

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA - PORTO

ESCOLA DE DIREITO



A Tributação de Mais-Valias da Alienação de Acções: Evolução Legislativa e Desafios Fiscais num Panorama de Crise Económica.

Francisco Jorge Comprido Gomes de Lima

MESTRADO EM DIREITO FISCAL

Com a Orientação do Doutor Luis Bandeira

Porto

2013

Agradecimentos

Antes de mais aos meus pais, Andrea e Jorge pela sua educação e devoto amor sem os quais não estaria aqui.

Ao meu orientador, Dr. Luis Bandeira, pela sua disponibilidade até nos momentos mais conturbados e impacientes.

À Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, por todo o conhecimento e preparação que sempre serão importantes ferramentas no exercício de forma proveitosa e honrosa da profissão.

Aos meus colegas de curso, à sua disponibilidade e à partilha do seu intelecto, sem nunca esquecer a amizade e o companheirismo que sempre me proporcionaram, a isso sempre recordaremos.

E sem nunca esquecer a minha inegável fonte de inspiração, o meu orgulho.

Porto, 30 de Dezembro de 2013

“Tax reform is not a station we arrive at, it is a way of travelling”

Joel Slamrod in *“My Beautiful Tax Reform”*

Siglas e Abreviaturas

AFP	- Associação Fiscal Portuguesa
art.	- artigo
cfr.	- conferir
CIRS	- Código do Imposto Rendimento Singular
IPL	- Instituto Politécnico de Leiria
IPUEL	- Instituto Pró União Europeia Lisboa
IRS	- Imposto de Rendimento Singular
LOE	- Lei do Orçamento do Estado
OCDE	- Organisation for Economic Co-operation and development
Pág.	- página
PWC	- PriceWaterhouseCoopers
RIDB	- Revista Internacional Direito Brasileiro
ss.	- seguintes
TC	- Tribunal Constitucional
UE	- União Europeia

Índice

1. INTRODUÇÃO	2
2. MAIS-VALIAS	4
2.1) Definição de Mais-Valia	4
2.2) A delimitação e importância do conceito de rendimento-acrécimo na tributação de rendimentos de mais-valias.....	5
2.3) Forma do apuramento líquido das mais-valia	7
2.4) Regime de tributação das mais-valias provenientes de acções	8
3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA – A REFORMA FISCAL PERMANENTE	9
3.1) A Reforma Fiscal dos anos sessenta	10
3.2) A Reforma Fiscal de 1988/89	11
3.3) A Reforma Fiscal dos Fins de 90/2000	12
3.4) A Lei 30-G/2000 de 20 de Dezembro	15
3.5) A Lei nº 15/2010	17
3.6) As leis de Orçamento de Estado de 2012 e 2013	19
4.) DESAFIOS DO SISTEMA FISCAL ACTUAL,	21
4.1) O Lock-in effect – Consequência da aplicação de um regime fiscal agravado.....	21
4.2) A incorporação de um regime de Reinvestimento do rendimento das Mais-Valias mobiliárias	23
5.) A RETROACTIVIDADE FISCAL	26
5.1) A Posição da Jurisprudência	27
5.2) Tipos de Retroatividade	30
5.3) A Aplicação da Lei no Tempo no âmbito da tributação de mais-valias decorrentes da alienação de acções	31
6.) CONCLUSÃO	37
7.) BIBLIOGRAFIA	38

1. Introdução

A tributação do rendimento das pessoas singulares constitui, nos dias de hoje, cada vez mais o cerne do nosso sistema fiscal.

Esta dissertação terá por objetivo especificar o estudo de uma das questões, atualmente, mais debatidas no seio do direito fiscal – a tributação de mais-valias de ações em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – mormente a sua evolução e as consequências e impactos provenientes das mais recentes alterações emanadas das leis de orçamento de estado (doravante LOE) no sistema fiscal português.

Atualmente inserida na categoria G (Incrementos Patrimoniais), o regime de tributação das mais-valias de ações têm vindo a desenvolver-se, fruto do grande crescimento de empresas privadas e da corrente aquisição daquele instrumento financeiro como fonte de investimento e de financiamento dessas mesmas empresas.

Desta forma, a presente dissertação terá como objetivo inicial delimitar e definir o conceito de mais-valia, inicialmente num sentido mais amplo, e seguidamente de forma mais estrita no âmbito da tributação da venda de ações. Daqui não só poderemos tirar ilações que nos possibilitem retirar uma clara noção do conceito em si, mas também sobre que fundamentos e razões se baseou a sua atual caracterização e técnica de tributação.

Posteriormente procedemos à análise, à luz dos dispositivos normativos internos vigentes, dos principais estandartes da evolução do regime de tributação de mais-valias derivadas da alienação de ações, por forma a melhor perceber as intenções e motivações do legislador, bem como as consequências que advieram da integração desses mesmos dispositivos no ordenamento fiscal português.

Como se trata de uma matéria cuja regulação encontra-se longe de ser consensual e definitiva, o quarto capítulo do presente estudo incide sobre o panorama atual do nosso sistema fiscal, a solução consagrada pelo legislador no âmbito da tributação das mais-valias de ações e eventuais desafios futuros nesta matéria.

No quinto capítulo abordamos a conturbada temática da aplicação da lei fiscal no tempo, onde aludimos a questão da retroatividade da norma fiscal, que apesar de não

integrar o objeto de estudo em concreto está, por demais, relacionada com o tema em análise.

Por fim, apresentam-se as devidas conclusões do trabalho realizado, onde se pretende condensar o conteúdo do trabalho e expor de forma sucinta as questões de fundo entretanto apreciadas.

2. MAIS-VALIAS

2.1) Definição de Mais-Valia

Antes de mais torna-se premente ressaltar que não se encontra consubstanciado, no nosso ordenamento jurídico, uma definição expressa e concreta do conceito de Mais-Valia, o que por si só é um fator que acresce a polémica e a indefinição em termos da sua circunscrição de tributação no nosso sistema fiscal, daí que a lei portuguesa opte por uma enumeração casuística e exaustiva dos factos geradores de imposto das mais-valias¹, - cfr. Art.10º do CIRC - sujeitas a tributação de acordo com o princípio da capacidade contributiva, resultante de rendimentos obtidos de forma ocasional e fortuita («*windfall gain*»)², e que não resultem do exercício de uma atividade especificamente destinada a essa obtenção³⁴, ou como é definido por ANDRÉ SALGADO MATOS, no Código de IRS anotado de 1999: “*a tributação de mais-valias surge na medida em que a alienação de um determinado bem por um valor superior àquele por que foi adquirido tem por resultado um acréscimo patrimonial na esfera do sujeito passivo, alienante, em relação ao qual o princípio da capacidade contributiva reclama a existência de normas de incidência objetiva.*”⁵”

Na mesma linha de pensamento, define JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO que “*Mais-Valias são aumentos inesperados do valor dos ativos patrimoniais. Aumentos*

¹ “*Sobre o Conceito de Mais-Valia*”, SALDANHA SANCHES, J.L, Fisco, nº 38/39, Lisboa, 1992 pág. 45

² José Joaquim Teixeira Ribeiro, no âmbito do Relatório do Código do Imposto das Mais-Valias considerava que “*Como, em principio, só se visam com este imposto valorizações meramente ocasionais ou, no dizer dos Ingleses, ganhos trazidos pelo vento, nem a existência da tributação pode, na maioria dos casos, constituir obstáculo a que se verifiquem as mais-valias nem a justiça exige que se concedam isenções*”

³ “*Estudos sobre o IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias*”, PEREIRA, PAULA ROSADO, 2007, Almedina pág.88-89

⁴ Os rendimentos derivados da venda de valores mobiliários afetos ao ativo de uma empresa ou profissional serão tributados no âmbito da categoria B (Rendimentos Empresariais) e não como uma mais-valia.

⁵ In “*Código IRS Anotado*”, MATOS, ANDRÉ SALGADO, Instituto Superior de Gestão, 1999, Lisboa, anotação ao art.º 10º.

inesperados porque, por definição as mais-valias não são rendimento-produto, por não constituírem a contrapartida da participação na atividade produtiva”⁶

O art. 10º do CIRS não só enuncia, exhaustivamente, os factos geradores de incidência de imposto como determina, igualmente, certas exclusões mediante a manifestação de factos não geradores que compõe uma delimitação negativa de incidência do imposto de rendimento singular.

No entanto é inegável que os rendimentos das Mais-Valias raramente ou podemos mesmo considerar que, nunca, são tratados de forma equitativa com outros rendimentos, como por exemplo os rendimentos de trabalho por conta de outrem, na medida em que se encontram dissociados de qualquer atividade produtiva o que por si só cria grande dificuldades de quantificação do rendimento real obtido pelo sujeito passivo.

De forma geral e de forma a sintetizar uma correta definição de mais-valia passamos a citar as dignas e assertivas palavras do autor JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO:“(…) *constituem, pois, mais-valias os ganhos que, não sendo considerados rendimentos comerciais, industriais ou agrícolas, provenham da alienação onerosa quer de direitos reais sobre imóveis ou de valores mobiliários, quer de propriedade intelectual ou industrial, bem como da cessão onerosa de arrendamento e outros direitos e bens afectos duradouramente ao exercício de atividades profissionais independentes (…)*⁷.”

2.2) A delimitação e importância do conceito de rendimento-acrécimo na tributação de rendimentos de mais-valias

No construção e delimitação do conceito de rendimento tributável existe um dicotomia entre a conceção de fonte (comummente designado como rendimento-produto), que liga, de forma estrita, o rendimento obtido aos resultados de produção efetuados no âmbito de uma atividade económica por um determinado titular, num determinado período de tributação (ou seja, num ano) conceito esse que serviu de base de amplitude

⁶ In “*IRS: A Incidência Real e a Determinação dos Rendimentos Líquidos*”, Coimbra Editora, 2007, pág. 379.

⁷ In “*A Tributação das Mais-Valias na Reforma Fiscal*”, TEIXEIRA RIBEIRO, J.J.. Boletim de Ciência Económicas, Volume XXXVIII, Coimbra Editora, 1995, pág. 104-105.

de tributação de rendimentos e que evoluiu para conceito de rendimento-acrécimo, que determina uma conceção de rendimento mais lata, em que a noção de rendimento é construída para o efeito de medir a capacidade contributiva de um determinado sujeito⁸, incluindo em todo este novo leque de base de incidência as mais-valias. Este tipo de rendimentos (diga-se as mais-valias) determina, em termos práticos, a principal diferença entre as duas conceções de rendimento acima enunciadas, que, não podendo classificar como rendimentos decorrentes de uma atividade económica de fonte produtiva seriam, no âmbito do conceito de rendimento fonte, excluídas da incidência de IRS, o que já não acontecia quando aplicado o conceito mais lato e abrangente de rendimento-acrécimo que determinava a incidência de imposto aqueles que tinham capacidade de pagamento de imposto, ou seja à capacidade contributiva de cada sujeito, independentemente de se tratar de rendimentos de fonte produtiva ou não⁹, alargando o grau de incidência do imposto às mais-valias e em particular às mais-valias decorrentes da alienação de ações. Desta forma acolheu-se, com maior nitidez e certeza do que na reforma anterior a criação do IRS (Ver *Infra* 3.1, 3.2) uma concreta tributação das mais-valias, reservando-lhes, no entanto, um tratamento específico e particularmente benévolo, em atenção a especial onerosidade que a tributação desses rendimentos provocaria e pelo facto de tal vir a constituir uma novidade no seio do nosso sistema fiscal.

Desta forma, podemos efetivamente concluir que a adoção do conceito de rendimento-acrécimo no nosso sistema fiscal foi um ato de maior importância para o desenvolvimento da nossa máquina fiscal, visto ter assimilado um princípio de capacidade contributiva na determinação dos rendimentos líquidos a tributar – o que por si não só permitiu uma maior abrangência de incidência de imposto como uma maior equidade e justiça na tributação de rendimentos, na maneira que, nas palavras de JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO:¹⁰ *“Na conceção do rendimento-acrécimo, o rendimento de um período é, pois, o somatório de todos os incrementos patrimoniais líquidos verificados no período, quer os que provêm de participação na atividade produtiva – e que constituem rendimento-produto – quer os que não são imputáveis à*

⁸ *“IRS: Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos”*, XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME, Coimbra Editora, 2007, pág.40.

