidade, estando ambos consagrados constitucionalmente.

Este foi o quadro que o legislador constituinte pretendia que existisse, porque a unicidade é entendida como sendo uma avaliação da real capacidade contributiva do sujeito passivo.¹No entanto, a verdade é que embora queiramos dizer que o IRS é um imposto verdadeiramente único, nem todo o rendimento do sujeito passivo é sujeito a taxas progressivas. Também é ou pode ser sujeito a taxas liberatórias e especiais, que acentuam o carácter dual do imposto.²

Previamente à análise detalhada do regime português de tributação das mais valias dos não residentes, importa dar nota que o CIRS adota um conceito de rendimento-acréscimo. Assim, as pessoas singulares que sejam consideradas residentes³ são

¹ Rui Manuel Corucho Duarte Morais, «As reformas fiscais do presente», Revista de finanças públicas e Direito Fiscal 9, n.º 4 (2016): 249–68.

² Paula Rosado Pereira, Manual de IRS, 3. ed, Manuais universitários (Coimbra: Almedina, 2021).

³ Para o regime fiscal português, considera-se residente, grosso modo e nos termos do artigo 16.º, n.º 1, alínea a), quem permaneça mais de 183 dias em qualquer período de 12 meses em território nacional, sendo que o conceito de não residente é extraído *a contrario sensu* da referida norma, ou

tributadas sobre a totalidade dos rendimentos por estes auferidos, numa base mundial, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, do CIRS, resultando a determinação da matéria coletável do englobamento anual dos seus rendimentos, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, sem prejuízo do disposto no seu n.º 3, sendo que, por norma, os não residentes são tributados por taxas fixas e proporcionais, liberatórias ou especiais, nos termos dos artigos 71.º e 72.º do CIRS, respetivamente.

Sem prejuízo da adoção da conceção de rendimento-acrécimo, o sistema fiscal português não tributa as mais valias latentes, mas apenas as efetivamente realizadas. Portanto, vigora entre nós o princípio da realização, que significa que as mais valias, mesmo que geradas ao longo do tempo e consubstanciando-se em ganhos de “formação contínua”⁴, apenas são tributadas no momento da sua realização efetiva, através de um ato de alienação que dê origem na esfera do contribuinte a um rendimento real, e não meramente potencial. Relevante é, pois, o momento da efetiva realização da mais-valia, e não o momento em que a mesma é gerada, o que pode decorrer de uma valorização súbita do bem, num só momento, ou ser gerada ao longo do tempo.

O que facilmente se percebe é que, como o montante da mais valia tem que ser obrigatoriamente englobado com os restantes rendimentos das diferentes categorias no período da sua realização efetiva, um ganho irregular e excepcional em determinado ano determinará, em regra, que nesse ano se atinja o patamar mais alto dos escalões de tributação (artigo 68.º IRS)⁵, levando à tributação concentrada (e, por consequência, mais elevada, atenta a natureza progressiva do sistema) de rendimentos que podem, porventura, ter-se gerado ao longo de vários anos. O nosso legislador procurou mitigar este efeito economicamente desfavorável, optando pela tributação de apenas uma parte do ganho realizado, mais precisamente metade desse ganho.

Por outras palavras, embora o legislador pretenda tributar as mais valias (fazendo-o através do princípio da realização e não do das mais valias latentes), decide não onerar excessivamente os sujeitos passivos residentes que tenham estes rendimentos

seja, quem permaneça menos de 183 dias em território Português não é considerado residente para efeitos fiscais, em Portugal.

⁴Expressão da autora Paula Rosado Pereira, *Estudos sobre IRS: rendimentos de capitais e mais valias*, Reimpressão, Cadernos IDEFF 2 (Coimbra: Almedina, 2016).

⁵ Cfr. o preâmbulo do código do IRS, ponto 12;

excepcionais, dando-lhes uma solução mais equilibrada, isto é, levando a tributação apenas 50% da mais-valia, uma vez que, como a mais valia é tributada num único momento, tal poderia acarretar efeitos económicos indesejáveis, designadamente o chamado *lock-in Effect*.

Isto apenas se aplica aos residentes em território português, no que concerne à alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis, diferentemente do que sucede relativamente aos sujeitos passivos não residentes em território português.

2.1. Do regime de tributação das mais valias imobiliárias realizadas por não residentes em Portugal;

Para que a questão se levante, é necessário que os não residentes tenham obtido ganhos decorrentes da alienação onerosa de imóveis situados em Portugal, os quais constituem mais-valias sujeitas a imposto, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do CIRS.

Com efeito, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, alínea a), e n.º 4, do CIRS:

“1 - Constituem mais-valias os ganhos obtidos que, não sendo considerados rendimentos empresariais e profissionais, de capitais ou prediais, resultem de:

a) Alienação onerosa de direitos reais sobre bens imóveis e afetação de quaisquer bens do património particular a atividade empresarial e profissional exercida em nome individual pelo seu proprietário;

[...]

4 - O ganho sujeito a IRS é constituído:

a) Pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, líquidos da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso, nos casos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 1”.

Assim, muito embora as pessoas singulares não sejam residentes fiscais em Portugal à data da alienação dos imóveis (mas sim residentes fiscais num país terceiro ou num Estado-membro da União Europeia) - se o ou os imóveis se localizarem em território nacional, os ganhos consideram-se obtidos em Portugal e, como tal, as correspondentes mais-valias encontram-se sujeitas a tributação em sede de IRS.

Com efeito, nos termos dos artigos 13.º, n.º 1, 15.º, n.º 2 e 18.º, n.º 1, alínea h), do CIRS:

“Ficam sujeitas a IRS as pessoas singulares que residam em território português e as que, nele não residindo, aqui obtenham rendimentos” e “tratando-se de não residentes, o IRS incide unicamente sobre os rendimentos obtidos em território Português” sendo que se consideram rendimentos obtidos em território português, “os rendimentos respeitantes a imóveis nele situados, incluindo as mais valias resultantes da sua transmissão.”

Importa agora analisar o regime de tributação dos não residentes, isto é, se as mais-valias realizadas pelos não residentes, com residência num outro Estado, deveriam ter sido consideradas em apenas 50% do seu valor, à semelhança do regime estabelecido para residentes fiscais em Portugal, ou se pela totalidade do valor, como é feito pela Administração Tributária em muitos dos seus atos tributários.

Em sede de IRS, coexistem dois regimes gerais de tributação das mais-valias imobiliárias, consoante esteja em causa um sujeito passivo residente ou não residente em Portugal.

Relativamente aos sujeitos passivos residentes, o valor sujeito a tributação corresponde ao saldo anual das mais valias, considerando apenas 50% do seu valor nos termos do artigo 43.º, n.º 1 e 2, do CIRS.

Com efeito, o artigo 43.º, n.ºs 1 e 2, do CIRS estabelece o seguinte:

“1 - O valor dos rendimentos qualificados como mais-valias é o correspondente ao saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias realizadas no mesmo ano, determinadas nos termos dos artigos seguintes.

2 - O saldo referido no número anterior, respeitante às transmissões efetuadas por residentes previstas nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 10.º, positivo ou negativo, é:

a) Integralmente considerado nas situações previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 10.º, quando os imóveis tenham beneficiado de apoio não reembolsável concedido pelo Estado ou outras entidades públicas, quando o valor total do apoio concedido para aquisição ou para realização de obras seja de valor superior a 30 % do valor patrimonial tributário do imóvel para efeitos de IMI e estes sejam vendidos antes de decorridos 10 anos sobre a data da sua aquisição, da assinatura da declaração comprovativa da receção da obra ou do pagamento da última despesa relativa ao apoio não reembolsável que, nos termos legais ou regulamentares, não estejam sujeitos a ónus ou regimes especiais que limitem ou condicionem a respetiva alienação;

b) Apenas considerado em 50 % do seu valor, nos restantes casos”.

Assim, relativamente aos sujeitos passivos residentes em território português, o saldo anual das mais-valias é apenas considerado em 50% do seu valor, sendo englobado e tributado às taxas progressivas previstas no artigo 68.º do CIRS.

Diferentemente, no que diz respeito aos sujeitos passivos não residentes em território português, o saldo anual das mais-valias é tributado na sua totalidade à taxa especial e proporcional de 28%, prevista no artigo 72.º, n.º 1, alínea a), do CIRS.

Nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea a), e n.ºs 14 e 15, do CIRS:

“1 - São tributados à taxa autónoma de 28 %:

a) As mais-valias previstas nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 10.º auferidas por não residentes em território português que não sejam imputáveis a estabelecimento estável nele situado;

[...]

14 - Os residentes noutra Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar, relativamente aos rendimentos referidos nas alíneas a), b) e e) do n.º 1 e no n.º 6, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.

15 - Para efeitos de determinação da taxa referida no número anterior são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes”.

Desta forma, se uma pessoa singular, não residente para efeitos fiscais em território português, decidir alienar um imóvel e obtiver uma mais-valia sujeita a tributação, correspondente, a título de exemplo, a EUR 100.000,00, o montante total de imposto a pagar será tido por aplicação de uma taxa de 28% sobre o rendimento coletável da categoria G, o que resulta num montante total de imposto devido de EUR 28.000,00.

Assim, e deixando antever qual a nossa opinião, a verdade é que não há nenhuma dúvida de que bastaria aos não residentes terem a residência fiscal em Portugal para que as referidas mais-valias tivessem sido consideradas em apenas 50%.

Constata-se, portanto, a existência de uma diferença de tratamento dos sujeitos passivos não residentes, por comparação com os sujeitos passivos residentes, no que diz respeito ao regime de tributação das mais-valias, na medida em que os sujeitos passivos não residentes ficam sujeitos a uma carga fiscal superior àquela que é aplicada aos sujeitos passivos residentes.

Deste modo, e salvo melhor interpretação, o regime estabelecido no artigo

43.º, n.º 2, do CIRS, ao limitar a consideração em apenas 50% às mais valias realizadas por sujeitos passivos residentes, traduz-se num tratamento discriminatório dos sujeitos passivos não residentes, incompatível com a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE e, portanto, com o primado do Direito da União Europeia sobre o Direito Interno.

2.2. Alterações legislativas no CIRS em 2023;

O Estado Português, através da lei do OE/2023, alterou algumas normas no que à matéria da tributação das mais valias concerne e que não podemos deixar de evidenciar.

A legislação tributária nesta matéria clamava por uma série de alterações, uma vez que o entendimento dos Tribunais era já unânime quanto a esta questão.

