

ABUSO DE DIREITO E ABUSOS DA JURISPRUDÊNCIA
José Luís Saldanha Sanches

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
REC. N.º 24585

Acordam na 2^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo:

Inconformado com a sentença do TT 1^a Instância do Porto que julgou procedente a impugnação deduzida por Central Investimentos, Sociedade de Corretagem, SA, contra a liquidação de IRC e respectivos juros de mora, do ano de 1991, no montante global de 555.071\$00, veio a F^aP^a recorrer concluindo a sustentar que:

- em causa está a questão de saber se nas transacções de títulos de dívidas, efectuadas entre a data de emissão e a respectiva data de vencimento e antes das alterações introduzidas pelo DL n.º 263/92, de 24.11, estava ou não a impugnante obrigada a proceder à retenção na fonte do IRC no respeitante aos juros corridos;
- entendeu a sentença que o preço da venda intercalar nunca se poderá traduzir num rendimento de capitais, antes tais ganhos teriam que ser qualificados como mais-valias, não havendo lugar a pagamento de imposto e retenção na fonte;
- diferentemente a Rte. entende que o juro é um rendimento de capitais, sejam ou não os títulos detidos pela mesma pessoa, desde a emissão até ao vencimento - a tributação do "juro corrido" ou "juro decorrido" encontra-se previsto no art. 6.º/1 al. c) CIRS e art. 75.º/6 do CIRC;
- a obrigação tributária ocorreu na data da alienação, que correspondeu à do vencimento dos juros, tendo a retenção tido lugar com a disposição do rendimento em benefício do vendedor;
- a tributação dos juros devidos aos titulares de obrigações ou de títulos de dívida pública - quer antes quer depois das alterações introduzidas pelo DL n.º 263/92 - tem apoio legal nos arts. 6.º/1 al. c) e 8.º/3 do CIRS e 75.º/1 al. c) do CIRC, os juros são considerados rendimentos de capitais, e como tal estão sujeitos às normas de retenção na fonte;
- o DL n.º 263/92 não alterou a norma de incidência que sujeitava a tributação os rendimentos de capitais, dos juros de títulos da dívida pública e obrigações, apenas veio explicitar o quadro legal vigente no domínio da qualificação de tais rendimentos, adequar a regulamentação e consagrar os mecanismos de controlo tendentes à percepção pelo Estado do imposto retido, ou seja, veio regular o "modus operandi" característico desta espécie de títulos e demais instrumentos de aplicação financeira em geral;
- a circular n.º 16/89 da DGCI não criou nem estabeleceu qualquer norma relevante em matéria fiscal, esclareceu o modo como as entidades que realizam operações financeiras podem proceder aos respectivos registos com vista ao apuramento e entrega do imposto retido;
- contrariamente ao decidido, a compra e venda de títulos no "mercado secundário", não configura uma cessão da posição contratual regulada pelos

arts. 424º do CCiv. porquanto tal matéria encontra-se regulada no CMVM, aprovado pelo DL nº 142-A/91, de 10.04 (arts. 3º, 5º, 47º, 52º e 77º) e no CSC (arts. 348º a 372º);

- a sentença recorrido violou o disposto nos arts 6º e 8º do CIRS e 75º do CIRC.

Não houve contra-alegações.

O Exmo. Magistrado do MºPº é de parecer que o recurso merece provimento, na medida em que, estabelecendo o a art. 6º al. c) do CIRS a tributação para "outras formas de remuneração", nestas caem, necessariamente os "juros corridos". Por outro lado, o art. 75º/1 al. c) estabelece que o IRC devido por rendimentos de capitais é objecto de retenção na fonte. Finalmente, a sentença fixou no probatório "os títulos de dívida adquiridos pela Rte. venciam juros corridos". Aproximando este facto daquelas normas apura-se que, no caso, havia lugar a retenção na fonte, pelo que, não tendo sido efectuada, é legal a liquidação do imposto em falta e a dos juros compensatórios pelo retardamento.

A sentença recorrida entendeu que a questão subjacente ao recurso prendia-se com a natureza dos ganhos ocasionados com a venda de títulos de dívida, se seriam englobados na categoria de rendimentos de capital ou em mais-valias.

Entendeu a sentença que, tratando-se de um rendimento auferido pelo alienante do título, importa determinar em que categoria de rendimentos se integra, para depois saber qual o regime aplicável e se é ou não sujeito a retenção na fonte.