⁹ Incidência do valor de património, ou seja a tributação pessoal deixa de ser feita apenas sobre rendimentos obtidos pelo trabalho do Sujeito mas igualmente sobre qualquer incremento externo ao seu trabalho que se venha a verificar na esfera daquele.

¹⁰ Em *“IRS: Incidência Real (...)”*, pág. 43.

produção. No entanto, no que concerne à tributação das mais-valias, estas não foram, de forma alguma, equiparáveis num primeiro momento à tributação de outros rendimentos associados ao conceito de rendimento-produto, tendo sido incessantemente criticado, por um variado número de razões, o tratamento favorável¹¹ que a estas, até bem recentemente¹², era inexplicavelmente concedido, o que provocava uma clara violação do princípio da equidade tanto numa vertente horizontal (incidência do mesmo imposto para sujeitos com a mesma capacidade contributiva) como numa perspetiva vertical (incidência de diferente imposto consoante a efetiva capacidade contributiva demonstrada)¹³.

2.3) Forma do apuramento líquido da Mais-Valia

A Mais-Valia apenas se dá por realizada (em regra)¹⁴ com a alienação do ativo em causa, é aqui que o imposto se torna exigível no resultado constituído pela diferença entre os valores líquidos de realização (alienação) e do valor suportado na sua aquisição¹⁵. Ou seja, podemos deduzir que a tributação das mais-valias, em sede de IRS, não é feita consoante a potencialidade do investimento ou do valor de venda do mesmo, pois o nosso sistema fiscal não presume a tributação latente/potencial das mais-valias¹⁶, subordinando estas ao princípio da realização, que determina que apenas serão tributadas operações que constem de uma efetiva transação onerosa entre dois Sujeitos Passivos mediante a alienação e respetiva aquisição do ativo, tornando-se, nesse momento, o imposto exigível. Este princípio de realização pode ser entendido e geralmente aceite por várias razões, mas em grande parte se deve a questões de técnica fiscal. Por um lado a tributação da mais-valia pela sua potencialidade de rendimento obrigaria a grandes níveis de fiscalização e supervisão que, naturalmente, a Administração Fiscal não pode dispor. Outro ponto que subjaz ao princípio da

¹¹ A título de exemplo refira-se que, durante largo período de tempo mais especificamente até ser emanado o diploma da Lei do orçamento de 2013, a taxa aplicável às mais-valias decorrentes da alienação de ações era de 10%, quando não se encontravam mesmo isentas de tributação.

¹² *Ver Infra* 2.5.

¹³ Cfr. “*Lições de Finanças Públicas*”, TEIXEIRA RIBEIRO, J.J., 5ª edição, Coimbra Editora, Lisboa, 2011, pág. 261-262.

¹⁴ Uma das poucas exceções é o caso das promessas de compra e venda – Cfr. Art.º 10º, nº3 do CIRS

¹⁵ Quanto à correta determinação do valor de aquisição das ações analisar as regras de circunscrição desse valor, nos diferentes casos, dispostas no art.º 48º do CIRS.

¹⁶ PEREIRA, PAULA ROSADO em “*Estudos sobre IRS (...)*”, pág. 95.

realização é o facto de no caso de vir-se a tributar um determinado sujeito passivo pelo “possível” e “razoável” rendimento bruto que presumivelmente viria a obter com a alienação das mais-valias, poderia acontecer que na realidade tal operação não se concretiza-se pelos valores tidos como expectáveis, o que não só iria sobre onerar a carga fiscal do titular, como ao mesmo tempo constituía um apuramento desvirtuado e enganador do rendimento real auferido por aquele com a transação do respetivo ativo, o que é um problema no caso dos impostos periódicos como o é o IRS¹⁷.

Denote-se que no caso de se constituir uma menos-valia esta, nos termos do CIRS, poderá ser deduzida a Mais-Valia da mesma natureza num período de 2 anos, isto se tiver procedido ao englobamento dos rendimentos daquela categoria¹⁸.

2.4) Regime de tributação das mais-valias provenientes de ações

Os rendimentos obtidos através de mais-valias, decorrentes da alienação de ações pelos sujeitos passivos, são, na maioria das vezes, ganhos de valor consideravelmente elevados em relação ao valor inicial do bem. Ou seja, a tributação desse rendimento num único momento - o da venda e consequente realização da mais-valia – iria implicar uma carga fiscal, em certos casos, sobrecarregada suscetível de vir a penalizar os sujeitos que viessem a usufruir deste tipo de rendimentos, podendo vir a criar um efeito estático na venda das ações ou mesmo incitar à sua evasão. Por esta razão a lei veio a prever mecanismos de atenuação, tendo sido o próprio legislador sensível nesta questão, tendo inclusive, expressamente, referido no ponto 12 do preâmbulo ao Código do IRS, a propósito das mais-valias, que tratando-se de “rendimentos excepcionais”, foi devidamente ponderado o regime tributário adequado em face da excessiva gravidade que a tributação englobada poderia gerar, prevendo-se, para esta categoria uma substancial dedução à matéria coletável¹⁹. Uma das atenuações legalmente previstas, advém do facto de se sujeitar a tributação de apenas uma parte do saldo das mais-valias – 50% da soma do valor seja esse saldo positivo ou negativo²⁰ - realizada com a

¹⁷ XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME em “IRS: Incidência Real (...), pág. 385 ss.

¹⁸ Cfr. Art.º 55º, nº6 do CIRS

¹⁹ PEREIRA, PAULA ROSADO em “Estudos sobre IRS (...), anotação 60, pág. 110.

²⁰ Artigo 43º, nº2 do CIRS dispõe que “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.

alienação de mais-valias, no entanto esta disposição legal não se aplica quando os ganhos obtidos provêm da alienação de ações que constitui o foco deste trabalho e como tal é aqui apenas enunciado de forma genérica e a título comparativo. Outra “benéfica” opção concedida pela Lei e aqui já aplicável ao regime das mais-valias constituídas mediante a venda/aquisição de ações é a de optar pela tributação mediante a aplicação de uma taxa especial de 28%²¹ do saldo positivo obtido nesse ano ao invés de estarem sujeitos ao englobamento (o artigo 22º, nº3 do CIRS exclui este tipo de rendimentos do englobamento obrigatório)²², sendo que no entanto a matéria coletável aqui a considerar – se optarem pelo englobamento – será composta pela totalidade dos rendimentos provenientes do saldo entre as mais-valias e as menos-valias resultantes das alienações de ações e não apenas em metade desse valor²³, o que de certa forma incentiva, de sobremaneira, a tributação por via da taxa especial, isto, lá está, no caso das Mais-Valias decorrentes da alienação de ações, salvo as circunstâncias em que estejamos perante uma Menos-Valia pois aí já será possível a dedução da perda, a reportar nos 2 anos seguintes, caso o Sujeito tenha optado pelo regime do englobamento²⁴. – cfr art.55º, nº6 do CIRS.

Para finalizar deixaria uma especial nota de atenção para o facto de tanto a remição de partes sociais como a amortização de ações enquanto ato subsequente à redução de capital e os resultados da partilha entre associados constituírem igualmente momento de exigibilidade de imposto de IRS sob Mais-Valia, sendo-lhes atribuído o mesmo regime fiscal das alienações de outros valores mobiliários representativos de partes sociais de empresa.

²¹ Artigo 72º, nº4 do CIRS dispõe que “O saldo positivo entre as mais-valias e as menos-valias, resultante das operações previstas nas alíneas b), e), f) e g) do nº1 do artigo 10.º, é tributado à taxa de 28%”

²² No entanto, por outro lado, o nº8 do art.º 72º do CIRS ressalva a possibilidade dos sujeitos passivos, que cumpram com aqueles critérios (refira-se aqui à residência fiscal em território nacional) de optarem pelo englobamento, sendo que, neste caso ficam obrigados a englobar a totalidade dos rendimentos.

²³ Pese embora o facto de, atualmente, verificar-se um aumento de uma taxa especial de tributação de 10 para 28% (se fossem ações detidas pelo portador num período superior a 1 ano, pois aqui estaria isento de tributação) ainda podemos falar de um “mecanismo atenuante” na tributação das mais-valias mobiliárias.

²⁴Cfr. art.55º, nº6 do CIRS.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA – A REFORMA FISCAL PERMANENTE

Centremo-nos, agora, num capítulo de extrema importância no desenvolvimento e sistematização do tema em análise, no qual iremos evidenciar e analisar o impacto proveniente das diversas alterações legislativas que surgiram no âmbito da tributação do rendimento proveniente das Mais-Valias de ações em sede de IRS.

3.1) A Reforma Fiscal dos anos sessenta

Consagra-se a tributação do rendimento, do património e do consumo (1966) como fonte objeto dos impostos – os dois primeiros relativamente a impostos diretos e o terceiro relativo a impostos indiretos – sendo que a tributação do rendimento é o objeto a considerar para a matéria em análise, nesta época estávamos perante um sistema fiscal baseado numa tributação dualista, subdividida em dois momentos de tributação, tendo por base de incidência, primeiramente, um elencado conjunto de impostos parcelares relativos a uma determinada natureza de rendimento que, posteriormente, seriam alvo de um imposto de sobreposição, denominado Imposto Complementar que tinha por objetivo personalizar a tributação de certos rendimentos obtidos pelas pessoas singulares dotado de uma taxa de carácter progressivo que assim adaptava os rendimentos sob os quais havia incidido, primeiramente, um imposto parcelar, dotando-o de determinadas características, típicas dos impostos de cariz pessoal.²⁵

Para além desses impostos, havia ainda o Imposto de Mais-Valias²⁶ que iria incidir sobre o rendimento proveniente de algumas mais-valias realizadas, que não eram objeto de tributação em sede de Imposto Complementar²⁷. De frisar que até então praticamente não se encontrava prevista, neste elenco, a tributação de rendimentos provenientes da alienação de valores mobiliários, ou mais concretamente, do rendimento obtido das mais-valias decorrente da alienação de ações, salvo raras e ténues exceções.²⁸ Como epílogo desta reforma devemos reter é a tributação real do rendimento, seja este efetivo

²⁵ “*Direito Fiscal*”, CASALTA NABAIS, JOSÉ, Almedina, 7ª edição, 2013, pág. 432.

²⁶ “*Código do Imposto das Mais-Valias*”, aprovado pelo Decreto-Lei nº46373, de 9 de Junho de 1965

²⁷ “*Direito Fiscal*”, CASALTA NABAIS, JOSÉ (...), pág. 432-433.

²⁸ Por este meio evidencie-se este facto por forma a melhor circunscrever o tema em apreço, por forma a evitar desnecessários desenvolvimentos.

ou presumido, ampliando o anterior regime de tributação de rendimento normal, sendo que para além disso uma tentativa de evoluir um imposto parcelar num imposto pessoal/único, o que infelizmente não foi, à data, devidamente empreendido. No entanto verdade seja dita, que até aos dias de hoje não podemos falar do IRS como um imposto que compadece com critérios de pura unicidade, na medida em que os vários tipos de rendimentos que compõem a base de incidência real não são tributados de forma uniforme.

Não obstante tal decorrer de preceito constitucional:

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 104º, define 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*”.