No âmbito da nossa dissertação, os artigos mais relevantes a ter em consideração são os artigos 72.º e 43.º do CIRS, alterados pelo Lei n.º 24-D/2022.

Artigo 43.º - “Mais Valias”

Redação anterior	OE 2023
<p>1. O valor dos rendimentos qualificados como mais-valias é o correspondente ao saldo apurado entre mais valias e as menos valias realizadas no mesmo ano, determinadas nos termos dos artigos seguintes.</p> <p>2. O Saldo referido no número anterior, respeitante às transmissões efetuadas por residentes previstas nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 10.º, positivo ou negativo, é apenas considerado em 50% do seu valor.</p>	<p>1. (inalterado)</p> <p>2. O saldo referido no número anterior, respeitante às transmissões previstas nas alíneas a), c) e d) do artigo 10.º, positivo ou negativo, é:</p> <p>a) Integralmente considerado (...)</p> <p>b) Apenas considerado em 50% do seu valor;</p>

Assim, na nova redação do artigo 43.º, pode ver-se que “o saldo referido no número anterior, respeitante às transmissões previstas nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo 10.º, positivo ou negativo, é:

- a) Integralmente considerado (...)
- b) Apenas considerado em 50% do seu valor;

Há a supressão da palavra “residente” da redação do artigo 43.º, n.º 2 do CIRS, o que parece claramente significar que o legislador português decidiu não restringir a aplicação da norma às pessoas singulares residentes, optando por implicitamente abarcar os não residentes no âmbito do artigo. Ainda que formalmente mínima, não pode deixar de ser considerado, do ponto de vista substancial, uma alteração bastante relevante.

Já quanto ao artigo 72.º do CIRS, não pode falar-se de uma alteração de âmbito mínimo.- a norma em apreço sofreu alterações muito significativas em matéria de mais-valias, e. Atentemos à comparação legislativa entre a lei fiscal de 2022 e a lei fiscal de 2023:

Redação anterior	OE 2023
<p>1 - São tributados à taxa autónoma de 28%:</p> <p>a) As mais-valias previstas nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 10.º auferidas por não residentes em território português que não sejam imputáveis a estabelecimento estável nele situado.</p> <p>b) Outros rendimentos auferidos por não residentes em território português que não sejam imputáveis a estabelecimento estável nele</p>	<p>1- São tributados à taxa autónoma de 28%:</p> <p>a) (revogada)</p> <p>b) (inalterado)</p> <p>c) O saldo positivo entre as mais e menos valias, resultante das operações previstas nas alíneas b), c), e), f), g), h) e k) do n.º 1, do artigo 10.º</p> <p>9- (inalterado)</p> <p>10- (inalterado)</p> <p>15 – Os residentes noutro Estado membro</p>

<p>situado e que não sejam sujeitos a retenção na fonte às taxas liberatórias;</p> <p>c) O saldo positivo entre as mais-valias e menos-valias, resultante das operações previstas nas alíneas b), c), e), f), g) e h) do n.º 1 do artigo 10.º;</p> <p>9- Os residentes noutra Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar, relativamente aos rendimentos referidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 e no n.º 2, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.</p> <p>10- Para efeitos de determinação da taxa referida no número anterior são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicadas aos residentes.</p> <p>15 – Os residentes noutra Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar, relativamente aos rendimentos referidos nas alíneas a), b) e e) do n.º 1 e</p>	<p>da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, no último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar, relativamente aos rendimentos referidos nas alíneas b) e e) do n.º 1 e no n.º 6, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.</p> <p>16 – (Inalterado)</p>
---	---

<p>no n.º 6, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.</p> <p>16 – Para efeitos da terminação da taxa referida no número anterior são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes;</p>	
--	--

Este artigo consagra o regime geral de tributação das mais valias auferidas pelos não residentes, isto é, o legislador português consagrou um regime de tributação próprio para as pessoas singulares não residentes em território português, que, via regra, são tributados por uma taxa fixa, proporcional e até desejável, de 28%.

Os números que sofreram alterações foram o n.º 1, alínea a) e c) e o n.º 15 do artigo 72.º.

O n.º 15 na redação anterior consagrava o direito de opção dado ao não residente, entre o regime de opção (regime geral para os residentes) e o regime geral dos não residentes.

Assim, no regime imediatamente anterior a esta nova alteração legislativa, os rendimentos previstos na alínea a) do artigo 10.º do CIRS (as mais valias imobiliárias) auferidas por não residentes eram sujeitas a uma taxa autónoma de 28%, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea a) do CIRS.

Como podemos ver no quadro acima, com a nova alteração legislativa, introduzida pela Lei n.º 24-D/2022, a alínea a) do n.º 1 foi suprimida, bem como a remissão do n.º 15 para esta.

Depreendemos que o legislador não pretende que as mais valias que resultem da alienação onerosa de bens imóveis sejam tributadas a uma taxa especial de 28%. Como tal, é natural que o n.º 15 do artigo 72.º retire o direito de opção entre o regime próprio dos não residentes e o regime geral dos residentes, dado que o regime de tributação das

mais-valias dos não residentes é agora igual ao regime de tributação das mais-valias dos residentes.

O regime que vigora nesta nova lei para os não residentes deixa de ser a tributação a uma taxa especial de 28%, pela alienação de bens imóveis, em território português, e passa a ser a tributação de acordo com a tabela de taxas progressivas do artigo 68.º CIRS, com englobamento obrigatório, conforme consta do artigo 22.º do CIRS.

Veja-se, a este respeito, as alterações introduzidas ao artigo 22.º do respetivo diploma:

Redação anterior	OE 2023
<p>1. - O rendimento coletável em IRS é o que resulta do englobamento dos rendimentos das várias categorias auferidas em cada ano, depois de feitas as deduções e os abatimentos previstos nas secções seguintes.</p> <p>2. Nas situações de contitularidade, o englobamento faz-se nos seguintes termos:</p> <p>a) Tratando-se de rendimentos da categoria B, cada contitular engloba a parte do rendimento que lhe couber, na proporção das respetivas quotas;</p> <p>b) Tratando-se de rendimentos das restantes categorias, cada contitular engloba os rendimentos ilíquidos e as deduções legalmente admitidas, na proporção das respetivas quotas.</p> <p>3. Não são englobados para efeitos da sua tributação:</p> <p>a) Os rendimentos auferidos por sujeitos passivos não residentes</p>	<p>1. (inalterado)</p> <p>2. (inalterado)</p> <p>3. Não são englobados para efeitos da sua tributação:</p> <p>a) Os rendimentos auferidos por sujeitos passivos não residentes, com exceção das mais valias previstas nas alíneas a) e d) do n.º 1 do artigo 10.º que não sejam imputados a estabelecimento estável nele situado e sem prejuízo do disposto nos n.ºs 13 e 14 do artigo 72.º;</p> <p>10. Sempre que a lei imponha o englobamento de rendimentos auferidos por sujeitos passivos não residentes em território português, são tidos em consideração para efeitos da taxa a aplicar, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, todos os rendimentos auferidos incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas</p>

em território português, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 13 e 15 do artigo 72.º;	condições que são aplicáveis aos residentes. ⁶
--	---

O artigo 22.º é o preceito que consagra o englobamento de todos os rendimentos auferidos, dando cumprimento aos princípios da unicidade e da progressividade do imposto.

No regime anterior ao da entrada em vigor da Lei n.º 24-D/2022, excecionavam-se do regime regra do englobamento os rendimentos auferidos pelos sujeitos passivos não residentes, conforme dispunha o artigo 22.º, n.º 3, alínea a), CIRS.

Por seu turno, na redação atual, o legislador vem aponta no caminho de não serem englobados os rendimentos auferidos pelos não residentes, exceto quando se trate de mais-valias resultantes da alienação de bens imóveis, as quais serão obrigatoriamente englobadas.

Ademais, é agora aditado o n.º 10, postulando que, sempre que a lei imponha a obrigatoriedade de englobamento para efeitos de determinação da taxa ao rendimento coletável nos termos do artigo 68.º, serão considerados todos os rendimentos auferidos pelo sujeito passivo, sendo que "por todos" entende-se também os rendimentos auferidos fora do território nacional, salvaguardando desta forma o que para o anterior regime estava consagrado no artigo 72.º, n.º 15 do CIRS.

Desta forma, o legislador acaba com a tributação à taxa proporcional de 28%, uma vez que, com esta alteração legislativa, o saldo apurado da alienação das mais valias é apenas tributado em metade (à semelhança dos residentes) e sujeito a englobamento para determinação da taxa progressiva do IRS aplicável.

⁶ Este mecanismo de se considerar todos os rendimentos auferidos pelo não residente, incluindo os auferidos fora de Portugal, não é uma ideia nova, já estava consagrada na anterior redação do artigo 72.º, n.º 15 do CIRS.

3. Evolução Jurisprudencial

3.1. Do Tribunal de Justiça da União Europeia;

3.1.1. O Acórdão *Hollmann* c. Fazenda Pública (C-443/06)

O Acórdão *Hollmann* opõe *Erika Hollmann*, residente na Alemanha à então Fazenda Pública.

Erika Hollmann alienou um imóvel que adquirira por herança gerando uma mais-valia imobiliária, no ano de 2003, na qualidade de não residente em Portugal, embora residente num Estado-Membro da União Europeia.

A Administração Tributária, no ato de liquidação dos rendimentos, considerou a totalidade da mais-valia auferida, defendendo que o artigo 43.º, n.º 2 do CIRS, isto é, a consideração da base tributável da mais-valia, em metade do seu valor, apenas se podia aplicar aos residentes em Portugal.

Quando a questão chega ao STA este decidiu fazer o reenvio prejudicial para o TJ perguntando se o facto do artigo 43.º, n.º 2 do CIRS “*limitar a incidência do imposto a 50% das mais valias realizadas por residentes em Portugal*” viola o artigo 56.º CE, atual artigo 63.º do TFUE, dado que exclui do âmbito de aplicação da norma as mais valias auferidas por não residentes.

O TJ começa por referir que, no ordenamento jurídico português, existem regras fiscais diferentes no que às mais valias concerne, consoante se trate de residentes ou não residentes em território nacional, concluindo que as regras fiscais aplicáveis apenas aos não residentes conduzem a uma carga fiscal superior àquela que é aplicada aos residentes.

Uma vez que no regime aplicável aos não residentes é aplicada uma taxa de 25% (atualmente 28%) sobre a totalidade da matéria coletável correspondente às mais-valias realizadas, ao passo que para os residentes a taxa aplicável é dada pela tabela de taxas progressivas, que poderá ir até aos 42% (atualmente 48%), porém desconsiderando-se metade da matéria coletável correspondente à mais-valia.

