

SANTA CASA  
DA  
MISERICÓRDIA DE LISBOA  
ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO

Jorge Bacelar Gouveia (org.)

António de Sousa Franco  
Marcelo Rebelo de Sousa  
José Carlos Vieira de Andrade  
Rui Manuel Moura Ramos  
Eduardo Paz Ferreira  
José Luís Saldanha Sauches



ALMEDINA

SANTA  
CASA 

## RETENÇÃO E DÍVIDA: OS PRESSUPOSTOS DO DEVER DE COOPERAÇÃO

*José Luís Saldanha Sanches \**

### CONSULTA

A Direcção de Serviços do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – Divisão de Concepção, num ofício que se não encontra junto ao processo, sustenta a opinião que depois das alterações introduzidas no Código do IRS pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de Setembro deverão ser sujeitos a retenção na fonte “*quaisquer rendimentos pagos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e que sejam tributáveis em IRS como rendimentos da Categoria B*”.

O que em princípio não pode deixar de merecer o nosso acordo e que corresponde, ao que sabemos, à prática desta instituição.

Contudo, estranhamente, a Administração fiscal extrai desta premissa a conclusão que tal deverá abranger os ganhos obtidos pelos “agentes que intervêm na venda do jogos, independentemente da forma pela qual se faz o pagamento”.

Considerando por isso o desconto no preço ou a comissão sobre a venda de apostas “um pagamento” feito pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (SCML).

Trata-se pois de saber se a SCML deverá continuar a fazer retenções na fonte apenas quando procede a pagamentos de quantias por si devidas ou se esta obrigação se alarga às suas normais relações comerciais.

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## PARECER

1. QUESTÕES DE PROCEDIMENTO
2. A APLICAÇÃO N.º 1 DO ART. 101.º DO CÓDIGO DO IRS
3. A ESTRUTURA DA RETENÇÃO NA FONTE
4. O ALARGAMENTO DO DEVER DE RETENÇÃO NA FONTE E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS
  - a) O “desconto no preço de aquisição”: o contrato de compra e venda de bens
  - b) A “comissão sobre o volume de vendas ou sobre os prémios pagos”: a prestação de serviços
5. O MOMENTO DA RETENÇÃO E A SUA IMPOSSÍVEL DETERMINAÇÃO

### 1. QUESTÕES DE PROCEDIMENTO

A decisão da Direcção de Serviços do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares sobre o regime das retenções na fonte tem como fundamento um ofício originado na sua “Divisão de Concepção” que, como já dissemos, deveria figurar como anexo fundamentador do seu projecto de decisão.

Uma vez que este ofício não foi publicado: ao contrário do que costuma suceder como os pareceres do Centro de Estudos Fiscais depois de devidamente homologados: que quer dizer que esta decisão carece de fundamentação.

No entanto este é um vício formal que não nos parece de grande importância: a tendência ultimamente observada para substituir o Centro de Estudos Fiscais, como gabinete de estudos da DGCI, por órgãos periféricos teve como consequência a degradação da qualidade da investigação que deve sustentar a normal actividade da DGCI.

E a avaliar pelas conclusões aqui tiradas o mesmo deve acontecer ao “entendimento elaborado” acerca das alterações introduzidas pela última reforma fiscal.

Podemos por isso concluir com segurança que não estamos perante uma decisão não fundamentada: mas perante uma decisão impossível de fundamentar.

Como se vê pela argumentação do “projecto de conclusões”.

### 2. A APLICAÇÃO N.º 1 DO ART. 101.º DO CÓDIGO DO IRS

Como tentativa de fundamentação do “projecto de conclusões” limita-se a sua autora a uma simples remissão para o n.º 1 do art. 101.º do Código do IRS.

Ora pensar que a simples invocação de um artigo de um Código fiscal serve para resolver um caso com esta complexidade é ter uma visão mágica do modo como se aplica o direito. E além disso, mesmo quanto à simples redacção do artigo, temos aqui como factor adicional de complexidade que deveria ter sido considerado:

Uma vez que o artigo citado, além de uma mudança de número, já teve duas redacções diferentes depois da invocada reforma fiscal de 2000. Começou por ser o art. 94.º com a redacção da lei publicada no fim do ano 2000, passou a ter o n.º 104.º com a renumeração dos Códigos do DL 198/2001, de 3 de Julho e teve uma nova redacção com a Lei 109-B/2001, de 27 de Dezembro uma vez que o texto de que estamos a tratar foi produzido depois dela e que por isso a retenção que a Administração fiscal considera que deve ser feita segundo o disposto na alínea c) deste artigo: uma vez que a alínea a) se refere a rendimentos da propriedade intelectual e a alínea b) às “actividades profissionais especificamente previstas na lista a que se refere o Art. 151.º”.

