



## Ferreira, Ricardo Matos, “Sobre a determinação de mais-valias - o artigo 51.º do Código do IRS”, Maio de 2012.

**Sumário:** **Parte I** – 1- As mais-valias; **1.1.** - Determinação de mais-valias; **1.2.** - O artigo 51.º, do CIRS; **2.** - Os elementos de determinação do rendimento líquido; **2.1.** - Os encargos; **2.2.** - As despesas; **2.2.1.** - As despesas necessárias; **2.2.2.** - As despesas inerentes; **2.3.** - As despesas no regime mobiliário; **Parte II** – **3** - Breves considerações sobre as posições doutrinárias fiscais e jurisprudenciais: **3.1.** – A Informação Vinculativa referente ao processo 2483/2004, de 2005-03-04; **3.2.** - Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, referente ao processo 00297/03, de 2005-01-25; **3.3.** - A Informação Vinculativa referente ao processo 12/2008; **3.4.** - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo referente ao processo 0585/09, de 2009-01-18; **Conclusões.**

**Resumo:** O presente ensaio irá debruçar-se, de forma crítica, sobre o processo de determinação de mais-valias, em sede de IRS, analisando, para o efeito, o regime previsto no artigo 51.º, do CIRS, e confrontando-o, sempre que possível, com as opções do nosso legislador constitucional e parlamentar.

### Introdução

Se tivermos presente as opções constitucionais sobre o actual sistema fiscal, melhor entenderemos a necessidade que daí decorreu, para o legislador, em encontrar um princípio orientador a todas as normas jurídico-fiscais. Esse princípio foi, entretanto, encontrado e adaptado a essas mesmas opções. Trata-se do princípio da capacidade contributiva, e, como o nome indica, assenta na capacidade contributiva do sujeito passivo, na exigência de se tributar apenas no limite da capacidade que o sujeito tem de pagar. Porém, não seria possível corresponder positivamente a essa exigência se não tivéssemos em consideração a decorrência material dessa capacidade contributiva, materializada no rendimento líquido do sujeito passivo. Portanto, e de acordo com as orientações que decorrem da nossa Constituição e da Lei de Autorização n.º 106/88, o legislador ordinário não poderá deixar de atender a todos os encargos e despesas que o sujeito passivo se vê “obrigado” a suportar para a obtenção do rendimento.

Ora, o regime de determinação de mais-valias, prevê que esses encargos e despesas, efectivamente comprovados, devem acrescer ao valor de aquisição do bem - num mecanismo de dedução *sui generis* – para que resulte daí o rendimento líquido ou real, o qual concretiza, o mais aproximadamente possível, a verdadeira capacidade contributiva do sujeito passivo. Será, portanto, sobre o rendimento líquido ou real que deverá incidir o IRS.

O presente ensaio terá, então, como finalidade a análise do regime específico de determinação de mais-valias, aplicável aos bens imobiliários e aos bens mobiliários, disposto nos seguintes artigos conjugados, o 10.º, n.º 4 e o 51.º, do CIRS, bem como a explicitação dos elementos que aí se enquadram, como sejam: os encargos com a valorização dos bens, as despesas necessárias, efectivamente praticadas, e as despesas inerentes à aquisição e alienação.



Posto isto, pretendemos com este ensaio compreender a medida de correspondência entre este regime e as expectativas promovidas pelos legisladores, quer ao nível constitucional quer ao nível parlamentar, na defesa e prossecução do princípio da capacidade contributiva, enquanto princípio estruturante do nosso sistema fiscal.

Dito de outro modo, é interesse deste ensaio dar resposta às seguintes questões: o regime previsto no artigo 51.º, do CIRS corresponde às opções do legislador constitucional? Em caso negativo, quais são as alternativas ao dispor do legislador ordinário no sentido de ultrapassar essa falta de correspondência?

Envidaremos os nossos esforços e conhecimentos, ainda que modestos, na procura de resposta a estas duas questões, para nós, essenciais.

## Parte I

### 1 – As mais-valias

Uma das categorias tributadas em sede de IRS diz respeito aos incrementos patrimoniais. Estes incrementos patrimoniais, ou acréscimos patrimoniais, serão tributados em sede de IRS, pela categoria G, como dispõe o artigo 9.º, n.º1, do CIRS, desde que não se considerem rendimentos de outras categorias.

Portanto, o nosso legislador entendeu por bem tributar aqueles rendimentos, que não sendo de natureza empresarial, profissional, capital ou predial, também justificassem a sua sujeição a imposto. É um entendimento correcto, se atentarmos à natureza deste tipo de rendimentos. Ao contrário dos restantes incrementos patrimoniais, estes rendimentos traduzem-se em proveitos ou ganhos, de carácter ocasional<sup>1</sup>. Por isto, ficam de fora, desde logo, aqueles proveitos que, apesar de se considerarem como incrementos ou acréscimos do património do sujeito passivo, não se caracterizam pela ocasionalidade<sup>2</sup>. Estes rendimentos, por serem expectáveis, serão tributados pelas categorias próprias, ou sejam a F e a E, respectivamente, rendimentos prediais e rendimentos de capitais.

Com isto, as mais-valias mencionadas pelo legislador têm uma origem própria. Os seus proveitos não decorrem da actividade do sujeito passivo. Não são, também, expectáveis; pelo menos, não em sentido regular. Nem são exigíveis por força de um contrato duradouro. Portanto, estes proveitos resultarão da conjunção de determinados factores, considerados ocasionais. Na prática, esses ganhos poderão advir da alienação de um imóvel por um sujeito passivo que não exerça a actividade de vendedor imobiliário, ou da alienação de uma quota social de uma sociedade. Ocorre, ainda, mencionar que, em algumas situações, não basta que

---

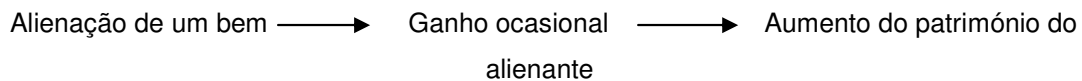
<sup>1</sup> Vide SALDANHA SANCHES, J. L., “Manual de Direito Fiscal”, 3.ª Edição, Coimbra Editora, pp. 316 ss.

<sup>2</sup>A título de exemplo, podemos mencionar o caso das rendas pagas pelo inquilino ao senhorio, decorrentes de um contrato de arrendamento, ou os juros que são creditados por uma instituição financeira na conta de um cliente seu.

os ganhos aí incluídos se caracterizem como não decorrentes da actividade do sujeito ou não expectáveis. Nestas situações, será necessário que o alienante, neste caso o sujeito passivo, não coincida com o titular originário do bem ou do direito.

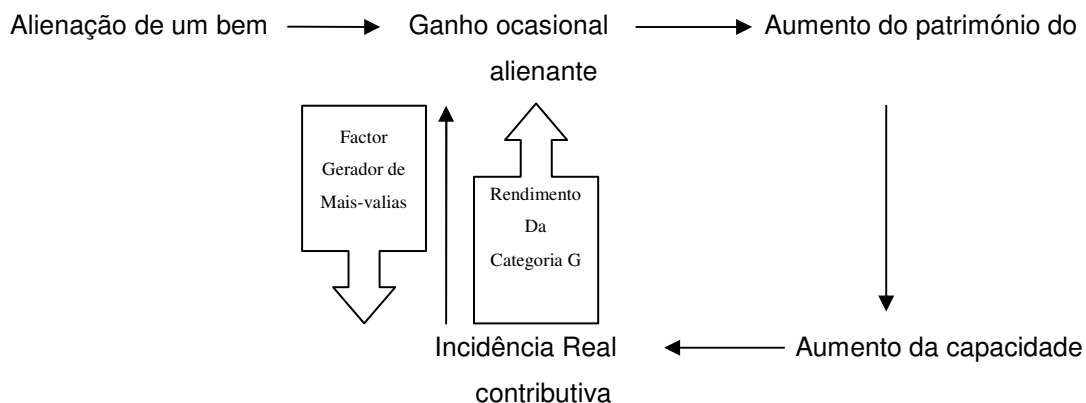
Concluindo, o legislador terá entendido que, quando esses ganhos ocorrem, eles aumentam o património do sujeito passivo.

Em forma esquemática,



Consequentemente, aumentará a capacidade contributiva, pelo que o ganho obtido, ou de forma mais rigorosa, a mais-valia realizada, será sujeita a imposto, em sede de IRS, pela categoria G, correspondendo, desta forma, às opções constitucionais subjacentes.