Posto isto, o TJ concluiu que a legislação portuguesa que retrata o regime das mais valias aplicáveis aos não residentes, tem por consequência “tornar menos atrativa” a transferência de capitais, demovendo o investimento imobiliário, como é o caso da alienação de um bem imóvel. Conclui-se assim, que esta diferenciação de regimes, onde apenas se prevê uma limitação de tributação em 50% apenas para os residentes consubstancia uma restrição a uma liberdade fundamental, a livre circulação de capitais.

Para além disso, o TJ averiguou se esta restrição poderia ser justificada à luz do artigo 65.º do TFUE.

Chegando o TJ à conclusão de que a diferença de tratamento fiscal não se justifica, uma vez que não existe nenhuma diferença de situação que justifique esta desigualdade, no que à tributação das mais valias concerne, estando em causa situações objetivamente comparáveis.

Para além de não aceitar também como razão imperiosa de interesse geral, a necessidade de garantir a coerência do sistema fiscal nacional (Português).

Nestes termos, estamos perante uma restrição à livre circulação de capitais, que não pode ser justificada à luz do artigo 65.º do TFUE.

Importa agora também analisar como é que o Tribunal de Justiça se pronunciou posteriormente ao Acórdão *Hollmann*. Aqui, podemos destacar dois acórdãos relevantes: o Acórdão *Gielen*⁷ (C-440/08) e o Acórdão *Frédéric Jahin*⁸ (C-45/17). No Acórdão “*Gielen*”, *F. Gielen* reside na Alemanha (sendo um não residente para efeitos fiscais nos Países Baixos), porém, obtém rendimentos neste último território, que é o Estado da fonte.

A legislação dos Países Baixos concede um benefício fiscal para os trabalhadores independente residentes, que se traduz num direito à dedução com base num preenchimento de horas de trabalho. Ou seja, se o contribuinte fiscal (residente) prestar mais do que 1225 horas de trabalho por ano a uma empresa na qual obtém lucro

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2010, Processo C-440/08, disponível in *Eur-Lex.europa.eu*

⁸ Acórdão do TJUE de 18 de janeiro de 2018, processo C-45/17, disponível in *eur-lex.europa.eu*

enquanto trabalhador independente, pode deduzir a correspondente quantia ao lucro tributável apurado no exercício desse ano.⁹

Gielen trabalhou para um Estabelecimento Estável nos Países Baixos menos de 1225 horas. Porém, trabalhou bem mais do que 1225 horas para uma sociedade na Alemanha.

Para a Autoridade Tributária Neerlandesa, *Gielen* não cumpriu o critério de horas trabalhadas.

Contudo, um contribuinte residente pode, a fim de preencher o Critério de horas trabalhadas, utilizar quer as horas de trabalho realizadas nos Países baixos, que as horas de trabalho realizadas noutra Estado-Membro, ao passo que um contribuinte que não seja residente apenas pode incluir horas de trabalho efetivamente realizadas nos Países Baixos.

O Tribunal de Justiça veio referir, no parágrafo n.º 42 do referido acórdão que a legislação sob apreciação, “no que diz respeito ao preenchimento do “critério das horas trabalhadas” para efeitos de dedução concedida aos trabalhadores independentes, trata diferentemente os contribuintes consoante residam ou não nos Países Baixos”

Como tal, estamos perante uma discriminação “indireta em função da nacionalidade”¹⁰, uma vez que a regulamentação nacional dos Países Baixos no que à dedução diz respeito – utilizando para isso, um critério que é suscetível de prejudicar os contribuintes não residentes – veda aos contribuintes não residentes a contabilização de horas de trabalho noutros Estados-Membros que não os Países Baixos.

E o TJ vai ainda mais longe, referindo que mesmo que haja uma opção de equiparação que permita ao contribuinte não residente optar pela tributação como se de um residente se tratasse, esta opção não é suscetível de afastar os efeitos discriminatórios do regime que lhes é inerente.¹¹

⁹ Preenchido o “Critério das horas trabalhadas”, o sujeito passivo passa a ter um benefício fiscal (direito à dedução) e o montante desta dedução varia de acordo com uma tabela nos termos do artigo 3.76, n.º 2, da Lei de 2001 relativa ao imposto sobre o rendimento.

¹⁰ Expressão utilizado pelo TJ, no parágrafo n.º 48 do referido acórdão.

¹¹ Cfr. Parágrafos 49 a 55 do Acórdão *Gielen*.

A opinião do TJ converge com a opinião do Advogado-Geral quando nos dizem que reconhecer um direito de opção é estar a validar, isto é, a aceitar na ordem jurídica um regime fiscal que é discriminatório, algo que em si mesmo limita a Liberdade de Estabelecimento, sendo contrário ao Direito da União Europeia.

No Acórdão *Jahin*, estava em causa uma cidadã de nacionalidade francesa, residente na China desde 2003, sendo que esta contribuinte não residente (residente num país Terceiro) estava sujeita em França a diversas imposições sobre rendimentos prediais, decorrentes de uma mais-valia imobiliária.

Ora, decorre da legislação francesa que os residentes noutros Estados-Membros têm a possibilidade de pedir a isenção de tributação dos rendimentos do seu património em França, desde que se encontrem inscritos num regime de Segurança Social de qualquer outro Estado-Membro.

Este “benefício” estava reservado aos contribuintes não residentes em França, desde que inscritos num regime de Segurança Social de um Estado situado na União Europeia, no EEE ou na Confederação Suíça.

Não resultando, assim, nenhum “benefício” para o contribuinte que residisse num País Terceiro.

Assim, entendeu o TJ, a respeito das contribuições e imposições fiscais sobre rendimentos patrimoniais obtidos por *Jahin* em território francês, que:

“(...) As imposições efetuadas nos termos de uma legislação nacional que incidem sobre os rendimentos prediais e sobre uma mais-valia obtida na sequência da alienação de um imóvel, adquirido num Estado Membro por uma pessoa singular que reside num Estado terceiro, estão abrangidas pelo conceito de “movimentos de capitais”, na aceção do artigo 63.º TFUE”.

Desta forma, qualquer tratamento desigual, ainda que esteja em causa um residente num País Terceiro, pode constituir, como constitui efetivamente a legislação francesa em causa, um entrave à livre circulação de capitais, não permitido à luz do artigo 63.º do TFUE.

Este acórdão é relevante na medida em que o Tribunal de Justiça alarga o âmbito de aplicação do conceito de não residente, ou seja, um não residente não é somente um

residente em Estados-Membros da União Europeia, mas pode ser também um residente num País Terceiro.

O princípio da livre circulação de capitais constante do artigo 63.º do TFUE tem um âmbito de aplicação alargado comparativamente com outras liberdades fundamentais, na verdade esta liberdade aplica-se, aos movimentos de capitais entre Estados-Membros, e também aos movimentos de capitais entre Estados Membros e países Terceiros.¹²

Assim, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais quer entre Estados Membros, quer entre Estados-Membros e Países Terceiros, traduzindo-se desta forma numa restrição à livre circulação de Capitais um tratamento diferenciado entre residentes e não residentes (ainda que residentes em Países Terceiros) sendo que nos termos do artigo 72.º, n.º 15 o “direito de opção” nem sequer abrange os residentes em Estados Terceiros.¹³

3.1.2. Acórdão *MK* c. Autoridade Tributária e Aduaneira (C-388/19)

O acórdão C-388/19, de 18 de março de 2021, que opõe “MK” e a Autoridade Tributária e Aduaneira, surge como um acórdão inesperado, na medida em que tem opinião contrária face às conclusões do Advogado Geral. Contra todas as expectativas, o Acórdão do Tribunal de Justiça revela-se perentório quando diz que, apesar das alterações introduzidas na legislação portuguesa, continua a existir discriminação face aos não residentes no que respeita à tributação das mais-valias imobiliárias.

Opinião diferente é perfilhada pelo Advogado-Geral, *Gerard Hogan*, nas suas conclusões apresentadas a 19 de novembro de 2020, onde muito resumidamente se diz

¹² Pais, Sofia Oliveira, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, Reimpressão 2023 (Almedina, 2018).

¹³ O STA no Acórdão de 12 de setembro de 2020, no âmbito do processo n.º 075/20.6BALSb vem uniformizar jurisprudência dizendo que “*não tendo essa discriminação negativa dos não residentes sido ultrapassada pelo regime opcional introduzido no n.º 15 do artigo 72.º, previsto aliás apenas para os não residentes noutro Estado-Membro da EU ou no EEE e não para os residentes em países Terceiros*”, frisando, assim, que a alteração legislativa que introduziu o direito de opção no art. 72.º, n.º 15, não abarca os contribuintes residentes em países terceiros, sendo também por isso que continua a não estar sanada a discriminação.

que não há discriminação desde que o cidadão não residente em território português tenha a “possibilidade real e efetiva de optar pelo regime aplicável aos residentes”.¹⁴

Passando ao enquadramento fático e normativo, no acórdão em epígrafe, o sujeito passivo em questão “MK” era residente para efeitos fiscais em França, no entanto, a 17 de julho de 2017, alienou um imóvel situado em Portugal.

Ao apresentar a sua declaração anual de rendimentos, nela declarando a alienação do referido imóvel, exerce a opção pelo regime geral aplicável aos não residentes, que é o regime de tributação à taxa proporcional de 28%, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, a) do CIRS, excluindo-se por isso, do regime de opção, que passa pelo englobamento a 50% e pela tributação a uma taxa progressiva do artigo 68.º do CIRS.

Acontece que, posteriormente, a AT emite uma nota de liquidação a título de Imposto sobre o rendimento, aplicando uma taxa de 28% à totalidade da mais-valia auferida no ano de 2017. Com efeito, tendo o sujeito passivo optado pelo regime geral de tributação dos não residentes, ficou excluída, portanto, a possibilidade de ser tributado por metade do valor da mais-valia, através do regime do artigo 72.º, n.º 15 do CIRS, que remete para o regime de tributação geral dos residentes, conforme o artigo 43.º, n.º 2 e o artigo 68.º do CIRS.

“MK”, não se conformando com a nota de liquidação suprarreferida, apresentou no Tribunal Arbitral Tributário (CAAD) uma impugnação contestando a liquidação oficiosa de IRS emitida pela AT.

A questão controvertida centra-se em saber se o facto de os sujeitos passivos não residentes poderem optar, nos termos do artigo 72.º, n.º 15 e 16 do CIRS, por um regime que é em tudo semelhante ao dos residentes, nomeadamente, quanto à redução da base tributável em 50%, é ele mesmo um regime discriminatório, havendo consequentemente uma restrição à livre circulação de capitais, nos termos dos artigos 63.º do TFUE.