3.2) A Reforma Fiscal de 1988/89

A incapacidade do sistema fiscal proveniente da reforma dos anos 60, de evoluir um sistema fiscal de composição cedular dos rendimentos, no sentido da modernização e das novas exigências do desenvolvimento económico aliado à integração de Portugal no seio da Comunidade Europeia e da necessidade de criar condições que permitissem um sistema fiscal fiável de forma a equiparar com os países mais desenvolvidos da Comunidade. Todas estas razões pesaram de sobremaneira nos estudos e programas preliminares à reforma de 1988²⁹, que culminou com a criação dos designados Imposto do Rendimento Singular e Imposto do Rendimento Coletivo aprovados pelo Decreto-Lei nº442-A/88 de 30 de Novembro, diplomas essas que, citando o Professor Teixeira Ribeiro constituem uma “obra de real valia” no sistema fiscal atual³⁰. Para mais a reforma de 88 veio a consagrar o já referido e analisado conceito de «*rendimento-acréscimo*», que já havia, entretanto, sido tenuemente integrado na reforma dos anos 60 mediante a tributação de algumas mais-valias não sujeitas à incidência de imposto complementar, abandonando desta forma a anterior conceção de tributação de rendimentos em função da sua fonte. Desta forma podemos concluir que o IRS adotou,

²⁹ “15 anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha”, in artigo “O IRS na Reforma Fiscal de 1988/89” XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME”, AFP; Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa Almedina, 2006.

³⁰ In “A Reforma Fiscal”, TEIXEIRA RIBEIRO, J.J., COIMBRA Editora, 1989, pág.248.

na base de incidência do imposto, uma natureza pessoal e global através de um conceito mais alargado de rendimento, consequência imediata da adoção do sistema de rendimento-acrécimo de mais-valias (implementado na Categoria G – Art.10º) ou ganhos de capital na base de incidência da tributação pessoal que apesar de tudo foram confinados a limites legais extremamente favoráveis isto, naturalmente, em comparação com a base de incidência de outros rendimentos³¹, pois senão evidencie-se, a título de exemplo, e de sumo interesse para o tema que se pretende debater, que as mais-valias provenientes da alienação de ações eram excluídas de incidência de tributação quando detidas pelo seu titular por um lapso temporal superior a dois anos³². Regime que se manteve até ao momento em que se pretendeu implementar critérios de uniformização ou pelo menos adaptar a outros tipos de formação de rendimentos, mormente através da Lei nº 30-G de 2000, que iremos igualmente abordar *infra*.

Outro ponto de grande interesse para o desenvolvimento do presente trabalho prende-se com o facto de ter sido estipulado com o código do IRS um regime transitório³³ para as mais-valias, que determinava que das mais-valias consideradas tributáveis, apenas seriam tidas em conta para efeitos de incidência de imposto, unicamente se estas fossem adquiridas após a entrada em vigor do Código (1 de Janeiro de 1989), requisito temporal que assenta num verdadeiro *Conditio sine qua non*, sendo ónus do sujeito passivo a prova de que os bens ou direitos em causa haviam sido adquiridos em data anterior à entrada em vigor do diploma³⁴, para que tais não fossem sujeitos a imposto.

3.3) A Reforma Fiscal dos Fins de 90/2000

Após ter sido feito o enquadramento atinente à evolução da tributação do regime das mais-valias, iremos agora dedicar-nos agora à análise às alterações provenientes da

³¹ Este tratamento favorável era, segundo José Guilherme Xavier de Basto in “O IRS na reforma fiscal de 1988/89”, por forma a não perturbar o ainda incipiente mercado dos valores mobiliários em Portugal.

³² Na versão inicial do CIRS, no entanto a legislação publicada veio a fixar um prazo menor – 12 meses

³³ Art.º 5º do Decreto-Lei nº442-A/88, de 30 de Novembro que veio a aprovar o CIRS

³⁴ “Artigo 5.º Decreto-Lei 442/88:

- 1- Os ganhos que não eram sujeitos ao imposto de mais-valias, criado pelo código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46373, de 9 de Junho de 1965, só ficam sujeitos ao IRS se a aquisição dos bens ou direitos de cuja transmissão provêm se houver efetuado depois da entrada em vigor deste Código.
- 2- 2 - Cabe ao contribuinte a prova de que os bens ou valores foram adquiridos em data anterior à entrada em vigor deste Código, devendo a mesma ser efetuada, quanto aos valores mobiliários, mediante registo nos termos (...).”

reforma fiscal da década de 90, que introduziu profundas alterações no âmbito da tributação das mais-valias mobiliárias (incluindo, naturalmente as aquisições de ações), sendo que antes do mais, foram unificadas as anteriores categorias G e I, numa nova categoria designada como “incrementos patrimoniais”.

Pelos argumentos já debatidos e anteriormente aferidos, chegamos a inegável conclusão de que, a este momento de evolução do IRS, as mais-valias provenientes de valores mobiliários eram, frise-se à data, um tipo de rendimento cujos critérios de tributação/isenção eram bastante benéficos, e até de certa forma, num plano teórico, discriminativos em relação a outros tipos de rendimentos, o que consubstanciava uma clara violação de critérios de equidade e proporcionalidade aquando da liquidação do imposto, princípios esses basilares do direito fiscal nacional, tendo a própria comissão para a reforma fiscal de 1994, no seu relatório, considerado que o tratamento fiscal das mais-valias deve ser mais regulado sob pena de criação de uma “ (...) *proliferação de regimes e benefícios fiscais especiais a favor de tipos específicos de instrumentos financeiros de aplicação das poupanças ou de financiamento das empresas e outras entidades. Para limitar os efeitos negativos desses regimes e benefícios fiscais sob o ponto de vista dos princípios da eficiência económica, da neutralidade, da equidade e da simplicidade, conviria mesmo que, em contraste com a tendência de anos recentes, muitos deles fossem eliminados ou reduzidos*” ou seja, aparenta ser, de consciência absoluta e definitiva que os rendimentos provenientes das mais-valias de valores mobiliários retratam um cenário de injustiça fiscal em razão do eminente afastamento dos princípios gerais de equidade, proclamados pela Reforma Fiscal de 1989, em prol do concretizado objetivo extrafiscal do desenvolvimento do ainda ténue e frágil mercado financeiro”³⁵

Já em relação as ações detidas por particulares coloca-se a questão da isenção de tributação pessoal quando adquiridas e detidas por um período superior a 12 meses, ou seja o IRS presume que quando ultrapassado esse prazo as ações já não são meramente “especulativas” ou de rendimento “fortuito” e como tal não deverão ser alvo de tributação, facto esse que muito foi questionado pela comissão e que considerava uma afronta clara e de certa forma despropositada dos já referidos princípios da equidade e

³⁵ In “*Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*” COMISSÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA REFORMA FISCAL, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, Direcção-Geral dos Impostos, Lisboa, 2002, pág. 42.

acima de tudo à neutralidade do imposto, considerando a destrição de regimes de tributação e benefícios existente entre valores mobiliários de participações sociais de sociedades anónimas e outros valores mobiliários como as obrigações, títulos de dívida ou mesmo as quotas.³⁶

Outro ponto de grande crítica é o facto de, mesmo as ações detidas por curto período de tempo serem sujeitas a uma baixa tributação, através da opção de proceder à liquidação do imposto mediante a aplicação de uma taxa liberatória de 10%³⁷, não facultando ao sujeito passivo a obrigação de englobar o valor obtido com as mais-valias provenientes da alienação ações detidas por um lapso temporal inferior a 12 meses – *holding period* - com os demais rendimentos que compunham a sua coleta, alargando-se aqui as críticas por considerar-se que põe em causa a progressividade do imposto³⁸, bem como a sua unicidade características intrínsecas do imposto e constitucionalmente consagradas³⁹.

Se aplicássemos um imposto progressivo, o efeito destes tratamentos privilegiados para os ganhos das mais-valias seria tornar as taxas marginais mais altas em taxas nominais e não em taxas efetivas como é o caso.

Perante todos estes argumentos apontados, existiu uma necessidade por parte da Comissão de Estudos da Tributação das Instituições e Produtos Financeiros vir a tomar uma posição. Essa posição foi bastante clara, embora tenha anuído à lógica e sensibilidade dos argumentos que compõem a crítica ao regime de tributação dos valores mobiliários, considerou que a derrogação do sistema implementado, mormente o regime das taxas liberatórias, iria em muito prejudicar o atual quadro de profunda integração nos mercados financeiros e que para mais poderia vir a desincentivar o recurso a aplicações de capital⁴⁰.

Por último, houve também a criação da Comissão de Revisão do IRS a qual foi incumbida de procurar e indicar medidas de reformulação do IRS, na medida de melhor

³⁶ Questão a analisar *infra* da homogeneização da tributação real das mais-valias de valores mobiliários

³⁷ Cfr. Artigo 75.º do Decreto-lei n.º 442-A/88 de 30 de Novembro

³⁸ A taxa liberatória é uma taxa fixa, que constitui um desvio à regra da progressividade do imposto

³⁹ A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 104.º, define no seu n.º1 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 família

⁴⁰ PEREIRA, PAULA ROSADO, “Estudos sobre o IRS: (...)” pág. 134-135

adaptar a tributação do rendimento às manifestações de capacidade contributiva dos sujeitos passivos. Desta forma a Comissão veio propor um conjunto de recomendações que passavam pela eliminação da exclusão tributária de ações detidas num período superior a 12 meses bem como introduzir um tratamento fiscal igual para as mais-valias de ações no regime geral de tributação (obrigatoriedade de englobamento), ou então aumentar, gradualmente, a taxa especial, de cariz liberatório, incidente sobre os rendimentos provenientes da sua alienação.⁴¹

3.4) A Lei 30-G/2000 de 20 de Dezembro

A Lei nº 30-G/2000 veio, aparentemente, a constituir um importante marco no que toca à evolução da tributação da Mais-Valias decorrentes de ações, introduzindo profundas alterações nos meios de tributação e acabando com muitas disposições legais benéficas que distorciam o princípio da capacidade contributiva, bem como o carácter unitário, progressivo e neutro do imposto. Nos termos do novo art.º 10.º do CIRS, alterado pela presente Lei, ao regime de exclusão de tributação foi extinto o antigo critério temporal de detenção das ações por período superior a 12 meses, tendo este sido substituído por um critério de isenção concedido apenas para os Sujeitos Passivos que não obtivessem ou excedessem um determinado valor legalmente designado de 200.000\$00 (997,6 Euros)⁴², resultante do saldo positivo decorrente da soma das mais-valias de alienações onerosas de partes sociais. Ou seja passamos de um benefício fiscal dependente do mero percurso temporal de detenção de valores mobiliários de participação social para um regime que estabelece como *conditio sine qua non* de usufruição a existência de uma cifra pecuniária fixa que quando ultrapassada, condena como tributável esse rendimento, sendo o valor remanescente (o valor excedente), sujeitado a englobamento obrigatório para efeitos de determinação da taxa de imposto a aplicar à matéria coletável do sujeito passivo. O regime-regra de tributação das Mais-Valias decorrentes da alienação de valores mobiliários, passaria então a ser o do englobamento obrigatório⁴³,

⁴¹ In "Relatório da Comissão de Revisão do IRS", COMISSÃO DE REVISÃO DO IRS, Direção Geral dos Impostos, MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, Lisboa, 1998, pág. 96-97.

⁴² Art.º 10º, nº2 da Lei nº 30-G/2000 de 29 de Dezembro

⁴³ Na realidade tratava-se de um englobamento parcial, na medida em que o tempo de detenção dessas ações pelo seu titular determinava a percentagem do valor sujeito a englobamento.

deixando este de ser opcional em detrimento da anterior aplicação aos rendimentos deste tipo de uma taxa especial de 10%.⁴⁴

Exemplificando: A obtém um saldo positivo da alienação de um x número de ações no valor total de 300.000\$00 (1496,4 Euros). Perante este cenário A seria tributado sob o rendimento de 100.000\$00, resultante da subtração entre o valor total obtido e aquele que para efeitos legais constitui o “teto limite” para efeitos de isenção de tributação.