Agora, completando o esquema,



### 1.1. – Determinação das mais-valias

Apurada a forma de obtenção da mais-valia, o passo a seguir é a sua determinação. Mas, antes de passarmos à sua análise, será importante realçar os factores geradores de mais-valias que importam a este ensaio.

Para os efeitos considerados, os factores a reter encontram-se previstos no artigo 10.º, n.º 1, enquanto a forma de processamento da determinação desses mesmos rendimentos se prevê no artigo 10.º, n.º 4, do CIRS, o qual determina que o ganho sujeito a IRS é constituído “*a) Pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, líquidos da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso, nos casos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 1;*”



Esta é a fórmula disponibilizada pelo legislador para se determinar o rendimento que será sujeito a imposto pela categoria G, representativa de um exercício de simples cálculo de subtracção entre o rendimento que entra no património do sujeito passivo, em resultado de alienação, e o valor que saiu do património do sujeito passivo, em resultado do bem ou direito alienado. Vejamos:

$$Vr \text{ (Valor de realização)} - Va \text{ (Valor de aquisição)} = Gb \text{ (Ganho bruto)}$$

Como vemos, o primeiro passo para determinar o ganho sujeito a IRS, será calcular esta fórmula. O seu resultado demonstrará o ganho obtido, aquele que, em primeira fase, constituirá, nesta sede, a base tributável. Mas, note-se que o resultado deste cálculo diz respeito ao ganho bruto que o sujeito realizou. Ora, em termos técnicos e legais, o imposto deve incidir sobre o ganho líquido ou real. O alcance do princípio da capacidade contributiva é este, o imposto incidirá sobre o rendimento do sujeito passivo, atendendo à sua capacidade contributiva<sup>3</sup>. Se é verdade que quando existe um aumento patrimonial, também aumenta a capacidade contributiva do sujeito passivo, não será menos verdade admitir que, materialmente, só quando estiver contabilizada toda a despesa que o sujeito teve de fazer para poder realizar esse aumento patrimonial, sob a forma de mais-valia, é que haverá correspondência entre essa mais-valia e a sua capacidade contributiva. De outra forma, poderia acontecer tributar-se um rendimento que o sujeito, materialmente, não teve, ainda que, pelo cálculo desta fórmula ele se revelasse como existente.

Ora, seria admitir que o sujeito passivo tivesse uma capacidade contributiva que, em bom rigor, não tinha. O imposto, nesta hipótese, seria desproporcional e desadequado, um pesadíssimo fardo para o contribuinte. E tal desiderato, por ser contrário às instruções do nosso legislador, é, para nós, uma hipótese irrazoável.

Assim, interessará, ainda, acrescentar ao nosso esquema, a despesa,

$$Vr - (Va + D \text{ (despesas)}) = Gl \text{ (Ganho líquido)}$$

Desta feita, o segundo passo será a contabilização da despesa que o sujeito teve de fazer para obter o rendimento líquido. Parece-nos que o legislador poderia, desde logo, ter considerado estes dois passos no artigo 10.º, n.º 4<sup>4</sup>, assumindo a necessária contabilização da despesa. O facto é que, sem prejuízo de se aferir concretamente, e em momento ulterior, as

---

<sup>3</sup> O princípio da capacidade contributiva assume, também, o papel de critério do imposto, funcionando como base para a determinação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas jurídico-fiscais. Sobre este tema, v. CASALTA NABAIS, José, “*O Dever Fundamental de Pagar Impostos*”, Almedina, pp. 469 ss.

<sup>4</sup> A letra de lei deste artigo pode levar, como veremos na análise jurisprudencial, a situações limitadoras do alcance desejado pelo legislador parlamentar, expresso no artigo 6º, n.ºs 1 e 2, *in limine*, do Decreto-Lei nº 442-A/88, de 30 de Novembro. Cfr. o Ac. TCAS, P. 00297/03, de 25-01-2005. Compreender-se-á que o artigo 10.º, n.º 4 serve, claramente, de travão interpretativo ao alcance do princípio da capacidade contributiva.



despesas a ter em conta para o cálculo da mais-valia, o legislador considera o ganho bruto como sendo a base do imposto.

Porém, se atentarmos o artigo 1.º, n.º 1, do CIRS, a realidade é outra: “*O imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) incide sobre o valor anual dos rendimentos das categorias seguintes (...) depois de efectuadas as correspondentes deduções e abatimentos*”.

É neste sentido que apontamos a opção do legislador como tendo sido, para os devidos efeitos, escassa.

## 1.2. – O artigo 51.º do CIRS

Feito o necessário recorte do enquadramento da determinação das mais-valias, importa, agora, aprofundar o regime que possibilita a sua concretização. Esse regime encontra-se previsto no artigo 51.º do CIRS. Portanto, e em respeito ao esquema que temos vindo a considerar, apenas a registar o acréscimo dos encargos, que, em rigor, são despesas,

$$Vr - (Va + E \text{ (encargos)} + D \text{ (despesas necessárias)}) = Gl$$

Este regime traduz o terceiro, e último, passo que se deve dar com vista à determinação do rendimento líquido. Assim, nos termos da sua alínea a), no que aos bens imobiliários diz respeito, as despesas a considerar para efeitos deste regime compreenderão, por um lado, os encargos com a valorização desses bens, e por outro lado, as despesas necessárias e efectivamente praticadas, inerentes à aquisição e alienação. Já quanto aos bens mobiliários, o regime apenas prevê a contabilização das despesas necessárias e efectivamente praticadas, inerentes à alienação.

Poderemos, então, deixar uma nota, respeitante aos conceitos indeterminados utilizados pelo legislador. Em nosso entendimento, aliás, também acompanhado pela doutrina, os conceitos “encargos com a valorização” e “despesas necessárias e inerentes”, são, manifestamente, indeterminados. Possibilitam, portanto, grande margem de indeterminação, o que pode levar a situações desnecessárias, como aceitação de certas despesas que, em rigor, não deveriam ser contabilizadas, ou em sentido inverso, poderão ser desconsideradas certas despesas que, no plano material, deveriam ser consideradas. Não temos, no entanto, qualquer pista sobre o que terá motivado o legislador ordinário a tomar esta opção, pelo que não podemos alcançar uma resposta fundamentada. Poderemos, contudo, entender que, em favor do legislador, a criação de um elenco de despesas enquadráveis neste regime seria, certamente, limitativo e, até, subsequentemente, contraproducente. Daí que o legislador possa ter optado pelo “mal menor”, ou seja, escolheu utilizar a técnica de conceitos indeterminados, deixando à administração fiscal, no uso da sua discricionariedade, o papel de concretizar as despesas que cabem no regime do artigo 51.º, do CIRS.



## 2. – Os elementos de determinação do rendimento líquido

### 2.1. – Os encargos

Chegamos, então, ao ponto em que podemos e devemos analisar, de forma concreta e individual, cada uma das despesas que concorrem para a determinação do rendimento líquido – mais-valia – que, nos termos da aliena a), do n.º 1, do artigo 51.º do CIRS, será sujeito a imposto, em sede da categoria G.

Os encargos com a valorização dos bens imobiliários, comprovadamente realizados nos últimos cinco anos, são, para efeitos de determinação da mais-valia, enquadráveis nesta alínea. Resta-nos, porém, perceber quais serão, efectivamente, esses encargos.

Desde logo, são enquadráveis as obrigações, ónus ou deveres suportados pelo sujeito passivo, desde que se encontrem intrinsecamente ligados ao bem alienado, e o tenham, em certa forma, valorizado. Não é imediata a exemplificação destes encargos, mas, com algum esforço encontramos alguns exemplos. Vejamos.

Pese embora a palavra *encargo* não ser sinónimo natural de *despesa*, tão-somente a um nível económico, entendemos ter lugar neste regime as despesas decorrentes das obras de beneficiação realizadas num imóvel. A natureza deste tipo de obras caracteriza-se pela sua desnecessidade, *i.e.*, são obras que não se realizam para eliminar ou prevenir um dano. Apenas têm o intuito de valorizar o bem. Então, neste sentido, ficam de parte as obras de simples conservação de um imóvel, tenham natureza ordinária ou extraordinária. E o motivo de tal exclusão prende-se com o facto de, em princípio, estas obras não valorizarem o imóvel. Elas apenas servem para prevenir futuros danos ou para os eliminar, repondo a situação original. Entenderemos melhor estes casos se pensarmos nas obras de conservação ordinária como sendo as regulares substituições de lâmpadas ou a pintura anual da fachada do imóvel. Já as de conservação extraordinária decorrem de situações pontuais, esporádicas, mas igualmente necessárias. Veja-se a substituição de janelas, portas ou telhados danificados, por força de um temporal. O que distingue este tipo de obras das que nos interessa conhecer, é o factor necessidade.