O "juro decorrido" não era devido pelo adquirente do título, isto porque, não era um novo juro na medida em que não era reconduzível ao conceito de juro estabelecido no art. 212º/2 do CCiv. e também não era um rendimento de simples publicação de capitais porque não era subsumível ao art. 6º al. o) do CIRS, porquanto a causa era outra que não a cedência da disponibilidade de um capital, fosse um contrato de mútuo, pela aquisição e detenção de um determinado activo financeiro ou qualquer outra. O "juro decorrido" "era contrapartida de uma cessação de capitais (alienação do título), pois o juro foi pago pelo adquirente, a quem se desfaz".

Assim sendo, o "juro decorrido" foi um ganho que resultou, tão-só, da alienação de um título, e não de um rendimento por este gerado, logo não subsumível a qualquer dos casos elencados no referido art. 6º do CIRS, deste modo, a categoria de rendimento em sede de IRS, integrou a figura de uma mais-valia (art. 10º/1 al. b) do CIRS) a qual não estaria sujeita a imposto.

Em sede de IRC, seria um rendimento financeiro no caso de o título ter sido adquirido com intenção de ser detido por curto prazo, não estando sujeito a retenção na fonte, mas caso o título fosse contabilizado no activo immobilizado financeiro da pessoa colectiva, a sua alienação provocaria uma mais-valia, que poderia aproveitar do benefício fiscal.

Deste modo e face à lei o "juro decorrido" não foi considerado como um verdadeiro juro, nem sequer um rendimento resultante de uma "simples aplicação de capitais", antes correspondendo a uma parcela do preço pago pela alienação do título.

As partes só consideraram o ganho real, a transacção do título foi um negócio entre sujeitos de direito privado, que acertaram o preço de modo a compensar um ganho esperado, que, quando se verificasse, seria pelo valor líquido do imposto que, nessa data seria retido na fonte pelo emitente do título. Assim, o adquirente não devia de reter o imposto ao alienante, nem havia nada para entregar ao Estado.

A AF através da circular n.º 16/89 positivou internamente a interpretação a ter quanto ao enquadramento jurídico-fiscal das transacções de títulos de dívida, considerando o "juro decorrido" rendimento de capitais sujeita a retenção na fonte.

Considerou a sentença que esta circular apenas era vinculativa internamente, não valendo como regra geral e obrigatória, sob pena de violação do princípio da legalidade.

O aproveitamento da ausência de um regime jurídico positivo em determinada matéria fiscal não constituía infracção fiscal, porque nada impedia que, ao abrigo do princípio da autonomia da vontade, fossem celebrados negócios fiscalmente menos onerosos, os quais não seriam violadores de quaisquer normas, mas apenas negócios tendentes a tornar as normas de incidência, sem que com isso se pretendesse prejudicar o Estado mas antes obter uma economia de imposto.

Entendeu a sentença que, a liquidação efectuada com base na interpretação decorrente das circulares foi ilegal porque lhes faltou a sustentação legal.

Quanto ao vício também invocado, de falta de fundamentação, houve-o como inverificado, como irrelevante o de não identificação do sujeito a quem a aquisição foi feita e devidos juros indemnizatórios à impugnante caso tenha ocorrido pagamento do imposto e respectivos juros.

A recorrida não contra-alegou.

Cumpre decidir.

Face à não impugnação e a não haver lugar à alteração da matéria de facto fixada no tribunal recorrido, dá-se a mesma como assente por efeito da remissão imposta nos arts. 713.º/6, 726.º, 749.º e 762.º/1 do CPC.

Tendo a impugnante adquirido na Bolsa de Valores um lote de títulos de dívida em mercado secundário, com juros corridos, e não tendo procedido ao apuramento e contabilização do imposto referente aos juros pagos na aquisição, retido esse imposto e entregue o mesmo ao Estado, veio a ser sujeita à liquidação adicional contra a qual reagiu.

E controverteu-se se nessa situação factual, ocorrida antes das alterações introduzidas pelo DL 262/92, de 24.11, ao art. 6.º/c do CIRS, no domínio da qualificação dos rendimentos obtidos nas transacções de títulos de dívida, a adquirente se tornara responsável como substituta tributária por imposto sobre rendimentos de aplicação de capitais e obrigada à

consequente retenção na fonte de IRC, nos termos dos arts. 6º/c), 20º e 91º do CIRS e 75º/1/c do CIRC.

A recorrente pretende que sim por na data da alienação ter ocorrido vencimento dos juros e disposição do rendimento a favor do vendedor, a determinar o facto tributário e a consequente responsabilidade da impugnante, enquanto que a sentença recorrida, no rasto da impugnante e da doutrina por esta exposta, decidiu não ser o juro decorrido à data da transacção um rendimento derivado da aplicação de capitais, mas antes um rendimento derivado apenas do contrato de compra e venda efectuado na Bolsa de Valores, em elemento do acerto do respectivo preço, logo uma mais valia não tributável na espécie legal em causa.