Exemplificando 2: O mesmo A detinha outras ações à 8 meses. Nesta caso A iria ser pessoalmente tributado em 75% do rendimento real apurado (100.000\$00 – 498,8 Euros), ou seja 75.000\$00 seria o montante que iria ser sujeito a englobamento, isentando a Lei, para efeitos de tributação, os restantes 25%.⁴⁵

Não existem dúvidas de que realmente este regime de tributação seria mais adequado ao princípio da capacidade contributiva na medida em que já se perspectivava um certo nível de progressividade consoante o tempo de detenção dos valores mobiliários pelo seu portador e sujeito passivo. Desta forma salvaguardava-se uma maior igualdade e justiça tributária sem vir a totalmente abdicar da isenção de imposto para rendimentos inferiores, o que por si só também constitui um mecanismo de segurança e perseverança dos mercados de capitais, penalizando apenas os titulares de grandes rendimentos obtidos através da alienação das mais-valias provenientes de valores mobiliários, o que de certa forma vai ao encontro do apontado pelas várias comissões de reforma delegadas, que consideravam que muitas vezes este tipo de rendimentos estava ligado a Sujeitos Passivos de grande capacidade contributiva e que a forma de tributação dos mesmos vinha a ser desvirtuada fruto da total isenção de imposto sobre esses mesmos rendimentos.

Contudo, e como nota de ressalva, apesar de o regime aparentar estar munido de todos os mecanismos capazes de tornar o sistema de tributação de mais-valias mobiliárias mais coerente com os princípios definidores do nosso sistema fiscal, não chegou a ser aplicado fruto da integração do orçamento de estado de 2002 – ratificado pela Lei nº109-B/2001, de 27 de Dezembro - que veio a estabelecer um regime transitório para

⁴⁴ Ressalve-se que, no entanto, à imagem do que já decorria da reforma fiscal de 88/89 este novo regime de tributação apenas se aplicaria aos valores mobiliários adquiridos após a entrada em vigor da Lei, ou seja após 31 de Dezembro de 2000.

⁴⁵ Veja-se a título de exemplo o quadro demonstrativo apresentado por Paula Rosado Pereira nos seus estudos “Estudos sobre (...)”, pág. 139

as mais-valias mobiliárias apuradas no período entre 2001 e 2002⁴⁶ segundo o qual suspendia-se o regime estabelecido pela Lei nº30-G/2000 no que se aplicava à tributação de mais-valias resultantes da alienação de valores mobiliários, tendo sido posteriormente restabelecido o regime que vigorava anteriormente à publicação da Lei⁴⁷ nº30-G/2000⁴⁸, retirando qualquer efeito útil das medidas *supra* referidas, o que veio a proporcionar uma grande entoada de críticas por se entender que a única justificação para a derrogação de um sistema fiscal que, à priori, iria implementar critérios de maior unicidade e progressividade seria a de blindar ainda mais um já poderoso *lobby* interno, ao ponto de muitos considerarem estarmos perante um verdadeiro “paraíso fiscal interno”⁴⁹.

Por último importa fazer uma rápida ressalva ao inaplicado regime de pagamento do imposto liquidado mediante retenção na fonte, revogado por razões de coerência internacional e pelo facto de com Portugal ter sido celebrado certas convenções com o intuito de eliminar a dupla tributação deste tipo de rendimentos – Cf. Mais-Valias de ações - que originam grandes fluxos de dinheiro fruto da grande volatilidade, característica natural de um título comprovativo de participação social. Por estas razões o Decreto-Lei nº80/2003 veio a revogar o regime de retenção de fonte sobre os rendimentos desta categoria.

3.5) A Lei nº 15/2010

A Lei nº 15/2010, de 26 de Julho veio a produzir algumas alterações ao CIRS, proporcionando alterações de fundo no que releva para efeitos de tributação de mais-valias decorrentes da alienação de ações⁵⁰. Desde logo foi alterada a taxa especial de tributação sobre aquelas mais-valias, passando a ser aplicada uma taxa nominal de

⁴⁶ Cfr. Art.º 30º, nº9 da Lei nº 109-B/2001

⁴⁷ Cfr. MÁXIMO DOS SANTOS, LUIS in “Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal”, Almedina, Ano II, nº4, Inverno,2009, pág. 177-178.

⁴⁸ PEREIRA, PAULA ROSADO, “*Estudos sobre o IRS (...)*” pág. 139-140

⁴⁹ Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano VI, 1-13, Edição Primavera, pág.62

⁵⁰ Do programa do Governo evidencia-se a necessidade de “*aproximação do regime de tributação das mais-valias mobiliárias ao praticado na generalidade dos países da OCDE*”

20%⁵¹ ao invés dos anteriores 10%, tornando desde logo a opção por este regime, pelo menos, um pouco menos atrativo que a opção pelo englobamento na medida em que onera a coleta “isolada” daquele tipo de rendimentos. No entanto, por outro lado, foi igualmente prevista e integrada no CIRS – Artigo 43.º, nº3 - a isenção de tributação de 50% do valor correspondente ao saldo positivo das mais-valias provenientes da alienação de ações das microempresas, desde que não cotadas nos mercados regulamentados ou regulamentado através da bolsa de valores, o que podemos entender como uma forma de demonstrar que para além de critérios de equidade e receita fiscal, o estado afirmou uma vez mais a importância das considerações extrafiscais na delimitação de incidência do imposto nomeadamente tendo em conta a delicadeza com que tem de ser encarada a prossecução do desenvolvimento dos mercados financeiros e da concorrência deste, bem como o necessário incentivo ao crescimento e financiamento das pequenas empresas⁵² que compõem a base de um qualquer sistema económico fiável. Para além dessa isenção o legislador foi ainda mais específico e introduziu no EBF⁵³ um benefício para os pequenos investidores do mercado de participações das sociedades anónimas, facto esse que poderia vir a ser importante, tendo em conta a volatilidade de um mercado como o é o mercado da bolsa e a necessidade de não o estagnar através da tributação universal de todos os rendimentos provenientes da venda/aquisição de ações⁵⁴.

Porém, a grande alteração da Lei 15/2010, e consequentemente uma das grandes fontes de foco dos trabalhos a expor prende-se com a revogação da exclusão de tributação que até aí vigorava relativamente às mais-valias provenientes da alienação de ações detidas por um período superior a 12 meses, estabelecendo assim a tributação de todos os rendimentos deste tipo, quando daí se verifique saldo positivo entre a soma das mais-valias e menos-valias. Esta foi uma disposição largamente apoiada e congratulada pois veio a extinguir uma disposição que há muito era entendida como abusiva e desigual, pois fazia depender do simples decurso do tempo a exclusão de imposto sobre aqueles rendimentos não atendendo aos valores, muitas vezes consideráveis, que se praticavam

⁵¹ Cfr. Artigo 72º, nº4 da Lei 15/2010 de 26 de Julho

⁵² Bem como dos pequenos investidores conforme o aditado pelo Artigo 72º do EBF

⁵³ Estatuto dos Benefícios Fiscais, Artigo 72º, “*Fica isento de IRS, até ao valor anual de €500, o saldo positivo entre as mais-valias e menos-valias resultante da alienação de acções, de obrigações e de outros títulos de dívida, obtidos por residentes em território português.*”

⁵⁴ Podemos então concluir que só serão tributados, mediante englobamento ou à taxa especial de 20%, as alienações de mais-valias de acções de valor superior a 500€.

nestas operações o que propiciava uma “aberrante” violação do princípio da capacidade contributiva e que já havia sido alvo de alteração nas disposições entretanto revogadas da Lei nº30-G/2000. Tais alterações formalizaram um primeiro passo de desmoronamento de um, até aí, favorável e imutável regime de tributação dos rendimentos provenientes da alienação de ações, fruto das constantes reclamações e inquietações que tal regime provocava derivado da sua notória iniquidade, aliado, a meu ver, da necessidade de obtenção de maior receita fiscal Estadual em prol da sustentação do mesmo enquanto entidade providente de serviços e bens.

Note-se igualmente que, para além do sobredito, foi aditado ao diploma do IRS, o nº11 do art.10.⁵⁵ relativo às mais-valias que impõe o dever dos sujeitos passivos declararem as respetivas alienações e aquisições onerosas dos títulos detidos, imposição essa que em tudo estará relacionada com questões de fraude e elisão fiscal. No entanto não deixa de ser questionável o “timing” da imposição desta norma num momento em que foi revogado o regime de exclusão de tributação de mais-valias, pois no meu entender tal controlo seria mais justificável e por demais preponderante em momento anterior, quando a condição de benefício de isenção de imposto se encontrava dependente do decurso de um *holding period*.⁵⁶ No entanto não deixou de ser uma imposição legal importante, na medida em que fez cair a presunção do critério valorimétrico *First in First Out*, que estabelecia uma presunção em que as ações alienadas seriam, à partida, as mais antigas⁵⁷.

Contudo, não será menos importante destacar um problema quanto à revogação da exclusão de isenção de tributação nas ações detidas por um período superior a 12 meses que é a questão da aplicação temporal e respetiva, eventual, retroatividade das novas disposições a estes rendimentos, pois ao contrário dos dispositivos legais anteriormente emanados (Decreto-Lei nº442-A/88 e Lei 30-G/2000), aqui não foi precedido qualquer tipo de regime transitório, para as alienações e respectivas aquisições efetuadas anteriormente à entrada da Lei em vigor⁵⁸, a considerar na tributação desse tipo de mais-valias, o que provoca um clima de insegurança e incerteza jurídica nos sujeitos passivos

⁵⁵ “Os sujeitos passivos devem declarar a alienação de onerosa de ações, bem como a data das respetivas aquisições”

⁵⁶ Cfr. Igualmente art.43º, nº5 do CIRS, relativamente a territórios que adaptam um “regime fiscal claramente mais favorável”

⁵⁷ XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME em “A Incidência (...), pág. 468

⁵⁸ Note-se: 27 de Julho de 2010 foi quando a Lei 15/2010 entrou em vigor.

detentores desse tipo de rendimentos, pois poderão vir a ser (ou não) lesados nas suas expectativas, precedentemente adquiridas pelo anterior regime de isenção legalmente previsto. No entanto este será um tema que iremos abordar mais concretamente *infra*.

3.6) As Leis de Orçamento de Estado de 2012 e 2013

Pouco mais vieram a acrescentar no domínio do regime de tributação das mais-valias provenientes da alienação de ações. Relativamente à LOE de 2012 (tutelada pela Lei 64-B/2011 de 31 de Dezembro), esta veio a, uma vez mais, aumentar a percentagem de taxa especial a incidir sobre o saldo positivo das mais-valias mobiliárias, passando estes rendimentos a serem tributados a uma taxa de 25%. Ou seja parece ser cada vez mais clara a intenção do legislador em onerar o valor líquido concretizando com a venda desses produtos financeiros, obtido pelos sujeitos passivos, titulares dos mesmos, o que nos faz questionar se realmente o recurso à taxa especial contínua a ser visto como uma forma de atenuar a tributação destes rendimentos ou se o seu efeito útil foi totalmente esquecido e se, inclusive, tal regime passará a ser menos proveitoso do que proceder ao englobamento das mais-valias com os restantes rendimentos⁵⁹, até porque se proceder ao englobamento de antemão poderá, pelo menos, deduzir eventuais perdas decorrentes da formação de menos-valias.

Se questões se podiam colocar quanto a excedente carga fiscal que começava a incidir sobre os valores positivos líquidos que advinham da constituição de mais-valia de ações, pior ficou com a LOE de 2013 – Lei nº 66-B/2012 de 31 de Dezembro – que aumentou a taxa de imposto sobre esses rendimentos para uns nunca vistos 28%, ou seja, tantas vezes foi alegada, e em boa verdade de forma plausível, a injustiça e desproporcionalidade do regime de tributação das mais-valias mobiliárias, mas tãl não justifica a corrente subida de taxas de tributação dos rendimentos líquidos deste tipo, sob pena de já nos encontrarmos, em sentido inverso, numa ofensa ao principio da proporcionalidade que deverá reger o nosso sistema fiscal.

Aliás, de forma a espelhar tal realidade, basta-nos comparar o regime atualmente praticado em Portugal com o dos restantes países da UE. É claro que a história contra

⁵⁹ Poderá parecer uma afirmação de todo presunçosa, no entanto poderão existir situações em que tal cenário seja realmente verídico, nomeadamente no caso dos pequenos investidores.

nós joga, e realmente a exclusão de tributação de mais-valias de ações detidas por “longo período” era uma situação quase impar no seio da União Europeia⁶⁰ – o sistema grego também previa uma exclusão de tributação deste tipo de rendimentos – o que realmente pode deixar qualquer um perplexo quando confrontados com críticas sobre a rigidez e onerosidade do actual sistema fiscal. No entanto, poderemos entender as razões anteriormente implementadas de estratégia de estabilização do mercado e de incentivo ao seu dinamismo seriam de todo plausíveis e não deverão deixar de ser tidas em conta, em prol da obtenção de receita fiscal ou por uma qualquer tentativa de ressarcimento pelos embaraços legislativos que, indubitavelmente, destituirão princípios basilares do nosso sistema fiscal como a equidade, justiça e neutralidade fiscal.