E por isso temos que concluir que quando a Administração fiscal diz Art. 101.º, n.º 1, quer dizer Art. 101, n.º 1 alínea c).

Retenção na fonte obrigatória para “rendimentos da categoria B referidos nas alíneas b) do n.º 1 e g) e i) do n.º 2 do artigo 3.º, não compreendidos na alínea anterior”.

E mais uma vez, por exclusão de partes, vamos concluir que se está a pensar nos rendimentos “Os auferidos no exercício, por conta própria, de qualquer actividade de prestação de serviços, ainda que conexas com qualquer actividade mencionada na alínea anterior”.

Haverá lugar a retenção na fonte sempre que uma entidade com contabilidade organizada faça um pagamento a um seu devedor.

Reconstituído assim o percurso decisório da Administração fiscal (e foi necessário reconstituí-lo uma vez que esta em vez de o deixar registado para fins de fundamentação o ocultou) vejamos o que pensar dele.

### 3. A ESTRUTURA DA RETENÇÃO NA FONTE

Que a retenção na fonte tem como pressuposto e base lógica a existência de um dever de prestação pecuniária é uma coisa tão evidente que dificilmente a vemos expressamente afirmada pela doutrina.

A retenção na fonte é uma dedução nos pagamentos que o substituto tributário seja obrigado a fazer no âmbito de uma relação jurídica privada. “Nos casos em que uma entidade se apresenta como a “fonte” pagadora de rendimentos a uma pluralidade de sujeitos, a lei pode determinar que o tributo – em vez de ser aplicado e cobrado em relação a esta pluralidade – seja apenas aplicado e cobrado à referida entidade”<sup>1</sup>.

E está orientada em relação a um rendimento recebido pelo sujeito passivo que vai ser amputado, por meio de deduções privadas de uma parte do que vai constituir parte indisponível de um rendimento que surge no mercado e cuja uma parte se vai dirigir para o pagamento do imposto<sup>2</sup>.

Ou seja a retenção tem sempre como objecto um rendimento que vai ser mais tarde tributado de uma forma personalizada (retenção pagamento por conta) ou cumpre todos os deveres do sujeito passivo (retenção definitiva).

Mas o que temos sempre na retenção na fonte é o pagamento de um rendimento líquido (nos rendimentos de capital ou nas royalties) ou, em princípio sujeito a tributação a uma taxa mais elevada ou igual à da retenção (categoria A ou categoria B) de modo a aproximar a cobrança da dívida da verificação do facto tributário.

E como foi decidido pelo Tribunal Constitucional italiano esta antecipação quando justificada pela probabilidade de um pressuposto económico revelador de capacidade contributiva não pode considera-se inconstitucional<sup>3</sup>. Capacidade contributiva revelada, com um elevado grau de probabilidade, pela existência de um pagamento que vai ser feito a um sujeito passivo.

E é isto é compreendido pelo legislador fiscal quando determina a retenção na fonte a fazer pelas “entidades devedoras de rendimento do trabalho

dependente” (art. 99.º n.º I, do CIRS) ou sobre os rendimentos “auferidos no exercício, por conta própria, de qualquer actividade de prestação de serviços” (art. 100.º do CIRS).

A retenção na fonte incide sobre rendimento devidos, sobre rendimentos auferidos por A (e por isso devidos por B). Temos a chamada relação triangular entre o credor de uma prestação pecuniária (um determinado rendimento tributável), o seu devedor e o sujeito activo da relação tributária<sup>4</sup> o Estado.

Até ao art. 101.º do CIRS desastrosamente citado pela Administração fiscal pressupõe esta situação “As entidades que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada são obrigadas a reter o imposto, mediante a aplicação, *aos rendimentos ilíquidos de que sejam devedoras*..”.

E fá-lo por não ser possível para o legislador fiscal prever algum caso de retenção na fonte sem falar de rendimentos devidos: o pressuposto básico da retenção na fonte.

