

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

Vieira de Almeida & Associados

1. SUMÁRIO DO ACÓRDÃO ANALISADO

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 11 de Fevereiro de 2009

Processo: 0892/08¹

I - Os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação do sujeito passivo ou do seu agregado familiar encontram-se excluídos da tributação em sede de IRS (mais valias) no caso da aquisição de novo imóvel com a mesma destinação ter ocorrido nos 12 meses anteriores à data da realização do produto daquela alienação (alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do CIRS).

II - Todavia, essa exclusão não acontece se o contribuinte para a aquisição do novo imóvel recorreu a crédito bancário.

2. RESUMO

Embora o sumário do Acórdão em apreço não pareça fazer mais do que aplicar jurisprudência pacífica sobre os efeitos do recurso ao crédito bancário no regime do reinvestimento de mais-valias imobiliárias, a verdade é que o seu texto não parece sufragar esta conclusa, assaz simplista.

Em concreto, está em causa o recurso apresentado pelo sujeito passivo de uma sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, que julgou improcedente a impugnação judicial previamente deduzida contra uma liquidação adicional de IRS.

Da matéria de facto provada, resulta que o sujeito passivo adquiriu um imóvel para habitação própria e permanente em 23.04.1993, por um montante global de ESC 8.400.000\$00 (aproximadamente € 41.900,00). Em 21.04.1998, adquiriu, para os mesmos fins, outro imóvel pelo valor global de ESC 12.480.000\$00 (€ 62.250,00). Posteriormente, em 03.12.1998, o imóvel primeiramente mencionado foi alienado pelo montante de ESC 11.610.000\$00 (€ 57.910,00).

À luz da factualidade ora descrita, estamos na presença de uma situação abrangida pela alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS, que, à data dos factos determinava que seriam excluídos

¹ Uma pequena nota introdutória para referir que este Acórdão foi objecto de esclarecimento, em 06.05.2009, através da qual se pretendeu esclarecer o conceito de *produto da alienação*. Para o STA, este conceito *corresponde à quantia pecuniária que for obtida com a alienação do imóvel*.

da tributação os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, se o produto da alienação for utilizado no pagamento da aquisição a que se refere a alínea anterior, desde que efectuada nos 12 meses anteriores.

Com efeito, no caso concreto, o Recorrente adquiriu um segundo imóvel destinado à sua habitação própria e permanente antes de efectuar a alienação do primeiro que destinou àquele fim. Esta alienação, de acordo com os factos dados por assentes, veio a ocorrer cerca de oito meses após a aquisição do novo imóvel, i.e., dentro do prazo previsto na alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS. Acontece, porém que, na aquisição do novo imóveis, o sujeito passivo recorreu a crédito bancário.

O Tribunal *a quo* entendeu que o artigo 10º, n.º 5 do CIRS obriga a que o produto da alienação do imóvel seja aplicado directa ou concretamente na aquisição de novo imóvel, o que não ocorreu porque o sujeito passivo recorreu ao crédito para adquirir o novo imóvel. Assim, Tribunal *a quo* entendeu ser indiferente que o novo imóvel seja adquirido depois da alienação do primeiro ou, como aconteceu no caso em apreço, em momento anterior a essa alienação.

Tal como se refere no texto do Acórdão: [a] *questão que vem suscitada no presente recurso prende-se em saber se os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação do sujeito passivo ou do seu agregado familiar se encontram excluídos da tributação de IRS (mais valias), no caso da aquisição de novo imóvel com a mesma destinação ter ocorrido nos 12 meses anteriores à data da realização do produto daquela alienação com recurso a crédito bancário (alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do CIRS)* (com sublinhado nosso).

3. ANÁLISE

A. *O n.º 5 do artigo 10.º do CIRS e a jurisprudência do STA*

Para a correcta análise da jurisprudência vertida neste Acórdão é necessário delimitar o âmbito de aplicação do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março.

De acordo com esta norma, está excluída a tributação das mais-valias obtidas aquando da alienação de habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, se houver reinvestimento na aquisição de um imóvel afecto à mesma finalidade.

Na alínea a) da citada norma estão previstos aqueles casos em que o sujeito passivo aliena o imóvel que lhe possibilitou a realização da mais-valia e, nos 24 meses seguintes, reinveste o produto da venda na aquisição de outro.

Já a alínea b) procura abranger as situações em que o sujeito passivo reinveste o produto da venda do imóvel na aquisição de outro imóvel que tenha ocorrido nos 12 meses anteriores à alienação.