Assim, a questão a que o TJ tem de dar resposta é a de saber se os artigos 18.º, 63.º a 65.º do TFUE são contrários a uma legislação fiscal nos termos da qual o sujeito passivo não residente pode um direito de opção entre o regime geral e o regime de opção (regime geral dos residentes).

¹⁴ Cfr. ponto n.º 64, das conclusões do Advogado-Geral no processo C-388/19, de 19 de novembro de 2020;

Para a apreciação da questão prejudicial, o TJ teceu algumas considerações iniciais quanto ao que entendia ser um movimento de capitais, remetendo para a jurisprudência *Hollmann*¹⁵, considerando que uma operação de liquidação do investimento imobiliário é um movimento de capitais, assim sendo, estamos no âmbito da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º TFUE.

Na jurisprudência *Hollmann*, chegara-se já à conclusão de que o artigo 43.º, n.º 2 violava o princípio de proibição de restrições aos movimentos de capitais quer entre Estados-Membros quer entre Estados-Membros e Estados Terceiros.

Para além do mais, o TJ considera que o diferente regime de tributação conduz a resultados discrepantes quanto à carga fiscal aplicável aos residentes e aos não-residentes, sendo os não residentes sujeitos sistematicamente a uma carga fiscal superior, porque muito embora estes sejam tributados a uma taxa fixa de 28%, isso não supera o benefício da consideração em apenas 50% da mais-valia realizada.

E o Acórdão vai mais longe, dizendo que a alteração legislativa operada após a jurisprudência *Hollmann* não é suficientemente capaz de eliminar a discriminação operada pelo artigo 43.º, n.º 2 do CIRS, constituindo uma restrição aos movimentos de capitais.

Os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça para justificar esta sua abordagem restritiva convergem essencialmente em que a opção por um regime de tributação análogo ao dos residentes se traduz, afinal, para o sujeito passivo não residente, na opção entre um regime válido e um regime que fora já considerado discriminatório, isto é, o regime previsto no artigo 72.º, n.º 1 do CIRS.¹⁶

Assim, a compatibilidade do regime interno Português com o Direito da União não pode depender do exercício de um direito legal de opção atribuído ao sujeito passivo, já que se está a colocar nas mãos desse mesmo sujeito, a possibilidade de escolha de um regime discriminatório que em si mesmo é incompatível com o Direito da União.

¹⁵ Acórdão do TJ de 11 de outubro de 2007, processo C-443/06, disponível *in eur-lex.europa.eu*.

¹⁶ Desta forma adianta o TJ que “o reconhecimento de um efeito dessa natureza à referida escolha teria por consequência validar um regime fiscal que continuaria, em si mesmo, a violar o artigo 63.º do TFUE, em razão do seu caráter discriminatório”.

O TJ concluiu que, à luz dos artigos 63.º e 65.º do TFUE, deve considerar-se que o regime que faz depender a sujeição do sujeito passivo não residente a uma carga fiscal superior em função da opção exercida por este é incompatível com as liberdades do mercado interno, mormente com o artigo 63.º do TFUE.

3.2. Do Supremo Tribunal Administrativo

No âmbito da última jurisprudência portuguesa, está consolidado o entendimento quanto à tributação das mais valias imobiliárias auferidas pelos não residentes.

Assim, achamos importante neste âmbito, destacar dois acórdãos do STA: O AUJ de 09 de Dezembro de 2020 ¹⁷ e o Acórdão de 12 de Maio de 2021.

3.2.1. Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 09 de dezembro de 2020

Este Acórdão nasce da interposição de recurso pela AT, de uma decisão Arbitral¹⁸, uma vez que se verifica oposição de julgados sobre a mesma questão fundamental de Direito entre a decisão arbitral e uma decisão arbitral fundamento¹⁹.

Questão fundamental esta que consiste em saber se o regime previsto no artigo 43.º, n.º 2 do CIRS, é aplicável aos não residentes, mesmo quando estes não exerçam o direito de opção.

Um dos argumentos utilizados pelo CAAD na decisão arbitral fundamento foi que o facto do não residente ter optado pela tributação pelas taxas do artigo 72.º, regime regra para os não residentes, significa que terá de lhe ser aplicável “*in toto*” o regime por ele escolhido.

¹⁷ Ac. STA 09.12.2020, processo n.º 075/20.6BALSAB, Relator Francisco Rothes, disponível [in www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

¹⁸ Decisão do CAAD de 9 de junho de 2020, processos n.º 846/2019-T, *in www.caad.org.pt*;

¹⁹ Decisão do CAAD de 22 de Abril de 2019, processo n.º 539/2018-T, *in www.caad.org.pt*;

Na decisão arbitral da qual a AT interpôs recurso, discute-se se as liquidações de IRS referentes aos rendimentos da Categoria G obtidos por uma cidadã brasileira com residência num Estado Terceiro, estão feridas de ilegalidade, na medida em que a AT aplicou a taxa fixa especial de 28% à totalidade da mais-valia, fixando-se um montante de imposto a pagar de 326 074,00€.

O STA começa por referir que “a melhor interpretação é a que foi efetuada na decisão recorrida”.

A questão a decidir é se a AT (recorrente) tem razão ao afirmar que o regime opcional introduzido na legislação portuguesa²⁰ põe fim à discriminação negativa dos residentes, razão pela qual se o Sujeito passivo exercer o direito de opção, não pode considerar-se discriminado.

O STA reconhece o esforço legislativo aquando da introdução do regime do Direito legal de opção. Ou seja, a opção pelos sujeitos passivos não residentes, de serem tributados pelos rendimentos auferidos na categoria G à taxa de 28% incidente sobre a totalidade do rendimento ou pela tributação de um regime equiparável ao regime a que se encontram adstritos os sujeitos passivos residentes.

De todo o modo, o STA considera o regime de opção como um “ónus suplementar comparativamente aos residentes” não sendo capaz de neutralizar a referida discriminação negativa invocada pela Requerida.

E, mesmo sendo a requerida residente num país terceiro, o STA vai mais longe dizendo que “o regime de abolição de restrições à livre circulação de capitais vigora não só entre Estados Membros da Comunidade Europeia, mas também entre estes e Estados Terceiros, sendo o seu conteúdo o mesmo para as duas situações”.

Assim, o STA uniformiza jurisprudência no sentido de que

“o n.º 2 do art. 43.º do CIRS, na redação aplicável, ao prever uma limitação da tributação a 50% das mais-valias realizadas apenas para os residentes em Portugal, e não para os não residentes, constitui uma restrição aos movimentos de capitais, incompatível com o art. 63.º do TJ, não tendo essa discriminação negativa dos não residentes sido ultrapassada pelo regime opcional introduzido no art. 72.º do CIRS pela

²⁰ Alteração introduzida pela Lei 67-A/2007 de 31 de Dezembro (OE para 2008)

Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, previsto, aliás, **apenas** para os residentes noutro Estado-membro da UE ou na EEE e não para os residentes em Países terceiros.”²¹

3.2.2. O Acórdão do STA de 12 de Maio de 2021 ²²

Quanto à Jurisprudência Nacional muitos foram os acórdãos que discutiram esta problemática de referenciar o Acórdão o Supremo Tribunal Administrativo de 12 de Maio de 2021.

No âmbito deste processo a recorrente, residente na Bélgica, obteve uma mais-valia no valor de € 165.266,87 com a alienação onerosa de um imóvel localizado em Portugal.

Tendo a recorrente optado pelo regime de tributação geral, previsto no art. 72º, nº 1, a) do CIRS, ela foi tributada no valor de € 46.274,72 (28% do valor total da mais-valia).

Diante disso, apresentou recurso visando a anulação da liquidação, por se considerar penalizada em levar a tributação 100% da mais-valia.

Na primeira instância, a sentença concluiu que, por não ter a recorrente exercido a opção pelo regime de residente, previsto no art. 72º, nº 15, ela teria abdicado do direito de ser tributada em 50% das mais-valias, e que, diante disso, não haveria discriminação.

Colocou-se, assim, a questão de definir se a opção pelo regime de tributação prevista no art. 72º, nº 15 seria suficiente para impedir que houvesse discriminação quanto aos não residentes.

Seguindo o entendimento do TJ, o Supremo Tribunal Administrativo entendeu, em sede de recurso, que embora ela tivesse optado pelo regime dos não residentes, o facto do

²¹ Atente-se a declaração de Voto do Juiz Gustavo Lopes Courinha na parte em que refere que “(a) solução de consideração a 50% de tais valores para efeitos da base tributável foi pensada – e só nessa medida faz sentido – para casos de aplicação das taxas progressivas e no pressuposto do englobamento da generalidade dos rendimentos obtidos pelo sujeito passivo, pois só nesses casos se verifica o risco de as muito elevadas taxas dos escalões superiores de IRS se estenderem às demais categorias de rendimentos. Não havendo, manifestamente, um tal risco no caso dos sujeitos não residentes, não faz sentido a aplicação obrigatória deste regime a tais sujeitos.

²² Ac. STA 12.05.2021, Processo n.º 01154/18.5BESNT, Relator Gustavo Lopes Courinha, disponível *in* www.dgsi.pt

apuramento da matéria coletável ser sempre realizado sobre a totalidade da mais-valia é discriminatório²³.

O STA decidiu que, ainda que o não residente em território português pretenda a tributação por via do regime geral, nos termos do art. 72º, nº 1, a), isso não exclui que se possa ser aplicado o art. 43º, nº 2, ou seja, que se considere, para efeitos de tributação, a mais-valia em 50%.

O STA decidiu alterar a decisão recorrida por considerar que houve uma violação ao art. 63º do TFUE, que estabelece a liberdade de circulação de capitais, uma vez que o art. 43º, nº 2 do CIRS apenas concede o benefício de tributação a 50% das mais-valias aos residentes.

Assim sendo, e numa lógica sistemática, podemos depreender que, por força do art. 8º, nº 3 da CRP, quando haja uma desconformidade entre o direito interno e o direito da União Europeia, prevalecerá este último, isto é, prevalecendo o art. 63º do TFUE sobre o art. 43º, nº 2 do CIRS.