### 4. O ALARGAMENTO DO DEVER DE RETENÇÃO NA FONTE E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

A resposta que a Administração fiscal pretende dar a estas objecções é que “após a entrada em vigor da Lei 30-G/2000 “quaisquer rendimentos pagos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e que sejam tributáveis em IRS como rendimento da categoria B decorrentes da prestação de serviços pelos agentes que intervêm na venda dos jogos, *independentemente da forma como se faz o pagamento*”.

E avançando neste sentido “forma como se faz o pagamento” qualificam especificamente como uma forma de pagamento “o desconto no preço de aquisição, por comissão sobre o volume de vendas ou sobre os prémios pagos”.

Este desconto ou esta comissão em a função contratual de permitir a quantificação do pagamento que deve ser feito à SCML: mas invertendo por completo a situação a Administração fiscal sustenta que aquilo que os

<sup>1</sup> ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal* (Lisboa 1974) 407 ss.

<sup>2</sup> TIPKE/LANG, *Steuerrecht* 15.ªed ( Köln 1996) 94 e 414.

<sup>3</sup> De MITTA, *La Funcione e gli Atti della Riscossione*, in AMATUCCI, *Tratato di Diritto Tributario* (Milano 1994) III v 167-168.

<sup>4</sup> SALDANHA SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária*, (Lisboa 1995) 1-4-5.

<sup>5</sup> Sobre os problemas que isto levantou v. SALDANHA SANCHES, *Conceito de Rendimento do IRS*, FISCALIDADE n.º 7/8 (2001) 33- 61.

<sup>6</sup> Veja-se por exemplo a Circular 5, de 12/03/2001 da DGCI que tenta fazer uma distinção entre os casos em que há e em que não há retenção na fonte.

intermediários obtém como ganho na sua operação é um pagamento feito pelo credor.

Veremos já as absurdas consequências, teóricas e práticas, que teria esta posição se fizesse vencimento.

Mas note-se como possível desculpa para este desconchavo conceptual que a o legislador da reforma criou inúmeros problemas práticos ao alargar indevidamente o dever de retenção na fonte que passou a abranger situações em que juntamente com o pagamento de serviços há um pagamento de materiais<sup>5</sup> ou de serviços de outrém. Nestes casos a retenção na fonte pode ter efeitos perversos que criaram sérios problemas de aplicação<sup>6</sup>.

Contudo não foi o legislador tão longe que alargasse o dever de retenção na fonte a casos em que não pura e simplesmente não há qualquer pagamento e em que por não haver fonte, não pode haver retenção. Como aqui sucede.

Porque se esta concepção vingasse veríamos o que iria suceder. Até onde iria a retenção na fonte se esta modalidade de cobrança fosse aplicada a esta actividade empresarial e a todas as demais que tivessem a mesma natureza e que, por isso mesmo, também deveriam ter mecanismos de retenção.

Mas para isso distingamos entre os dois tipos de operações em que segundo a Administração fiscal deveria haver retenção na fonte.

- a) O “desconto no preço de aquisição”: o contrato de compra e venda de bens.

Se para haver pagamento sujeito a retenção na fonte basta haver “desconto no preço de aquisição” então parece que estão abrangidas por este dever a maior parte das transacções comerciais.

Sempre que A vende alguma coisa a B para que B a revenda está-lhe a conceder um desconto: de modo a que B possa obter um lucro na transacção futura. Se comprar ao mesmo preço porque vende, como todos sabemos, não vai ter qualquer ganho.

E por isso o termo desconto pode ser aplicado a todas estas situações.

Consideremos por exemplo as transacções no Mercado Abastecedor da Região de Lisboa:

Se um vendedor por grosso de batatas faz uma operação com um retalhista haverá sempre desconto, neste sentido amplo do termo: uma vez que o retalhista espera vender sempre acima do preço de aquisição.

Ou num sentido mais estrito noutros casos o grossista faz um desconto especial àquele comprador: porque o conhece, porque compra maior quantidade, porque quer vender a todo o custo.

E só nesse caso haveria retenção na fonte ou em todas as operações porque haveria sempre um desconto? Seria preciso distinguir entre os “descontos”?

E note-se que nenhuma destas operações poderia escapar à retenção na fonte uma vez que a venda de batatas no MARL é para os aspectos que nos interessam idêntico à venda dos bilhetes da Lotaria Instantânea que é feita com um “desconto”: comprados pelos agentes que, tal como o comprador de batatas se torna seu dono, assumindo o risco, no momento da compra.