Compreendemos, então, o enquadramento das obras de beneficiação neste regime. Aliás, preenche um dos dois requisitos exigidos pelo legislador, que é o da valorizar do imóvel<sup>5</sup>. Nada temos a apontar. Mas, acabamos por ter dúvidas sobre a possibilidade de certas obras de conservação ordinária poderem, aquando da sua realização, valorizar o imóvel. Imagine-se

---

<sup>5</sup> V. a este respeito, embora parcialmente desatualizado – quanto ao Regime de Arrendamento Urbano (RAU) – o Ac. TRP, P. 0030514, de 04 de Maio de 2000. O citado acórdão define as obras de beneficiação como: “(...)todas aquelas que não forem de conservação ordinária nem extraordinária, isto é, que não sendo indispensáveis para a conservação do prédio, no entanto, o melhoram.” E, ainda, em mesmo sentido, o Ac. STJ, P. 07B4584, de 24.01.2008; este, também, parcialmente desatualizado.



que resulta numa inundação a destruição do soalho de um imóvel. O proprietário vê-se, portanto, obrigado a realizar obras de conservação, de carácter extraordinário. Mas, entendendo ir além da reposição original, o proprietário opta por aplicar um soalho de mármore no hall, e de madeira de pau-brasil, nas restantes divisões, valorizando, assim, o seu imóvel. E, neste caso, podem ser consideradas as respectivas despesas suportadas para o efeito? Em nosso entender, sim. Se atentarmos à letra da lei, o legislador não delimitou o regime a nenhum encargo específico. Por isso, não se limitou a referir “os encargos com a beneficiação” Apenas, impôs que o resultado dos respectivos encargos determinasse a valorização do imóvel. E, neste caso, assim é. Portanto, salvo melhor entendimento, todas as despesas decorrentes de obras, das quais resulte valorização material do imóvel, deverão ser consideradas enquadráveis, nos termos da alínea a), do n.º 1, do artigo 51.º do CIRS.

Ainda há que observar, para este efeito, o requisito temporal. Diz-nos o legislador que os encargos respeitantes à valorização do imóvel, devem ter sido realizados nos últimos cinco anos. Consideramos um prazo razoável. No entanto, o legislador poderia considerar que certas obras, como a construção de uma piscina ou de um court de ténis, por serem tão dispendiosas, porventura, deveriam ter um prazo maior para a sua contabilização. Contudo, como não temos a certeza do seu interesse no plano prático, deixaremos esta questão para outro momento.

Seguidamente, e por força da conceptualização dos encargos, são também enquadráveis as indemnizações pagas por um senhorio a um inquilino, resultantes de acordo voluntário ou de decisão judicial, tendo por objecto um contrato de arrendamento, de usufruto ou de uso e habitação. Sejam claros neste ponto. Se existe um ónus ou encargo sobre um imóvel, e, de um momento para o outro, ele é afastado, então teremos que existe, a partir desse instante, um aumento do valor do imóvel. Daí que haja, a maior parte das vezes, um legítimo interesse por parte do proprietário, em vender um imóvel sem quaisquer ónus associados. Porque a existirem, eles consubstanciam um encargo que não interessará suportar pelo novo proprietário. Portanto, um senhorio que, nestes termos, indemniza o seu inquilino, ao fazê-lo, está a suportar um encargo, enquadrável neste regime. E porquê? Porque essa indemnização resulta na desoneração do imóvel, tornando-o devoluto, e aumentando, consequentemente, o seu valor de mercado<sup>6</sup>.

Então, temos de considerar relevantes as indemnizações que respeitem estas circunstâncias, ou seja, que tenham por fim a desoneração do bem, e consequentemente, o aumento do seu valor, decorram de um acordo voluntário ou de decisão litigiosa<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Embora analisado mais adiante, não devemos deixar de lembrar que a Administração Fiscal sempre admitiu – pelo menos, desde 2004 – este entendimento. Porém, inexplicavelmente, essa conclusão foi imediatamente reduzida a um conceito indefinido, o *valor intrínseco* do imóvel, redundando numa negação do entendimento alcançado sobre o interesse do *valor de mercado* do imóvel.

<sup>7</sup> Não é, para nós, relevante a fonte da obrigação de pagamento da indemnização, i.e., se é de natureza voluntária ou coerciva, pouco importará para efeitos da sua dedução. O que importa é que se consiga provar que a sua realização ocorreu efectivamente. Daí que o legislador tenha incluído na alínea a) do n.º 1, do artigo 51.º, esta imposição, sob a forma de “ (...) *encargos com a valorização dos bens, comprovadamente realizados* (...)” (sublinhado nosso).



Importando, novamente, o nosso esquema,

$$Vr - (Va + E \text{ (Obras de valorização + Indemnizações pagas pelo senhorio) + D} \\ \text{(despesas necessárias)}) = GI$$

## 2.2. – As despesas

Neste ponto, trataremos de analisar que despesas, para além dos encargos, são passíveis de contabilização para efeitos da determinação da mais-valia. Para uma melhor contextualização, recordemos, apenas, que quanto ao art.º 51.º, a alínea a) respeita aos bens imobiliários, e a alínea b) aos bens mobiliários.

### 2.2.1. – As despesas necessárias

Portanto, além dos subsumíveis encargos, o legislador também considera outras despesas. Desta feita, as despesas que concorrem a este regime serão todas aquelas que sejam *necessárias e efectivamente praticadas, inerentes à aquisição e à alienação*.

Tal como defendemos anteriormente, o recurso à técnica de qualificação por conceitos indeterminados, é demonstrativo do cuidado do legislador em se libertar da responsabilidade de criar um elenco de despesas taxativo, provavelmente limitativo. Este foi o risco que o legislador assumiu. Pois bem, ao optar por essa técnica, o legislador ordinário possibilitou uma margem de indeterminação susceptível de considerar enquadrável qualquer despesa necessária, quer aquelas que são inerentes à operação de aquisição ou alienação, quer aquelas de simples conexão à respectiva operação. Não entendemos, no entanto, que o resultado desse “risco” tomado tenha sido negativo. Se ele possibilitar, na prática, uma melhor determinação do rendimento líquido, tanto melhor. O problema é que, para que essa determinação seja conforme às instruções do nosso legislador, desde o nível constitucional até ao ordinário, carecerá inevitavelmente de uma precisa e adequada interpretação. E é precisamente sobre a qualidade da interpretação que recaem as nossas maiores dúvidas.

As despesas devem ser *necessárias*. Este é o primeiro requisito a preencher. Entender-se-á, então, que sem a realização dessas despesas, o sujeito passivo não poderia ter obtido o rendimento. Por isso, do ponto de vista do sujeito passivo, considerar-se-ão estas despesas como sendo *indispensáveis* à obtenção do seu rendimento. Veja-se a situação do sujeito que se apercebeu que estavam reunidas as condições para aumentar o seu rendimento ou o seu património. Daí que ponderou os passos a dar. O primeiro seria, portanto, aferir se estavam reunidas as condições para obter, no futuro, um acréscimo de rendimento pessoal ou





não. O segundo passo seria contabilizar toda a despesa que seria necessária realizar para obter esse rendimento. E, nesse sentido, contabilizaria *todas* as despesas a realizar. Do nosso ponto de vista, o sujeito passivo contabilizaria imediatamente as despesas necessárias a realizar para poder, sequer, imaginar possível obter o rendimento. Depois contabilizaria, ainda, as despesas legais, tendo em conta a operação, o seu montante e o contrato exigido.

Tenha-se em vista o exemplo acima referido, do senhorio que é contactado para vender um imóvel da sua propriedade que se encontra arrendado. Saberá, desde logo, o quão importante seria vender o imóvel desonerado, sem contrato de arrendamento associado. Por isso, as primeiras despesas a ter em conta seriam aquelas concatenadas à indemnização a pagar ao inquilino. A estas, acrescentariam, ainda, as despesas legais associadas à alienação do imóvel.

As despesas que acabamos de referir são todas que devem ser ponderadas pelo sujeito passivo, pelo que ambas são necessárias. Tenhamos presente, no entanto, que a natureza das primeiras despesas mencionadas tem na sua génese a sua *indispensabilidade* – despesas indispensáveis para a realização da mais-valia – como, também, se revelam conexas do contrato formal, ligado ao qual estão, ainda, as despesas legais, mas, neste caso, por força da sua natureza de *indissociabilidade* – despesas inerentes à operação formal. Daí que não se deva confundir esta realidade. O artigo 51.º compreende, como vemos, duas naturezas de despesa, as indispensáveis e as indissociáveis. Não percamos este facto de vista.