A responsabilidade tributária discutida assenta no art. 75º/1/c) do CIRC, que prescreve ser objecto de retenção na fonte o IRC relativamente a rendimentos de aplicação de capitais... tal como são definidos para efeitos de IRS, pelo que é nos preceitos do CIRS que se há-de captar o sentido normativo que mais se ajuste à índole do fenómeno tributário em análise.

Ora, enquanto que o art. 6º/c, na redacção vigente ao tempo do facto tributário, preceitua considerarem-se rendimentos de capitais os juros...de títulos da dívida pública, obrigações, títulos de participação. (e outros) emitidos por entidades públicas ou privadas e os demais instrumentos de aplicação financeira, o art. 1º prescreve incidir o IRS sobre o valor anual dos rendimentos...de capitais (nº 1) e ficarem sujeitos a tributação tais rendimentos, quer em dinheiro, quer em espécie... seja qual for o local onde se obtenham, a moeda e a forma por que sejam auferidos.

Um tal conjunto normativo configura o tipo legal de incidência do IRS sobre os rendimentos de capitais em termos estritamente económicos, em que o resultado económico é o elemento essencial, do que resulta serem abrangidos no âmbito da previsão legal todos os factos que o permitam atingir, sejam negócios directos, sejam negócios indirectos(1).

Usando, assim, a lei o conceito económico para definir o facto tributário, bastando-se com a colheita de rendimentos de aplicação de capitais por um sujeito passivo para que o preenchimento daquele seja satisfeito, excluindo a causa do percebimento dos mesmos da estrutura do tipo legal - (os rendimentos ficam sujeitos a tributação, seja qual for a forma por que sejam auferidos, reza o art. 1º/2 do CIRS), optou por uma base tributária que tanto prevenia, irrelevando-a, a adopção pelos particulares de esquemas negociais com o fim indirecto de se subtraírem à tributação (em que cabem os negócios fiscalmente menos onerosos), como abstraía, tornando-as irrelevantes, de causas como as da hipótese em apreço, em que o juro decorrido não é pago pelo devedor mutuário, mas por um terceiro, adquirente do título da dívida.

Opção legislativa que, ao acautelar a fiscalidade de evitações fiscais que a proliferação do comércio jurídico desencadeia (de que é exemplar este caso de compra e venda de títulos de dívida no mercado secundário da Bolsa de Valores), se inscreve na intenção de prover à eficiência funcional do sistema fiscal, na linha da realização dos princípios da igualdade e generalidade tributária e capacidade

contributiva, constitucionalmente consagrados (arts. 106º e 107º da CR). (2)

Anotando-se que na captação do sentido das normas aplicadas foram utilizados os critérios próprios da interpretação jurídica, os elementos literal, racional e teleológico, sendo através destes que se concluiu pela verificação de um tipo legal de incidência de conceito económico, sem recurso à regra hermenêutica da consideração económica, de carácter extranormativo, apesar desta ter hoje assento na lei, em caso de dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, no art. 11º/3 da LGT. (3)

O sentido decisório alcançado já foi o de jurisprudência deste tribunal(4) e harmoniza-se com o " princípio do legislador razoável ", consagrado no art. 9º/3 do CCivil, na medida em que contribui para fazer presumir acertada a asserção legislativa contida no preâmbulo do DL 263/92, de 24.11, de que as alterações introduzidas no art. 6º do CIRS por esse diploma são explicitações ao quadro legal vigente no domínio da qualificação dos rendimentos obtidos nas transacções de títulos de dívida.

Com efeito, pensar-se a norma de incidência em IRS e o respectivo facto tributário estruturados em função do resultado económico, que não por referência aos negócios jurídicos causais, desde a versão original do CIRS, ajuda a que as denotações de outros títulos de crédito negociáveis, enquanto utilizados como tais (art. 6º/1/c) e fixações de aspectos temporais e quantitativos da liquidação do imposto em caso de transmissões dos ditos títulos (art. 6º/3), introduzidas pela redacção do diploma de 92, sejam entendidas como meras explicitações do regime legal em vigor, que não como inovadora ampliação da base de incidência tributária.

De todo o exposto resulta que os juros de títulos de dívida negociados em Bolsa, decorridos antes do vencimento ou reembolso, pagos pelo adquirente ao alienante aquando da transacção efectuada, são rendimentos de capitais tributáveis e sujeitos a retenção na fonte no acto do pagamento, nos termos dos arts. 1º, 6º/c (na sua versão original, explicitada em 1992) e 91º do CIRS e art. 75º/1/c e 6 do CIRC, pelo que a liquidação impugnada não padece de ilegalidade e a sentença recorrida não pode manter-se na ordem jurídica na parte em que decidiu em sentido contrário.