4. Da ilegalidade das liquidações de IRS por incompatibilidade com o DUE do regime de tributação das mais valias auferidas por não residentes

4.1. Do primado do DUE sobre o Direito Interno consagrado no artigo 8.º, n.º 4 da CRP – Breve nota;

Cumpre antes de mais recordar que, 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 no Direito da UE, sendo que a UE é que determina que vale o princípio do primado da

²³ As posições doutrinárias em conflito são demonstradas pela sentença proferida em primeira instância, que entende não haver a possibilidade de discriminação, uma vez que o legislador consagra uma opção de regime de tributação geral ou análoga à dos residentes.

Por outro lado, o TJ e o STA têm posição contrária, ao entender que, independentemente da opção feita pelo sujeito passivo quanto à taxa aplicável, haverá sempre discriminação no apuramento da matéria coletável, uma vez que o art. 43º, nº 2, restringe a tributação das mais-valias em 50% apenas aos residentes.

legislação comunitária sobre o Direito interno, conforme se infere igualmente do disposto no artigo 8.º, n.º 2, da CRP e do artigo 1.º, n.º 1, da LGT.

De facto:

“É a regra básica do Direito Comunitário que [...] uma norma de Direito Comunitário com efeito direto prevalece sempre sobre uma norma de Direito nacional. Esta regra, que não se encontra plasmada em nenhum dos Tratados mas que tem sido invocada com grande ênfase pelo Tribunal, aplica-se independentemente da natureza da norma Comunitária (Tratado constitutivo, ato Comunitário ou acordo com um Estado terceiro) ou da norma nacional (constituição, estatuto ou legislação derivada); aplica-se do mesmo modo independentemente da norma Comunitária ser anterior ou posterior a uma norma nacional: em todos os casos a norma nacional cede perante o Direito Comunitário”²⁴

Aspeto que tem sido sucessivamente reafirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia desde os Acórdãos *Costa contra Enel*²⁵ e *Simmenthal*²⁶ nos seguintes termos:

“Além do mais, por força do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os atos das instituições diretamente aplicáveis têm por efeito, nas suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicáveis de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também – e dado que tais disposições e atos integram, com posição de precedência, a ordem jurídica aplicável no território de cada um dos Estados-membros – impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com as normas do direito comunitário”

Sendo reconhecido, igualmente, pela mais relevante doutrina portuguesa:

“O primado sobre o Direito Estadual constitui um atributo próprio do Direito da União, não resulta de uma concessão Do Direito Estadual (...) e o Direito da união tem uma natureza comunitária, encontra-se integrado no sistema jurídico dos Estados Membros e impõe-se aos seus tribunais penetrando na Ordem jurídica interna para aí produzir a plenitude dos seus efeitos”²⁷

²⁴ Hartley, T.C., *Foundations of European Community Law* (Oxford, 2003).

²⁵ Processo C–6/64, de 15 de julho de 1964, disponível in www.eur-lex.europa.eu

²⁶ Processo C–106/77, de 9 de março de 1978, disponível in www.eur-lex.europa.eu

²⁷ De Quadros, Fausto, *Direito da União Europeia*, 3.ª Ed. (Almedina, 2015).

E, bem assim, Alberto Xavier²⁸ salienta que:

“O Direito Comunitário (tratados institutivos e disposições dotadas de aplicabilidade direta) tem prevalência ou primazia de aplicação (Anwendungsvorrang) relativamente à legislação nacional dos Estados-Membros. Esta primazia traduz-se na desaplicação da lei nacional e consequente aplicação da norma comunitária com ela colidente, mas não necessariamente abrogação”

Em suma, o efeito prático do primado será a não aplicação de Direito interno que seja contrário ao Direito da União Europeia.²⁹

4.2. Da violação da Liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE, pelo artigo 43.º, n.º 2 do C.IRS

Tendo presente o primado das normas de Direito da União Europeia, caberá analisar a admissibilidade da aplicação exclusiva do regime previsto no artigo 43.º, n.º 2, do CIRS às mais-valias realizadas por residentes em Portugal, cumprindo para o efeito verificar:

- i.) Se a situação em análise cai no âmbito de aplicação do TFUE;
- ii.) Se o artigo 43.º, n.º 2, do CIRS, ao consubstanciar uma diferenciação de tratamento entre sujeitos passivos residentes e não residentes em Portugal, constitui uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE;
- e
- iii.) Se existe um motivo justificado para a restrição ao exercício dessa liberdade fundamental e, caso exista, se essa restrição é proporcional ao fim que visa atingir.

Como refere AXEL CORDEWERNER³⁰, a aplicação do TFUE depende da existência de uma relação jurídica que coloque em contacto o ordenamento jurídico de pelo menos dois Estados-Membros:

²⁸ Alberto Xavier, Clotilde Celorico Palma, e Leonor Xavier, *Direito tributário internacional*, 2. ed. atualizada (Coimbra: Almedina, 2007).

²⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, 422/2020, Processo n.º 528/2017, relator Conselheiro José António Teles Pereira, quanto aos limites ao princípio do primado (na perspetiva da Constituição Portuguesa) e à parte final do artigo 8, n.º 4.

“um elemento transfronteiriço (ou dimensão comunitária), isto é, uma relação entre uma determinada transação económica e dois Estados-Membros é sempre necessário para desencadear a proteção das liberdades fundamentais”

Ou seja, a situação pela qual um residente de um Estado-Membro realiza mais-valias através da alienação de imóveis situados noutra Estado-Membro constitui inequivocamente uma operação intracomunitária que se encontra abrangida pelo TFUE.

Ora, a este respeito cumpre também referir que a situação pela qual um residente de um Estado terceiro realiza mais-valias através da alienação de imóveis situados num Estado-Membro constitui igualmente uma operação que se encontra abrangida pelo TFUE.

Como acrescenta João Félix Pinto Nogueira³¹,

“Nos termos do Tratado é proibida qualquer tipo de restrição aos movimentos de capitais e aos pagamentos tanto entre Estados-Membros como entre Estados-Membros e países terceiros (...). A liberdade de circulação de capitais vai abranger casos como (...) a aquisição e venda de imóveis (...). Esta liberdade aplica-se não só a operações Intra União, mas ainda a movimentos de capitais com países terceiros.”

Quanto à questão de saber se o artigo 43.º, n.º 2 constitui uma restrição a uma das liberdades fundamentais, cumpre-nos analisar em que medida é que o tratamento fiscal concedido às mais-valias realizadas por sujeitos passivos não residentes deverá ser considerado como uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE.³²

As operações de liquidação de investimentos imobiliários constituem movimentos de capitais abrangidos pela liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE, conforme é amplamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelos tribunais nacionais,

³⁰ AXEL CORDEWENER, *EU Freedoms and Taxation* (IBFD, 2006).

³¹ João Félix Pinto Nogueira, *Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais* (Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

³² Veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 8 de maio de 2019 disponível in www.caad.org.pt; bem como a Decisão Arbitral de 23 de abril de 2020, disponível in www.caad.org.pt;

Relativamente à livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, esta inclui todas as formas de investimento direto, o que motiva que alguns autores, como é o caso de Mota Campos, considerem que a mesma engloba “qualquer transferência de valores de um Estado para outro ou, no interior de cada Estado, qualquer transferência para um não residente”.³³

Assim, e atendendo ao objeto da nossa dissertação, tratando-se da realização de mais-valias imobiliárias, a legislação portuguesa em análise será potencialmente violadora da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.

Neste contexto, caberá então determinar em que medida é que o tratamento fiscal diferenciado das mais-valias realizadas por residentes em países terceiros, *vis-à-vis* aquele aplicável a residentes em Portugal se traduz numa restrição à livre circulação de capitais.

Na análise a efetuar ao caso em concreto, deverá desde logo ter-se presente a noção de discriminação, a qual não sendo definida pelo TFUE se reconduz, contudo, a uma ideia de desigualdade de tratamento entre os nacionais dos diversos Estados-Membros e, naturalmente, dos residentes em países terceiros.

Assim, no contexto do Direito da União Europeia, a discriminação implica um efetivo tratamento distinto por um Estado-Membro de uma operação ou situação transnacional, por comparação com uma situação interna (nacional) que partilhe com aquela uma identidade quanto aos seus aspetos essenciais.

Para além da simples existência de um tratamento distinto, o princípio da não discriminação comporta ainda uma ideia de tratamento desigual negativo, desvantajoso para os respetivos beneficiários, no caso, os residentes em países terceiros ou em Estados-membros da União Europeia.

Assim, podemos concretizar isto da seguinte forma: numa situação puramente doméstica – na qual o sujeito passivo residente realize mais-valias através da alienação de imóveis sítos em Portugal – as mais valias são tributadas em apenas 50% do seu valor, nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do CIRS.

³³ Mota Campos, *Manual de Direito Comunitário, Volume III*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Diversamente, numa situação transnacional – na qual um sujeito passivo não residente realize mais-valias através da alienação de imóveis sitos em Portugal – as mais-valias são tributadas em 100% do seu valor.

Esta diferença no tratamento fiscal de uma situação puramente doméstica e de outra transnacional coloca sempre os sujeitos passivos não residentes, seja enquanto residentes num Estado membro da União Europeia seja enquanto residentes num Estado terceiro, numa situação claramente desfavorável em face dos residentes em Portugal.

Ora, se de facto o TFUE reconhece, em geral, os elementos de conexão do Direito Tributário Internacional – residência e fonte – ou seja, aceita um tratamento diferenciado entre residentes e não residentes, a admissibilidade de tal diferenciação restringe-se aos casos em que ambos não se encontrem em situações objetivamente comparáveis.

Nesta lógica e para precipitadamente não tomarmos uma posição errônea quanto à questão de saber se efetivamente existe ou não discriminação, importa determinar se esta diferença de tratamento fiscal constitui uma discriminação em violação da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, aferindo se os sujeitos passivos residentes e não residentes em Portugal se encontram numa situação objetivamente comparável, tendo por base a jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça da União Europeia que refere que “a discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes”.³⁴

Isto porque se estivermos perante uma situação em que há um tratamento diferente porque os sujeitos passivos (residentes e não residentes) não se encontrem em situações objetivamente comparáveis, então não estamos perante nenhuma discriminação.

Desta forma cabe-nos aferir o que se entende por situações objetivamente comparáveis, ora, como bem nos define Ana Paula Dourado³⁵,

³⁴ Acórdão *ACT 4*, Processo C-374/04, disponível *in eur-lex.europa.eu*

³⁵ Dourado, Ana Paula, «Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional; Do Caso Saint-Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não discriminação do Estabelecimento Estável no Tratado da Comunidade Europeia e a Cláusula da Nação mais favorecida», *FISCO*, 2003.