Segundo a Administração fiscal, que não distingue, também aqui deverá haver retenção na fonte.

O que quer dizer que se quiser ter uma posição consequente a Administração fiscal deverá em breve começar exigir a prática de retenção na fonte no MARL (o problema do momento em que isto deve ser feito será visto posteriormente) mesmo que isso vá paralisar todo este mercado impedindo as vendas a comerciantes em nome individual, tributados pela cat. B do IRS.

O projecto de decisão da Administração fiscal. E por isso ela contém uma doutrina que, se for aplicada, vai tornar mais ou menos impossível a venda de bens para fins de comercialização a sujeitos passivo que não sejam pessoas colectivas.

- b) A “comissão sobre o volume de vendas ou sobre os prémios pagos”: a prestação de serviços

Mas também temos situações em que não há esta alienação de bens feita a terceiros de forma definitiva.

E por isso entre aquilo que a Administração fiscal entende ser equivalente ao pagamento está a concessão de uma comissão sobre a prestação de serviços: aqui temos os muitos casos de bens e direitos – Lotaria Nacional, apostos como o Totobola ou ou Totololo – em que a natureza das coisas desaconselha ou impede a aquisição definitiva por um mandatário dos jogadores e por isso só depois de realizadas as apostas deverá a Santa Casa ser paga.

Do ponto de vista da forma jurídica passa-se sempre o mesmo: a lei prevê com alguma rigidez, necessária para o bom ordenamento dos jogos,

uma comissão de modo a interessar terceiros na operação e realizar o contacto com os interessados. E por isso a Santa Casa não recebe a totalidade das quantias que foram recebidos pelos mandatários dos apostadores. Uma parte fica nas suas mãos como comissão.

Parte esta que não constitui nunca um dever de prestar da SCML para com os mandatários dos apostadores: é uma cláusula contratual que vem diminuir a dívida destes para com a SCML.

Os mandatários devem à SCML – e sublinhemos estas evidências para assinalar o infundado da posição da Administração fiscal – aquilo que recebem menos X (comissão legal). A SCML nunca deve nada aos mandatários.

Quer estejamos perante a venda de títulos como os bilhetes da Lotaria Nacional ou o direito a receber apostas e os respectivos prémios o legislador criou um regime que garante que a SCML jamais se constitua como devedora dos jogadores e seus mandatários: excepto quanto ao pagamento dos prémios o que é uma outra questão.

Num caso confia-lhe títulos que deverão ser pagos, ou devolvidos, nos prazos contratuais. Noutro permite-lhe receber apostas, dentro de um certo prazo, devendo depois entregar as quantias recebidas.

Em ambos os casos a dívida dos mandatários dos jogadores está limitada pela existência de uma comissão ou margem de venda que nunca será devida pela SCML aos mandatários mas que, pelo contrário, limita a dívida destes à SCML.

Por isso podem ser facilmente quantificados “os montantes pagos ou postos à disposição dos Agentes” como pretende a DGCI: são iguais a zero.

A natureza dos contratos que a SCML celebra (esta dispõe de bens que os agentes comercializam) faz com que esta nunca se encontre em situação de dívida para com os seus agentes: são estes que se vão encontrar regularmente em situação de dívida para com ela.

E note-se que esta curiosa tese da DGCI iria obrigar a retenções na fonte às múltiplas situações em que há uma entrega de bens à consignação para futura venda: sempre que um comerciante em nome individual, sujeito passivo de IRS, receba bens para exibir no seu estabelecimento que pagará se vender (e devolverá em caso contrário) deverá o vendedor fazer uma retenção na fonte. Como sucede sempre nos casos das editoras de jornais, de livros e de revistas. Venda com um desconto ou uma comissão para os distribuidores e os pontos de venda.

A Administração fiscal não tem a mais pequena noção dos problemas que iria criar à actividade comercial se tentasse aplicar – a toda a actividade comercial e não apenas à SCML – a sua abstrusa teoria.

## 5. O MOMENTO DA RETENÇÃO E A SUA IMPOSSÍVEL DETERMINAÇÃO

A retenção na fonte é um dever de cooperação que, como todas as obrigações tributárias deve ter um momento de vencimento.

Quando surge o dever de reter?

A resposta da lei é simples: no momento em que a quantia é paga ou posta à disposição do devedor.