Além de necessárias, as despesas têm de estar *efectivamente praticadas*. Em nosso entender, não poderia ser de outra forma. Se o objectivo deste regime é determinar o rendimento real<sup>8</sup>, admitir despesas futuras, e de realização incerta, poderia impedir o seu alcance. Bem se imagina o que seria admitir esta possibilidade. A administração fiscal teria de lidar, por uma lado, com situação em que teriam sido admitidas despesas que não chegaram a realizar-se, e por conseguinte, teria de exigir do sujeito passivo o pagamento da parte que ficou por tributar, e por outro lado, teria de lidar com as situações em que as despesas apenas se realizaram depois do pagamento do imposto, tendo a administração fiscal, neste caso, de reembolsar o sujeito passivo. Qualquer uma destas situações causaria enorme transtorno ao bom funcionamento do aparelho fiscal. Portanto, a exigência da efectiva realização das despesas, aliás, como da comprovação dos encargos efectuados, é no nosso entender uma garantia de estabilidade do sistema fiscal e do alcance da determinação do rendimento real. E ela concretiza-se com a obrigação que se impõe ao sujeito passivo de declarar não só os rendimentos como as despesas que suportou para esse efeito. Certo é que, se não tiver forma de comprovar que as despesas foram efectivamente praticadas, elas não serão admitidas pela administração fiscal.

---

<sup>8</sup> O legislador não pode, em momento algum, deixar de parte este princípio do rendimento líquido, até porque se trata duma decorrência do princípio estrutural da capacidade contributiva. Portanto, a determinação da mais-valia assentará sempre na concretização material do rendimento real do sujeito passivo.



### 2.2.2. – As despesas inerentes

O legislador exige, ainda, um terceiro requisito: as despesas têm de ser *inerentes à aquisição e alienação*.

Temos sobre este ponto alguma reserva sobre a adequação do atributo *inerente*. Em nosso entender, o legislador não quis, com isso, deixar dúvidas que as despesas teriam de estar directamente ligadas ao negócio de onde advém o rendimento. Mas, será que seria o intuito do legislador considerar que *todas* as despesas necessárias teriam de ser indissociáveis da operação de aquisição ou de alienação? Em nosso entender, não. O que o legislador realmente pretendia era determinar que essas despesas, de natureza indissociável, teriam sempre de ser contabilizadas. De outra forma, poderia admitir que se desse dupla tributação do rendimento. Nesse sentido, haveria que prevenir essa possibilidade. E o legislador fê-lo, ao permitir a contabilização das despesas inerentes à operação de aquisição e alienação. Contudo, não entendemos que se aceite afastar deste regime as restantes despesas necessárias – as indispensáveis para a obtenção do rendimento – depois de se justificar os regimes aí previstos como necessários à determinação da mais-valia. Se o fim a alcançar é o de apurar o rendimento líquido, todas as despesas necessárias serão relevantes para atingir, efectivamente, esse objectivo.

Mas o facto é que, ao optar por colocar a expressão “*inerentes à aquisição e alienação*”, o legislador acabou por impossibilitar, na prática, a consideração de outras despesas que não fossem indissociáveis das operações formais. Por isso, em nosso ver, esta opção foi desastrosa. Vejamos porquê, calcorreando os passos do exercício interpretativo.

Qualquer interpretação devida ao artigo 51.º, seja ela realizada pela administração fiscal ou pelos Tribunais, terá como objecto o conjunto dos requisitos aí dispostos: *as despesas **necessárias e efectivamente praticadas, inerentes** à aquisição e alienação* (sublinhado e bold nossos).

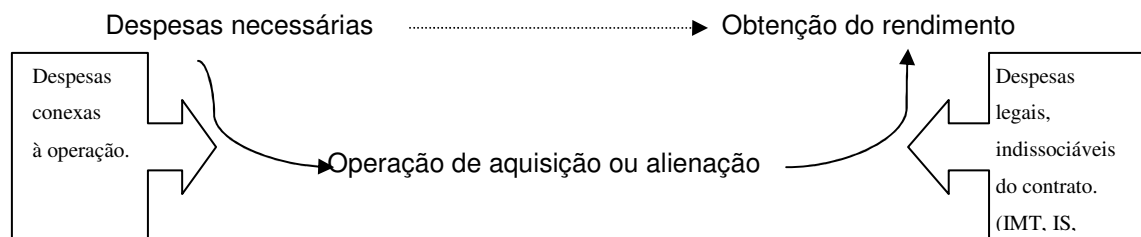
Seguidamente, o intérprete atenderá ao significado de *necessário* e de *inerente*, pois são os termos que mais dúvidas poderão suscitar. Nesse momento, perceberá que *inerente* não é sinónimo de *necessário*. Note-se que, por necessário temos algo *indispensável* e por inerente, temos algo *indissociável*.

Por fim, colocando lado a lado estes dois termos, o intérprete há-de sempre limitar a sua análise pelo mais exigente, considerando que, apesar de as despesas serem indispensáveis à obtenção do rendimento, e de se encontram efectivamente praticadas, precisarão, ainda de ser indissociáveis do negócio de aquisição ou de alienação. Isto, porque o legislador não teve o cuidado de separar os termos, quando isso lhe era exigido, o que fez com que o atributo *inerentes* consumisse o termo *necessárias*, porquanto o primeiro é mais exigente e concreto. Assim, quando a administração fiscal se viu na necessidade de concretizar quais as

despesas contabilizáveis, não teve dúvidas em optar pelo caminho mais cómodo, o de apenas admitir as despesas inerentes. Até porque a letra da lei se encontrava imprecisa quanto ao fim pretendido.

Com isto, o resultado foi, manifestamente, contraproducente. Se o interesse era fazer uma ligação entre as despesas necessárias ao rendimento e o negócio do qual resulta o rendimento, então, deveria ter ponderado, antes, a utilização do termo *conexas*. É certo que não sugere uma ligação indissociável, mas compreende o nexo de ligação que tem de existir entre as despesas e o negócio. E não coloca em causa as despesas serem necessárias. Ora, em nosso entender, a confirmação dessa relação nestes termos já seria bastante. E bastaria alterar a letra da lei desta forma: “*as despesas necessárias, efectivamente praticadas, **conexas ou inerentes** à aquisição e alienação*”.

Em suma, as despesas que tenham em vista a obtenção de rendimento, para efeito deste regime, terão de estar ligadas ao negócio formal que, materialmente, vai proporcionar esse rendimento,



Contudo, pela letra da lei, parece que o legislador pretendeu limitar as despesas necessárias àquelas que sejam indissociáveis do negócio formal. Teríamos, nestes termos, apenas de considerar as despesas que possibilitam a concretização formal de um negócio, ou seja, as despesas legais. Dentro destas, seriam enquadráveis para efeitos deste regime, além dos impostos IMT e Imposto de Selo, os emolumentos previstos na lei, *maxime*, as despesas notariais e de registo predial.

Mas, se tal fosse o real interesse do legislador, bastaria, então, construir o texto desta forma: “*as despesas legais, inerentes à aquisição e alienação*”. O certo é que não o fez. Para nós, este não foi nunca o interesse do legislador. Pois essa opção limitaria, para efeitos da determinação do rendimento líquido, a consideração de outras despesas não legais que, porventura, fossem necessárias ou indispensáveis à obtenção do rendimento.

Então, e pela forma como vimos analisando este ponto, teremos de concluir afirmando que as despesas aqui enquadráveis são, antes do mais, aquelas necessariamente realizadas com vista à obtenção de um determinado rendimento, desde que conexas aos negócios de aquisição ou alienação.