“Situações comparáveis são aquelas que, por beneficiarem de livre circulação, se tornam “substancialmente” embora não formalmente” as mesmas: o julgamento da não discriminação implica uma análise do tipo “substância sobre a forma (...)”

Quer isto dizer que, de acordo com uma interpretação de substância sobre a forma, um sujeito passivo não residente e um sujeito passivo residente estarão numa situação comparável se apresentarem uma conexão comum com o sistema fiscal desse outro Estado.

Neste contexto, a situação na qual, um residente em Portugal realiza mais valias imobiliárias é comparável à situação em que essas mais-valias foram realizadas por residentes num Estado-membro ou num Estado Terceiro.

Assim, havendo situações objetivamente comparáveis, não se denota qualquer tipo de justificação para que não se aplique a mesma legislação fiscal quer aos residentes, quer aos não residentes.

A Jurisprudência do Tribunal de Justiça foi evoluindo no seu entendimento sobre estas matérias. Primeiramente, considerava que apenas os Estados-membros não podiam ser afetados com a discriminação negativa, depois tornou o conceito de não-residente mais abrangente, abarcando também no conceito os residentes em Países Terceiros. Neste sentido, também existe tratamento discriminatórios naquelas hipótese em que o artigo 43.º, n.º 2 incide sobre um residente em país terceiro, entendimento, aliás, corroborado pelo Supremo Tribunal Administrativo.³⁶ Vale a pena destacar, com efeito, o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 12 de setembro de 2020³⁷ que, remetendo para o acórdão do TJ no âmbito do processo C-184/18, acrescenta que o não residente, seja proveniente de um Estado-Membro, seja de um país Terceiro, não pode estar sujeito a uma carga fiscal superior à que incidiria, em situações deste tipo (alienação de bens imóveis), sobre mais valias realizadas pelos residentes.

³⁶ Acórdão do TJ de 6-09-2018, processo C- 184/18, disponível *in eur-lex.europa.eu*;

³⁷ Acórdão n.º 075/20.6BALS, de 12 de setembro de 2020, disponível *in www.dgsi.pt*;

4.3. Da persistência da discriminação não obstante a introdução de um regime opcional de equiparação aos residentes em matéria de mais valias imobiliárias;

Na sequência da prolação do supra citado Acórdão *Hollmann*, o legislador nacional, com o objetivo de afastar a incompatibilidade do regime interno com o Direito da União Europeia, introduziu, através da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (“Lei do Orçamento do Estado para 2008”) a possibilidade de os residentes noutro Estado-Membro da União Europeia optarem, relativamente aos rendimentos referidos no artigo 72.º, n.ºs 1 e 2, do CIRS, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no artigo 68.º, n.º 1, do CIRS, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.

Para esse efeito, o legislador aditou os n.ºs 7 e 8 do artigo 72.º do CIRS – que atualmente correspondem aos n.ºs 15 e 16 – cuja redação dispõe o seguinte:

“15 - Os residentes noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem optar, relativamente aos rendimentos referidos nas alíneas a), b) e e) do n.º 1 e no n.º 6, pela tributação desses rendimentos à taxa que, de acordo com a tabela prevista no n.º 1 do artigo 68.º, seria aplicável no caso de serem auferidos por residentes em território português.

16 - Para efeitos de determinação da taxa referida no número anterior são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes”.

Em primeiro lugar, importa dar nota do seguinte: se, para o Tribunal de Justiça da União Europeia, o conceito de não residente é um conceito *lato*, significa isto que a alteração à legislação portuguesa não se coaduna com a doutrina emanada pelo TJ, nomeadamente no acórdão *Jahin*, caso se trate de um não residente de um país terceiro. Isto porque, não sendo estes residentes noutro Estado-Membro ou do Espaço Económico Europeu, não têm sequer a hipótese de optar, nas respetivas declarações de IRS, pelo regime de tributação às taxas gerais previsto no artigo 68.º do CIRS.

De todo o modo, é pacífico do ponto de vista jurisprudencial o entendimento de que, mesmo que o não residente fosse residente noutro Estado-Membro ou do Espaço Económico Europeu, isto não afastaria o carácter discriminatório do regime de tributação das mais-valias imobiliárias realizadas por não residentes.

Isto porque a referida opção de equiparação, introduzida no sistema tributário português após a prolação do Acórdão *Hollmann*, constante do artigo 72.º, n.ºs 15 e 16, do CIRS, não afasta o juízo de discriminação do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a norma prevista no artigo 43.º, n.º 2, do CIRS.

Neste sentido, sobre o regime de opção de equiparação já se pronunciou o STA³⁸ dizendo que, muito embora haja um regime de opção, o regime geral continua a ser discriminatório, isto é, foi acrescentada uma solução, mas não houve retificação do regime geral que em si mesmo é discriminatório.

Diga-se aliás, que o Supremo Tribunal Administrativo³⁹ já uniformizou jurisprudência no seguinte sentido:

“O n.º 2 do art. 43.º do CIRS, na redação aplicável, ao prever uma limitação da tributação a 50% das mais-valias realizadas apenas para os residentes em Portugal, e não para os não residentes, constitui uma restrição aos movimentos de capitais, incompatível com o art. 63.º do TJ, não tendo essa discriminação negativa dos não residentes sido ultrapassada pelo regime opcional introduzido no art. 72.º do CIRS pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, previsto, aliás, apenas para os residentes noutro Estado-membro da UE ou na EEE e não para os residentes em Países terceiros”.

Com efeito, cumpre dar nota de que a incompatibilidade do regime interno com o Direito da União Europeia não seria nunca sanada pelo facto de os sujeitos passivos não residentes (e residentes em Estados terceiros) poderem optar pela equiparação, que lhes permitiria escolher entre o regime discriminatório e o regime aplicável aos residentes, uma vez que a introdução de um regime opcional não pode ter como consequência validar um regime fiscal que continua, em si mesmo, a ser discriminatório.

Desta forma, um regime não discriminatório de cariz optativo não é suficiente para suprir a incompatibilidade com o Direito da União Europeia já que, concomitantemente, continua a existir um regime discriminatório de carácter geral, aplicável por defeito.

Assim, como conclui o Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão *Gielen*, a mera existência de uma opção de tratamento equivalente à dos residentes – a qual,

³⁸ Vd, Acórdão de 20.02.2029, Processo n.º 0692/17, disponível in www.dgsi.pt

³⁹ Vd, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de setembro de 2020, processo n.º 075/20.6BALSB, disponível in www.dgsi.pt;

reitere-se, não existe para os residentes em Estados terceiros – não corrige a situação discriminatória se o regime de tributação continuar a impor um encargo mais elevado aos não residentes.

Termos em que é entendimento consolidado na jurisprudência que a diferenciação estabelecida pelo artigo 43.º, n.º 2, do CIRS, para residentes e não residentes, da base de incidência em IRS das mais-valias imobiliárias sujeitas a tributação, continua a configurar uma solução discriminatória e uma violação da liberdade de circulação de capitais, inadmissíveis à luz dos artigos 18.º e 63.º do TFUE, respetivamente.

Assim, face à jurisprudência posterior à introdução do regime de opção de equiparação (e apenas para residentes noutro Estado-Membro ou no Espaço Económico Europeu), necessariamente se conclui que tal regime não é suscetível de eliminar o carácter discriminatório do regime interno de tributação das mais-valias imobiliárias realizadas por não residentes.

4.4. Da ausência de razões imperiosas de interesse geral aptas a Justificar a discriminação em causa;

Partindo do pressuposto de que, na análise do caso concreto, está demonstrada a comparabilidade objetiva entre a situação do não residente e de um hipotético residente em Portugal, e a existência de um regime discriminatório e restritivo da liberdade de circulação de capitais, cumpre analisar se a discriminação poderá ser justificada com fundamento numa razão imperiosa de interesse geral.

Com efeito, o carácter discriminatório da legislação fiscal portuguesa aqui em causa não pode ser justificado, à luz do artigo 65.º do TFUE, por nenhuma das razões imperiosas de interesse geral admitidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a saber: (i) a necessidade de salvaguardar a coerência do regime fiscal português, (ii) a necessidade de garantir a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, (iii) a necessidade de evitar a diminuição de receitas fiscais ou (iv) a necessidade de garantir a eficácia dos controlos.

Assim, necessitamos de destrinçar se estamos perante um tratamento desigual permitido ao abrigo do artigo 65.º do TFUE com as razões acima expostas, ou se

estamos perante uma discriminação puramente arbitrária que vai contra o Princípio da não discriminação, princípio da basilar do Direito da União.

Posto isto, das duas uma. Ou estamos perante situações que não são objetivamente comparáveis, e aqui aplica-se o princípio da igualdade, ou estando perante situações objetivamente comparáveis, a não observância do princípio da não discriminação só poderá justificar-se se assentar em razões imperiosas de interesse geral.

Partindo do pressuposto de que estamos perante situações comparáveis, vamos analisar qual a justificação que o Estado Português utilizou para justificar este tratamento diferenciado, e ver pela ótica do artigo 65.º, n.º 1, alínea a) do TFUE.

Apraz afirmar, portanto, que a ratio legis do artigo 43.º, n.º 2 do CIRS visou uma tributação de sujeitos passivos residentes, no que à mais valia concerne, em apenas 50% do seu valor, a fim de mitigar as consequências do englobamento.⁴⁰

Neste contexto, o TJ vem dizer que “a restrição resultante dessa disposição do direito nacional não pode ser justificada pela necessidade de garantir a coerência do regime fiscal.”^{41 42} E continua:

“Por conseguinte, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, há que considerar que a restrição resultante da legislação fiscal em causa no processo principal não pode ser justificada pelas razões referidas no artigo 65.º, n.º 1, TFUE.

Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que sujeita as mais-valias resultantes da alienação de um bem imóvel situado nesse Estado-Membro, efetuada por um residente num Estado terceiro, a uma carga fiscal superior à que incidiria, nesse mesmo tipo de operações, sobre as mais-valias realizadas por um residente naquele Estado-Membro constitui uma restrição à livre circulação de capitais que, sob reserva de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, não é abrangida pela exceção prevista no artigo 64.º, n.º 1, TFUE e não pode ser justificada pelas razões referidas no artigo 65.º, n.º 1, TFUE”

⁴⁰ Com exclusão dos não residentes, uma vez que não estão adstritos ao englobamento obrigatório.

⁴¹ Despacho do TJUE de 06 de dezembro de 2018, processo C-184/18;

⁴² Embora, quanto à justificação “Da coerência do Sistema Tributário” o TJ já admitiu poderem justificar medidas discriminatórias dos Estados-membros em matéria de liberdades fundamentais, pelo menos no que respeita à tributação direta, veja, por exemplo, o Acórdão Bachmann, processo n.º C-204/90.