O princípio está muito claramente formulado nos art. 98.º “Retenção na fonte – Regras gerais”.

A retenção na fonte deve ter lugar no “acto do pagamento, do vencimento, ainda que presumido, da sua colocação à disposição, da sua liquidação ou do apuramento do respectivo quantitativo”.

Está aqui presente a preocupação do legislador fiscal que quer evitar que qualquer manipulação contratual do sujeito passivo conduza a atrasos no surgimento do dever de pagar.

E por isso “se o momento em que o rendimento é colocado à disposição não coincidir com o do efectivo pagamento, é desde o primeiro momento devida a retenção”<sup>7</sup>.

O regime mantém, apesar das precauções do legislador fiscal, alguma clareza: e que o imposto deve ser retido sempre que o rendimento é pago ou posto à disposição” está também repetido e enfatizado nos arts. 99.º e 100.º do CIRS.

Mas nos contratos celebrados com a SCML em que momento é que esta coloca ou põe à disposição dos intermediários quantias que lhe sejam devidas?

Como já vimos as relações contratuais da SCML com os intermediários que alargam a sua rede de vendas, tal como sucede com a maior parte das actividades em que há um recurso a intermediários, estão organizadas de modo a que nunca deva haver pagamentos feitos a estes: os mandatários dos

<sup>7</sup> A. SALGADO MATOS, *Código do IRS – Anotado* (Lisboa ISG 1999) 465.

apostadores vendem bens e serviços e entregam à SCML uma parte substancial daquilo que recebem.

Não prestam serviços à SCML pelo quais devam ser compensados. No caso das Lotarias Nacionais recebem bens em consignação que pagam nos prazos contratuais. No caso das Lotarias Instantâneas adquirem bens que pagam imediatamente e usam nos termos da lei. No caso das apostas colocam-nas junto a da Santa Casa e, em troca, ficam com uma percentagem das mesmas.

Onde é que está o “acto do pagamento ou colocação à disposição” que na já citada circular 5 da DGCI marca o momento da retenção na fonte?

E esta dificuldade prática, mas também conceptual de determinar o momento do pagamento, assinala na perfeição a inaplicabilidade do instituto da retenção na fonte a este tipo de relações.

Em que se há um serviço é apenas no sentido muito amplo de que o retalhista presta sempre um serviço ao grossista e o grossista presta sempre um serviço ao produtor.

E ainda que o conceito de “serviço” tal como estava desenhado no Código do IRS tenha sido obscurecido pela fusão da categoria dos rendimentos do trabalho independente com os dos rendimentos comerciais e industriais, como já vimos, o conceito de rendimento devido “entidades devedoras de rendimentos” cria um princípio de distinção: entre os serviços que quando são prestados criam um dever de prestar e provocam um pagamento ou uma de quantia à disposição do credor (o que pontualiza o momento da retenção na fonte) e os “serviços” ínsitos nas relações comerciais.

Em que não surge um dever de prestar nem um momento de realização do pagamento e em que por isso não pode haver retenção na fonte.

### Conclusões:

- ✓ 1) A simples invocação de uma norma que ainda por cima teve mudanças de redacção no período da sua possível aplicação não chega para fundamentar a decisão da Administração fiscal;
- ✓ 2) Ainda que a reforma fiscal de 2000 tenha alargado os deveres de retenção na fonte esta continua a ser devida quando há um pagamento de serviços;

- ✓ 3) A retenção na fonte como dever de cooperação do contribuinte tem como pressuposto que este deva efectuar um certo pagamento, que seja a fonte de um certo rendimento;
- ✓ 4) A venda de bens com um “desconto” com a finalidade de constituir uma característica comum a toda a actividade comercial;
- ✓ 5) Aplicando esta doutrina da Administração fiscal deveria haver retenção na fonte sempre que A vende alguma coisa a B;
- ✓ 6) Já no caso dos serviços prestados por intermediários com base numa comissão com pagamento dos direitos adquiridos depois de feitas as operações há uma estreita semelhança com o que costuma designar-se por vendas à consignação;
- ✓ 7) Em nenhum destes casos existe qualquer dever de prestar da SCML aos intermediários;
- ✓ 8) A determinação do momento em que deveria ser feita a retenção a fonte nestas situações é pura e simplesmente

E é este, salvo melhor opinião, o meu parecer

*José Luís Saldanha Sanchez*

Lisboa, 20 de Setembro de 2002