4. DESAFIOS DO SISTEMA FISCAL ACTUAL

Concluindo esta matéria da evolução legislativa da tributação de mais-valias decorrentes da alienação de ações, podemos concluir que desde sempre o regime de tributação de mais-valias provenientes da alienação de ações foi sempre alvo de tremendas indecisões legislativas sobre a técnica e carga fiscal que deveria incidir sob este tipo de rendimentos. O regime benéfico que vigorou durante anos foi sempre bastante contestado e durante certos períodos, inclusive, polémico. O facto de as ações detidas por um lapso temporal acima dos 12 meses não serem tributadas foi sempre entendido como uma grande injustiça fiscal que nada mais pretendia do que encobrir e blindar uma grande fonte de rendimento, sob o pretexto de evitar o colapso dos mercados financeiros através do excesso de tributação dos valores mobiliários, bem como a convicta defesa de que esse lapso temporal seria importante por forma a distinguir os rendimentos ocasionais e fortuitos – *capital gains* - daqueles que realmente eram intencionados e devidamente previstos – *ordinary income* - pelos Sujeitos Passivos detentores de ações. Todos entendemos a necessidade atual, pelos compromissos económicos assumidos, de obtenção de receita fiscal por parte do Estado, mas a proporcionalidade *stricto sensu* e a

⁶⁰ Ímpar pela forma como leva ao extremo o benefício fiscal concedido e não por ser único, pois o tratamento especial das mais-valias provenientes de alienações de ações, era e ainda é uma realidade comum nos diversos sistemas fiscais europeus, ou senão veja-se a título de exemplo o regime de deduções “taper relief” e os business assets” que eram facultados no dispositivo fiscal do Reino Unido. O sistema Fiscal espanhol, à imagem do nosso também pressupõe uma atenuação da tributação consoante o tempo de detenção da ação, embora em menor medida (Não se isentava de tributação o rendimento mas aplicava-se uma taxa especial inferior caso as ações fossem detidas por prazo superior a 12 meses).

necessidade devem sempre ser critérios a ter em conta sob pena de desacreditação da fiabilidade do sistema fiscal e da criação de dispostos normativos penalizadores e desproporcionais.

4.1) **O Lock-in effect – Consequência da aplicação de um regime fiscal agravado.**

A sujeição das mais-valias, de acordo com o princípio da realização, pode induzir os sujeitos passivos a restringirem a transmissão onerosa dos bens do seu património⁶¹, para adiarem a tributação com prejuízo para a afetação de recursos mais adequada em termos económicos, sendo este efeito denominado por efeito de imobilização (lock-in effect).

Com as alterações ao regime de tributação da alienação de mais-valias provenientes de ações, independentemente de considerações sobre a sua assertividade ou não, iremos assistir a um fenómeno de imobilização do mercado de capitais, nomeadamente nas tradições de partes sociais das empresas. Não existem grandes dúvidas que o aumento de taxa nesta área deve-se exclusivamente a questões económicas e de urgência de receita estadual, o que é inevitável perante a realidade económica e em função do cumprimento das obrigações assumidas a austeridade aparece entre nós como uma necessidade, e o aumento dos impostos é uma das medidas. No entanto, no que toca à tributação deste tipo de mais-valias é de opinião mais ou menos consensual e generalizada que devem ser feitas de forma cautelosa e mediada sob pena de rompimento da volatilidade de mercado, pois poderá impulsionar a um certo desincentivo à não alienação de partes sociais por parte dos sujeitos passivos o que por si só poderá ser um obstáculo a pretensa obtenção de receita destes tipos de rendimentos.

Por forma a melhor ratificar e elucidar o sobredito citamos José Guilherme Xavier de Basto: *“A tributação imobiliza os activos, impedindo ou prejudicando a sua circulação. As recomposições das carteiras, que se processariam para melhorar a rendibilidade,*

⁶¹ SANTOS BRÍGIDO, SANDRINA FERREIRA DOS, Dissertação de Mestrado *“A Tributação das Mais-Valias de Ações em Portugal em Sede de IRS: Análise Comparativa com Espanha e Reino Unido”*, IPL, 2009, Pág.12 e 13

*não se efectuam por motivos fiscais, o que contraria a desejável neutralidade do sistema. É o que geralmente se chama efeito de imobilização (lock-in effect) ”.*⁶²

O Legislador Português ao legislar em sede de matéria de tributação de mais-valias provenientes da alienação de partes sociais (sejam ações ou quotas) deve sempre atentar à promoção do investimento do mercado de capitais, até por forma a premiar uma maior sustentabilidade das empresas, cujo financiamento encontra-se cada vez mais limitado por força da, cada vez maior, restrição de acesso ao crédito concedido pelas instituições bancárias e financeiras, as quais exigem *spreads* maiores face ao corrente aumento do risco de incumprimento. Em virtude desse natural refreamento de concessão de crédito bancário, as empresas cada vez mais recorrem a operações de aumento de capital (financiamento próprio) de forma a garantir a sua competitividade e sustentabilidade de mercado ao invés de procurar financiamento através de capital alheio, o que por si só incitava ao endividamento das empresas. Desta forma o Estado, enquanto entidade Legisladora, poderia captar o investimento empreendedor dos sujeitos passivos, contribuindo para o aparecimento de novas empresas, bem como ao desenvolvimento sustentável das existentes, o que propiciava maior riqueza e, pelo menos, condições de criação de um maior número de postos de trabalho.

Claro que, como o mesmo Autor destaca, o efeito de lock-out/imobilização apenas seria contrariado com” a não aplicação de todo do princípio da realização⁶³, ou então isentava-se de tributação esses rendimentos, o que, neste momento, estaria completamente descartado, por razões de equidade e neutralidade que foram já acima discutidas e abordadas. Logo a questão prende-se com a adoção de um sistema de tributação que consiga compreender a necessidade de receita fiscal e o incentivo ao investimento, conciliando esses objetivos com princípios de equidade fiscal e social e de neutralidade fiscal, pois decerto o leitor já poderá ter concluído que passamos de um regime descomunamente benéfico para um outro que consagra regras de extrema onerosidade sem entretanto conseguir encontrar um equilíbrio (Lei 30-G/2000?) de tributação sobre este tipo de rendimentos.

⁶² XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME em “*A Incidência (...)*”, pág. 386

⁶³ XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME em “*A Incidência (...)*”, pág. 386-387

4.2) A incorporação de um regime de Reinvestimento do rendimento das Mais-Valias mobiliárias

Atualmente, Portugal é dos poucos países da União Europeia que não prevê qualquer tipo de isenção ou benefício fiscal à tributação da alienação de ações ou de outros valores mobiliários representativos de partes sociais. Na procura de um ponto de equilíbrio e estabilização no regime de tributação destes rendimentos, seria, de todo viável falarmos da possibilidade de integração de um procedimento tendente ao reinvestimento (pelo menos parcial) do rendimento em ativos patrimoniais do mesmo tipo, este é, aliás, um mecanismo já atualmente previsto no CIRS, mas apenas para as mais-valias imobiliárias (Cfr. Art.10º, nº5 a 7).⁶⁴

Como determina José Guilherme Xavier de Basto, *“Um dos modos de contrariar ou moderar o efeito de imobilização é não tributar a mais-valia (no todo ou em parte) quando o produto da sua realização é reinvestido em outros activos patrimoniais, ou em activos patrimoniais do mesmo tipo, em prazo relativamente curto, para só exigir o imposto quando não se verifica esse reinvestimento no final do prazo estabelecido. Esta técnica é geralmente conhecida pela designação inglesa roll over.”*⁶⁵

Imaginemos portanto um regime que concedia a isenção de 50%⁶⁶ do rendimento líquido proveniente das alienações das ações dependente do reinvestimento da mesma em títulos de participação social, desta forma prestigiava-se a isenção de acordo com a finalidade dada às Mais-Valias pelo sujeito passivo, ao invés do mero decurso temporal das mesmas. Desta forma não só se iria providenciar por uma maior dinâmica do mercado de capitais, como estaria mais resguardado o princípio da equidade fiscal, bem como da neutralidade fiscal na medida em que se enquadraria neste reinvestimento não só os rendimentos provenientes da venda das ações mas também das quotas e outros

⁶⁴ Um exemplo externo da aplicação da figura do reinvestimento, embora relativamente diferente vem da Polónia. Não só a a tributação das mais-valias mobiliárias é feita a uma taxa fixa de 19% (que é bem inferior a atual taxa de 28% aplicada em Portugal), como isenta o rendimento proveniente da alienação quando reinvestido para vários fins previstos na lei (prevê o reinvestimento em outro tipo de rendimentos, o que não acontece em Portugal com as mais-valias imobiliárias), nomeadamente a aquisição de imóveis, amortização de créditos à habitação ou mesmo refinanciamento de crédito.

⁶⁵ XAVIER DE BASTO, JOSÉ GUILHERME, “ A incidência (...)”, pág. 386-387

⁶⁶ Percentagem meramente exemplificativa, embora a sua aplicação pudesse estabelecer-se uma ligação com o valor de isenção na determinação da matéria coletável das microempresas.

títulos representativos de partes sociais. Falou-se, *supra*, da tendência em distinguir dentro destes rendimentos, aqueles que eram fortuitos/especulativos dos que não o seriam, para destrinçar tal fonte a lei criou um lapso temporal que, a partida, definiria quais os rendimentos que deveriam ser tributados por se cotarem como fortuitos daqueles que foram devidamente ponderados e expectáveis. Nunca foi muito consensual este argumento, como tal parece-me que o surgimento da figura do reinvestimento com natureza parcial poderia fomentar o rendimento ponderado, estudado em detrimento da forma ocasional e fortuita, na medida em que incentivava a um corrente recurso ao investimento de capital, tornando-o até, quiçá, como uma fonte de investimento alternativa para os contribuintes enquanto aforradores.⁶⁷ Tal regime não permitirá, naturalmente, fíndar com a especulação inerente a este tipo de mais-valias, no entanto poderá igualmente tornar o sistema fiscal português, no âmbito deste capítulo, muito mais atrativo até para o investimento estrangeiro⁶⁸.

No entanto por forma a também não descurar com o problema da especulação enquanto prática comercial proibida, porque não ponderar a aplicação de um período de detenção à semelhança do que acontece no IRC⁶⁹? Aparentava, em certos pontos, ser uma solução bastante legítima e que se enquadraria na perfeição, isto se tivermos em atenção as deliberações tomadas, durante o vasto período de evolução legislativa, pelas comissões de planeamento da reforma da tributação das mais-valias:

- Tornava-se o regime mais justo e adequado às finalidades pretendidas, dotando-o de maior equidade e neutralidade fiscal.
- Poderia adaptar-se o sistema de técnica tributária, concedendo apenas uma isenção parcial do reinvestimento, por forma a não destituir totalmente o Estado da obtenção de receita financeira.
- Os critérios/razões de atribuição desta isenção seriam muito mais claros e perceptíveis, sendo que tal sempre foi relacionado com o poder de influência de fortes “*lobbys internos*”.

⁶⁷ ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES E ANALISTAS TÉCNICOS DO MERCADO DE CAPITAIS – IPUEL, artigo “*Estudo sobre a Tributação das Mais-Valias Mobiliárias*”, Lisboa, 2010, pág. 16 (Capitais, 2010)

⁶⁸ Não me parece que em sede de reinvestimento de participações sociais tivesse lógica impor um critério de delimitação geográfica como é estabelecido no reinvestimento das mais-valias mobiliárias, pois seria, de certa maneira, do maior interesse do Estado Português promover a globalização do mercado de capitais, até como fomento da competitividade externa das suas empresas. Para não falar da imposição comunitária de liberdade de circulação de capitais...