No mesmo sentido, aponta a jurisprudência arbitral:

“[...] a diferença de tratamento não pode ser justificada em função da verificação de qualquer das exceções previstas no artigo 65.º do TFUE não podendo a discriminação da norma nacional daí decorrente ser justificável pelo objetivo de evitar penalizar os residentes (que se encontram sujeitos a uma tabela de taxas progressiva que podem ser muito superiores e são tributados sobre uma base mundial, ao contrário dos não residentes, que são tributados à taxa proporcional de 28%, não ocorrendo o englobamento), porque, sendo o escalão mais elevado 48%, conduz sempre, nas mesmas condições, a uma tributação mais gravosa do não residente, tendo em conta a redução a 50% do rendimento coletável do residente, não existindo, objetivamente, nenhuma diferença que justifique esta desigualdade de tratamento fiscal no que respeita à tributação de mais-valias, entre as duas categorias de sujeitos passivos”⁴³

Em face do exposto, e inexistindo quaisquer argumentos que possam justificar o tratamento discriminatório das mais-valias imobiliárias realizadas por não residentes, nomeadamente, de razões imperiosas de interesse geral, somos forçados a concluir que o disposto no artigo 43.º, n.º 2, do CIRS consubstancia uma restrição discriminatória à livre circulação de capitais, não permitida pelo artigo 63.º do TFUE.

Deste modo, um não-residente, que tenha sido tributado pela totalidade das mais-valias imobiliárias por si realizada, à taxa de 28%, desconsiderando a base reduzida de tributação (em 50%), nos termos previstos no artigo 43.º, n.º 2, do CIRS, sofrerá uma evidente discriminação negativa.⁴⁴

5. Breve apreciação crítica

Aqui chegados, reiteramos que o Legislador Português, para mitigar o efeito do princípio da realização, encontrou duas soluções: uma solução pensada para os não residentes, que passa pela aplicação de uma taxa especial, nos termos do artigo 72.º CIRS; e uma solução para os residentes, em que o legislador instituiu o regime do englobamento obrigatório, mas apenas por metade do valor da mais-valia, a fim de

⁴³ Decisão Arbitral de 23 de abril de 2020, processo n.º 823/2019-T, disponível in www.cadd.org.pt;

⁴⁴ Note-se que a Jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça da União Europeia, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Arbitrais, propugna a incompatibilidade do referido artigo 43.º, n.º 2, com a livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE e com o primado do Direito da União Europeia.

evitar penalizar os residentes com a rápida escalada das taxas progressivas do artigo 68.º, CIRS, que poderão traduzir-se numa tributação de até 48%.

Porém, ao TJ não se afigurará particularmente relevante qual a teleologia do regime interno; ou melhor, preocupar-se-á na medida em que essa teleologia seja suficientemente relevante para justificar uma exceção ao princípio da não discriminação.

É incontornável que existe uma discriminação dos não residentes. No entanto, não cabe na esfera do TJ intervir no ordenamento jurídico nacional no sentido de eliminar as referidas discriminações ou de intimar o Estado Português a discriminar também os seus residentes – já que tal se trata de uma questão de natureza puramente interna. Os Estados-Membros são soberanos no que toca aos seus tributos, ao modo como tributa os rendimentos e quem quer tributar. Sendo a fiscalidade direta um domínio da competência exclusiva do Estado-Membro, pode cogitar-se se existe uma discriminação inversa, a chamada discriminação positiva, mas isso é uma não questão no âmbito desta dissertação.

Podemos afirmar com segurança que o que é vedado pelo TJU é uma discriminação negativa dos não residentes, sendo admissível a sua discriminação positiva. Se de facto for este o resultado, caberá ao legislador ordinário alterar lei por forma a acabar com a chamada *reverse discrimination*.

Caso os residentes considerem que estão a ser discriminados em relação aos não residentes, terão eles próprios que ter o impulso para que o legislador português tome a iniciativa de sanar esta discriminação que existe, de facto, em relação a estes últimos.

Ao longo da presente dissertação fomos, de certa forma, deixando transparecer qual a posição por nós adotada. Neste contexto, somos da opinião de que há uma discriminação dos não residentes, na medida em que o artigo 43.º, n.º 2, do CIRS fazia depender a consideração em apenas 50% do valor das mais-valias da residência do sujeito passivo em território português. Verificando-se uma situação de discriminação nos termos expostos, há uma violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63.º do TFUE.

Com efeito, o regime previsto no artigo 43.º, n.º 2, do Código do IRS coloca os não residentes numa situação de desvantagem comparativamente aos residentes tão-só

em consequência de não terem a sua residência em Portugal e torna a transferência de capitais menos atrativa para os não residentes, constituindo uma restrição aos movimentos de capitais proibida pelo artigo 63.º do TFUE.

O Direito da União Europeia não consagra nenhum princípio que impeça o Estado membro de discriminar positivamente os não residentes; muitas vezes os Estados até o fazem por questões económicas. Veja-se, por exemplo, o caso em que o Estado Português, tributar dentro da sua discricionariedade em matéria de tributação, abdica da sua tributação direta para que haja tributação indireta.

Ora, de acordo com as regras e princípios de Direito da União Europeia que prevalecem sobre a legislação nacional, impende sobre o Estado Português a obrigação de, no âmbito do exercício da sua soberania tributária sobre as mais-valias realizadas pelos não residentes, tratar as mesmas de modo equiparável às mais-valias realizadas por um sujeito passivo residente em situação análoga – ou seja, de não discriminar entre sujeitos passivos residentes e não residentes.

Tal obrigação de não discriminar implica, necessariamente, que também os benefícios ou vantagens de natureza fiscal atribuídos a residentes devam ser concedidos, nas mesmas condições, a não residentes.

Ora, o TJ preocupa-se com o facto de as mais valias obtidas por residentes só serem tributadas em metade do seu valor, não interessando para este efeito qual a taxa aplicável. Ou seja, a tónica é colocada na tributação por metade do valor. E é isso que é potencialmente discriminatório, na medida em que os não residentes são sempre tributados pela totalidade da mais-valia.

E é discriminatório, por outro lado, porque este é o regime geral para os não residentes e, ainda que o legislador tenha tido uma intervenção alterando a norma (artigo 72.º do CIRS) no sentido de permitir que os não residentes optem por serem tributados como se fossem residentes, isso é uma opção e não é o regime geral.

O Tribunal de Justiça vem sufragando o entendimento de que, não obstante a existência deste regime de opção, a possibilidade de o não residente escolher um regime discriminatório é contrária ao Direito da União.

Para não falar que os residentes em Estados Terceiros não têm sequer a faculdade de exercer este direito de opção, apesar de o TJ abarcar no conceito de não

residentes também os residentes em Estado Terceiros -sendo esse um conceito pacífico na jurisprudência portuguesa.

Várias foram as decisões do nosso STA em que se decidiu pelo alargamento deste mesmo conceito. Veja-se, a título de exemplo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul no processo n.º 1358/08.9BESNT, este sustenta que, se alguma dúvida existisse quanto à abrangência do conceito de não residente, o TJ tratou de as eliminar quando afastou perentoriamente a circunscrição da discriminação operada pelo artigo 43.º, n.º 2 apenas ser incidente sobre um residente num Estado Membro.

O Direito legal de opção é uma figura que o legislador fiscal português utiliza quando a solução legal (sem o direito de opção) poderia contender com princípios estruturantes do Direito Fiscal e do Direito da União, mormente com o princípio da não discriminação. E é inegável que no caso em concreto contende, como resultou da Jurisprudência *Hollmann*. Assim, recai sobre o sujeito passivo não residente um direito potestativo de escolha.

Podemos ainda discutir se há ou não um efeito neutralizador da opção quanto à discriminação.

Por um lado, pode argumentar-se que o contribuinte exerce livremente o direito de opção pelo regime a que se quer submeter, não podendo vir mais tarde dizer que este é discriminatório, sob pena de incorrer em *Venire contra factum Proprium*. Por outro, é legítimo afirmar que a discriminação continua a existir malgrado o direito de opção introduzido no artigo 72.º, n.º 15, uma vez que consentir na discriminação pode muitas das vezes nem ser um ato premeditado pelo contribuinte. Este pode nem sequer saber que existe esta opção, quais as consequências fiscais inerentes a essa escolha. Já para não falar da burocracia exigida ao contribuinte não residente que não conhece o regime fiscal do Estado fonte, nem tem obrigação de o conhecer.

Pensemos no seguinte. Se o exercício de uma opção sanasse a discriminação, o legislador poderia introduzir as disposições discriminatórias que entendesse por convenientes, desde que concedesse uma margem de discricionariedade ao contribuinte para optar entre disposições discriminatórias e outras que não são discriminatórias.

Neste cenário, não haveria qualquer problema, porque o contribuinte poderia escolher, sendo as consequências fruto da sua escolha.⁴⁵

É razoável pensarmos que o legislador pode introduzir disposições discriminatórias no ordenamento jurídico? Não nos parece razoável, muito menos razoável nos parece deixar ao critério do contribuinte a escolha de um regime, cujas consequências desconhece ou não é capaz de antecipar.

O Advogado Geral, *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer* equaciona se, caso a AT liquide por lapso a uma sociedade um montante de imposto menor do que o que deveria ter liquidado, as outras sociedades concorrentes poderiam exigir uma liquidação fiscal semelhante, alegando estarem a ser objeto de um tratamento discriminatório. Isto tudo para defender que não há igualdade no que é discriminatório, portanto, se temos um sujeito passivo não residente que, para ser tratado da mesma forma que um sujeito passivo residente precisa de optar, esta escolha não converte a discriminação existente no seu regime base numa igualdade entre residentes e não residentes.⁴⁶

Assim, partilhamos também do seu entendimento quando nos diz que “não se deve conferir valor jurídico aos atos próprios que violam o Direito, pois isso convalidaria um ato ilegal, algo completamente inaceitável para o ordenamento jurídico”.

Quanto ao regime que vigorou até à entrada em vigor do Orçamento de Estado de 2023, em matéria de IRS, os sujeitos passivos não residentes não eram obrigados a preencher todos os anexos da declaração anual de rendimentos e a apresentá-los como documentos justificativos. Sublinha-se aqui que os encargos administrativos suplementares podem também constituir um entrave à livre circulação de capitais.