Termos em que se concede provimento ao recurso, se revoga a sentença recorrida na parte sob recurso, julgando-se a impugnação improcedente.

Custas pela impugnante, tão só em 1ª instância.
Lisboa, 3.5.2000.

(1) Como escreveu Alberto Xavier, em Manual de Direito Fiscal, I, p. 175 e 278.

(2) Cf., neste sentido, Sá Gomes, Manual de Direito Fiscal, II, p. 223 e ss.

(3) Cf. Lei Geral Tributária, Comentada e Anotada, de Leite de Campos, Benjamim Rodrigues e Jorge de Sousa, p.54.

1. A HISTÓRIA DO PROBLEMA

1. Por razões que nunca percebemos muito bem, o art. 10º do Código do IRS contém desde a sua redacção originária uma norma, a alínea a) do seu nº2, excluindo da tributação as mais-valias provenientes da alienação de “obrigações e outros títulos de dívida”.

E nunca percebemos bem esta estranha generosidade do legislador porque ao lado desta norma encontrávamos duas outras normas de exclusão tributária com razões facilmente perceptíveis.

Uma, já desaparecida, a excluir tributação as mais-valias das unidades de participação em fundos de investimento, que por favorecer indevidamente os fundos de capitalização em relação aos fundos de distribuição foi há muito foi revogada; e uma outra a isentar as mais-valias obtidas na venda de acções detidas durante mais de doze meses.

A isenção aos fundos de investimento fez parte dos desajeitados esforços do legislador português para encontrar uma regime de neutralidade fiscal para os fundos de investimento.

A segunda é um benefício fiscal para os investimentos a longo prazo: ou pelo menos não inteiramente especulativos, detidos por um ano pelo investidor.

Mas porquê isentar as mais-valias de obrigações?

A doutrina já tem sustentado que as obrigações não originam verdadeiras mais-valias¹: e não as originariam porque um título de rendimento fixo o valor de uma obrigação depende do juro que o título pode proporcionar.

Por isso teremos um aumento do preço que alguém está disposto a pagar por uma obrigação com rendimento fixo se a descida da taxa de juro fizer com que as novas obrigações ofereçam uma taxa nominal mais baixa dos que as antigas: o capital investido vai procurar obter a mesma remuneração.

Justificando a subida do valor da obrigação: emitida por 1000, poderá agora ser vendida por 1100 porque juro baixou.

E desta forma a mais-valia da obrigação será uma falsa mais-valias, destinada apenas a compensar a menor rentabilidade (em termos de juros nominais) de um valor mobiliário.

Este tipo de raciocínio deixa, contudo, por tratar uma questão cada vez mais importante: o poder que é concedido aos sujeitos económicos para, mediante o uso de contratos por natureza atípicos, produzirem direitos novos a partir de direitos antigos, criando os hoje famosos derivados financeiros².

¹ É a posição de EBNETZ *Die Besteuerung des Wertzuwachs-Ein Theoritischer Ansatz in Rahmen des Einkommenbesteuerung*, (Baden Baden, 1978)

² Sobre isto veja-se apenas TERESA VEIGA de FARIA, *Novos Instrumentos Financeiros - Regime Fiscal* CTF nº 275 (1994) 9-77 SANTOS QUELHAS, *Sobre a evolução Recente do Sistema Financeiro (Novos “Produtos Financeiros”)* (Coimbra 1996) CASTRO SILVA, *Contabilização de Futuros e Opções*, FISCO nº 69 (1994) 34-59. Sobre os aspectos legais dos swaps GORLIS, *The Legal Aspects of Swaps* (London/Dordrecht/Boston 1996)

E essa técnica de produção de transformação de valores mobiliários em valores mobiliários já na altura da produção do Código convidava a maior prudência do legislador.

Como se pode ver pela utilização corrente de uma figura que, sem a complexidade teórica dos derivados, é há muito usada entre nós para transformar a obrigação clássica numa outra coisa: a obrigação convertível em acção³.

Uma forma negocial muito simples que, ligando um título de valor nominal fixo a um outro de valor variável, permitem que estas novas obrigações experimentem mais-valias e menos-valias tal como o título a que estão juridicamente ligadas.

E do ponto de vista fiscal permite ao titular receber uma mais-valia, se optar pela alienação, com um regime fiscal mais favorável do que o do juro como fruto típico da obrigação.

E o mais curioso é que tudo isto foi feito entre nós sem que se tivesse experimentado o menor sobressalto: embora os princípios da justiça fiscal e da neutralidade da lei fiscal em relação aos vários instrumentos financeiros devessem ter levado a uma mudança da lei.