Imaginemos, por exemplo, que o sujeito passivo edifica um imóvel para sua habitação. Ainda sem ter obtido licença de habitabilidade, e porque se proporcionou, decide vender o



imóvel. Para esse efeito, i.e., para concretizar o negócio de compra e venda do imóvel, terá de ter em sua posse, entre outros documentos, a respectiva licença e habitabilidade e as certidões de registo predial e matricial. Ora, o sujeito vendedor irá ter de realizar despesa para obter esses documentos. Então, e porque eles são necessários, igualmente necessárias ou indispensáveis serão as referidas despesas, porquanto, apenas dessa forma, o sujeito poderá concretizar formalmente o negócio de compra e venda do imóvel. Apenas terão de se encontrar efectivamente praticadas para serem enquadráveis no regime do artigo 51.º do CIRS, porque, de resto, já cumprem os requisitos exigidos, inclusive, o da conexão com o negócio de compra e venda. Outro exemplo dirá respeito às comissões pagas a uma instituição financeira devidas pelo financiamento que esta lhe concede para aquisição de um imóvel, por exemplo as devidas em resultado da avaliação do imóvel. De igual modo, temos o exemplo do mediador imobiliário, a quem o sujeito vendedor recorre para potenciar a venda do seu imóvel. Do contrato celebrado entre estas duas partes decorrerá, certamente, despesa para o sujeito vendedor, em caso de concretizar formalmente o negócio. Portanto, se a contratação do mediador imobiliário resultar em sucesso, a despesa, na forma de comissão, terá de ser entendida como indispensável ao resultado e conexas ao negócio formal.

Por outro lado, temos as despesas legais que, sem qualquer dúvida, são inerentes ao negócio formal. Essas despesas, aferidas em momento posterior àquele a que reportam as despesas anteriores, também serão enquadráveis nos regimes do artigo 51.º do CIRS, por serem indissociáveis à formalização do negócio. Mas, note-se, que não são despesas que sejam promovidas pela vontade do sujeito passivo, ao invés, estas são impostas ao sujeito passivo pela lei, de acordo com a natureza do negócio que este venha a celebrar, contrariamente à comissão que tenha de pagar a um mediador imobiliário, o qual foi contratado por vontade do sujeito passivo.

Contudo, talvez por lapso do legislador, não foi considerado qualquer período temporal para admissão destas despesas. Assim, não poderemos concordar ou discordar com a opção do legislador. Mas, poderemos sugerir que o período deverá compreender o tempo contado, desde o momento da prática efectiva da despesa até à obtenção do rendimento, altura em que realizará a mais-valia. Não poderá, em princípio, ser menor que o prazo considerado para os encargos, i.e., de cinco anos<sup>9</sup>.

Salvo melhor entendimento, admitimos que sejam estes os encargos e as despesas necessárias que se enquadram no regime do artigo 51.º do CIRS. Poderão caber mais desde que preencham os requisitos aí previstos. O que importa realçar é que o fim deste regime é o de se determinar o rendimento líquido, aquele que melhor corresponda à verdadeira

---

<sup>9</sup> Em rigor, o prazo a existir, deveria ser idêntico ao previsto para os encargos com a valorização do imóvel, pois não existe, numa primeira abordagem, qualquer motivação para um prazo mais dilatado; o que é relevante, sim, é a necessidade de se compreender um prazo concreto para estas despesas.



capacidade contributiva do sujeito passivo. Se entendêssemos que seriam apenas enquadráveis, além dos encargos, as despesas legais inerentes aos negócios formais, estaríamos a aceitar que, em certa medida, seria irrelevante compreender o verdadeiro rendimento do sujeito passivo. Se o sujeito passivo vende um imóvel seu por 200, o qual havia comprado por 50, e no qual gastou 25 em obras de valorização, 25 com indemnização paga ao seu inquilino, 25 com a comissão devida ao mediador imobiliário, e, ainda, 25 com o IMT e Imposto de Selo e 25 com os emolumentos legais, o seu rendimento real será de 25. E é esta a expressão concreta da sua verdadeira capacidade contributiva. Mas, se considerarmos apenas as despesas das obras e as legais, o seu rendimento seria de 100, fccionando um acréscimo de 75 em relação ao exercício anterior, acréscimo esse que não existia materialmente.

Por isso, não considerar as demais despesas no montante de 75, é, para nós, injustificável, contrariando a opção do nosso legislador constitucional.

### **2.3. – As despesas no regime mobiliário**

Para concluirmos esta etapa, uma pequena nota sobre o enquadramento das despesas previstas no artigo 51.º, al. b), do CIRS, aplicável aos bens mobiliários.

Admite-se, neste caso, a contabilização das despesas necessárias, efectivamente praticadas, inerentes à alienação, nas situações previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 10.º do CIRS.

Sem prolongar a análise à qualidade das despesas ou aos casos que lhe são subsumíveis, queremos, tão-somente, manifestar a nossa incompreensão sobre a impossibilidade de se contabilizar as despesas referentes às operações de aquisição de bens mobiliários. Não entendemos esta restrição. Aliás, se imaginarmos os custos, legais ou conexos, que são associados à compra de bens mobiliários, nas situações previstas no artigo 10.º, n.º 1 do CIRS, a incompreensão aumentará. Se podemos ter dúvidas quanto aos regimes de exclusão de alguns bens mobiliários, sobre esta restrição, não temos. Em nosso entender, quer o regime imobiliário, quer o regime mobiliário, deveriam compreender as despesas conexas e indissociáveis às operações de aquisição e de alienação dos respectivos bens. Mais uma vez, não temos pistas sobre a motivação do legislador, pelo que não nos é permitida maior consideração. Estamos certos, no entanto, de não sermos únicos neste entendimento<sup>10</sup>.

## **Parte II**

### **3. – Breves considerações sobre as posições doutrinárias e jurisprudenciais**

---

<sup>10</sup> Vide XAVIER DE BASTO, José Guilherme, " *Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*", Coimbra Editora, p. 460. No mesmo sentido, as Propostas da CTOC para Alteração do Orçamento do Estado de 2009, em concreto o seu ponto 11.



Para o fim deste ensaio, decidimos deixar a abordagem à posição da nossa doutrina administrativa, bem como do entendimento dos nossos Tribunais, sobre a interpretação ao n.º 1 do artigo 51.º, do CIRS. Infelizmente, porém, nenhuma das posições acresce algo ao que por nós aqui foi dito. Pelo contrário, deixa ainda muito por dizer e ponderar.

Para percebermos um pouco melhor o interesse das posições que traremos à luz deste ensaio, não poderemos perder de vista o seguinte aspecto: no caso do legislador ordinário utilizar conceitos indeterminados, ficará à responsabilidade da administração fiscal dar resposta a qualquer dúvida que daí resulte, pese embora apenas vincular os próprios serviços administrativos<sup>11</sup>.

### **3.1. – A Informação Vinculativa referente ao Processo 2483/2004, de 2005-03-04<sup>12</sup>**

Esta foi, seguramente, a primeira tentativa de interpretação ao artigo 51.º do CIRS. O assunto que lhe deu origem dizia respeito a uma indemnização paga por um senhorio a um inquilino. Interessaria saber, para os devidos efeitos, se seria ou não considerado encargo ou despesa.

Da interpretação realizada resultou:

- i. Os encargos dizem respeito à valorização do próprio bem imóvel, isto é, são as despesas que, por natureza, trazem ao imóvel um valor adicional, como por exemplo as obras de beneficiação.
- ii. O pagamento de uma indemnização ao inquilino possibilita que se disponha do imóvel em melhores condições, mas não faz aumentar o seu valor intrínseco, embora o valor de mercado possa vir a ser superior.
- iii. A Administração Fiscal tem vindo a considerar como despesas necessárias e inerentes à aquisição e alienação, o Imposto Municipal sobre Transmissões e os encargos notariais e de registo predial, por, sem elas, a operação não se poder a vir realizar.

Em nosso entender, trata-se dum resultado débil e limitativo. Senão, vejamos:

- i. A consideração sobre os encargos é limitada, pois deixa de parte as obras de conservação que valorizem igualmente o imóvel.
- ii. Considera-se que o pagamento da indemnização aumenta o valor de mercado do imóvel, mas não o seu valor intrínseco. Ora, além de inexplicável, esta consideração é bizarra, porque, apesar de não entender relevante o aumento de valor de mercado para efeitos de “valorização do

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>12</sup> Disponível [aqui](#).



imóvel”, também não explica o que é o “valor intrínseco”, nem qual a sua importância<sup>13</sup>.

- iii. Da mesma forma que considerou os encargos, considerou as despesas necessárias, *i.e.*, com receio de ir mais além, entendeu ficar apenas pelas despesas legais, como o IMT e os emolumentos. No entanto, talvez por esquecimento, não referiu o Imposto de Selo, que é, também, uma despesa legal.

O interesse desta abordagem era o de alcançar um esclarecimento sobre quais seriam, efectivamente, os encargos e despesas contabilizáveis. Como vimos, o resultado ficou aquém das nossas expectativas. Portanto, esta primeira oportunidade foi, assim, desperdiçada.