⁶⁹ Cfr. Artigo 48º, nº 4

- A imposição de um ónus ao sujeito passivo é sempre um fator determinante na redução da evasão e fraude fiscal, nomeadamente a imposição de prova efetiva de aquisição da parte social nos trâmites e condições legalmente expressas (a imposição do registo de aquisição aparenta ser uma necessidade premente dada a grande volatilidade destes instrumentos financeiros).
- E, acima de tudo, privilegiava-se e dinamizava-se o mercado de capitais sem comprometer a obtenção de receita estadual necessária e demonstrativa da capacidade contributiva real dos Sujeitos Passivos detentores deste tipo de rendimentos, sem com isso onerar de forma desproporcional na sua tributação ao ponto de petrificar o investimento económico-financeiro implícito nas operações de alienação de ações ou outros produtos financeiros.

5 - A RETROATIVIDADE FISCAL.

Podemos definir a não retroatividade da lei fiscal como um dos vetores que compõem o princípio da segurança jurídica fiscal, que hoje em dia encontra-se expressamente consagrado na nossa Constituição, embora a sua determinação nem sempre seja fácil, o que causa uma certa estranheza pois aparenta, pelo texto constante da CRP que a mera verificação de efeitos reactivos numa lei nova seria alvo de inconstitucionalidade abstrata, no entanto como poderemos averiguar no âmbito das alterações ao regime da tributação das mais-valias provenientes da alienação de ações existem certos parâmetros a ter em conta no momento de considerar um imposto como efetivamente retroativo ou não.

Quanto à proibição de normas fiscais retroativas é importante realçar que esta apenas se aplicará quando estamos perante normas que agravem ou prejudiquem os contribuintes, nomeadamente aumentos de carga de imposto ou extinção de benefícios, bem como normas que ofendam ou destratem os direitos e garantias legalmente consagrados a esses mesmos contribuintes, sob pena de violação de direitos e fundamentais. Claro que

se, pelo contrário, estivermos perante alterações legais que venham a ser abonatórias para com o contribuinte nada obstará á imediata vigência dos seus efeitos.⁷⁰

A inexistência de uma disposição transitória no diploma 15/2010 de 27 de Julho impõe a discussão do problema da questão da retroatividade da Lei, que, como podemos patentear, seria à partida constitucionalmente proibida – Art.º 103/ nº3 da CRP – seja na modalidade de retroatividade autêntica/imprópria ou própria/inautêntica, isto se interpretar-mos de forma literal o disposto constitucional. A controvérsia que gira a volta deste assunto levou a questão ao tribunal constitucional, tendo sido o próprio interpelado para apurar da eventual inconstitucionalidade da norma por ofender o já referido princípio de não retroatividade aplicável aos impostos no nosso sistema fiscal. A decisão não foi de todo consensual e até aos de hoje parece que tal não colhe uma opinião unânime e absoluta, havendo muitas vozes que consideram que tal norma obsta e põe em causa princípios definidores do nosso sistema fiscal, nomeadamente a igualdade jurídico-fiscal e o princípio da proteção da confiança fiscal no âmbito do Estado de Direito Democrático⁷¹, o que, na minha frágil opinião, é de todo legítimo. A assunção constitucional da não retroatividade dos impostos advém da quarta reforma constitucional consagrando, de forma inovatória uma proibição formal de retroatividade em matéria fiscal, que “*Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei*” – artigo 103º, nº3⁷² – Redação

⁷⁰NABAIS, JOSÉ CASALTA, em “*O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*”, Coimbra Editora, 1998, pág. 397 (Nabais, 1998)

⁷¹In Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional, “*Jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria Fiscal*”, obr.col., Lisboa, 1993, pág. 277

⁷²A imposição desta norma constitucional levou a ser incorporado, em 1999, na LGT no seu artigo 12º os critérios de aplicação da lei no tempo:

“ (...) 1 - *As normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor, não podendo ser criados quaisquer impostos retroativos*

.2 - *Se o facto tributário for de formação sucessiva, a lei nova só se aplica ao período decorrido a partir da sua entrada em vigor.*

3 - *As normas sobre procedimento e processo são de aplicação imediata, sem prejuízo das garantias, direitos e interesses legítimos anteriormente constituídos dos contribuintes.*

4 - “*Não são abrangidas pelo disposto no número anterior as normas que, embora integradas no processo de determinação da matéria tributável, tenham por função o desenvolvimento das normas de incidência tributária.*”

dada pelo artigo 67º da Lei Constitucional nº1/97, de 25 de Setembro⁷³. Mas será que este novo texto constitucional vem a proibir de forma expressa e automática a

retroatividade da norma fiscal? Ou será uma regra que prevê certas exceções? Quanto a estas questões parece inevitável, e atualmente cada vez mais, a optarmos pela segunda opção, fruto da apreciação e subsequente decisão casuística das questões de facto de cada caso em particular e da relevância que tal terá na apreciação da constitucionalidade da lei fiscal.

5.1) A Posição da Jurisprudência

A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria fiscal, designadamente aquela que decorreu do Acórdão 399/2010, sobre a questão da proibição da retroatividade fiscal agravadora, a pedido do Presidente da República que invocava a inconstitucionalidade das leis que, criaram no CIRS um escalão adicional de tributação e aumento do valor das taxas em todos os escalões de IRS foram, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, declaradas como constitucionais⁷⁴. No seguimento o Provedor de Justiça decidiu que não seria concedido, igualmente, espaço para a iniciativa de fiscalização abstrata da constitucionalidade relativa ao regime de tributação de mais-valias mobiliárias.⁷⁵

No entanto podemos concluir, de acordo com a decisão do Tribunal constitucional contida no acórdão acima referido, que, no caso da tributação das mais-valias de ações, também aqui não irá considerar a existência de retroatividade autêntica, “a única na medida em que imputa como facto tributário o valor final resultante da soma entre as mais-valias e menos-valias, que será devidamente apurado no fim desse mesmo ano, pois só aí poderemos aferir da existência ou não de incidência de imposto. Ou seja, resulta claro do Acórdão que o Tribunal Constitucional considera não haver

⁷³Anotação de SALDANHA SANCHEZ, J.L., “*Lei interpretativa e retroactividade em matéria fiscal*”, Fiscalidade nº1, Revista de Direito, Coimbra Editora, Lisboa, 2000, pág.82.

⁷⁴ Lei nº11/2010, de 15 de Junho e Lei nº12-A/2010, de 30 de Junho respetivamente, inseridas no âmbito do Plano de Estabilidade e Crescimento (PEC).

⁷⁵ Cfr. 1ª Tomada de Posição do Provedor de Justiça, “*Regime de Tributação das mais-valias mobiliárias. Lei nº 15/2010, de 26 de Julho.*”, Súmula R-3736/10, pág. 2

retroatividade autêntica e como tal não existe inconstitucionalidade da norma pois de acordo com a jurisprudência desse mesmo Tribunal, apenas essa releva para efeitos de proibição de retroatividade pelo art.º 103º, nº3 da CRP⁷⁶.

Parece ser sempre um argumento confuso e premente a questão de evidenciar o grau de retroatividade de uma lei, parecendo que a sua simples classificação como «não autêntica» é critério mais que suficiente para a não inconstitucionalidade da norma legal em apreço pelo TC, relevando para segundo plano, muitas vezes, as consequentes frustrações das expectativas dos contribuintes. Parece-nos que não devia ser assim, até se tivermos em conta o definido no Parecer do Código Civil nº14/92: “a retroatividade pode ser constitucionalmente ilegítima, (...) sobretudo naqueles casos em que a retroatividade se mostre manifestamente ofensiva nas exigências da proteção da confiança do contribuinte, exigências que o Estado de Direito Democrático postula”⁷⁷

- Decisão do Acórdão nº 128/2009 do Tribunal Constitucional:

“Decorre deste preceito constitucional que qualquer norma fiscal desfavorável (não se entrando aqui na questão de saber se normas fiscais favoráveis podem, e em que medida, ser retroativas) será constitucionalmente censurada quando assuma natureza retroativa, sendo a expressão «retroatividade» usada, aqui, em sentido próprio ou autêntico: proíbe-se a aplicação de uma lei fiscal nova, desvantajosa, a um facto tributário ocorrido no âmbito da vigência da lei fiscal revogada (a lei antiga) e mais favorável.”

- Decisão do Acórdão nº85/2010:

“A retroactividade proibida no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição é a retroactividade própria ou autêntica. Ou seja, proíbe-se a retroactividade que se traduz na aplicação de lei nova a factos (no caso, factos tributários) antigos (anteriores, portanto, à entrada em vigor da lei nova).”

Parece, desta forma, ser convicção axiomática do Tribunal Constitucional que não estamos perante uma retroatividade própria, e desconsiderado aquela considera igualmente como não proibida outro tipo de retroatividade pois apenas aquela merece a

⁷⁶ Fundamentação expressa no Acórdão nº399/10

⁷⁷ Cfr.. MORAIS, RUI DUARTE, “A Revisão da «Constituição Fiscal» ”, Juris Et de Jure, Porto, 1998, pág.1156.

tutela constitucional e constitui uma real violação do princípio da segurança jurídica, asseveração essa que nos parece no mínimo contestável para não dizer dúbia, essencialmente quanto á qualificação do facto tributário...

Aliás, existe doutrina, nomeadamente ROGÉRIO M. FERNANDES FERREIRA que considera que o facto gerador do imposto dá-se com a alienação da ação e que o dia 31 de Dezembro do respetivo ano nada mais é do que o aglomerar de um conjunto de operações de mais e menos-valias verificados ao longo do ano que nada mais são do que atos isolados (windfall gains) justificado para efeitos de determinação da matéria a tributar e não um reportório de resultados provenientes de uma determinada atividade contínua gerados ao longo do ano.

O mesmo autor sintetiza “E, assim sendo, certamente se considerarão tais transmissões como factos tributários instantâneos (como no IMT), reportados a momentos concretos e precisos – os da transmissão – e, mais facilmente, se entenderá também que poderá afinal, haver retroactividade, própria e autêntica, essa sim, como vimos, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional, proibida pela Constituição⁷⁸.

5.2) Tipos de Retroatividade

No que concerne ao estudo da retroatividade da Lei é de maior importância a distinção entre os vários graus existentes, pelo facto de muitas vezes serem a variável que determina se estamos perante uma disposição legal constitucionalmente proibida ou não. Podemos considerar que existem três níveis de retroatividade fiscal, relativamente à gravidade que cada uma pode desencadear.

Primeiramente, temos a retroatividade Própria, que desencadeia-se quando todos os efeitos da nova Lei dão-se por produzidos na Lei antiga, isto tipo de retroatividade e comumente tratada como inconstitucional pelos nossos tribunais, sendo aliás na sábia opinião de JOSÉ CASALTA NABAIS que, “*Quando tal acontecer, a solução está agora ditada, urbi et orbi, na Constituição, não podendo os órgãos seus aplicadores,*

⁷⁸ FERNANDES FERREIRA, ROGÉRIO M., “*A propósito da Recente Jurisprudência Constitucional sobre Retroactividade Fiscal (Breve Apontamento)*”, Estudos em Homenagem ao Prof. J.L. Saldanha Sanchez, Lisboa, 2010, pág. 5 - 6

sem violação dela, proceder a uma ponderação casuística”⁷⁹. Ou seja podemos concluir que quando perante uma retroatividade deste tipo existe um “imperativo constitucional” sob essa norma, aferindo de forma automática a inconstitucionalidade da mesma, abdicando-se da interpretação concreta dos efeitos que provêm da retroatividade.