Porque bulas não-de ter as mais-valias das obrigações – que afinal sempre existem – um regime fiscal mais favorável do que os juros destas mesmas obrigações⁴? Ou que as mais-valias das acções?

2. FALHAS NA LEI E PLANEAMENTO FISCAL

2. Perante esta situação – a lei anunciava solenemente, *cum cornu e albende de rege*, que as mais-valias das obrigações não seriam tributadas – que comportamento se esperava da parte dos planeadores fiscais?

As obrigações convertíveis em acções – que provavelmente não tiveram motivações exclusivamente fiscais, por ser um negócio que vale por si mesmo, sem tais vantagens – foram um primeiro exemplo das vantagens fiscais destas mais-valias. Pode contudo dizer-se que estas operações eram pelo menos parcialmente motivadas pelo que a jurisprudência britânica designa por *bona fide commercial reasons*.

Mas já o passo seguinte era o exemplo de escola do negócio cujas motivações são apenas obter uma poupança fiscal: procedendo à importação do modelo britânico do *bondwashing*⁵.

³ Sobre esta figura há muito usada entre nós legalmente regulada desde 1971. RUI PENA, *Obrigações Convertíveis em Acções*, O Direito, 103, (1971) e com amir amplidão numa obra mais recente FÁTIMA GOMES *Obrigações Convertíveis em Acções*, (U.C. Porto 1999).

⁴ O que levou a que, por exemplo, na Itália o legislador tribute as mais-valias da sua venda. PUOTI, *L'Imposta sull Redito della Persona Fisiche*, in AMATUCCI, *Trattato di Diritto Tributario*, (Padova 1994)IV, 41.

⁵ MACBARNET / WHELAN, *Regulating Accounting: Limits in the Law* in BROMWICH / HOPWOOD, *Accounting and the Law* (Hemel, Hempstead 1992)103-104.

Através de uma operação expressamente concebida para este efeito conseguia-se que uma obrigação, cujos juros acumulados são directamente proporcionais ao tempo decorrido, fosse vendida num período próximo da data de vencimento da obrigação de pagar os juros: como consequência deste facto trazia-se para Portugal o que talvez seja a forma mais divulgada de construir um acto de evitação fiscal.

A transformação de rendimento em mais-valia não tributada ou tributada a uma taxa mais baixa.

E como a Administração fiscal reagiu a esta operação que provocou algum clamor público criando uma norma que preenchia esta lacuna e lhe deu como habitualmente efeitos retroactivos - o clamor público incitava o Governo a agir e a Administração fiscal está hierarquicamente submetida ao Governo - estas operações foram sujeitas a tributação.

3. A DECISÃO JUDICIAL

3. Independentes do Governo e sem sujeição a qualquer tipo de instruções são, como é sabido, os tribunais: a estes cabe apenas julgar de acordo com a lei.

Ora qual foi a sua decisão?

No acórdão que estamos a comentar o STA considerou este tipo particular de mais-valia, a que parecia estar isenta de imposto pela peculiar redacção dada à alínea a) do n.º 2 do art. 10.º como rendimento de capital e por isso sujeita a imposto: mesmo antes da mudança da lei.

Vamos seguir passo a passo o seu raciocínio.

Começa o acórdão por afirmar:

O art. 1.º do CIRS "prescreve incidir o IRS sobre o valor anual dos rendimentos...de capitais (n.º 1) e ficarem sujeitos a tributação tais rendimentos, quer em dinheiro, quer em espécie... seja qual for o local onde se obtenham, a moeda e a forma por que sejam auferidos".

É isso que está realmente contido no n.º 1 do art. 1.º do IRS?

O que lá conseguimos encontrar é que o IRS incide "sobre o valor anual das categorias seguintes". Uma das quais é a Categoria E: rendimentos de capitais.

E não é a mesma coisa dizer que o IRS incide sobre "rendimentos de capitais" e dizer que este incide sobre a categoria X onde essa especial categoria de rendimento se encontra previsto.

Mas desta citação o STA extrai uma interessante conclusão:

O CIRS usa na previsão legal de tributação dos capitais um "conjunto normativo[que] configura o tipo legal de incidência do IRS sobre os rendimentos de capitais em termos estritamente económicos, em que o resultado económico é o elemento essencial, do que resulta serem abrangidos no âmbito da previsão legal todos os factos que o permitam atingir, sejam negócios directos, sejam negócios indirectos"

Há que opor a isto duas objecções:

A primeira é que o CIRS, e para nós este é um dos seus principais defeitos, está nos antípodas dos sistemas que utilizam uma concepção abrangente de rendimento.

Como sucede por exemplo, com particular nitidez no sistema fiscal norte-americano. Nesse sistema "gross income" "é "all income from whatever source derived"⁶.