### **3.2. – Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, referente ao Processo 00297/03, de 25-01-2005<sup>14</sup>**

Apresentou-se ao TCA Sul, e em sede de recurso, pedido de revogação de sentença proferida pelo Tribunal Tributário do Porto, no qual constam 16 conclusões, de entre as quais relevaremos apenas três, as quais passamos a reproduzir, ainda que não integralmente:

*“13. Mesmo que assim se não entendesse, demonstrado que está que, para obter a desocupação do prédio, gastaram os Impugnantes a quantia de..., sendo certo que, veja-se esse dispêndio como encargo que valoriza o prédio, ou como despesa inerente à alienação, decorrendo do senso comum que este se só vendeu, ou se vendeu mais caro, por causa dessa desocupação,*

*14. Há que reconhecer ter aqui aplicação o disposto no antigo art. 48.º, al. a), do CIRS (actual art. 51.º, al. a)), pelo que ao valor de aquisição, sempre haverá que acrescer o respectivo montante, que, por esta via, não poderá deixar de deduzir-se na matéria colectável.(...)*

*16. Violou, assim, a sentença recorrida o disposto no art. 9.º do CC e nos arts. 10.º, n.º 5 e 48.º, al. a) (actual 51.º, al. a)) do CIRS.*

*Termina pedindo que a sentença seja revogada e substituída por outra que julgue procedente a impugnação, por um ou por outro dos fundamentos invocados, com a consequente anulação da liquidação.”*

Com efeito, havia sido decidido, em 1ª instância, da seguinte forma:

---

<sup>13</sup> Cfr. nota de rodapé n.º 6.

<sup>14</sup> Aresto disponível para consulta no sítio da [DGSJ](#).



*“Quanto à resposta à 2ª questão, a sentença fundamentou-se em que, para o cálculo dos ganhos sujeitos a IRS, o n.º 4 do art. 10.º do CIRS apenas manda atender à diferença entre os valores de realização e de aquisição, não estando aí contemplada, portanto, a indemnização relacionada com a resolução do contrato de arrendamento e não tendo aqui aplicação o normativo invocado pelos impugnantes (...) visto não se tratar de quaisquer “encargos com a valorização dos bens” ou de “despesas necessárias” e “inerentes à alienação”.”*

Decisão que motivou o dito recurso, sobre o qual acordou o TCA Sul, nos seguintes termos:

*“Na verdade, segundo o disposto no n.º 4 do art. 10.º do CIRS o ganho sujeito a IRS é constituído pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição. Por sua vez o actual art. 51.º, al. a) (...) dispõe que os encargos com a valorização dos bens, comprovadamente realizados nos últimos 5 anos e as despesas necessária e efectivamente praticadas, inerentes à aquisição e alienação, nas situações previstas na al. a) do n.º 1 do art.º 10.º. (...) Ora, como a sentença refere, a falada quantia (...) reporta-se a uma indemnização relacionada com a resolução do contrato de arrendamento a qual não pode ter-se como constituindo um encargo para aquele fim visado na norma citada (...). De todo o modo, não estamos, dada a mencionada natureza da quantia, em presença de encargo com a valorização do bem, nem a mesma se reconduz a qualquer despesa necessária e inerente à respectiva alienação. A sentença não violou, assim, o disposto no actual art. 51.º, al. a) (...).”*

Sobre o exposto, temos duas considerações a fazer:

- i. A nossa primeira consideração dirá respeito ao art. 10.º n.º 4 do CIRS. Aliás, como já foi por nós referido, o legislador deveria ter ido mais além quando decidiu concretizar neste artigo a fórmula base para se aferir a mais-valia realizada, ainda que em valores brutos. Dissemos em devido momento que o texto seria mais exacto se a dita fórmula mencionasse, também, a contabilização dos necessários encargos e despesas, ainda que estes tivessem de respeitar os requisitos previstos pelo art. 51.º. Teria sido respeitado o disposto no art. 1.º do CIRS. Porém, o facto é que o art. 10.º n.º 4 apenas se refere ao segundo passo a dar, com vista à determinação do rendimento líquido. É, portanto, inexacto. No entanto, não conseguimos perceber porque é que ambas as decisões, seja em 1ª instância, seja em sede de recurso, partem deste artigo para fundamentar a inclusão no artigo 51.º (à altura artigo 48.º), i.e., começam por assumir que, antes de mais, se





deve apenas considerar a diferença entre os valores de realização e de aquisição, nos termos do visado artigo, para depois concluir que daí não decorre a possibilidade de se incluir o valor da indemnização, pelo que não tem aí aplicação o artigo 51.º (à altura artigo 48.º).

Não será, com certeza, a inexactidão do artigo 10.º n.º 4 justificativa de não se considerar como contabilizáveis determinados encargos e despesas nos termos do artigo 51.º do CIRS. Porque, em reforço do que foi por nós dito, o cálculo do artigo 10.º n.º 4 serve para aferir o rendimento bruto, sendo, posteriormente, necessário, calcular todos os encargos e todas as despesas que preencham os requisitos do artigo 51.º do CIRS, com o fim de se determinar o rendimento líquido.

Por isto, qualquer uma das decisões jurisprudenciais aqui abreviadamente analisadas, pecarão por displicentes quanto a este ponto.

- ii. A nossa segunda consideração atenderá, tão-somente, ao entendimento revelado pelas duntas decisões, sobre o que são encargos com a valorização do bem e o que são despesas necessárias, inerentes à aquisição e à alienação. Poderíamos presumir que, por existir no objecto do recurso alegações tocantes a estes conceitos, fosse relevante, para efeitos de uma boa decisão, interpretar o artigo 51.º do CIRS e, subsequentemente, através da exemplificação, preencher as suas margens de indeterminação. Pois bem, a presunção redundou em fiasco. Não só se escusaram a interpretar, como não preencheram os conceitos indeterminados. E, num jeito atabalhado, decidiram com a simples remissão para o dito artigo 51.º. Não se pode aceitar como possível, este tipo de fundamentação. Qualquer base assente em conceitos indeterminados exige imperiosamente, dada a sua natureza, uma esclarecimento efectiva. Portanto, e como não havia doutrina administrativa, este deveria ter sido o momento apropriado para o fazer. Não se fez, e, porventura, o sujeito passivo ficou a perder.

### **3.3. – A Informação Vinculativa referente ao processo 12/2008 com despachos concordantes do Substituto Legal do Senhor Director-Geral dos Impostos, de 2008-07-14 e 2008-08-12<sup>15</sup>**

---

<sup>15</sup> Disponível [aqui](#).



Passados quatro anos desde a informação vinculativa de 2005-03-04, surge nova informação vinculando os serviços administrativos fiscais. Diremos que ela redundou numa surpreendente conclusão. Assim:

- $\alpha$  A expressão “despesas necessárias” constante da alínea a) do artigo 51.º encerra alguma margem de indeterminação, pelo que cabe a DGCI proceder ao seu preenchimento.
- $\beta$  Para esse efeito, terá de se considerar três tipos de considerações fundamentais: (i) o rendimento a tributar como mais-valia deve ser, sempre que possível um rendimento líquido; (ii) dever-se-á evitar a dupla tributação económica; (iii) ter-se-ão de acautelar eventuais esquemas de fraude fiscal.
- $\gamma$  À luz destas considerações, as despesas indissociáveis da operação de venda de um imóvel que o alienante comprovadamente suportou para a sua realização, deverão, em princípio, ser tidas em conta na determinação das mais-valias.
- $\delta$  Assim, uma vez preenchidos todos os requisitos necessários para demonstrar de forma inequívoca a conexão do montante pago ao mediador imobiliário com a transacção concreta que originou a mais-valia tributável e estando devidamente documentada a intervenção do respectivo mediador nos termos legais aplicáveis, poderá considerar-se a comissão de intermediação como “despesa necessária” para efeitos da alínea a) do artigo 51.º do CIRS.

Exposto o conteúdo, devemos realçar:

- $\alpha$  A administração fiscal admite, de forma inequívoca, que a técnica utilizada pelo legislador encerra *alguma margem de indeterminação*. Pela nossa parte, consideramos ser larga essa margem. Mas, o que mais importa é ver que o nosso entendimento, bem como da nossa doutrina, foi também, nos termos desta informação, tomado pela administração fiscal.
- $\beta$  Seguidamente, apresenta um conjunto de considerações *fundamentais*. A primeira consideração, na qual estribamos a maior parte das conclusões do nosso ensaio, é sobre a importância em se determinar, antes do mais, o rendimento líquido, para só depois se tributar o rendimento como mais-valia. Este passo corresponde à opção constitucional, bem como à instrução definida na lei que autorizou a aprovação do CIRS. A segunda consideração que se apresenta como fundamental é o de evitar que se

tribute duplamente o sujeito passivo<sup>16</sup>. Portanto, estamos em crer tratar-se da contabilização das despesas legais que se prendam com outros impostos, como seja o IMT ou o IS. A terceira, e última consideração, diz respeito à necessária prevenção a ter em conta contra eventuais fraudes fiscais. Por isso, e julgamos ser esse o alcance da administração fiscal, entender-se-á que as despesas aqui analisadas terão de estar *efectivamente praticadas*. De resto, já havíamos referido atrás a razão deste requisito. Reforça este entendimento, portanto, ao exigir esta ligação como *inequívoca e devidamente documentada*.