O grande problema aqui é que o exercício da opção constituiu um ónus pesado para o não residente, que representa um entrave à liberdade de circulação de capitais. O legislador europeu não pretende verificar se no caso concreto, utilizando um regime ou outro, o não residente pagava mais ou menos, conforme a opção exercida. Para o TJ, o que se apresenta como verdadeiramente grave é que, materialmente, há uma dualidade

⁴⁵ Pensamento este perfilhado e apontado pelo Advogado Geral do Acórdão *Gielen*

⁴⁶ Conclusões do Advogado Geral, no Acórdão *Gielen*, apresentadas a 27 de outubro de 2009;

de regimes: num, os residentes que são tributados por metade do valor da mais-valia; noutro, os não residentes pela totalidade - o que, salvo melhor opinião, é inaceitável.

Para serem tributados como se de residentes se tratassem, o legislador disponibiliza um regime de opção. Tal, contudo, consubstancia um ónus pesado do ponto de vista do TJ, porque desde logo, obriga o não residente a saber que tem uma opção, perceber qual é o seu âmbito e extensão⁴⁷, enquanto, por outro lado, isso implica um afastamento em relação ao regime geral da tributação pela taxa especial de 28%.

Portanto, podemos concluir que, do ponto de vista do TJ, havendo o risco de o resultado ser discriminatório e de, para que o não residente seja tributado como se fosse um residente, exigir-se dele uma ação, isto revela-se inaceitável.

O facto de o legislador entender que resolvia o problema dando aos não residentes o direito de optarem por um regime igual ao dos residentes (regime regra para os residentes) foi considerado, ainda assim, discriminatório e não suficiente para eliminar a discriminação.

É claro que, para o TJ, tudo o que parecer um entrave à livre circulação de capitais - e aqui há um entrave, porque um residente fica automaticamente na situação de englobamento apenas por metade do valor, enquanto um não-residente não - será de considerar incompatível com o Direito da União.

Tudo isto nos leva a questionar quais as soluções à disposição do legislador nacional para adequar a legislação ao Direito da União. Parece-nos, com efeito, que são duas as soluções a equacionar.

A primeira seria a de os residentes passarem a ser tributados pela totalidade da mais-valia à taxa de 28%. Esta solução resolveria o problema da discriminação, mas tornaria o IRS cada vez mais dual e menos unitário, com possível perda de receita fiscal para o Estado. Assim, se o legislador optasse por esta solução, além de haver uma perda considerável de receita, descaracterizar-se-ia ainda mais o IRS, acentuando o carácter

⁴⁷ Implica também um ónus administrativo adicional, isto é, o não residente tem de saber que tem um direito de opção na declaração modelo 3, e tem de preencher todos os campos das outras categorias de rendimento para efeitos de determinação da taxa aplicável, nos termos do anterior artigo 72.º, n.º 16 e, atualmente, por força do artigo 22.º, n.º 10 do CIRS. Veja-se, neste sentido, o Acórdão Comissão/França, de 15 de fevereiro de 2000, processo C-34/98 *Ex vi* do parágrafo n.º 30 do Acórdão X NV, de 18 de outubro de 2012, processo n.º C-498/10.

dual deste imposto, conflituando, desta forma, com o Princípio da unicidade e da progressividade.

A segunda solução seria eliminar a taxa especial e fixa, sendo o rendimento auferido pelo não-residente tributado apenas em metade do valor, de acordo com a tabela de taxas constantes do artigo 68.º, do CIRS. Porém, sendo os rendimentos obtidos por não residentes todos tributados a taxas proporcionais, caso deixassem de o ser, não só descaracterizariam o regime aplicável aos não residentes, como iria tornar-se menos apelativo para o não-residente, diminuindo o investimento imobiliário, por exemplo.

Assim, e em jeito de súmula, nesta dissertação foram sido retratados três modelos de tributação, um decorrente do CIRS até 2022, outro retratado na Jurisprudência, nacional e europeia, e a tributação decorrente das alterações legislativas introduzidas pela Lei do OE de 2023.

O regime em vigor até 2022 no que à tributação das mais valias dos não residentes concerne seria a da aplicação da taxa especial de 28% à totalidade da mais valia apurada com a opção da tributação pelo regime dos residentes.

Quanto ao regime que foi sendo construído pela Jurisprudência do TJ e da Jurisprudência do STA por efeito do Princípio do Primado, seria aplicável a taxa especial de 28% apenas a metade do valor da mais-valia à semelhança dos residentes, e é deste regime que surge o conceito de *reverse discrimination*.

Quanto ao regime instituído pela nova lei do Orçamento de Estado para 2023, o legislador português, optou pela opção de sujeitar os não residentes ao regime dos residentes, isto é, englobamento obrigatório (para efeitos de determinação da taxa aplicável) da mais-valia, por metade do seu valor, sujeita à tabela de taxas progressivas.

Todos estes regimes conduzem a um diferente resultado do montante do imposto a pagar a final, sendo certo que não é esta a questão que preocupa o Tribunal de Justiça, repare-se poderiam até hipoteticamente equacionar a aplicação de uma taxa proporcional de 40% ao invés de uma taxa de 28%, o que não podem é sujeitar os residentes e os não residentes a uma percentagem diferente da mais valia, ou seja, não podem sujeitar os residentes a 50% da matéria coletável apurada nesta operação, sem sujeitar também os não residentes, isto é discriminatório.

Quanto ao regime instituído com a entrada em vigor da lei do OE de 2023, o legislador parece ter sanado a discriminação negativa dos não residentes, alterando desde logo o conceito de não residentes, onde anteriormente referia “Os residentes noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, exista intercâmbio de informações em matéria fiscal” e atualmente refere “sujeitos passivos não residentes em território português.

Para além de ter retirado o Direito legal de Opção conferido ao contribuinte, opção legislativa insuficiente para neutralizar a discriminação, sujeita-os, nos exatos moldes, ao regime aplicável aos residentes, porém outras questões se levantam, primeiro, porque é que o legislador português, aquando da Jurisprudência *Hollmann* não adequou logo a legislação fiscal desta forma?

A verdade é que a matéria de impostos diretos não faz parte da esfera de competência do TJ, sem prejuízo de os Estados-Membros estarem adstritos ao exercício das suas competências exclusivas, respeitando sempre o Direito da União, desta forma o Estado-Membro, no exercício da sua autonomia fiscal, pode instituir o regime de Tributação no ordenamento jurídico que mais lhe aprouver, repare-se, por exemplo, no caso do Estado Português que instituiu um regime de tributação de acordo o Princípio da Progressividade.

Note-se que no regime de tributação geral dos não residentes, estes quase nunca optavam pela opção de tributação constante do artigo 72.º, n.º 15, o que revela desde logo que, a solução de englobar todos os rendimentos não parece ser uma questão que burocraticamente seja fácil de ultrapassar.

Como tal é evidente que estas formalidades fiscais podem repelir o investimento imobiliário por parte de cidadãos de outros Estados-Membros, porque repare-se, vão ter de preencher duas declarações anuais de rendimentos, o que, como nos diz o Advogado-Geral *Gerard Hogan*, “teria sido a consequência, reconhecidamente lamentável, contudo inevitável do exercício paralelo, por dois Estados, dos seus poderes de tributação” uma vez que não há ainda harmonização positiva no que há tributação direta concerne.

Em conclusão, o regime instituído pela lei do OE de 2023, referente às mais valias auferidas pelos não residentes, veio consagrar o que já era esperado há muito, como sendo uma das poucas formas de eliminar a discriminação que o TJ afirma existente.

A realidade é que o Estado Português foi adiando a tomada desta medida por estar ciente do impacto que a mesma poderia ter tanto a nível fiscal, como a nível económico, tentando resolver a questão com a consagração de um Direito legal de opção, que como feio afirmar o TJ continuava a não resolver esta questão.

Somos da opinião que o atual regime poderá sanar a discriminação existente, ainda que seja um regime mais complexo e de difícil perceção para o contribuinte não residente, podendo culminar com um efeito dissuasor do investimento imobiliário, o que por ser um setor que contacta com muitos impostos, implica inevitavelmente uma perda de receita fiscal, seja em eventualmente em IRS, seja no Imposto de Selo, IMI ou até mesmo, em última instância, em sede de IVA.

6. Conclusão

De acordo com o exposto, e respondendo à questão essencial da dissertação, o TJ entende haver uma discriminação para com os não residentes, no que ao sistema português de tributação das mais valias concerne.

Várias são as decisões do TJ, enquanto instrumento de harmonização negativa, em que se reconhece de forma perentória a existência da discriminação, destaque-se o acórdão *Hollmann* e o acórdão MK.

Assim, e apesar do legislador português, após o acórdão *Hollmann* ter alterado a legislação por forma a obviar à discriminação dos não residentes, a mesma não era suficiente para neutralizar a discriminação proclamada pelo TJ.

Nesta senda, o legislador português, decidiu alterar a legislação da tributação das mais valias, quer porque ainda se continuava a considerar existir discriminação dos não residentes, quer porque, agora, os residentes estavam eles próprios discriminados.

Assim, acreditamos que com a entrada em vigor da lei do OE de 2023, e com todas as alterações legislativas operadas, encontra-se sanada a discriminação no que respeita à tributação das mais valias dos não residentes.

7. Referências Bibliográficas

- CORDEWENER, Axel. *EU Freedoms and Taxation*. IBFD, 2006.
- DE QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. 3.^a Ed. Almedina, 2015.
- DOURADO, Ana Paula. «Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional; Do Caso Saint- Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não discriminação do Estabelecimento Estável no Tratado da Comunidade Europeia e a Cláusula da Nação mais favorecida»; *FISCO*, 2003.
- HARTLEY, T.C. *Foundations of European Community Law*. Oxford, 2003.
- MORAIS, Rui Manuel Corucho Duarte. «As reformas fiscais do presente». *Revista de finanças públicas e Direito Fiscal* 9, n.º 4 (2016): 249–68.
- MOTA CAMPOS. *Manual de Direito Comunitário, Volume III*. Fundação Calouste Gulbenkian., 2004.
- NOGUEIRA, João Félix Pinto. *Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*. Reimpressão 2023. Almedina, 2018.
- PEREIRA, Paula Rosado. *Estudos sobre IRS: rendimentos de capitais e mais valias*. Reimpressão. Cadernos IDEFF 2. Coimbra: Almedina, 2016.
- PEREIRA, Paula Rosado. *Manual de IRS*. 3. ed. Manuais universitários. Coimbra: Almedina, 2021.
- Xavier, Alberto, Clotilde Celorico Palma, e Leonor Xavier. *Direito tributário internacional*. 2. ed. atualizada. Coimbra: Almedina, 2007.