Aquilo que tem caracterizado o sistema português é uma inglória tentativa de definir rendimento, categoria a categoria, o que criou entre outros, o problema da tributação dos rendimentos ilícitos dificilmente enquadrados em qualquer destas categorias⁷.

Uma vez que em Portugal, segundo o STA sempre afirmou, vigora o princípio da tipicidade fiscal.

E a segunda é que, mesmo se tivesse adoptado este modelo de previsão em que a norma só é densificada quando se passa para as exclusões de tributação, lá estava a tal alínea sobre as mais-valias das obrigações a convencer todos os que estudam direito fiscal que neste caso não haveria - não podia haver - tributação.

4. RENDIMENTOS DE CAPITAL E MAIS-VALIAS

Do ponto de vista económico a mais-valia é um rendimento de capital: uma sociedade que não distribui lucros e antes os reinveste prepara-se para dar aos seus sócios ou accionistas um ganho no momento em que alienarem as suas participações.

E por isso a definição de mais-valias, geralmente com um regime mais favorável que os ganhos de capital por se concentrarem num único momento e coincidirem com a alienação de um bem, coloca geralmente sérios problemas⁸. Se fosse verdade que o legislador português tivesse adoptado um conceito económico de rendimentos de capital, a colocação dos rendimentos de capital numa cédula e das mais-valias numa outra cédula não teria qualquer sentido.

Mas como pretendia dar um tratamento aos rendimentos de capital e outro às mais-valias - que gozam de numerosas isenções e de taxas liberatórias - seguiu a doutrina tradicional de considerar mais-valias os ganhos resultantes de uma alienação: há mais-valia, escreve KLAUS VOGEL, "quando temos um ganho resultante da alienação de um bem económico, na medida em que esta alienação não constitui o objecto específico de uma actividade empresarial"⁹.

⁶ Ver sobre isto GRAETZ/SCHENK, *Federal Income Taxation - Principles and Policies*, 3ª ed, (Westbury, New York 1995)

⁷ V, sobre isto do autor, *Manual do Direito Fiscal* (Lisboa 1998) §3,4 e 5.

⁸ No direito alemão são tributados os *spekulationsgeschäften* na gestão do património privado: ganhos proporcionados pela venda de bens que estiveram pouco tempo na posse do titular. JAKOB, *Einkommensteuer* 2^{ed}(München 1996) 148-153.

⁹ VOGEL, *Relatório nacional ao XXX Congresso da Associação Fiscal Internacional sobre Mais-Valias*, in

Ao contrário de rendimento de capital: este é um conceito típico do rendimento fonte e por isso o rendimento de capital é sempre tratado pelo art. 6º do Código do IRS como qualquer coisa que emana regular e periodicamente de um bem sem que a sua percepção esgote a utilidade desse mesmo bem¹⁰.

Um rendimento que juridicamente é uma consequência da titularidade de um bem, que constitui um fruto desse mesmo bem¹¹.

Exactamente o contrário das mais-valias obtidas por meio da alienação de um bem e sempre medidas pela diferença entre valor de aquisição e valor de alienação. Como sucede neste caso: especialmente no caso da venda de valores mobiliários.

E por isso esta operação é tributada pelo art. 10ª do CIRS que determina: "Constituem mais-valias os ganhos obtidos[...] com a "Alienação onerosa de partes sociais [...] "e de outros valores mobiliários".

E de outros valores mobiliários, como as obrigações¹².

Só que estas estão, como vimos, expressamente excluídas de tributação neste mesmo artigo.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E ABUSO DE DIREITO

5. A clareza da previsão legal explica o motivo porque entidades que costuma ter alguma precaução no modo como aplicam a lei fiscal tenham participado largamente neste tipo de operações.

Não o fariam se a lei não fosse tão clara.

Mas nesse caso como se pode explicar esta decisão do STA que tal como outras já proferidas vai tão frontalmente contra os princípios que o STA sempre proclamou defender?

Que a Administração fiscal tenha inventado uma lei dita interpretativa pode explicar-se: o tal clamor público que se levantou à volta desta questão deixou o Governo embaraçado.

E por isso a Administração fiscal sentiu-se obrigada a executar o que era essencialmente uma decisão política da responsabilidade do Governo.

A explicação da decisão do STA, dada a independência dos juizes e a passagem do tempo, não pode deixar de ser outra:

Cahier de Droit Fiscal Internacional, vol. 41 b.

¹⁰ Sobre o conceito de rendimento fonte, rendimento acréscimo ver do autor, Manual, 5.4.2, 5.4.3.