Como é bom de ver, a lei nada referia, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março (bem como na actual redacção), quanto ao recurso ao crédito na aquisição do imóvel.

Sem prejuízo desse facto, o STA, nas situações abrangidas pela alínea a) do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS e, conforme se observa no Acórdão sob escrutínio, tem fixado jurisprudência *firme e reiterada no sentido da não exclusão dessa tributação*, sempre que haja recurso ao crédito bancário para a aquisição integral do segundo imóvel².

Diferente será o caso em que o recurso ao crédito para a aquisição do segundo imóvel se faça exclusivamente para suportar a parte que exceda o produto da alienação.

Assim, a interpretação correcta da norma, na senda da jurisprudência do STA, determina que a exclusão de tributação apenas opera desde que o novo imóvel não seja adquirido com recurso ao crédito bancário. Se o recurso ao crédito bancário ocorrer, infere o STA, deverá somente considerar-se reinvestido o valor do preço de aquisição deduzido do montante do crédito.

O que dizer, no entanto, sobre as situações em que o novo imóvel é adquirido *em momento anterior* à alienação do imóvel que gera a mais-valia, nos termos da alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º? Sobre esta questão versa, conforme referido, o Acórdão que ora se comenta.

Debrucemo-nos então sobre a jurisprudência vertida no presente Acórdão.

B.

O litígio Sub Júdice

² Veja-se, como um de vários exemplos, o Acórdão do STA, de 12.03.2003, proferido no processo n.º 1721/02, de acordo com o qual *o que é reinvestido é O PRODUTO DA ALIENAÇÃO. (...) É que se o vendedor da primeira habitação comprar uma segunda habitação (outro imóvel) com dinheiro emprestado por um banco, em rigor não há um reinvestimento, mas um novo investimento, sem nexos de causalidade com a primeira venda. Somente está excluída a tributação quando o produto da alienação for reinvestido, pois se também estivesse excluída a tributação quando o dinheiro para a nova aquisição for emprestado pelo banco, então tínhamos que o contribuinte lucrava duas vezes: por um lado, a mais-valia resultante da venda do imóvel anterior não era tributada e, por outro, o contribuinte tinha direito às deduções fiscais resultantes de empréstimo para aquisição de casa própria. São os abatimentos a que se referia o art. 55º n.º 1, al. e) -1) do CIRS. (...) E a prova de que é esta a melhor interpretação daquele tipo de reinvestimento está no n.º 7 do art. 10º, nos termos do qual “no caso de reinvestimento parcial do valor de realização (...) o benefício a que se refere o n.º 5 respeitará apenas à parte proporcional dos ganhos correspondentes ao valor reinvestido* (com sublinhados nossos).

A questão principal colocada no caso em apreço prendia-se com a discussão relativa à possibilidade de os ganhos provenientes da transmissão onerosa de imóveis, destinados à habitação do sujeito passivo ou do seu agregado familiar, serem excluídos de tributação em sede de IRS, no caso da aquisição do novo imóvel com a mesma destinação ter ocorrido com recurso a crédito bancário, nos 12 meses *anteriores* à data da realização do produto daquela alienação, permitida pela alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS.

O recorrente defendia que a exigência jurisprudencial de não haver recurso ao crédito bancário para beneficiar do regime do reinvestimento não fazia sentido no âmbito desta alínea b), uma vez que, estando em causa a aquisição de imóvel *anterior* a alienação que gerou a mais-valia, o produto desta alienação nunca poderia, por princípio lógico, ser efectivamente aplicado na aquisição do imóvel (já que esta ocorreu em momento anterior).

No entanto, o STA decidiu manter, também para as situações sob alçada da referida alínea b), a “proibição” de recurso ao crédito bancário, conforme decorre do sumário do acórdão, tendo confirmado a sentença recorrida. Isto mesmo refere o segunda parágrafo do Acórdão em apreço.

C.

Interpretando a interpretação da lei efectuada no Acórdão

Contudo, algo mais parece transparecer de uma leitura integral deste Acórdão. Com efeito, em aparente contradição com o seu sumário, o STA parece admitir que o sujeito passivo recorra ao crédito bancário para adquirir o novo imóvel em momento anterior à alienação do imóvel que gera as mais-valias, desde que demonstre que, posteriormente à alienação, efectue o reinvestimento do produto da alienação através, por exemplo, da afectação daquele montante à amortização ou liquidação desse empréstimo.