Na retroatividade imprópria, embora os factos se tenham produzido por inteiramente ao abrigo da Lei antiga, estes continuavam a produzir-se no decorrer do vigor da Lei nova⁸⁰, podemos incorporar neste tipo os casos das leis interpretativas autênticas e em que medida estaremos perante leis interpretativas materiais ou puramente formais – que é o mesmo que dizer em que medida produzirá a Lei nova efeitos nos dispostos anteriormente estabelecidos e se o facto de tal afetar, ulteriormente, as legítimas expectativas dos contribuintes é ou não uma medida proporcional em prol do conseguimento imperial de receitas.⁸¹

Para Alberto Xavier ainda existia um terceiro nível de retroatividade⁸², nas situações em que o facto não se verifica de todo na Lei antiga, mas prolonga a produção concreta de efeitos no decorrer do lapso temporal da Lei nova – este grau de retroatividade aparenta ser aquele sob o qual nos iremos versar com vista a analisar a problemática da tributação ou isenção do rendimento bruto das alienações dos Sujeitos Passivos de ações após a entrada em vigência da Lei nº 15/2010.

Não é de todo consensual a existência deste terceiro nível de retroatividade, havendo quem considere que este enquadra-se na retroatividade inautêntica, enquanto outros consideram que esta já não se insere em qualquer tipo de retroatividade mas sim na retrospectividade típica dos impostos periódicos, em que assistimos a uma formação progressiva do facto tributário, até ao último dia do período de tributação, momento em que se irá apurar a matéria coletável sobre a qual incidirá imposto.⁸³

⁷⁹ In “*Direito Fiscal*” (...), pág. 151

⁸⁰CARLOS DOS SANTOS, ANTÓNIO E CELORICO PALMA, CLOTILDE, “*Os Princípios da Protecção da Confiança Legítima e da Não Retroatividade das Normas Tributárias em Tempos de Crise: O Caso Português*”, RIDB, Ano 2 (2013) nº4, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pág. 3149

⁸¹ Cfr. CASALTA NABAIS, JOSÉ, “*O Direito Fiscal*” (...) pág. 152. Cfr. Também XAVIER, ALBERTO, “*Manual de Direito Fiscal*”, Coimbra Editora, Lisboa, 1981, pág.190 ss.

⁸²XAVIER, ALBERTO, “*Manual de (...)*”, pág.195 ss.

⁸³ FERNANDO BRÁS CARLOS, AMÉRICO, “*Impostos – Teoria Geral*”, Almedina, 3ª edição, Lisboa, 2010, Pág.142 e ss.

Não pretendendo alongar mais sob considerações teóricas da retroatividade fiscal, até porque a temática já é bastante abordada e estudada, passaremos, isso sim, a análise da aplicação da lei no tempo e das suas implicações no regime da tributação de mais-valias decorrentes da alienação de ações.

5.3) A Aplicação da Lei no Tempo no âmbito da tributação de Mais-Valias decorrentes da alienação de ações.

Já foi anteriormente ressaltado o facto da Lei nº 15/2010 de 27 de Julho não ter incluído, com a sua entrada em vigor, uma qualquer disposição transitória de aplicação dos termos da mesma, ao contrário das reformas antecedentes, que sempre consideraram como base de incidência apenas as mais-valias adquiridas após o ano de entrada em vigor das novas regras de tributação.

Torna-se, portanto, aqui importante definir qual o facto tributário – *in casu* o rendimento positivo obtido com a alienação das ações - sobre o qual irá incidir o imposto de IRS. No entanto, como se trata de um imposto periódico, teremos sempre a problemática de identificar um facto tributário que se propaga por um lapso duradouro de tempo ou como muito bem definiu Xavier, Alberto⁸⁴, nestes casos “*O rendimento é um facto complexo de formação sucessiva*” pelo facto de estarmos perante um leque de atuações do sujeito passivo (alienação de ações), desencadeadas durante um determinado lapso temporal (1 de Janeiro a 31 de Dezembro) que irão constituir o rendimento coletável sobre o qual incidirá a taxa de imposto.

Por forma a melhor expor a matéria controversa do tema em apreciação passarei a subdividir em 3 eventuais cenários, por forma a melhor analisar e explicar a questão da retroatividade, consoante a verificação do facto tributário:

- a) Acções adquiridas após a entrada em vigor da Lei nº 15/2010 de 27 de Julho

⁸⁴ In “*Manual de (...)*”, pág. 201

Não parece existir grandes dúvidas pois não estamos perante uma retroatividade da aplicação da Lei, não existe novos critérios de incidência de imposto durante o período em vigor da Lei Antiga⁸⁵

Esta era a disposição transitória regra de aplicação da Lei no tempo que constava dos anteriores diplomas que vieram a consagrar alterações no regime da tributação de mais-valias dos valores mobiliários⁸⁶, diferindo a adoção dos novos critérios de incidência de real – fim da isenção de ações detidas por um período superior a 12 meses - para as mais-valias adquiridas em ano ulterior ao da entrada em vigor da nova Lei. Desta forma apenas seriam alvo de tributação as ações adquiridas a partir de 1 de Janeiro do ano seguinte à entrada em vigor da Lei. Não há grandes dúvidas de que esta parecia ser a solução mais justa e adequada à tutela da confiança, essencialmente se tivermos em conta o princípio da segurança jurídica coadunado com o preceito constitucional de proibição de lei fiscal retroativa.

b) Acções alienadas em período pós entrada em vigor da Lei 15/2010, de 27 de Julho e 31 de Dezembro e adquiridas anteriormente a esse período

Atentemos o seguinte exemplo: A adquire em Bolsa um determinado número de participações sociais de uma sociedade anónima em 2006, em Novembro de 2010 decide vender essas ações. Podemos aqui, em defesa do princípio da segurança jurídica alegar que A, no momento de alienação da ação, que constitui evidentemente o facto tributário da mais-valia, já tinha conhecimento do fim da isenção da mesma e como tal não saiu veio a ser lesado nas suas legítimas expectativas. No entanto tal presunção é de todo errónea, pois o problema de não se consagrar um regime transitório baseado no momento em que se adquire a ação torna desde logo, neste caso, num regime injusto e na medida em que todo o planeamento (diga-se legítimo) fiscal adotado pelo sujeito passivo vem a revelar-se totalmente frustrado, o que não só lesa a segurança jurídica do nosso sistema fiscal como a confiança dos contribuintes na atuação dos órgãos do Estado⁸⁷, bem como numa perspetiva de igualdade horizontal de tributação⁸⁸. Desta

⁸⁵ Cfr. CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL em “*Curso de Direito Fiscal*”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1972, pág. 242-243.

⁸⁶ Ver *Supra* 3.3) e 3.4)

⁸⁷ CASALTA, NABAIS, “*Direito Fiscal*” (...) pág.151

⁸⁸ Pois chegamos à inusitada conclusão que se um mesmo sujeito passivo que tivesse alienado as suas acções em Dezembro de 2009, e as tivesse igualmente adquirido (no mesmos termos que o A) em 2006

forma e perante os argumentos apontados, não será de todo descabido, consubstanciar aqui um verdadeiro *venire contra factum proprium*, na medida em que se desprotegeu a proteção da confiança dos contribuintes.

Temos algumas reservas aqui, no que toca à posição tomada por Alberto Xavier, que considera não existir retroatividade da lei quando os seus efeitos aplicam-se aos rendimentos já anteriormente formados no decorrer do período, durante o qual era vigente Lei Antiga, ou seja a publicação *medio temporis* (expressão do autor) da lei e a sua subsequente aplicação aos rendimentos gerados doravante não seria, segundo o presente autor, uma verdadeira retroatividade. No entanto excetue-se, o enquadramento de tal opinião, pois tal presumia a capacidade do nosso sistema fiscal prever uma tributação fracionada – *pro rata temporis* - do rendimento obtido com a alienação das mais-valias, o que efetivamente não acontece visto que será sempre o valor resultante da soma de todas as mais-valias realizadas no mesmo ano (princípio da realização) que compõe a matéria coletável deste tipo de rendimentos – cfr art.º 43º, nº1 do CIRS – seria uma solução realmente aceitável no plano teórico, porém parece-me que tal seria de difícil implementação, contrariamente ao alegado pelo Autor⁸⁹. Já a eventual desconsideração para com as expectativas dos contribuintes não me parece ser um argumento minimamente compadecem-te com os princípios basilares do nosso fiscal, tomando aqui a posição do Dr. Cardoso Costa que considera que a aplicabilidade da nova Lei Fiscal desfavorável no mesmo período fiscal a *medio temporis* seria não só retroativa e ofensiva do princípio de não retroatividade da lei fiscal como poderia a vir ser extremamente lesiva das expectativas e confiança dos contribuintes.⁹⁰⁹¹

Neste caso, no entanto, parece não se tratar apenas da especial insegurança e imprevisibilidade que acarreta a entrada em vigor *medio temporis* de uma lei nova, claro que o facto de as “regras serem alteradas” no decorrer do período de tributação é um cenário agravante e passível de integrar um verdadeiro abuso de direito praticado contra os contribuintes, no entanto, ressalvo, na minha perspetiva a real questão aqui prende-se

ainda aproveitaria a isenção, simplesmente porque o facto tributário em causa não decorreu no período da entrada em vigor da lei...

⁸⁹ Até porque a taxa a aplicar aos rendimentos de mais-valias de alienações de acções é de carácter especial e não liberatório, logo não fica o contribuinte desobrigado de englobar esses rendimentos na sua declaração anual de rendimentos.

⁹⁰ XAVIER, ALBERTO, “Manual de (...)”, pág.200 - 203

⁹¹ Cfr. Igualmente CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL em “Curso de Direito Fiscal”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1972, pág. 242-243.

com a desconsideração da data de aquisição⁹² da mais-valia para efeitos de determinação do rendimento real, mormente se tivermos em consideração a salvaguarda de expectativas dos contribuintes nas suas mais-valias latentes/potenciais entretanto adquiridas. Se o preceito constitucional de proibição de retroatividade da lei fiscal emanou do princípio da segurança e certeza jurídica, seria de prever uma maior proteção sob o contribuinte, nomeadamente as legítimas expectativas proporcionadas pelo sistema fiscal. E recorde-se, que, nenhum Sujeito é obrigado a pagar o máximo de imposto, logo não falemos de um atentado á moral social a utilização de mecanismos de atenuação legalmente previstos por parte daquele.

c) Ações alienadas em período anterior a entrada em vigor da nova Lei (entre 1 de Janeiro e 27 de Julho de 2010)

Este cenário será sem dúvida o caso mais complexo, na medida em que produzem-se os efeitos da Lei nova a factos tributários já ocasionados – no caso das mais-valias de ações, as alienações - ao abrigo da Lei antiga o que nos permite desde logo questionar se não estamos perante uma verdadeira retroatividade autêntica, ou pelo menos imprópria visto os seus efeitos não se esgotarem, integralmente, sob a tutela dessa mesma Lei. A questão aqui envolta prende-se com aplicação de uma alteração posterior (incidência de imposto) a um facto já realizado, a alienação da ação, que irá produzir efeitos negativos na esfera do contribuinte, reduzindo o rendimento líquido a obter por este. No entanto tratando-se o IRS de um imposto único e duradouro, o apuramento do rendimento proveniente da alienação das mais-valias de ações será fixado de forma sucessiva, e como tal o facto tributário será a 31 de Dezembro do respetivo ano em que foram levadas a cabo o conjunto dessas alienações, logo irá proceder-se ao apuramento e liquidação de imposto perante a regulação da Lei nova, o que decerto promoverá a defraudação de expectativas dos contribuintes⁹³.

Aliás, por forma a melhor evidenciar o acima apontado atente-se o citado exemplo:

⁹² Até para efeitos de correção monetária dos montantes praticados à semelhança do que acontece com as mais-valias imobiliárias – Cfr. Art.º 50º, nº1 do CIRS.

⁹³Deixa-se aqui apenas uma rápida nota: Não só falamos aqui dos casos de incidência real de imposto por revogação do Art.10º, nº2 do CIRS mas também dos casos em que a tributação passaria a ser de 20% (atualmente 28%) ao invés dos anteriores 10% , pois também aqui podemos aferir da onerosidade proporcionada pela retroatividade da Lei (aumento da taxa) e da salvaguarda de legítimas expectativas.