¹¹ "Tal como as categorias anteriores assentam em conceitos-base (contrato de trabalho/retribuição; contrato de prestação de serviços/honorários; acto de comércio/lucro) que sofrem depois um alargamento em função da intencionalidade da lei fiscal também a categoria D se baseia num tipo de rendimento prototípico: o juro" A. SALGADO MATOS, revisão de R. QUEIROZ e MELO, *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas singulares - Anotado*(Lisboa 1999) 137

¹² Sobre o conceito de valores mobiliários v. C. OSÓRIO de CASTRO, *Valores Mobiliários - Conceito e Espécies 2º*(Porto 1998). A lei fiscal usa um conceito ainda mais amplo de valores mobiliários, incluindo as quotas como aqui se pode ver.

Como transparece de tudo isto a criação de obrigações com mais-valias autênticas constitui a típica operação de fraude à lei fiscal ou de abuso de direito¹³.

O legislador, com singular imperícia, resolveu não tributar as mais-valias de obrigações como se houvesse alguma impossibilidade legal de construir um qualquer negócio que as viesse favorecer.

O contribuinte, prosseguindo os seus fins próprios, e certo de não correr qualquer risco consegue o negócio que frustra o objectivo do legislador imprudente. Um negócio em fraude à lei que, de forma simplista parecia pensar que ali, naquela zona, não haveria mais-valias dignas de serem tributadas.

E como na verdade o acto elisivo é um acto lesivo o STA reage segundo um sentido primário de justiça: construindo uma argumentação incongruente para não dar razão aos impugnantes.

Estamos assim perante um típico caso de jurisprudência sentimental¹⁴, uma reacção judicial *contra legem* perante um certo comportamento considerado digno de censura.

Como se diz na sentença seguiu-se o princípio do legislador razoável, embora para isso tenha sido necessário fechar por completo os olhos à imprudência do legislador ao criar esta preciosa oportunidade de evitação fiscal.

O legislador não foi razoável e a sua não razoabilidade salta à vista: e por isso o STA foi para além dos seus poderes e competências quando considerou tributável esta operação.

6. A COMMUNIS OPINIO DOCTORUM

6. Consultado previamente sobre a operação de criação de uma mais-valia na obrigação a resposta de qualquer jusfiscalista só poderia ser num sentido: a de que estávamos perante um caso típico de abuso de direito ou de fraude à lei fiscal.

¹³ Sobre este conceito v., do autor, *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, CTF n.º (2000). Defendendo a inconstitucionalidade da lei portuguesa G. AVELÃS NUNES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso de Direito em Sede Fiscal à Luz dos Princípios Constitucionais de Direito Fiscal*, FISCALIDADE N.º 3 (2000) 39-62. Também entre nós, antes da publicação da lei J. TABORDA da GAMA, *Acto Elisivo, Acto Lesivo - Notas sobre a Admissibilidade de Combate à Elisão Fiscal no ordenamento Jurídico Português*. Rev da Fac. de Dir. de Lisboa (1999) 289-316

¹⁴ Sobre a jurisprudência sentimental que acentua a vontade do juiz e do seu sentimento jurídico na busca da solução mais justa e sua relação com a escola do direito livre v. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* 4^{ed} (Berlin 1985) 273, LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução da 2^a ed. alemã), (Lisboa 1978) 70-73

Mas como em Portugal uma norma sobre tal prática não tinha sido ainda criada e como era jurisprudência corrente que não era aceitável a aplicação analógica da lei fiscal a operação não implicava qualquer risco. Claro que a *communis opinio* só chegava até esse ponto.

Uma parte da doutrina, entre a qual o autor destas linhas, iria dizer que era urgente introduzir uma norma sobre o abuso de direito para que estas práticas não pudessem continuar; e uma outra parte iria dizer que tal instituto é contrário à segurança jurídica¹⁵.

Como foi feito, já depois de desencadeada a actuação administrativa e de terem sido pedidos pareceres ao Centro de Estudos Fiscais, por NUNO SÁ GOMES.

Consultado sobre a qualificação do negócio em causa NUNO SÁ GOMES, no seu parecer¹⁶, depois de analisar várias normas vigente em outros ordenamentos e em Portugal, por essa época, ausentes, escreveu:

“Entendemos, pois, que o contrato em apreço denominado “lavagem do cupão” é um negócio fiscalmente menos oneroso, isto é, um negócio de economia fiscal, que se configura apenas como um negócio jurídico indirecto lícito, e em consequência que tem como efeito fiscal um mera elisão fiscal lícita”.

A *communis opinio doctorum* que sobreviveu em Portugal até às Ordenações Filipinas já não é uma fonte de direito. E quando era apenas contava a opinião de juristas já falecidos: um remédio infalível contra supervenientes mudanças de opinião.