- γ Apresentados os critérios de preenchimento dos conceitos indeterminados presentes no artigo 51.º do CIRS, revela-se a segunda grande verdade, que as despesas indissociáveis da operação de venda de um imóvel deverão, em princípio, ser contabilizadas para a determinação das mais-valias. Só não entendemos porque se diz em princípio. Pois se elas estiverem efectivamente praticadas e documentadas, deverão sempre ser tidas em conta para esse fim. No entanto, denota-se uma certa confusão terminológica usada pelo intérprete. Note-se que se refere às despesas indissociáveis, ou inerentes, como aquelas que foram comprovadamente suportadas pelo sujeito alienante, e às despesas necessárias, como aquelas, conexas com a transacção, que têm de estar devidamente documentadas. Ora, em nosso entender, e como vimos a defender, serão contabilizáveis, para efeitos da determinação de mais-valia, os encargos suportados pelo sujeito passivo com a valorização do imóvel nos últimos cinco anos, como as despesas necessárias, conexas e inerentes à operação de aquisição e alienação, desde que se encontrem efectivamente praticadas. Por isso, esperamos que não tenha decorrido desse exercício, ainda que subliminarmente, um novo tipo de despesa. Estamos em crer que não.
- δ Por fim, entende a administração fiscal, e esta é a revelação surpreendente, ser possível contabilizar as despesas que se encontrem *conexas*, de forma inequívoca, i.e., que se encontrem em contrato ou outro documento válido, com a transacção concreta. Portanto, assume, por um lado, ser necessário recorrer ao critério da conexão para concretizar algumas despesas necessárias, e por outro lado, permite que essas despesas necessárias possam decorrer da vontade das partes, ou dito de

---

<sup>16</sup> O nosso sistema fiscal tem mecanismos próprios para evitar a dupla tributação. Cfr. o artigo 40-A e 81.º, ambos do CIRS, o artigo 85.º, do CIRC, e ainda o Of.Circulado n.º: 20137, de 2009-03-13, este disponível na internet [aqui](#).



outro modo, as despesas que se acordem por força da liberdade contratual das partes. Este entendimento é, para nós, surpreendente porque, até à altura, não havia indícios de se poder contabilizar outras despesas, fossem elas encargos, necessárias ou inerentes, que não resultassem de obras de valorização ou da lei, as ditas despesas legais, compreendendo os emolumentos notariais e outros impostos sobre a operação de aquisição e alienação. Mas, a partir deste momento, é possível contabilizar um outro tipo de despesa, igualmente necessária que não é, no entanto indissociável, mas sim conexa à operação de aquisição e alienação. Entendeu-se, finalmente, que a natureza desta despesa independe da natureza de indissociabilidade. Este resultado vai de encontro ao nosso entendimento. Ficamos, portanto, satisfeitos com esta interpretação, ainda que, num ou noutro momento nos pareça estar alicerçada numa construção baseada em conceitos algo confusos.

#### **3.4. – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo referente ao processo 0585/09, de 18-01-2009<sup>17</sup>**

Para terminarmos o nosso ensaio, escolhemos analisar, de forma concisa, o aresto em epígrafe.

Foi apresentado junto do STA, e em sede de recurso, pedido de revogação de sentença proferida pelo TAF de Coimbra, no qual constam 17 conclusões, de entre as quais relevaremos apenas cinco, as quais passamos a reproduzir, não integralmente:

*“3. Este entendimento, importa uma injustificada violação do princípio da capacidade contributiva na aceção de tributação do rendimento líquido, sendo que “o princípio do rendimento líquido – ou princípio do rendimento líquido objectivo” – nos termos do qual apenas o montante líquido constitui (verdadeiro) rendimento para o pagamento de impostos (...) e, em princípio, tal justifica que ao rendimento total auferido devam ser deduzidas despesas específicas com a sua obtenção (...) e, como tal, devem ser excluídos desse conceito se se revelarem indispensáveis à produção ou obtenção do rendimento.*

*4. Igual princípio consta do artigo 6.º da Lei n.º 106/88, de 17 de Setembro, do qual consta (...) que “as deduções deverão ser corresponder aos custos e encargos efectivos e comprováveis (...)”<sup>18</sup>.*

---

<sup>17</sup> Aresto disponível para consulta no sítio da [DGSI](#).

<sup>18</sup> Quando lemos o respectivo artigo n.º 6, não encontramos em parte alguma a consideração de despesas inerentes, tão-somente, a ideia de que as despesas a deduzir têm de se encontrar efectivamente comprovadas. Contudo, o legislador ordinário, em nosso



10. De acordo com este critério, as legalmente designadas “despesas necessárias, inerentes à alienação” não serão apenas as despesas formalmente necessárias à alienação, ou seja, aquelas que se assumem como *conditio sine qua non* da realização do negócio no plano formal, outrossim as que são concreta e materialmente necessárias e determinantes da emergência ou obtenção do ganho obtido.

15. O artigo 51.º, alínea b), do CIRS, é, pois, inconstitucional por violação do princípio da capacidade contributiva.

17. O artigo 51.º, alínea b), do CIRS, é também organicamente inconstitucional, por violação dos artigos 165.º, n.º 1, alínea i), e 103.º, n.º 2, da CRP (...) na medida em que o Governo, ao legislar sobre a matéria, excedeu o seu mandato injuntivo (...).”

Com efeito, da sentença recorrida, em 1ª instância, relevam as considerações do Sr. Chefe do Serviço de Finanças, do Sr. Director das Finanças e do Sr. Director Distrital de Finanças:

Entendeu o Sr. Chefe do Serviço de Finanças:

“12. (...) e de onde, além do mais, consta o seguinte: «(...) é nosso entendimento que a amortização de dívidas contraídas para efeitos de garantia de quotas (...) não constitui um encargo necessário à alienação. Essa despesa só foi necessária para libertar os bens do encargo que sobre eles recaía (...).”

Em nível hierarquicamente superior, entendeu o Sr. Director das Finanças:

13. (...) além do mais, consta o seguinte: (...) Porém, as condições e cláusulas livremente acordadas, de que os contraentes fazem depender o negócio, não podem constituir um encargo ou despesa a ter em consideração pela Administração Fiscal (...) mas somente as decorrentes de obrigações legais e impostas ao alienante, não as que as partes, no domínio do livre arbítrio contratual considerem essenciais à celebração do negócio.”

Decidiu, por fim, o Sr. Director Distrital de Finanças:

“14. «Concordo, pelo que nos termos e com os fundamentos da informação e parecer que seguem, o pedido será indeferido».”

Decisão que motivou o dito recurso, sobre o qual acordou o TCA Sul, nos seguintes termos:

“No critério legal, só as despesas inerentes são necessárias, pelo que só elas são relevantes. Ora, o qualificativo “inerente” (...) contém, a se, uma ideia de inseparabilidade, uma relação intrínseca (...) com a alienação: para ser considerada relevante, a despesa há-de sê-lo pela sua posição relativamente à alienação, há-de,



*em suma, ser dela indissociável. De outro modo: a despesa há-de ser integrante da própria alienação. (...). Não merece, assim, reparo a decisão recorrida que procedeu a uma correcta interpretação e aplicação da lei.”*

Produziremos, antes de avançarmos, três breves considerações:

- i. Uma vez mais se apresenta o argumento de que as despesas a considerar, para efeitos do artigo 51.º do CIRS, dirão respeito quer às despesas formalmente exigíveis como também às despesas materialmente necessárias. E essa conclusão deve-se ao facto de existir uma instrução constitucional e parlamentar de concretização do princípio da determinação do rendimento líquido. Posição, de resto, coincidente com a nossa. Revemo-nos, portanto, numa interpretação mais abrangente daquela que tem sido admitida pelos nossos Tribunais. Porém, não nos podemos rever na percepção realizada pelo recorrente quanto à inconstitucionalidade do artigo 51.º do CIRS. O nosso motivo é simples. Entendemos que o regime aí previsto, ainda que imperfeitamente expresso, corresponde às opções constitucionais, e preserva, portanto, o princípio suscitado. No entanto, e nesse ponto, juntamos o nosso pensamento e modesto conhecimento, o trabalho de interpretação dos nossos Tribunais tem sido redutor, limitando o potencial alcance do regime previsto no artigo 51.º do CIRS. Não se tratará, portanto, de um trabalho legislativo orgânica e materialmente contrário às opções do legislador constitucional, mas sim, um trabalho imperfeito que carecerá, sempre, de uma cabal interpretação. Pelo menos, até se alterar a letra da lei.
- ii. Entre as posições opostas, revistas neste acórdão, ergue-se a posição da administração fiscal. Esta assenta em dois pressupostos, um primeiro, que determina o facto que irá lidimar as despesas, i.e., as despesas serão necessárias ou não conforme se entenda que apenas com a sua realização haveria negócio formal. Dito de outro modo, se não se realizar as despesas, não haverá negócio formal, pelo que não são, para a posição visada, despesas necessárias, contabilizáveis nos termos do artigo 51.º do CIRS; o segundo é motivado pela necessidade de delimitação ao primeiro pressuposto – porquanto o primeiro pressuposto, sustentado pelo Sr. Chefe de Serviço de Finanças, contempla qualquer despesa considerada necessária, ainda que nos termos já conferidos – pelo que, este assegura a necessidade de se tratar de despesas necessárias, decorrentes de uma imposição legal, i.e., atender-se-ão, precisamente, às despesas legais que

não decorrem da liberdade contratual, mas sim de preceitos legais, ditas despesas legais, pelo que, quase, diríamos, *generosamente*, serão contabilizáveis pela administração fiscal, em sede do citado artigo. De fora ficam, neste sentido, aquelas que decorrem do acordo das partes, consubstanciado, porém, no respectivo contrato formal sobre o qual se moderarão as despesas legais. É este um acréscimo ao entendimento expresso a nível hierárquico imediatamente inferior. Realçamos o facto de, em momento algum, nestes despachos se mencionarem as despesas inerentes. Apenas se consideram as despesas necessárias.

- iii. Por fim, o duto aresto do STA afirma que apenas as despesas inerentes são necessárias, percorrendo, para o efeito, um trilho linguístico, em nosso entender, incompleto. Com isto, conclui que inerência comporta, em si, ideia de inseparabilidade. É facto que sim, comporta. Por isso, o que é inerente há-de ser indissociável. Mas, não se pode concluir, igualmente, que o necessário é indissociável, porque não o é. Necessário será, sim, indispensável. Portanto, não vemos como se pode assumir que as despesas inerentes são as necessárias. Na realidade, o que encontramos no artigo 51.<sup>o</sup> são despesas de duas naturezas, as que são *indispensáveis* e as que são *indissociáveis*. Neste sentido, aquelas que decorrem da vontade das partes serão as indispensáveis para a obtenção do rendimento, e subsequentemente, conexas com a operação formal. Aliás, a origem de indispensabilidade terá, forçosamente, de residir numa vontade, numa expectativa ou num interesse, pois, apenas para quem carrega em si essa vontade ou essa expectativa – de obter o rendimento - fará sentido falar-se de indispensabilidade. Mas, além destas, o sujeito alienante terá de suportar, ainda, despesas indissociáveis da conclusão formal do negócio - as despesas legais - que não se podem separar dela. Veja-se, mesmo que estivéssemos perante um rendimento tributável em outra categoria que não a G, desde que houvesse lugar à formalização de um contrato, o sujeito passivo teria de enfrentar e suportar as despesas legais. O que temos, portanto, é de perceber que o legislador, de modo imperfeito é certo, considerou despesas de duas naturezas, porquanto uma delas tem em vista a realização do rendimento, as ditas necessárias, enquanto a outra se encontra bem distante deste fim, pois não é a obtenção desse rendimento que exige a sua realização, mas sim a operação formal em abstracto, decorrente de uma imposição legal, esta sim, a montante de qualquer acordo ou interesse das partes e da obtenção do rendimento. Mas ficamos, ainda, mais confusos com o último entendimento deste aresto, que reza



assim:” De outro modo: a despesa há-de ser integrante da própria alienação.”. Afinal, assumia o aresto que só as despesas inerentes eram necessárias, e conclui, agora, dizendo que a despesa há-de ser integrante? É que a expressão *integrante* traduz a relação de indispensabilidade, mas não a de indissociabilidade. Portanto, o que temos presente é um imenso caldo de conceitos indeterminados e ineficazmente interpretados.

## Conclusões

Do nosso ensaio, ainda que modesto, lobrigamos quatro notas sucintas, expressivas do nosso entendimento:

1<sup>a</sup> – O nosso legislador parlamentar previu a necessidade de se concretizar um regime de determinação dos rendimentos que o sujeito passivo pudesse obter. Nesse leque de rendimentos, cabem, evidentemente, os incrementos patrimoniais, ganhos de forma ocasional, os quais são objecto de tributação em sede de IRS, pela categoria G. Ora, na esteira daquelas que foram as opções constitucionais, *maxime*, o princípio da capacidade contributiva, o legislador parlamentar procurou, através da figura da dedução, a concretização do rendimento líquido ou real. Essa vontade revelada na Lei de Autorização 106/88, de 17 de Novembro, no seu artigo 6.º, materializou-se no artigo 51.º, do CIRS, onde se prevê o regime de determinação das mais-valias.

2<sup>a</sup> – Porém, o legislador ordinário, por via do DL 442-A/88, de 30 de Novembro, optou por recorrer a uma técnica alicerçada em conceitos indeterminados. Com isto, possibilitou grande margem de indeterminação sobre aquelas que deveriam ser as despesas a deduzir ao rendimento bruto. De tal forma que, em sede de interpretação da administração fiscal e jurisprudencial, se tem vindo a desconsiderar determinadas despesas que, pela sua natureza, se deveriam incluir no regime da dedução, promovendo assim, eficazmente, a determinação do rendimento líquido ou real. Ora, é inevitável considerar que o actual regime previsto no artigo 51.º, do CIRS não corresponde, cabalmente, às opções dos nossos legisladores, em sede constitucional e parlamentar.

3<sup>a</sup> – A resposta dada pela administração fiscal, à questão de saber quais as despesas a considerar pelo artigo 51.º do CIRS, tem sido lenta e contraditória. Confrontando as duas Instruções Vinculativas, respectivamente, de 2004 e de 2008, vemos que se contradizem, sendo que a primeira opta pela interpretação de regime mais fechado, enquanto a segunda se disponibiliza a apontar um conjunto de requisitos interpretativos muito mais abrangentes e condizentes com o espírito do nosso legislador constitucional. Por sua vez, a jurisprudência





não tem desempenhado um papel necessariamente melhor que o da administração fiscal. Aliás, tem vindo a manter uma rigidez interpretativa desadequada ao interesse do regime previsto no artigo 51.º, do CIRS, não acolhendo, tão-pouco, a evolução do pensamento da administração fiscal.

4ª – Existe apenas um de dois caminhos a seguir: ou os nossos Tribunais ponderam o actual entendimento da administração fiscal e começam a recorrer a ele para interpretar as questões de determinação de mais-valias, ou então, será necessário considerar a alteração da letra da lei, como aliás, já o sugerimos previamente. Essa alteração, porventura necessária, não só contemplaria a caracterização específica das despesas, como também acrescentaria, para o regime dos bens mobiliários, a consideração das despesas com a aquisição. Desta forma, o texto do artigo 51.º, do CIRS, passaria a ser:

“Para a determinação das mais-valias sujeitas a imposto, ao valor de aquisição acrescem:

- a) *Os encargos com a valorização dos bens, comprovadamente realizados nos últimos cinco anos, e as despesas necessárias, efectivamente praticadas, **conexas ou inerentes** à aquisição e alienação, nas situações previstas na alínea a) do n.º 1 do artigo 10.º;*
- b) *As despesas necessárias e efectivamente praticadas, **conexas ou inerentes à aquisição** e alienação, nas situações previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 10.º.”*

O regime do artigo 51.º, do CIRS não reproduz, ainda, o resultado esperado, ou seja, de coincidir com as opções constitucionais do nosso legislador. O princípio da capacidade contributiva e o princípio do rendimento líquido exigem uma maior e melhor atenção por parte do nosso legislador ordinário. No fundo, trata-se de respeitar as instruções do legislador parlamentar.