“Suponhamos que em 3 de Janeiro de 2009 um particular adquiriu em Bolsa ações da sociedade X por 100 unidades. Suponhamos ainda que no dia 30 de Dezembro desse ano mesmo ponderou vender tais acções, tendo tido a possibilidade de o efetuar por 109. Supondo que pretendia ter um retorno de 9% e sabia que a tributação seria de 10%, optou por aguardar pelo decurso do prazo de 12 meses para beneficiar da isenção de IRS. Acabou, assim, por vende-las em 4 de Janeiro de 2010 por 110, com um ganho de 10 unidades que, dada a isenção de IRS, lhe garantiu, pensava um retorno após impostos de 10% e, portanto, acima da ambicionada rentabilidade de 9%. No entanto, a 26 de Julho, descobriu que o seu ganho, após IRS, não será de 10, mas sim de 8 unidades, ou seja, ainda menor do que o seria se tivesse vendido tais ações a 30/12/09.⁹⁴

O exemplo poderá aparentar ser banal ou mesmo superficial por retratar uma situação de mínima prejudicialidade para o sujeito passivo, no entanto como muito acertadamente remata o mesmo autor - “O exemplo poderá ser frívolo e é o propositadamente. Mas ilustra um problema muito relevante. Quando se cede num princípio, ainda que num caso frívolo, onde terminam as exceções subsequentes? (...)” – e aqui resume-se de forma exata o problema da permeabilidade de um sistema fiscal a leis retroativas, nem mais, perspetivando-se uma repercussão sistemática em consequência da abertura de uma “caixa de pandora” que doravante encontra-se ínsita no nosso sistema fiscal.

Desta forma em conclusão expressarei as minhas considerações: Poderá parecer uma tomada de posição extrema, quando afirmo que deverão sempre ser tomadas em conta as expectativas dos contribuintes, enquanto princípio da confiança como ramo do princípio da segurança jurídica fiscal, na apreciação da constitucionalidade da norma fiscal retroativa, especialmente se tivermos em conta o panorama atual da economia portuguesa e a falta de margem de manobra que se encontra o Estado para obtenção de receita que lhe permita cumprir com os termos de pagamento do empréstimo externo.

Aliás, por forma a melhor evidenciar a minha sensibilidade para com este argumento, partilho, aqui, a curiosa afirmação (ou talvez seja mais correto definir como possibilidade) constatada por Rui Duarte Morais, “*Basta pensar na hipótese de (...)*”

⁹⁴ In JAIME CARVALHO ESTEVES, artigo “*A tributação das mais-valias não é retroativa?*”, PWC, Jornal de Negócios, Julho 2010, pág.2.

numa conjuntura económica difícil, o executivo se mostrar incapaz de cumprir com os limites do endividamento público (...) e conhecidas as dificuldades de medidas de redução da despesa pública com efeitos imediatos, numa tal emergência a única solução será um aumento dos impostos (...) Tal poderá ter que implicar, como julgámos ter deixado claro, o recurso a impostos retroativos, especialmente se à data em que se constatar a necessidade já tiver decorrido grande parte do ano, do exercício, em causa.”⁹⁵

No entanto, não deixa de ser perigoso, a discricionariedade com que o TC tem decidido sobre a inconstitucionalidade da norma fiscal retroativa, ainda mais agora com a recente declaração de inconstitucionalidade, por unanimidade, da norma fiscal que determinava a redução de 10% dos rendimentos das pensões dos reformados do sector público, bem como novas regras de cálculo do montante das pensões⁹⁶. Não pretendendo alongar em demasia até porque a temática ainda é recente, não deixa de ser importante para o objeto do trabalho apresentado, uma curta exposição das justificações do TC.

O TC desde logo considerou como violado o “princípio da confiança, decorrente do princípio do Estado de Direito Democrático”, pois estaríamos perante direitos adquiridos e conseqüentemente perante expectativas “legítimas e particularmente consolidadas”, ou seja embora não estejamos perante uma norma autenticamente retroativa (o TC deu razão ao governo neste ponto), a norma em apreciação chumbou na apreciação do princípio da confiança enquanto ramo do princípio da segurança jurídica⁹⁷. Gostaria de ressaltar o facto de o TC considerar que a situação em si seria particularmente danosa das legítimas expectativas dos contribuintes, pois aparenta que um preceito constitucional que pretende vir a tutelar, à *priori* de forma geral e abstrata, a segurança jurídica dos contribuintes é na realidade um dispositivo apreciado de forma concreta, o que a meu ver poderá configurar-se como uma violação do princípio da igualdade fiscal e mesmo da segurança jurídica na medida em que a inexistência de um critério uniformizador de declaração de inconstitucionalidade é passível de fomentar a insegurança e desconfiança com que os contribuintes encaram os normativos fiscais.

⁹⁵ Cfr. MORAIS, (...), “A revisão da (...)”,pág. 1165

⁹⁶ Cfr. Decisão expressa do Acórdão nº 862/2013 de 19 de Dezembro.

⁹⁷ In artigo “ionline.pt/artigos/portugal/tribunal-constitucional-chumba-convergencia-pensoes”,SUSETE FRANCISCO, publicado em 19 de Dezembro de 2013

Ressalvo que, não é que discorde com a decisão do TC, nem me cabe aqui comentar do mérito da mesma, no entanto parece-me prejudicial para o nosso sistema fiscal a não existência de uma declaração abstrata de inconstitucionalidade que venha a pôr termo a toda a controvérsia e dúvidas que possam vir (e que decerto virão) sobre quando um dispositivo fiscal é «inconstitucionalmente retroativo».

Ou seja chegamos ao momento em que todo o caso será apreciado de forma concreta, criando-se certas hierarquias de direitos/expectativas, relevando para esse efeito quais poderão ou não ser dispensáveis em detrimento da legítima obtenção de receita estadual. Parece ser, efetivamente, um juízo de apreciação algo injusto e que por si só poderá vir a lesar de sobremaneira a tutela da segurança jurídica no que concerne à relação Estado-Contribuinte.

6) CONCLUSÃO

Por tudo o que foi anteriormente explanado podemos concluir que a tributação das mais-valias decorrentes da alienação de ações continua a ser um regime bastante controverso e imprevisível. Toda a evolução legislativa efetuada deparou-se com variados obstáculos e incertezas que contribuíram para a atual implementação de um regime severo e oneroso, o que em nada corresponde às intenções do legislador e aos objetivos constantes do preâmbulo do CIRS. A crise económica que sobre nós paira com certeza que obriga a manobras de maior adaptabilidade e, naturalmente, instiga à criação de mecanismos de prossecução à obtenção de uma rápida e considerável receita proveniente dos impostos, no entanto a passagem de um regime que atribuía uma isenção total de imposto ou uma tributação de 10% para uma tributação geral daquele tipo de rendimentos a 28% parece ser desproporcional e limitativa do desenvolvimento dos mercados de capitais e do investimento particular (lock-in effect), que devem sempre ser propósitos a ter numa economia competitiva e sustentável. A aplicação da Lei no tempo é, igualmente, controversa, a consonância entre a não retroatividade autêntica e a proteção das expectativas dos contribuintes não é de todo consensual entre a doutrina, nem tão pouco o é na jurisprudência do TC, o que contribui para a instauração de um clima de insegurança e incerteza entre os contribuintes, fruto da

aplicação de decisões concretas que nos deixam na dúvida sobre que situações se enquadram na inconstitucionalidade do art.º 103º, nº3 da CRP.

Parece que existem ainda várias questões para ser revolidas no domínio da tributação das mais-valias decorrentes da alienação de ações, a evolução legal dos preceitos normativos desta matéria não parece ter conhecido o seu último capítulo e muitas arestas aparentam necessitar de ser limadas. Os desafios fiscais são algo de corrente nos mais variados sistemas, e tudo o que podemos desejar é que o nosso Estado, enquanto entidade embutida do seu poder legislativo e executivo, conceda a melhor resposta.

Como melhor não podia dizer deixo aqui uma inspiradora afirmação: “Uma das constelações de problemas mais visível que se coloca ao atual Estado Fiscal, traduz-se nos duros desafios que hoje em dia enfrenta a tributação e, conseqüentemente, o direito fiscal, alguns deles sem adequada solução à vista. De entre eles temos uns que se configuram como desafios internos, constituindo assunto de cada Estado, e outros que se apresentam como desafios externos, tendo a ver com os atuais fenómenos da internacionalização, integração e globalização económicas”⁹⁸.

⁹⁸ NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Direito (...)”, pág. 462

6. BIBLIOGRAFIA

- 1ª Posição do Provedor da Justiça, *Regime de Tributação das Mais-Valias Mobiliárias. Lei nº 15/2010, de 26 de Julho*, Súmula r- 3736/10.
- ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES E ANALISTAS TÉCNICOS DO MERCADO DE CAPITAIS, *Estudo sobre a Tributação das Mais-Valias Mobiliárias*, IPUEL, 2010.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *Curso de Direito Fiscal*, 2ª edição, Almedina, 1972
- CARLOS DOS SANTOS, António & CELORICO PALMA, Clotilde, *Os Principios da Protecção da Confiança Legítima e da Não Retroatividade das Normas Tributárias em Tempos de Crise: O Caso Português*, disponível e consultado através do site http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03147_03182.pdf, Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.
- CASALTA NABAIS, J., *Direito Fiscal*, 7ª edição Almedina, 2013.
- CASALTA NABAIS, J., *O dever fundamental de pagar imposto: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra Editora, 1998.
- ESTEVES, Jaime Carvalho, *A Tributação das mais-valias não é retroativa?*, PWC, 2010.
- FERNANDES FERREIRA, Rogério M., *A propósito da Recente Jurisprudência Constitucional sobre Retroactividade Fiscal (Breve Apontamento)*, *Estudos em Homenagem ao Prof. J.L. Saldanha Sanchez*, disponível e consultado através do site http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/EstudosHomenagemProfSaldanhaSanches.pdf, 2010.
- FERNANDO BRÁS CARLOS, Américo, *Impostos – Teoria Geral*, 3ª edição, Almedina, 2010.
- Fundamentação Expressa do Acórdão nº399/10, disponível e consultado através do site <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html>.
- MATOS, A. S, *Código de IRS Anotado*, Instituto Superior de Gestão, 1999.

- MÁXIMO DOS SANTOS, L., *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, 2009.
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Relatório da Comissão de Revisão do IRS*, Direcção Geral dos Impostos, 1998.
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Direcção Geral dos Impostos, 2002.
- MORAIS, Rui Duarte, *A revisão da «Constituição Fiscal»*, Juris Et de Jure, 1998.
- PEREIRA, P. R., *Estudos sobre o IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias*, Almedina, 2007
- *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano VI, 1-13, Edição Primavera
- SALDANHA SANCHEZ, J.L., *Lei interpretativa e retroactividade em matéria fiscal*, Fiscalidade nº1, Coimbra Editora, 2000.
- SALDANHA SANCHEZ, J.L., *Sobre o conceito de mais-valia*, Fisco, 1992.
- SANTOS BRÍGIDO, Sandrina Ferreira, *A Tributação das Mais-Valias de Acções em Portugal em Sede de IRS: Análise Comparativa com Espanha e Reino Unido*, IPL, 2009.
- SUSETE FRANCISCO, *TC chumba por unanimidade convergência de pensões*, disponível e consultado em <http://ionline.pt/artigos/portugal/tribunal-constitucional-chumba-convergencia-pensoes>, publicado em 19 de Dezembro de 2013.
- TEIXEIRA RIBEIRO, J. J., *Lições de Finanças Públicas*, 5ª edição, Coimbra Editora, 2011.
- TEIXEIRA RIBEIRO, J.J., *A Reforma Fiscal*, Coimbra Editora, 1989.
- TEIXEIRA RIBEIRO, J.J., *A Tributação das Mais-Valias na Reforma Fiscal*, Boletim de Ciências Económicas, 1995.
- XAVIER DE BASTO, J. G., *IRS: Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra Editora, 2007.
- XAVIER DE BASTO, José Guilherme, *O IRS na Reforma Fiscal de 1988/89*, Administração Fiscal Portuguesa, “15 anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha”, Almedina, 2006.
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 1981.