Mas não deixa de ser preocupante que o STA, embora determinado pelo que considerou serem boas razões, tenha ido contra o que pode qualificar-se como a opinião unânime da doutrina.

E o que é mais grave, contra as suas próprias posições.

7. A “PROIBIÇÃO DA ANALOGIA”

7. Até há muito pouco tempo a doutrina em Portugal sempre se manifestou no sentido da proibição da analogia na aplicação da lei fiscal. E o STA *idem*¹⁷ em acórdãos demasiado numerosos para que valha a pena citá-los. Em nossa opinião era uma falso consenso, uma ideia que viveu demasiado tempo em Portugal, tal como *communis opinio* que entre nós ainda sobreviveu nos sec. XVII e XVIII.

¹⁵ Veja-se, neste mesmo número, a defesa deste ponto de vista por L. MENEZES LEITÃO.

¹⁶ Par. Nº 56/92. Não publicado, mas disponível para todos os interessados ao abrigo do princípio constitucional da administração aberta.

¹⁷ “As normas de incidência tributária podem ser objecto de interpretação extensiva, mas não podem ser aplicadas por analogia”. STA, caso BNU, acórdão de 2/2/2000

A revisão do conceito proibição de analogia/aplicação da lei fiscal estava a ser feita desde há muito¹⁸ e essa revisão está também a ser feita também em Portugal¹⁹.

Contudo, na data em que estes actos tinham lugar não só o STA continuava (e como vimos, continua) a proclamar a sua adesão à proibição da analogia, como a omissão legislativa quanto à publicação de uma norma sobre o abuso no direito fiscal parecia criar um bloco indestrutível quanto ao modo de aplicação da lei fiscal: tipicidade fechada, proibição de analogia. E foi exactamente como base nessa percepção dos operadores, na interacção comunicativa entre legislação- jurisprudência-doutrina-aplicadores do direito, que criou a convicção generalizada que o negócio indirecto era um direito dos contribuintes.

O que parecia ser ainda sublinhado pela introdução do princípio da interpretação económica (valha isto o que valer) e do abuso de direito em matéria fiscal na Lei Geral Tributária. Como normas a valer para o futuro criando duas épocas distintas no direito fiscal português.

Uma vez que um dos aspectos essenciais das normas que desconsideram os efeitos fiscais de um certo negócio jurídico, mantendo-lhe os efeitos civis, é actuarem como se a lei fosse aplicada com recurso à analogia: Na analogia clássica é a lei que é alargada, sofrendo uma extensão, para abarcar um certo facto.

No abuso de direito é o próprio facto que é requalificado pela Administração fiscal para que possa caber na previsão legal²⁰.

E por isso a publicação desta norma parecia balizar com muita clareza dois momentos totalmente distintos no ordenamento jurídico-tributário: aquele em que era possível recorrer ao negócio indirecto com fins de poupança fiscal -o período pré-Lei Geral Tributária - e aquele em que isto já não seria possível.

Esta decisão do STA -e outras na mesma linha - vêm criar aqui uma total confusão.

Se o abuso de direito em matéria fiscal já não podia ser aceite antes da LGT que regras presidem hoje à sua possível actuação?

Qual foi a inovação sofrida pela ordem jurídica?

Se mesmo antes da lei negócios como estes não podiam ser feitos, que negócios podem ser feitos depois da lei se a Administração fiscal os puser em causa e o STA tirar as consequências lógicas desta jurisprudência?

Vai confirmar-se a posição apocalíptica de certa doutrina para quem as normas sobre o abuso de defeito vão soar como um dobre a finados para a segurança jurídica nas relações jurídico tributárias?

¹⁸ Veja-se a colecção de estudos editada por K. TIPKE, *Grenzen des Rechtsfortbildung durch Rechtssprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*, (Köln) 1982. E por isso TIPKE/KRUSE, AO-Kommentar Einf-FGO an 53 Agosto 1998 consideram a integração das lacunas da lei uma tarefa dos tribunais fiscais.

¹⁹ Na metodologia do direito, centrada no direito penal por CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal: o seu Problema e o seu Critério Dogmático* in *Digesto I* (Coimbra 1995)345-473. No direito fiscal por CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*,385 que salienta particularmente a dificuldade da distinção entre interpretação extensiva e analogia.

²⁰ TIPKE/KRUSE, AO § 42, an 9-12 Setembro 1999. Para uma descrição mais exacta deste processo ver o já citado, *Abuso de Direito*....

Elas dependem de modo muito agudo de uma sua correcta aplicação pela Administração fiscal e de um controlo apurado dessa mesma aplicação pelos tribunais.

Será tal situação possível entre nós? É a pergunta que decisões como esta nos obrigam a colocar