É esse, em nossa opinião, o entendimento sufragado pelo STA, quando afirma no Acórdão que quer na situação configurada na alínea a), quer na alínea b) [do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS], o decisivo é que se faça prova do produto da alienação ter sido utilizado na aquisição do novo imóvel destinado a habitação. (...) E certo é que a resposta a essa questão necessariamente tem de ser encontrada no probatório, sendo só a partir da factualidade aí assente que se torna admissível estabelecer o nexo de causalidade entre o novo investimento e o produto da alienação do imóvel destinado a habitação.³ (com sublinhado nosso).

³ Reiterando ainda, em sede de conclusões, que *o que se torna decisivo, em face da lei, para a exclusão da tributação em sede de IRS (mais valias) é a prova de que foi feito um reinvestimento, ou seja que o produto da alienação tenha sido utilizado na aquisição de outro imóvel destinado a habitação, ónus que impende por igual sobre todos os contribuintes (...).*

E embora o Acórdão não tenha referido a possibilidade de recorrer ao crédito desde que se proceda à sua amortização aquando da posterior realização da mais-valia, entendemos que a tónica colocada pelo STA na questão da prova torna a mesma admissível. Isto porque a referida amortização permitiria demonstrar o *nexo de causalidade*, exigido no Acórdão, entre a aquisição do novo imóvel e o produto da alienação do antigo.

Em nosso entendimento, a não admissão desta possibilidade de recurso ao crédito com posterior amortização seria desde logo incompatível com a *ratio* do preceito em causa. Em boa verdade, o legislador com o n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS teve a intenção e o propósito de eliminar os obstáculos fiscais à mudança de habitação em casa própria por parte das famílias.

Ora, tornar inaplicável, sem mais, o regime do reinvestimento nos casos da alínea b) porque houve recurso a crédito bancário prejudicaria os contribuintes que, revelando uma capacidade financeira (e contributiva) inferior, são forçados a contrair um empréstimo – que, posteriormente, amortizam no momento da alienação do imóvel que originou a mais-valia – favorecendo, sem qualquer justificação aparente, aqueles que têm a possibilidade de com os seus próprios meios ou recursos adquirirem um novo imóvel antes de alienar o que possuem (contribuintes com maior capacidade contributiva).

A ser assim, estaria a dar-se corpo, em nosso entender, a uma violação dos princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, com assento constitucional nos artigos 13.º e 104.º da Constituição da República Portuguesa, porquanto o benefício de exclusão de tributação estaria apenas acessível aos contribuintes que podem evitar o recurso ao crédito, que naturalmente serão aqueles com maior capacidade contributiva.

Mas mesmo esta interpretação, que visa salvar o Acórdão da iniquidade que resultaria do entendimento plasmado no seu sumário, não está isenta de críticas. Com efeito, as instituições bancárias prevêm graves penalidades para a amortização antecipada do crédito à habitação. Assim, para poder beneficiar de uma vantagem que a lei fiscal confere em termos de igualdade a todos, o contribuinte que se viu forçado a recorrer ao crédito bancário para adquirir um imóvel antes de alienar o antigo, terá de sofrer tais penalidades, o que é manifestamente injusto.

No limite estamos, uma vez mais, a discriminar os contribuintes em função da origem do dinheiro com que adquirem o imóvel. É esta a injustiça que resulta, no final, do caminho trilhado pela jurisprudência quando resolveu afastar a aplicação do regime do reinvestimento das mais-valias nos casos em que o sujeito passivo recorreu ao crédito bancário.

D.

Conclusões

Uma leitura atenta do Acórdão em apreço parece contradizer o entendimento que ficou plasmado no segundo parágrafo do respectivo sumário.

Com efeito, o sumário do Acórdão parece afastar, em definitivo, o recurso ao crédito, nas situações previstas na alínea b) do n.º 5 do artigo 10.º do Código do IRS, tal com já fazia para as situações previstas na alínea a) da mesma norma. No entanto, o texto do Acórdão parece admitir o recurso a este crédito, desde que o mesmo seja amortizado aquando da alienação do imóvel que gera a mais-valia que se pretende excluir de tributação e desde que o contribuinte prove que dessa amortização, algo que, de acordo com a factualidade do Acórdão, não sucedeu.

Para além de não se vislumbrar qualquer razão para desaplicar o regime do reinvestimento nos casos em que ocorre esta amortização, entendemos que esta solução é a mais justa, já que o contrário implicaria que o benefício de exclusão de tributação estaria apenas acessível aos contribuintes que podem evitar o recurso ao crédito para o período que medeia entre a aquisição do novo imóvel e a posterior alienação do imóvel que gera a mais-valia (que naturalmente serão aqueles com maior capacidade contributiva).